



ELENA CAFFARENA DE JILES

DE LAS PENSIONES ALIMENTICIAS

EN ESPECIAL DE LAS QUE SE DEBEN
ENTRE CONYUGES

SEGUNDA EDICION ACTUALIZADA

EDICIONES "FALLOS DEL MES" M. R.

BIBLIOTECA NACIONAL DE CHILE

Sección BIBLIOTECA NACIONAL DE CHILE

Sección Chilena

Ubicación.....

Año Ed.

Copia.....

Registro Seaco.....

Registro Notis.....

BIBLIOTECA NACIONAL



0201615

9A(46-12)

ELENA CAFFARENA DE JILES

**DE LAS PENSIONES
ALIMENTICIAS**

en especial de las que se deben
entre cónyuges

SEGUNDA EDICION ACTUALIZADA

Con la colaboración del abogado
Alejandro Pérez Arancibia

EDICIONES "FALLOS DEL MES"

1986

63892

bucho

246.830 63

C 129 d

1966

C. 2

AA 34903

Inscripción N° 10.462.

Primera Edición, año 1947. Ediciones de la Universidad de Chile.
Premio Manuel Egidio Ballesteros de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Chile.

Segunda Edición, 1986.

Impresor: Salesianos, Bulnes 19, Santiago.

PROLOGO DE LA PRIMERA EDICION

Con frecuencia se presentan situaciones en la vida matrimonial que producen la separación de hecho de los cónyuges, es decir, sin que se haga uso de los procedimientos estatuidos en la ley.

Por no estar contempladas esas separaciones en textos expresos, es necesario deducir, mediante laboriosas interpretaciones, el estatuto jurídico que las rige, lo que justifica trabajos especializados. En 1937 publicó don Gustavo Adolfo Holley una voluminosa y documentada obra, titulada De la separación de hecho o separación por autoridad privada de los cónyuges, estudio de conjunto en que no podían profundizarse todos los aspectos del tema, uno de los cuales y de gran importancia, la obligación alimenticia, era susceptible de más detenido examen. En efecto, la jurisprudencia pertinente de nuestros tribunales, no presenta una línea definida, carece de consistencia doctrinaria y, por añadidura, ha incurrido en la inconsecuencia de reconocerle derecho de alimentos al marido fuera del hogar y negarlos a menudo a la mujer.

El año último, don Arturo Guzmán Reyes, utilizando la experiencia adquirida al servicio de una de las Defensorías de Menores de Santiago, publicó un estudio de interés al respecto. Paralelamente se gestaba el de más aliento que ahora nos ocupa, emprendido por doña Elena Caffarena de Jiles, con el justificado anhelo femenino de contribuir a que se modifique una jurisprudencia poco favorable a los intereses de la mujer.

No quiere decir esto, sin embargo, que la autora haya realizado labor abogadil, poniendo la ley al servicio

de conclusiones preestablecidas por medio de habilidosas interpretaciones; por el contrario, ha procedido con estricto criterio de jurista y su tesis aparece la consecuencia lógica e ineludible de sólidos raciocinios, basados en el examen de las instituciones que entran en juego.

Es así cómo ha empezado por tratar en la Primera Parte, dividida en cuatro capítulos, la obligación alimenticia en general, escudriñando sus fundamentos y su origen, precisando su concepto y alcance y determinando sus características. Aconsejable era este estudio a fin de ir destacando algunas nociones que se precisan para explicar el funcionamiento de esa obligación entre marido y mujer.

En la Segunda Parte, que contiene siete capítulos, se analiza la obligación alimenticia entre cónyuges, contemplándola en los seis primeros, en los casos de nulidad de matrimonio, de divorcio perpetuo y temporal, de separación de bienes y de vida común.

El capítulo VII está dedicado al estudio directo del problema, es decir, la procedencia de los alimentos entre cónyuges separados de hecho. Después de indicar las disposiciones legales pertinentes, se comenta el artículo 102 del Código Civil que define el matrimonio y se examinan las obligaciones que los artículos 131, 133 y 134 imponen a los cónyuges, para hacer ver que el matrimonio más que contrato es una institución y que si bien las obligaciones entre cónyuges son recíprocas, no tienen la interdependencia de las prestaciones de los contratos patrimoniales.

En seguida, se desarrolla la tesis de la procedencia de los alimentos entre cónyuges separados de hecho, cualquiera que sea la causa de la separación o el responsable de ella. En síntesis podemos resumir así sus fundamentos: a) El N.º 1.º del artículo 321 del Código Civil establece la obligación alimenticia entre cónyuges y para que ella no procediera, supuesto que concurren los requisitos legales, sería necesario, en conformidad al último inciso de ese artículo, una disposición expresa en contrario, la que no existe; b) La obligación alimenticia es

distinta del deber de socorro y se rige por otras reglas; c) La circunstancia de que uno de los cónyuges no cumpla sus deberes para con el otro, no excusa a éste del cumplimiento de los suyos; d) Si durante el divorcio decretado por culpa de un cónyuge, éste conserva el derecho de alimentos, no obstante que se ha quebrantado el vínculo matrimonial en todo lo que nuestra ley permite, no sería lógico enervar la obligación alimenticia si se ha producido únicamente una separación de hecho, cualquiera que sea su causa.

Más adelante se expone la doctrina de nuestros juristas, casi uniforme en sentido contrario, haciendo notar su escasa consistencia, por fundarse, generalmente, en las opiniones emitidas por los tratadistas franceses, tomando en cuenta disposiciones legales distintas de las que rigen en Chile.

Finalmente se da a conocer y critica nuestra jurisprudencia, refiriéndose primero a los fallos sobre alimentos recaídos en juicios en que el marido separado de hecho, figuraba como demandante, fallos que, como lo hicimos notar, han sido favorables al peticionario.

Los fallos recaídos en juicios instaurados por la mujer, se han agrupado en tres categorías: 1) Los que resuelven sin analizar doctrinas; 2) Los que se pronuncian sobre la teoría de que no proceden los alimentos entre cónyuges separados de hecho porque semejante estado no ha sido contemplado en la ley; y 3) Los que se pronuncian en pro o en contra de la doctrina que afirma que sólo pueden reclamarse alimentos entre cónyuges dentro del hogar conyugal.

Aunque en los trabajos de derecho positivo es, en principio, conveniente utilizar la jurisprudencia a través del desarrollo, nos parece acertado en esta ocasión, haberla estudiado en conjunto, poniendo de relieve sus incongruencias y sus yerros. De esta manera la crítica será mejor aprovechada en los fallos futuros.

Confesamos que antes de imponernos de este trabajo, por no haber adquirido un amplio y cabal concepto del problema, nos inclinábamos por la tesis contraria a

la que en él se sustenta. Su lectura, que se hace fácil, pues la obra está estructurada en forma que provoca creciente interés, nos ha llevado al convencimiento de que sus conclusiones se imponen en nuestra actual legislación. No desconocemos que aplicándolas rigurosamente puede llegarse en la práctica a soluciones repudiables en casos excepcionales; culpa no es del intérprete sino del legislador. Si se estiman inconvenientes esas soluciones, debe dictarse una ley de divorcio que suprima a los cónyuges el carácter de tales o, al menos, hay que introducir modificaciones en los textos en vigor, tendientes a temperar las consecuencias de su estricta aplicación.

No tienen por finalidad estas líneas analizar en detalle el contenido de la obra; van dirigidas a despertar el interés por su lectura en los abogados y los jueces, para que puedan los unos dar consejos atinados y hacer eficaces defensas y los otros dictar, con pleno conocimiento, fallos ajustados a derecho.

Hemos querido también tributar a la señora Caffarena de Jiles el justiciero elogio que merece. Su obra, llamada a destacarla con especial relieve entre nuestros juristas, es una de las mejores monografías que hemos leído y constituye, sin duda alguna, la contribución más completa, nutrida y eficiente que se haya aportado para la solución del problema que plantea la interrogación que le sirve de título.

LUIS BARRIGA ERRÁZURIZ

Director del Seminario de Derecho Privado
de la Universidad de Chile

Santiago, enero de 1947

PROLOGO DE LA SEGUNDA EDICION

La autora se ha tomado la libertad de insertar a manera de Prólogo de esta segunda edición, la carta que recibiera del abogado señor Luis Cousiño Mac Iver, actual abogado integrante de la Corte Suprema, por estimar que constituye no sólo un valioso aporte para la correcta aplicación de las disposiciones legales sobre prestaciones alimenticias, sino, en general, para todo ensayo o estudio de interpretación legal.

Santiago, julio 10 de 1946

Señora
Elena Caffarena de Jiles.
Presente.

Mi distinguida colega y querida amiga:

Usted me excusará si en la lectura de su monografía, "¿Debe el marido alimentos a la mujer que vive fuera del hogar conyugal?", haya ocupado más tiempo que el que prudentemente correspondía. Ello se debe, sin embargo, a razones bien explicables. El enorme interés del tema y la circunstancia de que se trataba de un trabajo suyo, me obligaban, técnica y afectivamente, a hacer de él un estudio tranquilo y meditado y no a la ligera, como cuando se cumple con un formalismo habitual.

Felicitarla por su obra es poco y en el fondo ningún juicio implica sobre su calidad. Siempre merece una felicitación el estudio y el trabajo, especialmente si se debe

a una inclinación de orden espiritual, aunque el resultado no constituya un éxito.

Su caso es diverso. Usted desarrolla su tesis a través de nutridas páginas, utilizando de todos los medios que la técnica jurídica pone a disposición del exégeta, para llegar a conclusiones de un elevado valor. No solamente el estudio de la legislación comparada, de los fundamentos de la institución de los alimentos, de la jurisprudencia, de la opinión de los jurisperitos extranjeros y nacionales, abonan el resultado. Hay algo que va muchísimo más allá: es la fundamentación filosófica y la consideración del ideal de justicia.

Es probable que su monografía no convenza a muchos, aferrados a convicciones incommovibles, pero estoy cierto que, aún ellos, serán los primeros convencidos de la calidad de su trabajo, de la seriedad con que ha sido realizado y del alto valor jurídico de sus conclusiones. En todos los campos de la investigación científica se dan ejemplos semejantes.

Hay un aspecto de su obra que no puedo silenciar, por mis particulares inclinaciones, y que, a mí juicio, revela en usted un temperamento jurista de la más alta calidad. Si usted hubiera vivido en el ambiente de los penalistas y de las luchas que sostienen sobre la interpretación de la ley, ello no habría tenido nada de extraño. Pero usted, por simple intuición jurídica, ha aplicado un método de interpretación teleológica, extraño hasta ahora al derecho privado y el cual, sin embargo, fue uno de los pilares de la dogmática de Bello.

En efecto, basta dar una rápida lectura al artículo 19, para observar que nuestro Código Civil da tres reglas primordiales sobre interpretación de la ley: primeramente la literal; enseguida la que los penalistas llamamos teleológica, porque busca la voluntad de la ley; y, por último, la que se fundamenta en la voluntad del legislador. La segunda de estas reglas surge nítidamente de las expresiones "...se puede... recurrir a su intención o espíritu ("telos") claramente manifestados en ella misma...".

La técnica jurídica alemana ya hace muchísimos años que realiza la interpretación teleológica. En los países de habla castellana ha sido, sin duda, Jiménez de Asúa su primer introductor. En Chile nos ha enseñado lo que nuestro Código Civil dice y junto con hacer la loa del gran Bello, nos ha convencido de que, en las líneas transcritas del artículo 19, no se dan normas "lógicas" de interpretación, sino normas teleológicas. Es decir, que el instrumento que nos ha proporcionado no es la tosca herramienta del obrero, sino del fino buril del artífice.

Parece algo evidente que la voluntad del legislador, como fuente interpretativa, hace vivir a la ley una existencia estática. Con el transcurso del tiempo surgen cuestiones nuevas que no pudo prever el legislador y las cuales no podrían ser solucionadas si debiera hurgarse en la mente de quienes generaron la ley. Por otra parte ¿existe, realmente, una voluntad del legislador? Afirmación semejante equivaldría a decir que todos los senadores y diputados que votaron en favor de la ley tenían un pensamiento idéntico, lo que es imposible suponer. La realidad enseña otra cosa bien distinta y, en los discursos de los diversos sostenedores de una moción, a menudo vemos no solamente argumentos diferentes, sino pensamientos disímiles. ¿Y dónde está la voluntad de los parlamentarios que votan por razón de partido y la de aquellos que se callan?

La verdad es bien distinta. Las leyes se generan como se generan nuestros hijos. La voluntad que impulsa es una cosa, otra diversa el resultado. El legislador da forma y contenido a algo que, tan pronto como nace, adquiere una individualidad propia y, por tanto, una voluntad propia. Semejante es lo que ocurre con los hijos.

Frecuentemente la ley concuerda con la voluntad de quienes la crearon o, al menos, con la de algunos de los que la crearon. Otras veces, la ley, suple una voluntad que no se conoce o no se exterioriza. Y no es caso extraño el que la ley sea más fuerte que la supuesta voluntad de sus progenitores y la supedite y subyugue. Un ejemplo

interesante lo daba la jurisprudencia francesa, antes de 1912, sobre investigación o indagación de la paternidad, permitiéndola en casos excepcionales en contra del texto del Código de Napoleón.

Esta voluntad de la ley es prepotente y dinámica; superior a la voluntad de quienes la dictaron y adaptable a las más variadas condiciones, aún a aquellas que no pudieron siquiera preverse. El legislador perece y la ley vive; más todavía, la ley jamás envejece; siempre lleva una existencia lozana y vigorosa. Por esta causa, los Códigos se dictan para varias generaciones y no requieren de cambios substanciales: su voluntad implícita y explícita los adapta a las condiciones del presente.

En su trabajo se encuentran todos estos pensamientos acerca de la interpretación de la ley. Con razón, usted eleva su protesta ante fallos que vulneran la voluntad de la ley, porque en el fondo ellos no solamente destruyen el ideal de justicia, sino que causan injusticias, con absoluto desconocimiento de la realidad objetiva.

Es posible que en un momento determinado la cultura-ambiente exija de una solución y que la voluntad de la ley lleve a esa solución. Es posible que, más adelante, frente a otra cultura-ambiente, la solución sea diversa y que también la voluntad de la ley permita esa solución. No es que la voluntad de la ley haya cambiado; lo que ha variado es la cultura-ambiente. Mientras el medio cultural envejece y sufre trasmutaciones, la ley se ha mantenido moza y se mantendrá moza. No es un artificio estático que se torne añejo al correr de los años, ni que, como los buenos vinos, mejore en su calidad. Es una realidad dinámica, sensible siempre al momento en que se aplica.

Realmente yo no sabría como imprimirle un mayor entusiasmo y calor a una tesis, como la suya, que sabe captar con tanto acierto el fondo de los anteriores argumentos. A la maestría con que maneja usted el argumento de la interpretación teleológica —sin nombrarla— une la maestría del argumento ius-filosófico, del jurídico-social y del

argumento clásico, a base de la interpretación literal y lógica, de la opinión de los tratadistas y de la jurisprudencia.

Comparto plenamente sus puntos de vista y siento el orgullo de haber sido condiscípulo y co-partícipe en las vicisitudes de la licenciatura y examen de abogado, de quien, como usted, demuestra que no solamente la "voluntad" de la ley no envejece, sino que, a menudo, tampoco envejece la mente jurídica.

La saluda con todo afecto y admiración su amigo y colega

LUIS COUSIÑO MAC IVER

INTRODUCCION

DE LA PRIMERA EDICION

No he realizado este estudio para defender a una mujer ante los Tribunales de Justicia.

El abogado, por serio y honrado que sea, inconscientemente trata de interpretar la ley de acuerdo con los intereses de su patrocinado.

En realidad, nada hay más anticientífico que la elaboración de una defensa. La doctrina sostenida y alegada por el abogado ante los tribunales no es, por lo general, el resultado de un análisis imparcial de la ley, de su historia fidedigna, del dicho de los autores y de la interpretación fijada por la jurisprudencia, sino que, por el contrario, el abogado parte de un prejuicio, del pie forzado impuesto por la conveniencia del cliente, y busca a continuación los razonamientos fundados en el diccionario, la gramática, la opinión de los redactores de la ley, la de los estudiosos y la de los jueces que la favorecen.

Abogados hay, y más de lo que se cree, que rechazan patrocinios, cuando estiman que no se ajustan a la ley o a la moral; los hay también, quienes convencidos de la justicia de una causa, la defienden con desinterés, sin considerar la remuneración. Pero siempre hay un buen número de ellos que tratan de perturbar el criterio de los jueces, dando a la ley un sentido equivocado, en beneficio de su cliente y del suyo propio representado este último en el honorario percibido o por percibir.

Mi criterio en este problema no ha sido perturbado, ni consciente ni inconscientemente, por la necesidad de sostener una tesis en defensa de un cliente.

La idea de profundizar el tema nació en mí de la lectura del fallo dictado en el juicio caratulado "Scholtz de Coleman con Coleman", publicado en los números 709 y 710 de la revista **La Jurisprudencia al Día** y posteriormente en el tomo XLII, segunda parte, sección primera, página 220 de la **Revista de Derecho y Jurisprudencia**.

En dicho fallo, la Excma. Corte Suprema, acogiendo la casación de fondo interpuesta por el demandado —el marido— anuló la sentencia dictada por una de las Salas de la Corte de Apelaciones de Santiago que acogía la demanda de alimentos entablada por la mujer separada de hecho, y resolvió que no procedían tales alimentos.

Por poco aprovechado que haya sido un alumno egresado de nuestras Escuelas de Derecho, sale, por lo menos, con un concepto bien claro de que la casación de fondo sólo procede por violación de ley, o, como decía don José Bernardo Lira, miembro de la Comisión Redactora de nuestro Código de Procedimiento Civil, por "infracción de la ley expresamente dictada por el legislador". Si bien es cierto que no hay otras leyes que las dictadas por el legislador, la expresión de Lira es sólo aparentemente redundante, ya que con ella quiso recalcar que se excluía la casación por violación de doctrinas legales.

Ahora bien, en la sentencia anulada por la Corte Suprema a que acabo de referirme, ¿cuál o cuáles eran las disposiciones legales infringidas?

Absolutamente ninguna, salvo la doctrina legal, que el tribunal hace derivar de los preceptos contenidos en los títulos VI y XVIII del Libro I del Código Civil, doctrina expresada en los considerandos 5º y 6º de la sentencia, que dicen textualmente:

"5º Que en la vida común que la ley impone a los cónyuges como elemento necesario del compromiso matrimonial y que lleva anexa la obligación de socorrerse

mutuamente, debe primar la prestación de alimentos indispensables para subsistir, y **es evidente** que debe ser cumplida en el hogar común, y como consecuencia, el **cónyuge que por su sola voluntad abandona el hogar carece del derecho para reclamarlos del otro cónyuge que no ha dado motivo a esa separación;**

"6º Que esta conclusión **fluye de los preceptos contenidos en los títulos VI y XVIII del Libro I del Código Civil** que determinan las obligaciones y derechos entre los cónyuges, especialmente, las que reglan los alimentos que dichos cónyuges se deben, haciendo una marcada distinción entre alimentos que se suministran dentro del hogar y alimentos proporcionados fuera de aquél, **determinando respecto de estos últimos que sólo podrán exigirse cuando existan fundadas razones que autoricen la ruptura de la vida común de los cónyuges."**

Nadie puede negar que de los títulos VI y XVIII del Libro I del Código Civil se desprende que el deber de socorro, reglamentado en el primero, y el deber de alimentos, reglamentado en el último, y llamados por la sentencia "alimentos suministrados dentro del hogar" y "alimentos proporcionados fuera de él", son distintos, y no pueden confundirse, pero la verdad es que no existen en los títulos citados ni en ninguna otra sección del Código, los preceptos a que se refiere la sentencia, aunque sin precisar el número del respectivo artículo que determinan con relación a los alimentos, que sólo podrán exigirse **cuando existan fundadas razones que autoricen la ruptura de la vida común.**

Antes de la sentencia a que acabo de referirme, me había tocado conocer otra, también de la Corte Suprema, recaída en el juicio "Basso de Sampen con Sampen", publicada en el tomo XL, segunda parte, sección primera, página 46 de la **Revista de Derecho y Jurisprudencia**, en la que, rechazando la casación de fondo interpuesta por la demandante, establecía la misma doctrina.

Pensé en aquella ocasión que se trataba de un fallo aislado y, por eso, aunque consideré errados sus funda-

mentos, no me preocupé mayormente. Pero, al comprobar la repetición del error, o de lo que yo consideraba error, agravada por la circunstancia de que se llegaba a invalidar una sentencia por infracción de preceptos que no existían y contraviniendo, en cambio, el texto del N° 1 del artículo 321 del Código Civil, decidí estudiar con mayor detenimiento el problema.

Revisé la totalidad de la jurisprudencia sobre alimentos a la mujer separada de hecho, consulté los comentaristas del Código Civil chileno y los más importantes del derecho civil francés y llegué a la conclusión de que, salvo contadas excepciones, la mayoría de las sentencias y de los autores coincidían con la interpretación dada por nuestra Corte Suprema en las sentencias que he citado.

No obstante, el texto de la ley me parecía tan claro, que me encontraba perpleja y no podía comprender el por qué autores y jueces veían disposiciones legales y sanciones que no existían y hacían diferencias entre alimentos para la mujer que vive fuera del hogar conyugal por culpa del marido y alimentos para la que vive fuera de él por su sola voluntad, situaciones que el legislador no había previsto.

Cavilaba sin encontrar la explicación, cuando un libro que nada tiene que ver con el derecho ni con las pensiones alimenticias me trajo la luz.

Es la muy interesante obra para quienes son aficionados a las cosas del feminismo, **En prisión por la libertad**, de la luchadora norteamericana Doris Stevens. Cuenta la autora que al finalizar el proceso seguido a fines del siglo pasado contra Susan Anthony por haberse presentado a sufragar sin tener derecho, el Presidente del Tribunal, ante los reclamos de aquélla, le expresó que no cabía queja alguna porque todo había sido hecho en conformidad a la ley, a lo que Miss Anthony replicó: "Sí, he sido condenada en conformidad a la ley. Pero a una ley dictada por hombres, **interpretada por hombres y aplicada por hombres**, en beneficio de los hombres y en contra de las mujeres."

Esta y no otra puede ser la explicación de esta perturbación del criterio de autores y jueces. La verdad es que la justicia no es la venerable y ampulosa dama de ojos cegados que guarda el pórtico de nuestros Tribunales. No. La Justicia no tiene nada de femenino. Es, por el contrario, un buen varón de tomo y lomo, que viste levita y usa gafas para ver mejor.

Laurent dice: "Los tribunales se dejan llevar demasiado fácilmente a colocar sus ideas, sus predilecciones y sus simpatías por encima de la ley"¹ y es que el juez no es un producto químicamente puro, sino que es un ser que pertenece a una clase social determinada, con prejuicios, convicciones religiosas e ideología política y además, es un hombre que no está dispuesto a abandonar las prerrogativas de que goza su sexo desde hace ya bastante tiempo.

Así como existe una justicia de clase derivada de la circunstancia de que los jueces se reclutan entre los que nacen patrones, así también existe una justicia de sexo, derivada del hecho de que es administrada exclusivamente por varones.² El juez al fallar una cuestión de alimentos de una mujer casada sabe que está fallando una causa que puede ser propia, que está fijando una jurisprudencia que puede afectarle personalmente.

Quienes piensen que exagero, revisen la sentencia publicada en el tomo XLI, segunda parte, sección segunda, página 33 de la **Revista de Derecho y Jurisprudencia**, dictada por la I. Corte de Apelaciones de Talca, que niega lugar, revocando la de primera instancia, a una demanda de alimentos para sí y dos hijos menores, entablada por la mujer de un Ministro de la Corte de Valdivia.

¹ *Cours Élémentaire de Droit Civil*, tomo I, p. 59.

² Esta afirmación corresponde al año 1947, fecha de la primera edición. Actualmente hay bastantes mujeres como jueces de letras y algunas como ministros de Corte. Aún no hay ninguna mujer en la Corte Suprema.

Más aun, tengo que hacer resaltar el hecho curioso de que nuestros tribunales, en materia de alimentos entre cónyuges, aplican una ley y una doctrina cuando se trata de la mujer y otra, completamente contraria, cuando se trata del marido.

En el caso de la mujer que vive fuera del hogar conyugal sin estar autorizada judicialmente para ello, se hacen, por lo general, largas y sesudas consideraciones para dar a la obligación de "vida común" el carácter de piedra angular del matrimonio y, en mérito de ellas que colocan por encima de la clara e imperativa disposición legal contenida en el N° 1 del artículo 321, se niega, a la mujer que infringe aquella obligación, los alimentos. Pero, cuando se trata del marido, ese mismo sacrosanto principio de la "vida común" se olvida y se aplica lisa y llanamente la disposición legal que acabo de citar y que dice: "Se deben alimentos: 1° Al cónyuge."

He revisado la Gaceta de los Tribunales de los últimos cien años y no he encontrado un solo caso en que se haya rechazado la demanda de alimentos del marido por el hecho de vivir fuera del hogar conyugal. Puedo agregar más, en varios de estos casos³ el deseo de hacer justicia, a pesar de la ley, explicaría —ya que no podría justificar— la aplicación al marido de la doctrina que suele aplicarse a la mujer. Tenemos, por ejemplo, el caso del marido que ha recibido por anticipado gran parte de las rentas de la mujer y aquél de la mujer demandada que tiene doce hijos a su cargo y que los mantiene con su trabajo. Pues bien, en ninguno de estos casos, los tribunales se han apartado de la ley, recordando seguramente las sabias normas de Laurent de que "el juez no es el ministro de la equidad, es el órgano y el esclavo de la ley" y de que "no hay más gran interés para la sociedad que el mantenimiento del derecho."⁴

³ Véase el número 190 de esta obra.

⁴ *Cours Élémentaire de Droit Civil*. Tomo I, pp. 58 y 600.

De mis palabras no puede ni debe desprenderse que tengo en mal concepto a nuestros Tribunales de Justicia. Por el contrario, creo que pueden figurar entre los más honestos del mundo. Otra cosa es que por su formación intelectual y social, por el ambiente en que viven, por su ubicación dentro de las clases sociales, por sus problemas familiares, tomen, estoy cierta que sin velada intención, una posición determinada en defensa de su clase y de su sexo.

Si no tuviera el convencimiento de la honestidad a toda prueba de nuestros tribunales, de su deseo de ser fieles intérpretes de la ley, de su "sincero y constante amor a la verdad y dispuestos a abandonar cualquier error en el momento mismo de descubrirlo", no me habría impuesto el sacrificio de escribir estas páginas. Es precisamente porque estoy convencida de la seriedad intelectual e integridad moral de nuestros jueces que entrego este aporte, que muchos considerarán vanidoso y temerario por estar en desacuerdo con la mayoría de las sentencias y de los autores de derecho, en la esperanza de ayudar a restablecer lo que estimo una justa interpretación de la ley.

PLAN DE LA OBRA*

Aunque mi propósito era abarcar, como lo indica el título de esta obra, el campo restringido de los alimentos que el marido debe a la mujer ausente del hogar conyugal, me he visto obligada a ocuparme, en general, de la institución jurídica de los alimentos, ya que no puede caber duda de que es imposible resolver con exactitud aquel problema si no se conocen debidamente el fundamento filosófico y los orígenes de la obligación alimenticia, sus características esenciales y las reglas que el legislador ha previsto para las distintas situaciones matrimoniales.

Es por eso y no por vana erudición que en la **Primera Parte**, rastreo en el Derecho Romano, considero las distintas doctrinas sobre el fundamento de la obligación alimenticia y señalo las características y principios esenciales que reglan esta institución jurídica. Pero, como esta **Primera Parte**, no constituye el motivo principal de este estudio, he tratado de ser lo más concisa posible, eliminando todo detalle superfluo. No se le exija, pues, más de lo que he perseguido, eso es, hacer un esbozo de

* Vigente para la primera edición. La presente edición, actualizada, contiene materias no contempladas en la anterior, como la competencia en los juicios de esta naturaleza, el cumplimiento de las sentencias, la litis expensas, etc.

Asimismo se incluye una Tercera Parte en que se analizan las sentencias pronunciadas en materia de alimentos entre cónyuges, con posterioridad a la primera edición de esta obra.

las normas fundamentales que rigen la institución jurídica de los alimentos.

En la **Segunda Parte**, entro a tratar el tema de fondo, pero tampoco lo enfoco aisladamente, sino como uno de los casos que la vida matrimonial presenta. Es así cómo, en esta **Segunda Parte**, se analiza el problema de la obligación alimenticia entre cónyuges que viven juntos en el hogar conyugal, entre los divorciados perpetuamente, los divorciados temporalmente, los que han anulado el matrimonio, los separados de bienes y los separados de hecho sin que medie autorización judicial. Naturalmente, dedico mayor atención a este último caso, que es el que ha motivado este estudio, considerándolo en relación con el texto de la ley, la doctrina y la jurisprudencia.

PRIMERA PARTE

DE LOS ALIMENTOS EN GENERAL

CAPITULO PRIMERO

GENERALIDADES

1. **Disposiciones legales sobre alimentos.** Además del título XVIII del Libro I del Código Civil en el que nuestro legislador, innovando sobre los Códigos Civiles de la época, quiso reunir las reglas generales sobre “los alimentos que se deben por ley a ciertas personas”, se refieren a esta misma institución jurídica, prescribiendo reglas especiales, los artículos 115 inciso 2º, 174, 175, 176, 177, 199, 231, 232, 280, 290, 291, 979, 1.167, 1.168, 1.170, 1.171, 1.210, 1.361, 1.408, 1.618 Nº 1, 1.627, 1.662 y 2.451 del mismo cuerpo de leyes. Establecen también reglas sobre prestación alimenticia, la Ley 14.908, de 14 de septiembre de 1962 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, el artículo 147 del Código Orgánico de Tribunales, los números 1º y 3º del artículo 445 del Código de Procedimiento Civil, el artículo 60 de la Ley sobre Quiebras Nº 18.175, de 13 de octubre de 1982, la Ley de Menores Nº 16.618, de 3 de febrero de 1967, el artículo 22 de la Ley Nº 7.613, de 21 de octubre de 1943, sobre Adopción, y el artículo 5º de la Ley 16.346 sobre legitimación adoptiva de 8 de octubre de 1965.

2. **No se citan las disposiciones legales, relativas al deber de socorro.** No es por olvido que no he hecho referencia a los artículos 131, 134, 160, 220, 221, 222, 228, 276, 277, y 279 del Código Civil. En realidad, estos artículos reglan una institución jurídica que, aunque suele confundirse con la de los alimentos, es distinta: ellos se refieren al deber de socorro o asistencia que liga a los cónyuges y a los ascendientes y descendientes entre sí.

Sobre la necesidad de no confundir el deber de socorro con la obligación alimenticia, insistiré con mayor detenimiento más adelante.⁵

3. **Personas a quienes se deben alimentos.** En el primer artículo del título XVIII, del Libro I del Código Civil, o sea, en el artículo 321, se señalan los sujetos o titulares del derecho de alimentos. Ellos son: los cónyuges; los descendientes legítimos; los ascendientes legítimos; los hijos naturales y su descendencia legítima; los padres naturales; los hijos ilegítimos, en los casos previstos en el título XIV del Libro I; la madre ilegítima, en el caso del artículo 291 del Código Civil; y el donante de una donación cuantiosa, que no hubiere sido rescindida o revocada.

4. **La enumeración del artículo 321 no es taxativa.** Aunque en el Código Civil no hay más titulares del derecho de alimentos que los indicados en el artículo 321, cabe decir que la enumeración en él contenida no es taxativa.

En efecto, en la ley N° 7.613 sobre Adopción, se establece la obligación alimenticia recíproca entre el adoptante y el adoptado y en la ley N° 18.175 sobre Quiebras se impone a la masa de la quiebra la obligación de pagar alimentos al fallido, bajo ciertas condiciones.

⁵ Véanse los números 123, 124 y 150 de esta obra.

5. **Es una obligación ex-lege.** Pero, si la enumeración del artículo 321 no es taxativa, la obligación alimenticia es, en todo caso, ex-lege, o sea, no puede existir una prestación alimenticia con carácter forzoso, sino en virtud de un texto legal expreso.⁶ Nuestra jurisprudencia es uniforme en este sentido.⁷

Así como no hay más titulares del derecho de alimentos que aquellos que la ley señala en forma expresa, una vez establecido el derecho, el sujeto de él no puede ser privado de su goce, sino a virtud de una causal de privación o de cesación, consignada en una disposición legal. Aunque hubiera bastado para establecer este principio la regla universal de interpretación, de que no hay excepciones que se subentiendan, el legislador chileno quiso evitar toda duda y prescribió en el inciso final del artículo 321: "No se deben alimentos a las personas aquí designadas, en los casos en que una ley expresa se los niegue."

⁶ *Pandectes Françaises*, tomo VI, p. 134;

Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno*, tomo III, N° 1.673, p. 282;

Somarriva, *Derecho de Familia*. Apuntes de su clase, p. 508.

⁷ *Gaceta*, año 1861, N° 400, p. 238 (los alimentos no se deben entre hermanos ilegítimos);

Gaceta, año 1877, N° 1.775, p. 913 (los alimentos no se deben entre tíos abuelos y sobrinos nietos);

Gaceta, año 1889, N° 1.216, p. 801 (no se deben al tío);

Gaceta, año 1879, N° 2.067, p. 1.447 (no se deben al sucesor inmediato de un mayorazgo);

Gaceta, año 1895, N° 2.767, p. 680 (no los debe el yerno al suegro a menos que sea demandado como representante legal de su mujer);

Gaceta, año 1880, N° 103, p. 64 y *Rev. Derecho*, tomo III, segunda parte, sección primera, p. 264 (no se deben entre hermanos naturales);

Rev. Derecho, tomo XXXVIII, segunda parte, sección primera, p. 84: (Para reclamar alimentos es indispensable que el que los demanda se encuentre comprendido entre alguna de las personas a quienes la ley declara que se deben alimentos...)

CAPITULO SEGUNDO

FUNDAMENTOS Y ORIGENES DE LA OBLIGACION ALIMENTICIA

6. **Hay divergencias entre los autores sobre el fundamento de la obligación alimenticia.** Los autores no se han puesto de acuerdo sobre el fundamento de la obligación alimenticia.

Así, hay quienes señalan como fundamento de esta obligación, la indigencia misma del que reclama los alimentos. el derecho a la vida física e intelectual que todos los individuos tienen.⁸ Estrecha relación con esta teoría tiene la sustentada por Georges Ripert en su obra *La règle morale dans les Obligations Civiles*⁹ según la cual la obligación alimenticia no es sino la consagración, dentro del derecho privado, del deber de asistencia que liga a las personas que pertenecen a un mismo grupo social y la aplicación en materia civil del estado de necesidad considerado en el derecho penal.

Pero la mayoría de los autores que he podido consultar, afirman que el fundamento de la obligación alimenticia reside en la solidaridad familiar y que es "el vínculo familiar", como dice don Luis Claro Solar, "la causa eficiente de la prestación de alimentos."¹⁰

⁸ *Q. Mucius Scaevola*. Ob. cit. T. III, p. 321. "El fundamento, pues, del derecho de alimentos es, a nuestro sentir, la necesidad del sujeto mismo, el derecho a la vida física e intelectual que todos los individuos tienen. De aquí que dada la organización económica actual de la sociedad, recaiga la obligación correspondiente, sea a los que han dado la existencia al alimentista, por ser en este caso tal obligación, como dice Kant, el efecto inmediato de la procreación, considerada por el acto por el cual se ha puesto en el mundo a una persona sin su consentimiento, ya sobre aquellos otros que se encuentran relacionados con el mismo alimentista por vínculos de parentesco.

⁹ N° 156, p. 289.

¹⁰ Tomo III, N° 1.671, p. 280.

En el mismo sentido se pronuncian Laurent,¹¹ Baudry Lacantinerie¹² y Planiol y Ripert.¹³

Don Luis Claro Solar¹⁴ coincidiendo con las *Pandectas Francesas*,¹⁵ refuta la teoría de que la indigencia del alimentista sea el fundamento de la obligación alimenticia, expresando que se trata de una confusión de palabras, porque la indigencia es una condición para el ejercicio de esta obligación, pero no es el principio o causa generadora de la obligación misma.

7. No es inútil la discusión sobre el fundamento de la obligación alimenticia. La controversia sobre el fundamento de la obligación alimenticia no es, por cierto, una discusión bizantina. Por el contrario, señalar el verdadero fundamento de esta obligación tiene una enorme importancia para una correcta interpretación de la ley y estoy segura de que nuestros tribunales habrían fallado de distinta manera en muchos de los casos de alimentos entre cónyuges, si no hubieran perdido de vista el porqué, la razón de ser, el fundamento filosófico de la obligación alimenticia.

8. Orígenes de la obligación alimenticia. El nacimiento y desarrollo de la obligación alimenticia dentro del Derecho Romano, me ha ayudado a aclarar mis dudas sobre el fundamento de esta obligación, y es por eso que he creído necesario hacer un breve resumen de sus orígenes en la sociedad romana, para lo cual me apoyaré principalmente en la obra de Edouard Cuq, **Las Instituciones Jurídicas de los Romanos**.

9. La obligación alimenticia en el período del Derecho Antiguo. En los primeros siglos de Roma, en el período

¹¹ *Principes de Droit Civil Français*. Tomo III, N° 46, p. 70.

¹² Tomo III, N° 2024, p. 600.

¹³ Tomo II, N° 20, p. 16.

¹⁴ Tomo III, N° 1.670, p. 279.

¹⁵ Tomo VI, *Aliments* 134.

do que se ha llamado por los autores del Derecho Antiguo, no hay vestigios de que existiera el derecho de alimentos, así como no existían casi reglas de derecho privado.

La actividad del hombre, reducida al cultivo de la tierra, concuerda con la forma de propiedad que tiene el carácter de familiar y con la familia que tiene el carácter de patriarcal.

El pater familias, único sujeto de derecho, gobierna el grupo familiar con facultades omnímodas: es el juez que regla todas las dificultades; es quien determina las personas que entran a formar parte de la familia (sean consanguíneos o no) y las que quedan excluidas; es el dueño de la vida, de la libertad y del trabajo de todos sus componentes; es dueño también de todos los bienes, pero siendo la propiedad familiar e inalienable no puede venderla, ni cederla, ni dejarla por testamento y, como consecuencia de ello, el goce de los bienes corresponde a todos.

Una vez más se confirma el principio de que el derecho constituye la consagración de una necesidad social. En los primeros siglos de Roma, no existe ni tiene por qué existir el derecho de alimentos, puesto que la propiedad familiar asegura a todos los miembros de la familia su subsistencia.

10. La obligación alimenticia en el período clásico y en el del Bajo Imperio. Es en el **Digesto** donde se encuentra perfectamente definida y reglamentada la obligación alimenticia, de donde ha sido tomada casi a la letra por las legislaciones modernas. Se sabe que este período, el del Bajo Imperio, fue pobre en creaciones jurídicas y que la legislación de Justiniano se limitó, en su mayor parte, a ordenar y compilar el derecho del Período Clásico.

Fue precisamente en el Período Clásico, cuando arruinada la clase de los agricultores por las guerras y las luchas intestinas, nace la prestación alimenticia, conjun-

tamente con el desarrollo de la industria y del comercio y la aparición de la propiedad privada.

La propiedad deja de ser inalienable; el hijo puede adquirir bienes y tener un patrimonio distinto de aquel del padre (peculio); se limita la autoridad del pater familias y se le imponen deberes. La familia también se transforma y empieza a reconocerse el parentesco por consanguinidad.

La obligación alimenticia, reducida en un principio al hijo sometido a patria potestad y a los ascendientes paternos, se extiende más tarde al hijo emancipado, a la madre y a los ascendientes maternos y se impone a la madre respecto de los hijos naturales.

11. Conclusiones derivadas del estudio del desarrollo de la obligación alimenticia en el Derecho Romano. Del estudio del nacimiento y desarrollo del derecho de alimentos en la sociedad romana, se desprende que no es el vínculo familiar su fundamento, puesto que no se le encuentra en los primeros siglos de Roma, no obstante existir la familia en su forma más cohesionada.

La aparición del derecho de alimentos coincide con el nacimiento de la propiedad privada. Es, pues, un fenómeno de orden económico lo que da origen a la institución jurídica de los alimentos y hay que concluir que están en la razón los que piensan que su fundamento es la indigencia.

Frente a un caso de indigencia, a un estado de necesidad, el legislador, velando por el **derecho a la vida** que tiene todo ser humano, busca quien pueda cumplir con el deber de asistirlo, ya sea por estar ligado por vínculos de sangre o de afinidad, por la gratitud, por haberse beneficiado con los bienes o con el trabajo del alimentista o por una simple razón de equidad.

12. Otros argumentos en apoyo de la doctrina que señala la indigencia como el fundamento de la obligación alimenticia. Si el fundamento de la obligación de dar

alimentos fuera la solidaridad familiar, no se explicaría por qué se concede por la ley en aquellos casos en que no existe vínculo de familia. Por otra parte, si se estudian las distintas legislaciones, se ve que el factor constante para la procedencia de los alimentos es la indigencia y, en cambio, existe la más completa diversidad en cuanto a las personas a quienes se impone la obligación y al vínculo que las liga.

Vemos, así, que el derecho francés prevé los alimentos entre suegros o suegras y nueras o yernos y viceversa, aunque no los reconoce entre hermanos; el Código Soviético de la Familia, al igual que el Código Civil Boliviano, los establece entre padrastros o madrastras e hijastros o entenadas y viceversa, y el primero, además, los crea en favor de menores respecto de la granja a que pertenece el padre o la madre.

Nuestro Código Civil otorga los alimentos no sólo entre cónyuges, ascendientes, descendientes y hermanos legítimos, entre padres e hijos naturales y hasta, en algunos casos, a los hijos ilegítimos respecto de su padre o madre y de la madre ilegítima respecto de su hijo, sino que los extiende al donante con relación al donatario y, antes de la supresión de la muerte civil, lo otorgaba al ex religioso respecto del que se benefició con sus bienes.

El Código de Comercio, por su parte, en el artículo 1.405, ahora derogado, y la actual Ley de Quiebras, en su artículo 60, consultan alimentos en favor del fallido y en contra de la masa de la quiebra.

Georges Ripert¹⁶ sostiene que los alimentos que se pagan a la víctima de un accidente del trabajo, a sus familiares o personas que han vivido a costa de ella, no se fundan en la teoría del riesgo, sino en el deber de asistencia que tiene el patrón respecto de las personas de cuyo trabajo usufructúa.

Por otra parte, los caracteres de la obligación alimenticia, la circunstancia de haber establecido el legis-

¹⁶ *La règle moral dans les obligations civiles*, N° 151, p. 280.

lador que no pueden renunciarse, transmitirse, transferirse, compensarse ni embargarse, demuestra que el fundamento de la acción es estrictamente económico, ya que se toman todas las medidas para evitar que se burle su propósito primero, que es asegurar la existencia de un ser y librarlo de la indigencia.

13. El fundamento de la obligación alimenticia y nuestros tribunales. Cada vez que nuestros tribunales han negado los alimentos a la mujer que vive fuera del hogar conyugal, han hecho gran caudal de la necesidad de velar por las bases fundamentales del matrimonio, el que constituye, a su vez, la base de la familia y el más sólido pilar de la sociedad.

Pero han olvidado que, por encima de todo, existe el derecho a la vida que tiene todo ser humano y que, en el vano empeño de restablecer un matrimonio que ya está roto y que la presión del hambre, en el mejor de los casos, sólo podría restablecer en apariencia, exponen a la mujer a la miseria y en muchos casos a la muerte, junto con los hijos que viven a su lado.

Y, como resultado definitivo, tenemos que los matrimonios desavenidos siguen separados y sólo se ha conseguido ahorrar al marido algunos pesos, satisfaciendo así su mezquindad y su venganza.

He encontrado un solo fallo que hace referencia al fundamento de la obligación alimenticia: es el dictado por la Corte de Apelaciones de La Serena en el juicio seguido por don Jorge Varela y otros en contra de su padre legítimo, don Crispulo Varela y que aparece publicado en la **Gaceta de los Tribunales** (Año 1919, 2º semestre, Nº 158, página 694).

En voto especial, el ministro Navarro Ocampo, coincidiendo con los que señalan la indigencia como fundamento de la obligación alimenticia expresa: "Entre nosotros, el derecho de alimentos ha sido establecido por el legislador siguiendo 'esas altas y sabias razones humanitarias de orden social al ser humano que viene a la vida'

con el destino que le señala su propia naturaleza y tiene un **derecho a la existencia** y al desarrollo de la misma, según sus facultades, es decir, tiene un **derecho absoluto a su conservación.**"

CAPITULO TERCERO

DEFINICION Y ALCANCE DE LA OBLIGACION ALIMENTICIA

14. **Definición.** El Diccionario de la Lengua define la palabra alimento como "cualquier sustancia que sirve para nutrir por medio de la absorción y de la asimilación", pero, dentro de la terminología jurídica, alimento tiene un sentido más amplio, comprendiendo no sólo las sustancias que sirven para nutrir, o sea, la comida, sino también el vestido, la habitación, la asistencia médica y, tratándose de menores, la instrucción primaria y la de alguna profesión u oficio. Es por eso que, en términos generales, pueden definirse los alimentos diciendo que es la suma de dinero que una persona debe a otra para su mantenimiento y subsistencia.

15. **La mayor parte de los códigos civiles no definen los alimentos.** La mayoría de las legislaciones, siguiendo la tradición del derecho Romano¹⁷ y del Español anti-

¹⁷ Digesto. Ley 43. "La palabra alimentos comprende la comida, bebida, el adorno del cuerpo y lo que es necesario para la vida del hombre. El vestido también, dice Labeon, que se comprende en la palabra alimentos." Ley 44. "También se comprenden bajo la palabra alimentos las demás cosas de las cuales usamos para curar las enfermedades de nuestros cuerpos." Traducción que aparece en la obra de Borja, tomo V, p. 278.

guo¹⁸ no definen los alimentos, sino que se limitan a enumerar su contenido, indicando que comprenden lo necesario para el sustento, habitación, vestuario, asistencia médica e instrucción. Tal ocurre con los códigos español, portugués, uruguayo, mexicano, alemán, costarricense y argentino.

Este sistema tiene todos los inconvenientes de las enumeraciones, que limitan e imponen un cartabón inamovible. Se opone, además, a la naturaleza misma de los alimentos que varían en cada persona y en cada época.

16. El dicho de los autores en cuanto a la definición de los alimentos. En esta materia la mayor parte de los autores usan un sistema ecléctico. Definen primero los alimentos usando términos generales que comprenden todos los aspectos de la obligación y, en seguida, por vía de explicación o de ejemplo, enumeran.¹⁹

¹⁸ Ley II, Título XIX de la Partida IV. "E la manera en que deuen criar los padres a sus fijos e darles lo que les fuere menester maguer no quieran es ésta: que los deuen dar que coman, e que beuan, e que vistan, e que calcen, e lugar do moren e todas las otras cosas que les fuere menester, sin las cuales no pueden los omes biuir."

¹⁹ "Por alimentos se entiende todo lo que es necesario para la vida: la comida, la habitación, el vestido." *Pandectes Françaises*, tomo VI, p. 134.

"Con la palabra alimento se designa todo aquello que es necesario e indispensable para la vida: sustento, habitación, vestido, gastos de enfermedad." Colin y Capitant. Tomo I, p. 708.

"Por alimentos se entiende todo lo que es necesario para vivir, es decir, la alimentación, el vestido y la habitación." Bau-dry-Lacantinerie, tomo III, p. 641.

"Con la palabra alimentos se designa, en su sentido legal, todo lo que es necesario para la conservación de la vida: la comida, la bebida, el vestido, la habitación, los remedios en caso de enfermedad." Claro Solar, tomo III, p. 339.

"Se llaman alimentos las asistencias que una persona debe a otra para su mantenimiento y subsistencia, o sea, para comida, bebida, vestuario, habitación y recuperación de la salud." Alesandri. Apuntes de su clase, tercer año, p. 181.

17. **El sistema del Código Civil chileno.** El Código Civil de nuestro país que en materia de alimentos innovó en muchos puntos con respecto a las legislaciones de la época, no enumeró los objetivos de la obligación alimenticia, sino que, al hacer en el artículo 323 la distinción entre alimentos necesarios y congruos, indirectamente fijó su alcance y definió la obligación.

Son alimentos congruos, dice la ley, "los que habilitan al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social" y, necesarios, "los que le dan lo que basta para sustentar la vida." "Los alimentos sean congruos o necesarios, comprenden la obligación de proporcionar al alimentario, menor de 21 años, la enseñanza primaria y la de alguna profesión u oficio."

Vemos que el único objetivo señalado en forma expresa por el legislador chileno es la educación. Don Andrés Bello quiso de esta manera equiparar la importancia de la conservación de la vida física a la del desarrollo intelectual y moral del ser y evitar toda duda de que los costos de la educación no pudieran estar comprendidos dentro de los alimentos, ya que en el derecho francés la obligación alimenticia y el deber de atender a la educación de los hijos se consideraban como instituciones jurídicas distintas y separadas.

El procedimiento del legislador chileno es indudablemente el mejor, pues conjuntamente con evitar omisiones —peligro de la enumeración— deja la posibilidad de comprender otros objetivos, ya que, aunque las necesidades mínimas de vida son constantes, es indudable que las exigencias de higiene, de confort, de salud y de cultura han ido aumentando y seguirán aumentando con el progreso de la sociedad.

18. **Alimentos congruos y alimentos necesarios.** Tomando en cuenta la mayor o menor responsabilidad que un ser tiene respecto de otro, el legislador ha querido que en unos casos se otorgue alimentos en proporción a las

necesidades mínimas de vida del alimentario y, en otros, se satisfagan esas mismas necesidades de acuerdo con la posición social del mismo, aunque siempre con modestia. Estas distintas medidas constituyen respectivamente los alimentos necesarios y congruos que corresponden a los alimentos naturales y civiles del derecho español.

A propósito de esta clasificación, se ha suscitado entre Claro Solar y Borja una disputa que es más formal que de fondo y que deriva, a mi juicio, del hecho de no haber Borja usado términos exactos en la formulación de su pensamiento.

En efecto, Claro Solar²⁰ critica a Borja²¹ la afirmación de que "la expresión alimentos necesarios no ha de emplearse en un sentido absoluto, pues comprende lo que basta para sustentar la vida, ateniéndose a la **posición social del alimentario**".

Así planteada la cuestión, tiene razón Claro Solar cuando afirma que entonces no habría diferencia alguna entre los alimentos congruos y los necesarios.

Pero si el pensamiento de Borja lo estudiamos no sólo en la frase citada, sino que lo completamos y aclaramos con los casos que señala por vía de ejemplo, vemos que, en realidad, lo que Borja ha querido destacar es la relatividad y variabilidad de los alimentos.

"Los alimentos que bastan para sustentar la vida de un jornalero", dice atinadamente Borja, "no sustentarían a un hombre educado en una clase elevada y los alimentos necesarios para esa persona serían más que congruos para un jornalero." Y podría decirse aún más, los alimentos necesarios otorgados por un millonario no pueden ser iguales que los otorgados por un jornalero.

De no existir esta relatividad todas las pensiones alimenticias necesarias tendrían igual monto y hasta podría señalarse cada año, al igual de los sueldos vitales, la

²⁰ Tomo III N° 1.739, p. 342.

²¹ Tomo V, N° 181, p. 284.

suma precisa de las pensiones necesarias, y, sin embargo, si se revisaran las sentencias de un mismo año que otorgan alimentos necesarios es casi seguro que no habría una igual a la otra.

Lo que cada persona necesita como mínimo para vivir varía por una serie de circunstancias y parece ser esta idea la que quiso expresar Borja, aunque empleando una fórmula desgraciada.

Según sentencia que aparece en el tomo LXII, segunda parte, sección primera, página 305 en el caso de los alimentos necesarios no es indispensable que el que pide alimentos se encuentre en la indigencia, basta sólo que no le alcancen los medios de subsistencia que posee para sustentar la vida.

19. Alimentos que otorgan una congrua y decente sustentación y alimentos que otorgan una modesta sustentación. Al hablar de los alimentos que los cónyuges divorciados se deben, el Código Civil en sus artículos 174, 175 y 176, expresa que respecto de la mujer divorciada que no haya dado motivo al divorcio, el marido "conserva" la obligación de contribuir a su "congrua y decente sustentación" y que respecto de la que ha dado causa al divorcio, el marido debe proveerle de lo que necesite para su "modesta sustentación". Ahora, en cuanto al marido haya o no dado motivo al divorcio, si se encuentra en la indigencia, debe la mujer proporcionarle lo que necesite para "su modesta sustentación".

Hay, pues, diferencia entre los términos usados por el artículo 323 y los de los artículos 174, 175 y 176 y de ahí se ha pretendido deducir que envuelven conceptos diferentes, en forma que los alimentos que otorgan una "congrua y decente sustentación" serían más extensos que los congruos y los otorgados para una "modesta sustentación" serían más extensos que los necesarios y corresponderían a los congruos.

Se trata indudablemente de un error y tan forzada es esta interpretación que ningún autor al señalar las

distintas clasificaciones de los alimentos, ha distinguido entre alimentos de "congrua y decente sustentación" y de "modesta sustentación". En cambio, al lado de los congruos y necesarios, se señalan los voluntarios y los forzosos y los provisorios y definitivos.

Al ocuparnos en especial de los alimentos entre cónyuges divorciados estudiaremos en detalle esta interesante materia.²²

CAPITULO CUARTO

CARACTERISTICAS DE LA PRESTACION ALIMENTICIA

20. **Es un derecho patrimonial sui géneris.** El derecho de alimentos puede clasificarse entre los patrimoniales,²³ pero, en todo caso, es un derecho patrimonial sui géneris.

La necesidad de asegurar la vida física y espiritual de un ser, que es el fundamento de los alimentos, le ha impreso a este derecho características tales que lo diferencian fundamentalmente de los derechos patrimoniales ordinarios.

Hay quienes clasifican el derecho de alimentos entre los derechos de familia patrimoniales²⁴ porque dicen que es de aquellos que, emanando de las relaciones de familia, producen consecuencias pecuniarias o patrimoniales. Sin embargo, demostrado el error de señalar el vínculo familiar como fundamento de la obligación alimenticia,²⁵ no es posible aceptar esta clasificación.

²² Véanse números 101, 105 y 108 de esta obra.

²³ Capitant. *Introduction a l'étude du droit civil*, N° 90, p. 128.

²⁴ Alessandri y Somarriva. Apuntes de sus clases, 1er. año, N° 780, p. 522.

²⁵ Véase números 6 a 12 de esta obra.

A) El derecho de pedir alimentos es de orden público

21. **Concepto de orden público y consecuencias.** Sólo por excepción se estiman de orden público las leyes que se refieren a los bienes y, entre estos casos de excepción, figura el derecho de alimentos.²⁶

Como consecuencia de esta característica, el derecho de alimentos no puede renunciarse, es imprescriptible y no puede someterse a compromiso.

En realidad, parecería más lógico invertir los términos y decir que, siendo el derecho de alimentos imprescriptible, no pudiendo renunciarse y prohibiéndose la intervención de jueces árbitros en la solución de los conflictos que sobre su procedencia se susciten, debe considerarse de orden público, ya que la ley ni ha enumerado los preceptos de orden público, ni ha definido lo que debe entenderse por tal.

Las reglas de orden público se reconocen, pues, por sus efectos. Como dice Baudry-Lacantinerie, para determinar si una regla es o no de orden público hay que atender a si "presenta un carácter tal que toda contravención tenga por resultado alterar más o menos gravemente la organización general, la estructura de la sociedad."²⁷

Sección I

NO PUEDE RENUNCIARSE

22. **El derecho de alimentos no es renunciabile.** En materia de derechos patrimoniales la regla general es la

²⁶ *Pandectes Françaises*, tomo VI, Aliments, p. 166; Baudry-Lacantinerie, tomo I, N° 269, p. 245; Claro Solar, tomo III, N° 1.777, p. 376; Laurent, tomo III, N° 50, p. 75.

²⁷ Baudry-Lacantinerie, tomo I, N° 268, p. 242. Un estudio muy interesante sobre las distintas definiciones de orden públi-

de la más amplia libertad de convención: no hay obstáculo ni límite a la voluntad de las partes y el acuerdo constituye ley. Se estima que tratándose de simples intereses individuales el legislador no podría ser "más papista que el Papa".

Las reglas establecidas por la ley en el campo del derecho privado económico se han llamado **permisivas**, porque pueden ejercitarse o no, son supletorias de la voluntad de las partes y, cada cual, puede abstenerse de ejercerlas, renunciando a ellas expresamente. Los derechos patrimoniales son, pues, esencialmente renunciabiles.

Pero, en el caso de los alimentos, para que pudieran cumplirse sus fines, era indispensable prohibir su renuncia. De tal manera está ligado este principio a la naturaleza misma del derecho de alimentos, que aun en los países en que la legislación no lo ha estatuido en forma expresa, como en Francia, por ejemplo, la jurisprudencia y los autores han resuelto que, siendo los alimentos de orden público, no pueden renunciarse.²⁸

23. La legislación y jurisprudencia chilenas en relación con el principio de que los alimentos no pueden renunciarse. Entre nosotros no hay necesidad de recurrir al fundamento y naturaleza de la obligación alimenticia para aceptar que el derecho de alimentos no puede renunciarse: basta remitirse al texto del artículo 334 del Código Civil que lo establece en forma expresa.

Al discutirse ante nuestros Tribunales si podía o no revocarse el poder dado para percibir "la cuota no embargable de una mesada alimenticia", la Corte de Ape-

co puede encontrarse en la obra de don Gustavo Adolfo Holley, *De la separación de hecho o separación por autoridad privada de los cónyuges*.

²⁸ Laurent, *Principes de droit civil*, tomo III, N° 50, p. 75;

Planiol y Ripert. Tomo II, N° 62, p. 48;

Pandectes Françaises. Tomo VI, Aliments, N° 366, p. 166.

laciones de Santiago, revocando la sentencia de primera instancia que había establecido que una persona puede válidamente "obligarse a pagar una cantidad con lo que obtiene con el ejercicio del derecho de alimentos", sostuvo que ese compromiso constituía una renuncia en favor del acreedor y "que siendo nula esa estipulación, tiene derecho para revocar el poder."²⁹

24. Pacto de renuncia de alimentos entre cónyuges.

Aplicando al caso de los cónyuges los artículos 10 y 12 del Código Civil y la prohibición de renunciar al derecho de pedir alimentos contenida en el artículo 334, a que ya nos hemos referido, es indiscutible que cualquiera convención celebrada entre marido y mujer, en lo que ésta o aquél renunciaran al derecho de pedir alimentos, sería nula de nulidad absoluta por ilicitud del objeto, o sea, por versar sobre un acto prohibido por la ley, y que esta nulidad debe ser declarada aún de oficio por el juez.

25. **Pacto entre los cónyuges sobre el monto de la pensión alimenticia.** Entre nosotros, don Luis Claro Solar,³⁰ siguiendo la doctrina de Laurent,³¹ Baudry-Lacantinerie³² y otros autores franceses, ha sostenido que los arreglos pecuniarios a que llegan los cónyuges separados de hecho son nulos, por contrariar el precepto de orden público que obliga a los cónyuges a hacer vida común y que, en cualquier momento, el deudor de la pensión alimenticia, así convenida, puede suspender el pago.

Esta doctrina es indudablemente falsa y deriva, a su vez, de dos errores: el considerar nulo el pacto de separación entre cónyuges y el ligar la obligación alimenti-

²⁹ *Gaceta*, año 1872, sentencia N° 23, p. 10.

³⁰ Claro Solar, tomo III, N° 1.685, p. 291.

³¹ Laurent, *Principes de droit civil*, tomo III, N° 55, p. 78.

³² Tomo III, N° 2.131, p. 678.

cia con la obligación de vida común, como si fueran obligaciones conexas, y en forma que el incumplimiento de esta última tenga como sanción la privación de aquélla. Sobre el primer error, no voy a extenderme ya que ello me demandaría mucho espacio, me apartaría del objetivo de este trabajo y, por lo demás, ha sido tratado en forma documentadísima y completa por don Gustavo Adolfo Holley en su interesante obra **De la Separación de hecho o Separación por Autoridad Privada de los Cónyuges**; y el segundo será materia de consideración posterior.³³

Por otra parte, el pacto de alimentos entre Cónyuges lejos de contrariar las reglas de orden público, no hace sino confirmar una obligación que la ley impone en forma imperativa, cuyo cumplimiento puede exigirse ante la justicia y cuya renuncia está prohibida por la ley.

Claro está que para que tenga este pacto valor debe someterse a la aprobación judicial de acuerdo con las reglas establecidas para la transacción sobre alimentos y, de conformidad con el principio de la variabilidad de las obligaciones de esta naturaleza, pueden ser modificado más tarde, si varían los hechos en que se basó.

La Corte de Apelaciones de Santiago dio valor a un convenio sobre alimentos celebrado entre marido y mujer al fundamentar la sentencia revocatoria de la de primera instancia que negaba los alimentos, en el referido convenio y, además, en la obligación derivada de la ley, todo lo cual consta de la **Gaceta de los Tribunales** del año 1877, N° 1.319, página 672.

26. Los alimentos devengados pueden renunciarse. La irrenunciabilidad de los alimentos se refiere exclusivamente a los futuros: no a los ya devengados; éstos pierden su carácter de alimentos, para convertirse en

³³ Véanse números 135, 137, 140, 145, 152 y 173.

créditos ordinarios. Por lo demás, el artículo 336 del Código Civil, prescribe expresamente que pueden renunciarse.

Sección II

ES IMPRESCRIPTIBLE

27. Imprescriptibilidad del derecho de alimentos. Dada su naturaleza y el fin que persiguen, los alimentos no pueden prescribir.³⁴ Establecidos con el propósito de asegurar la vida de un ser, teniendo como fundamento la defensa de la vida humana, pueden reclamarse mientras subsista la indigencia o necesidad de quien los solicita.

Pero si no puede oponerse la excepción de prescripción, contra quien hace uso del derecho de alimentos, una vez fijada la pensión por sentencia o transacción no se ve el inconveniente para que puedan prescribir las ya devengadas.

El artículo 336, junto con dar a los alimentos devengados el carácter de créditos ordinarios, agrega: "sin perjuicio de la prescripción que competa al deudor".

Como la ley no ha establecido una prescripción especial, cabe aplicar la regla general del artículo 2.515 del Código Civil, o sea, que la acción ordinaria prescribe en cinco años y la ejecutiva en tres. Así lo han resuelto nuestros tribunales.³⁵

28. Breve comentario sobre la doctrina de que las pensiones alimenticias no se acumulan. La jurispruden-

³⁴ Claro Solar, Tomo III, N° 1.778, p. 377;

Somarriva. *Derecho de Familia*. Apuntes de su clase, p. 515.

³⁵ *Gaceta*, año 1884, sentencia N° 2.493, p. 1.566.

cia y los autores franceses,³⁶ no obstante no estar contemplada en la ley, han creado la doctrina de que los alimentos no pueden atrasarse o acumularse, de manera que si el favorecido con una pensión ha dejado pasar el tiempo sin cobrarla, pierde el derecho a reclamarlas en conjunto.

Constituye en el fondo una especie de prescripción especial, aunque sus sostenedores e ideadores la fundan en la suposición o presunción de que si no se han cobrado es porque el favorecido con las pensiones no las necesitaba, o sea, ha desaparecido la causa de la obligación, que es la indigencia del alimentado.

Es indudable que tal doctrina no cabe dentro de nuestro régimen legal.

Por una parte, el legislador chileno que conocía esta doctrina, no sólo no la consignó en un texto expreso, como lo hizo cada vez que quiso dejar en claro puntos de discusión entre los juristas franceses, sino que dio a las pensiones atrasadas el tratamiento de créditos ordinarios. Como dice Claro Solar,³⁷ al fundamentar su oposición a esta doctrina: "Los alimentos pretéritos pierden su naturaleza de alimentos".

Además, dentro de nuestro sistema procesal, la sentencia sobre alimentos produce cosa juzgada en cuanto puede exigirse su cumplimiento mientras no haya otra que la modifique o la deje sin efecto.

No obstante, si es inaceptable la presunción de faltar la causa, por el solo hecho de no exigirse el cumplimiento de los alimentos durante un lapso más o menos largo, no puede dejar de considerarse, por una razón de equidad, los casos en que efectivamente, con posteriori-

³⁶ Planiol y Ripert, tomo II, N° 53, p. 41;

Colin y Capitant, tomo I, p. 716;

Aubry et Rau, tomo IX, § 553, p. 171;

Demolombe, tomo IV, N° 71, p. 85.

Pandectes Françaises, tomo VI, Aliments, N° 352, p. 165.

³⁷ Tomo III, N° 1.782, p. 380.

dad al fallo, ha desaparecido la causa o fundamento de ellos, y el acreedor ha olvidado o creído innecesario obtener la modificación de la sentencia que lo obligaba.

Muchos son los casos en que puede presentarse la situación de falta de causa, pero me limitaré a dar un ejemplo en relación con la materia en estudio.

Dictada la sentencia o aprobada la transacción que concede alimentos a uno de los cónyuges, se produce una reconciliación, que restablece la vida en común y permite al cónyuge deudor de los alimentos satisfacer las necesidades del cónyuge acreedor, mediante el cumplimiento del deber de socorro, en el hogar común. Pasa el tiempo y, después de varios años, los cónyuges vuelven a separarse. Aprovechándose de la sentencia en su favor, el cónyuge acreedor reclama las pensiones en su totalidad. ¿Cómo solucionar este caso en forma equitativa, si no ha transcurrido el plazo de la prescripción y tenemos el pie forzado de que la sentencia sobre alimentos debe ser cumplida mientras no haya otra que la modifique o la deje sin efecto?

Se trata, a mi juicio, de un caso típico de enriquecimiento sin causa que daría derecho para entablar la acción correspondiente a fin de obtener la restitución de lo pagado injustamente.

Nuestros tribunales en una sentencia reciente recaída en el juicio Benucci y otros con Sinn y otros, publicada en el tomo XLIII de la **Revista de Derecho y Jurisprudencia**, segunda parte, sección primera, página 321, sienta la doctrina de que basta que desaparezcan las circunstancias que legitimaron la demanda para que cesen los alimentos, sin necesidad de un fallo judicial previo. Tal doctrina está en pugna con el principio de la cosa juzgada.

Sección III

NO PUEDEN SOMETERSE A COMPROMISO

29. **El derecho de alimentos y los jueces árbitros.** El Código Orgánico de Tribunales, reconociendo el carácter de orden público del derecho de alimentos, en su artículo 229 estatuye que, al igual que el derecho de pedir la separación de bienes entre marido y mujer, las cuestiones que versen sobre alimentos no pueden ser sometidas a la resolución de árbitros.

Aplicando el principio en estudio, que corresponde al artículo 178 de la antigua Ley Orgánica de los Tribunales, la Excm. Corte Suprema³⁸ resolvió que el partidor de una herencia carecía de jurisdicción para declarar si la obligación reconocida anteriormente por la justicia ordinaria de dar alimentos, se había extinguido o no.

A título de curiosidad, puede consultarse también la sentencia que aparece en la **Gaceta de los Tribunales** del año 1869, N° 29, página 13, en la que se reconoce pleno valor a los alimentos otorgados al hijo durante la liquidación de la sociedad conyugal de sus padres, a raíz de su separación de bienes. Cabe advertir, no obstante, que las partes no objetaron la validez de tal acuerdo.

30. **El arbitraje y los alimentos voluntarios y pensiones devengadas.** Se ha sostenido que el precepto del Código Orgánico de Tribunales que prohíbe someter a la resolución de árbitros las cuestiones que versen sobre alimentos, se refiere exclusivamente a los alimentos forzosos futuros y que no afecta a los alimentos voluntarios ni a los ya devengados.³⁹

³⁸ *Gaceta*, año 1937, 2° semestre, N° 6, p. 35.

³⁹ Patricio Aylwin Azócar. *El juicio arbitral*, p. 62.

Se argumenta que esta interpretación contribuye a armonizar las disposiciones del Código Orgánico de Tribunales con las correspondientes del Código Civil.

Pero este argumento falla por su base porque las reglas de orden público, como son las que rigen el funcionamiento del Poder Judicial, deben interpretarse a la letra, sin que se pueda ampliar o restringir sus términos a pretexto de armonizar disposiciones o, aun, de salvaguardar la equidad.

Se trata indudablemente de una omisión del legislador, pero que no puede ser salvada por el intérprete.

B) El derecho de alimentos es personalísimo

31. **Concepto y consecuencias.** Otra característica de este derecho patrimonial "sui generis" es que no puede cambiar de sujeto, de que es inseparable de su titular: nace y muere con él.⁴⁰

Como consecuencia de ser el derecho de alimentos un derecho personalísimo, los alimentos no pueden transmitirse, transferirse, embargarse, compensarse ni transigirse.

Sección I

ES INTRANSMISIBLE

32. **Distingo.** La intransmisibilidad de los alimentos hay que estudiarla desde dos puntos de vista: como derecho, o sea, en consideración al acreedor de los ali-

⁴⁰ Alessandri y Somarriva. Apuntes de su clase, tomo I, p. 521;

Somarriva. Derecho de Familia. Apuntes de su clase, p. 515; Claro Solar, tomo III, N° 1.785, p. 381;

Paulino Alfonso, tomo I, p. 620;

Pandectes Françaises, tomo VI, Aliments, N° 379, p. 167.

mentos y como obligación, o sea, en relación con el deudor de ellos.

33. La intransmisibilidad del derecho de alimentos. El derecho de alimentos, como todo derecho personalísimo, se extingue con su titular. Muerto el que tenía derecho a exigir los alimentos o el que gozaba de una pensión alimenticia, sus herederos no pueden reclamar que se continúe sirviendo la pensión.

La intransmisibilidad del derecho de alimentos viene desde el derecho romano y a él recurrían la jurisprudencia y los comentaristas franceses para establecerlo, a falta de un texto expreso.⁴¹

Nuestro Código Civil, que en materia de alimentos es muy completo, estableció en forma expresa que "los alimentos se entienden concedidos por toda la vida del alimentario" (Art. 332) y que "el derecho de pedir alimentos no puede transmitirse por causa de muerte..." (Art. 334).

34. El principio de la intransmisibilidad y las pensiones devengadas. Nuestro legislador quiso zanjar también la controversia sobre si la intransmisibilidad considerada desde el punto de vista del acreedor afectaba a las pensiones devengadas, materia de largas discusiones entre los autores franceses, y estatuyó que "las pensiones alimenticias atrasadas podrán transmitirse por causa de muerte" (Art. 336), confirmando así el principio de que las pensiones devengadas toman el carácter de un simple crédito.⁴²

35. El principio de la intransmisibilidad no excluye a los que invocan un título propio. La circunstancia de

⁴¹ Demolombe, tomo IV, N° 40, p. 38;

Planiol y Ripert, tomo II, N° 49, p. 38;

Colin y Capitant, tomo I, p. 719;

Pandectes Françaises, tomo VI, Aliments, N° 380 y sig., p. 163.

⁴² *Gaceta*, año 1876, N° 2.841, p. 1.472.

que no sea transmisible el derecho de alimentos, no obsta para que los herederos del alimentario que se encuentran en la indigencia puedan invocar un título propio para solicitar alimentos.⁴³

36. La intransmisibilidad de la obligación alimenticia, según los autores franceses. Si los jurisconsultos franceses han gastado mucha tinta a propósito de la transmisibilidad o intransmisibilidad del derecho de alimentos, el problema considerado pasivamente, o sea, respecto del deudor de los alimentos, ha dado motivo aún a mayores discusiones.

Hay autores que defienden la transmisibilidad de la obligación alimenticia en forma absoluta y amplia. Entre ellos figuran Durantón⁴⁴ y Delvincourt.⁴⁵

Hay otros autores que aceptan la transmisibilidad, pero de una manera restringida, aunque, a su vez, éstos discrepan y, mientras unos piensan que sólo puede pasar la obligación alimenticia a los herederos del alimentante cuando hubiere una sentencia judicial dictada con anterioridad a la muerte del deudor o, por lo menos, juicio pendiente;⁴⁶ otros, más liberales, sólo exigen que en el momento de la muerte del deudor se haya producido el estado de indigencia del acreedor.⁴⁷

Por último, hay otros autores, y éstos son los más, que sostienen que la obligación alimenticia no se transmite en ningún caso a los herederos del deudor.⁴⁸

⁴³ Claro Solar. Tomo III, N° 1.782, p. 379; Somarriva, Derecho de Familia, apuntes de su clase, p. 516.

⁴⁴ Tomo II, N° 407, p. 361.

⁴⁵ Tomo I, p. 92, nota 2.

⁴⁶ Ver referencias en las *Pandectes Françaises*, tomo VI, Aliments, N° 391, p. 169.

⁴⁷ Aubry et Rau, tomo IX, § 553, p. 156.

⁴⁸ Demolombe, tomo IV, N° 40, p. 38;

Laurent, *Principes de droit civil*, tomo III, N° 48, p. 71;

Planiol, tomo I, N° 686, p. 250;

Baudry - Lacantinerie, tomo III, N° 2.061, p. 628;

Planiol y Ripert, tomo II, N° 49, p. 38.

37. Lo que opinan los autores chilenos sobre el problema de la transmisibilidad de la obligación alimenticia. Si el silencio de la ley hace explicable en Francia las divergencias entre los autores, acerca de la transmisibilidad de la obligación alimenticia, éstas no se justifican sino en parte, entre nosotros. Pero tal es la influencia de la doctrina francesa en nuestro ambiente jurídico que las discrepancias señaladas han repercutido en nuestros autores y en nuestra jurisprudencia.

Así, mientras Borja⁴⁹ sostiene que "es evidente que la obligación de alimentar a ciertas personas se transmite a los herederos del alimentante" y Barros Errázuriz⁵⁰ afirma que los artículos 1.167 y 1.168 del Código Civil "establecen de una manera inequívoca la transmisibilidad de la obligación alimenticia"; Claro Solar⁵¹ declara enfáticamente que "la obligación de prestar alimentos no se transmite" y Somarriva dice que "del artículo 1.168 se desprende que no es transmisible".⁵²

38. La solución dada por el legislador chileno. La verdad es que nuestro legislador, con un criterio práctico admirable, optó por un sistema que podríamos llamar ecléctico. La obligación alimenticia no se transmite al heredero, con lo cual se respeta su carácter de derecho personalísimo, que vive con el titular y se extingue con él; pero, no perdiendo de vista su fundamento, que es el de asegurar la vida de un ser, la hace efectiva sobre la masa hereditaria, la convierte en un gravamen hereditario y ordena que se cumpla con preferencia a cualquiera otra disposición de la ley o del testador.

Esta materia ha sido tratada por el legislador, no en el título XVIII del Libro I del Código Civil, que se re-

⁴⁹ Tomo V, N° 214, p. 326.

⁵⁰ Tomo III, p. 285.

⁵¹ Tomo III, N° 1.787, p. 383.

⁵² Somarriva. Derecho de Familia, apuntes de su clase, p. 516.

fiere en especial a los alimentos, sino en el título V del Libro III que trata de las asignaciones forzosas.

Por desgracia, el artículo 1.168 que establece que "los alimentos que el difunto ha debido por ley a ciertas personas gravan la masa hereditaria", no ha sido suficientemente explícito, lo que ha permitido se traslade a nuestra jurisprudencia, como ya dijimos, las divergencias de los franceses, dando lugar a fallos contradictorios.

39. La jurisprudencia chilena al respecto. Pocas materias hay que hayan dado origen a una jurisprudencia más vacilante.

Mientras en muchos fallos se ha resuelto que para que la obligación alimenticia tenga el carácter de asignación forzosa y, por lo tanto, obligue a los herederos del deudor de los alimentos, es indispensable que hayan sido declarados por sentencia en vida del alimentante;⁵³ en otros se exige que, por lo menos, se haya ejercitado la acción antes de la muerte del mismo;⁵⁴ a un tercer grupo, le basta que la obligación alimenticia haya sido reconocida y cumplida voluntariamente por el obligado;⁵⁵ y hay un último grupo que sólo exige que hayan concurrido en vida del causante las circunstancias legales que habilitan para el ejercicio de la acción.⁵⁶

⁵³ *Gaceta*, año 1883, N° 1.290, p. 695;

Id. año 1885, N° 355, p. 192;

Id. año 1890, tomo III, N° 5.828, p. 506;

Rev. de D., tomo LIII, seg. parte, sec. 1ª, p. 211;

Id. tomo LVII, seg. parte, sec. 1ª, p. 405.

⁵⁴ *Gaceta*, año 1875, N° 668, p. 302;

Id. año 1885, N° 3.753, p. 225;

Id. año 1937, tomo II, N° 201, p. 769.

⁵⁵ *Gaceta*, año 1937, tomo II, N° 201, p. 769;

Id. año 1885, N° 355, p. 192.

⁵⁶ *Gaceta*, 1938, tomo II, N° 98, p. 457;

Id. 1922, tomo II, N° 201, p. 843;

Id. 1881, N° 1.468, p. 861.

Es indudable que la interpretación del último grupo de sentencias es la más acertada: primero, porque está de acuerdo con el texto legal, ya que el artículo 1.168 habla de "los alimentos que el difunto ha debido por ley" y no de aquéllos a que haya sido condenado por sentencia judicial; segundo, porque esta interpretación que es la más liberal, concuerda mejor con el fundamento de la obligación alimenticia; y, tercero, porque armoniza con las reglas sobre partición de los bienes hereditarios. Si los alimentos gravan la masa de la herencia es indispensable que este gravamen se conozca antes de que se realice la partición y antes de que los bienes que la forman puedan desaparecer.

Muy atinadamente, nuestros Tribunales, en el caso de una hija natural que después de la muerte de su padre pierde a su marido y cae en la indigencia, rechaza su petición de alimentos dirigida contra los herederos de aquél, en mérito de que son asignaciones forzosas que gravan la masa hereditaria "sólo aquellas que el difunto ha debido por ley al tiempo de abrirse la sucesión".⁵⁷

Sección II

ES INTRANSFERIBLE

40. **La no transferibilidad del derecho de alimentos deriva de su propia naturaleza.** Si el derecho de alimentos tiene por finalidad asegurar a una persona los elementos indispensables para la vida, es lógico que se estime inalienable, pues si se pudiera ceder se burlaría este propósito. Por eso dice Aubry et Rau, que la cesión "neutralizaría los resultados que quiso obtener el legislador".⁵⁸

⁵⁷ *Gaceta*, año 1880, N° 103, p. 64.

⁵⁸ Tomo V, párrafo 359, p. 192.

El Código Civil francés, que se ocupó de los alimentos de manera muy sumaria, no resolvió en forma expresa si podían o no cederse, dando lugar a agrias discusiones entre los autores y a una jurisprudencia dispar.

Pero aun a falta de texto legal se ha ido imponiendo la doctrina de la no cesibilidad del derecho de alimentos.⁵⁹

41. La legislación y la jurisprudencia chilenas. Nuestro legislador, que estaba seguramente al cabo de las discusiones entre los franceses, nos evitó toda duda e incertidumbre, estableciendo en el artículo 334 del Código Civil que el derecho de pedir alimentos no puede "venderse o cederse de modo alguno".

En consecuencia los contratos o convenios por los cuales se cediera a título gratuito u oneroso el derecho de pedir alimentos, adolecerían de nulidad absoluta, por tratarse de actos prohibidos por la ley.

En sentencia publicada en la **Gaceta de los Tribunales**, año 1872, número 23, página 10, se estampó por la I. Corte de Apelaciones de Santiago los siguientes considerandos: ... "2º que el deudor no puede ceder al acreedor la parte no embargable de una pensión alimenticia forzosa porque semejante concesión le dejaría privado de la totalidad de dicha pensión y tendería a contrariar el precepto de una disposición dictada por un propósito manifiesto de humanidad y de convivencia social; 3º que por la expresada razón el derecho de pedir alimentos no puede venderse, ni cederse en modo alguno. . ."

⁵⁹ Troplong. *De la vente*, tomo I, N° 227, p. 597;

Planiol, tomo I, N° 689, p. 251;

Baudry-Lacantinerie, tomo III, N° 2.110, p. 661;

Colin y Capitant, tomo I, p. 716;

Pandectes Françaises, tomo VI, *Aliments*, N° 397, p. 170;

Planiol y Ripert, tomo II, N° 61, p. 47.

42. **El principio de la no transferibilidad de los alimentos y las pensiones atrasadas.** Nuestro legislador aclaró, igualmente, la situación de las pensiones atrasadas, materia de discusiones interminables en el derecho francés, y dispuso expresamente que ellas podían venderse o cederse (Art. 336).

Sección III

NO ES EMBARGABLE

43. **Es un principio universal.** Para confirmar el carácter casi sagrado de la pensión alimenticia, tan sagrado como la vida misma (al interpretar las disposiciones que reglan los alimentos entre cónyuges conviene no olvidar este principio), se ha establecido en todas las legislaciones la inembargabilidad del derecho de alimentos.

44. **La no embargabilidad de los alimentos en la legislación chilena.** Nuestro Código Civil en su artículo 1.618, al enumerar los bienes no embargables, señala en su número uno a las pensiones alimenticias forzosas, en sus dos terceras partes, y los artículos 467 del Código de Procedimiento Civil del año 1902 y el 445 del Código de Procedimiento Civil de 1944, ampliaron esta exención, declarando la inembargabilidad de la totalidad de las pensiones alimenticias forzosas, o sea, de las que se deben por ley.

Muy atinadamente observa Claro Solar,⁶⁰ que la no embargabilidad protege no sólo a las pensiones fijadas por sentencia judicial sino que aun a las convenidas entre alimentante y alimentado, siempre, naturalmente, que tengan su origen en la ley y que el acuerdo de las

⁶⁰ Tomo III, N° 1.794, p. 389.

partes se limite a fijar el monto de ella. En consecuencia, sólo los alimentos voluntarios a que se refiere el artículo 337 del Código Civil podrían embargarse.

En apoyo de la interpretación a que acabamos de referirnos, puede citarse la doctrina que se deriva del fallo que aparece en la **Revista de Derecho y Jurisprudencia**, tomo XXXIX, segunda parte, sección segunda, página 33, según la cual los alimentos que se deben por ley no es preciso que la justicia los declare, puesto que su origen arranca de la ley, limitándose los tribunales a fijar su monto si hay controversia.

45. Las pensiones atrasadas y la inembargabilidad. Estima don Luis Claro,⁶¹ que las pensiones alimenticias atrasadas "que el alimentista ha dejado de percibir por cualquier causa, podrían ser embargadas por los acreedores", al parecer aplicando por analogía la regla del artículo 336 del Código Civil, ya que empieza diciendo: "Lo mismo que en el caso de renuncia o transmisión..."

Se trata indudablemente de un error. El Código de Procedimiento Civil establece la no embargabilidad de "las pensiones alimenticias forzosas", sin hacer distinción entre las pensiones futuras o las ya devengadas y es sabido que las reglas de procedimiento deben interpretarse restrictivamente. La regla de hermenéutica según la cual donde existe la misma razón debe haber la misma disposición, o sea, la regla de interpretación por analogía no cabe en el derecho procesal.

Sección IV

NO PUEDE COMPENSARSE

46. Esta característica deriva del fundamento del derecho de alimentos. Los mismos que sostienen que es

⁶¹ Tomo III, N° 1.793, p. 388.

el vínculo familiar el fundamento del derecho de alimentos, al referirse a la incompensabilidad de los alimentos, no pueden dejar de reconocer que es una consecuencia del hecho de que haya sido establecido "para la conservación de la vida",⁶² con lo cual se contradicen y ponen de manifiesto su error.

Es pues, en cumplimiento de los fines para que fue creada la obligación alimenticia, que los juristas y los legisladores han consagrado el principio de que la deuda alimenticia no puede compensarse.⁶³

47. El texto legal chileno. Dos son las disposiciones de nuestro Código Civil que aseguran al alimentario el que no se le pueda alegar compensación, por tener él, a su vez, una deuda con el alimentante. Una está contenida en el título de "Los Alimentos que se deben por ley a ciertas personas", que dice: "El que debe alimentos no puede oponer al demandante en compensación lo que el demandante le deba a él" (Art. 335) y, la otra, en el título que trata especialmente "De la compensación" en cuyo texto se expresa: "Tampoco podrá oponerse compensación a la demanda de indemnización por un acto de violencia o fraude, ni a la demanda de alimentos no embargables (inciso final del artículo 1.662).

48. Las pensiones atrasadas pueden compensarse. En Francia el principio de que las pensiones alimenticias no pueden compensarse se ha aplicado en forma tan estricta que aún se extiende a las pensiones atrasadas.⁶⁴

Entre nosotros, desgraciadamente, el legislador optó por considerar compensables las pensiones alimenticias

⁶² Claro Solar, tomo III, N° 1.796, p. 389.

⁶³ Demolombe, tomo IV, N° 78, p. 96;

Aubry et Rau, tomo IX, párrafo 553, p. 172;

Colin y Capitant, tomo I, p. 716;

Planiol, tomo I, N° 688, p. 251;

Planiol y Ripert, tomo II, N° 60, p. 47.

⁶⁴ *Pandectes Françaises*, tomo VI, *Aliments*, N° 444 bis, p. 175.

atrasadas (Art. 336), con lo cual dio un arma poderosa al deudor de alimentos de mala fe, quien puede atrasar el pago de las pensiones para alegar, en seguida, la compensación.

Borja,⁶⁵ en su comentario al artículo 336 del Código Civil, pretende que la dificultad que señaló en el párrafo anterior, se evita precisando en qué consisten las pensiones alimenticias atrasadas. Según él, no se estiman como pensiones atrasadas las que corren desde la fecha de la demanda hasta la sentencia, en los casos en que no se hubiere dado lugar a los alimentos provisionales y, sólo tendrían tal carácter, las que se devenguen después de dictada la sentencia, sin que el alimentario exigiere su cumplimiento.

Pero aun aceptando la interpretación de que para que existan pensiones atrasadas es indispensable que una sentencia a firme declare la obligación alimenticia, lo que, por lo demás, la ley no establece en forma clara, sino que se desprende del artículo 331, esta solución obliga al alimentario a iniciar la acción de apremio mes a mes, si el alimentante de mala fe retarda el pago de la pensión a objeto de alegar la compensación.

Lo dicho se comprueba en forma palmaria con el caso de que da constancia la sentencia N° 1.308, publicada en la **Gaceta de los Tribunales** correspondiente al año 1899, tomo II, página 1.078, en la que la I. Corte de Valparaíso, en mérito de lo dispuesto en el artículo 336, tuvo que acoger el pago por compensación de unas pensiones alimenticias atrasadas, no obstante constar que existían tres expedientes ejecutivos en los que se había cobrado sucesivamente las pensiones desde que se dictó la resolución sobre alimentos.

En sentencia N° 70 de la **Gaceta de los Tribunales** del año 1884 que corre a fojas 61 se declaró que la compensación entre las pensiones atrasadas y lo que el alimentario debía al alimentante se operaba por el sólo

⁶⁵ Tomo V, N° 222, p. 338.

ministerio de la ley, aún sin la voluntad de los deudores, de acuerdo con el artículo 1.656 del Código Civil.

Otros casos en que se ha discutido sobre la compensación de pensiones alimenticias atrasadas, se encuentran en la **Gaceta de los Tribunales** de los años 1890, N° 1.308, página 1.708, y 1882, N° 2.829, página 1.581.

Sección V

LIMITACIONES A LA TRANSACCION SOBRE ALIMENTOS

49. **No hay libertad para transigir.** Ningún valor tendrían las reglas que prohíben la renuncia, cesión, embargo y compensación de los alimentos, si mediante una transacción éstas pudieran ser burladas. Nuestro legislador, cuidadoso como el que más en asegurar los fines de la obligación alimenticia, destina un artículo dentro del título que trata en especial "De la Transacción", el 2.451, para reglamentar la transacción sobre alimentos futuros. De conformidad a este artículo, el acuerdo de las partes para poner fin a un juicio de alimentos o para precaver un juicio eventual de esta naturaleza, no vale sin aprobación judicial;⁶⁶ y el juez no podrá aprobarla si en ella se contraviene a lo dispuesto en los artículos 334 y 335, o sea, si importan una renuncia, venta, cesión o compensación del derecho de alimentos.

En otras palabras, la transacción sólo puede tener por objeto: fijar el monto de la pensión, su forma de pago, sus cauciones u otro acuerdo accesorio y el papel del juez se limita a velar para que no se burlen las prohibiciones de la ley y se garantice la subsistencia del alimentario.

⁶⁶ Gaceta Jurídica, año 1983, N° 33.
Fallos del Mes, año 1973-74, N° 178.

50. **Valor de la transacción sobre alimentos.** La regla del artículo 2.460 del Código Civil según la cual “la transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia”, se aplica plenamente a la transacción sobre alimentos. Nuestros tribunales así lo han resuelto en diversas oportunidades. En las sentencias publicadas en la **Gaceta de los Tribunales** del año 1922, N° 17, página 91 y del año 1879, primer semestre, N° 1.367, página 939, se dice expresamente que la transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia y, en la segunda además se hace referencia al artículo 2.460; en sentencia de la **Gaceta** del año 1889, primer semestre, N° 1.263, página 844, se expresa que la transacción “equivale a una sentencia obtenida en juicio contradictorio de alimentos”; y en la publicada en la **Gaceta** del año 1883, N° 3.051, página 1.704, se usa la fórmula de que la transacción “importa un fallo judicial”.

Pero cualesquiera que sean los términos de la transacción no hay que perder de vista el que ella no puede tener más valor que el de una sentencia sobre alimentos y queda, por tanto, sujeta a la posibilidad de ser modificada por circunstancias sobrevinientes, ya que, como veremos en seguida, la prestación alimenticia es esencialmente variable.⁶⁷

51. **La transacción sobre pensiones atrasadas.** Las limitaciones a la transacción sobre alimentos se refieren exclusivamente a los futuros. Nada obsta para que pueda transigirse libremente sobre pensiones ya devengadas. Así se desprende de los términos del artículo 2.451 del Código Civil.

52. **Pacto extrajudicial sobre alimentos.** No hay uniformidad en nuestra jurisprudencia en cuanto al valor de los pactos extrajudiciales sobre alimentos.

⁶⁷ Véanse N° 58, 59 y 60.

Gaceta Jurídica, año 1984, N° 45.

En el caso de una demanda de alimentos de la mujer en contra del marido que se fundaba en un contrato privado suscrito entre ambos, contrato al cual no se solicitó la aprobación judicial, el Cuarto Juzgado de Letras de Mayor Cuantía de Santiago, desconoció el mérito de dicho acuerdo (**Revista de Derecho y Jurisprudencia**, tomo L, sección segunda, página 64).

En el mismo sentido se pronunció la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia publicada en la **Gaceta Jurídica**, año 1983, N° 33, negando la validez de un convenio privado sobre alimentos sin que se hubiese solicitado la aprobación judicial exigida por el artículo 2.451 del Código Civil.

En cambio, la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 16 de noviembre de 1962, ratificada por la Excma. Corte Suprema al rechazar la queja interpuesta en su contra, sostuvo que el pacto extrajudicial referente a alimentos para hijos menores "es lícito, no solemne, ya que la ley no exige que lo sea" y que la ley "determina la competencia de los jueces de letras de menores para conocer de las demandas de alimentos de menores, no distinguiendo entre alimentos futuros y devengados, no procediendo por tanto, que el tribunal entre a discriminar al respecto" (**Revista de Derecho y Jurisprudencia**, tomo LX, sección primera, página 15).

Lo indudable es que, siendo el pacto extrajudicial una transacción, ya que tiene por objetivo evitar un litigio eventual, es ineludible la aplicación del artículo 2.451 del Código Civil que exige la aprobación judicial, sin la cual el pacto es nulo de nulidad absoluta.

No obstante, como los jueces de menores están facultados para apreciar en conciencia la prueba, el pacto podría considerarse como "fundamento plausible" para aceptar la demanda y fijar el monto de los alimentos.

C) La prestación alimenticia no es solidaria ni indivisible

53. **Orden de prelación entre los obligados a dar alimentos.** Nuestro legislador no sólo fijó con precisión las

personas sobre que pesa la obligación alimenticia (Art. 321), sino que, seguramente informado de las dificultades surgidas en el derecho francés, por falta de reglamentación, señaló en el artículo 326 el orden en que cabe exigirlos. Este orden es el siguiente:

1º Al donatario;

2º Al cónyuge;

3º A los ascendientes legítimos, a los padres naturales, a los padres ilegítimos, según el título XIV del Libro I y a los hijos ilegítimos respecto de su madre, según el inciso 2º del artículo 291;

4º A los descendientes legítimos y a los hijos naturales; y

5º A los hermanos legítimos.

No cabe dentro de los estrechos límites de este estudio objetar la equidad de la escala fijada por el legislador. Sólo podríamos adelantar que, por lo menos, en parte, son justificadas las críticas de Borja.⁶⁸

El mismo artículo 336, poniéndose en el caso de que haya varios ascendientes o descendientes, resuelve que la obligación pesa sobre los de grado más próximo.

La ley ha establecido, pues, un orden estricto de prelación entre los obligados a dar alimentos y sólo en caso que los de grado preferente falten o se hallen imposibilitados para proporcionarlos puede recurrirse a los de grado inferior o, como dice textualmente el artículo 326, "sólo en caso de insuficiencia del título preferente podrá recurrirse a otro". Sobre lo que se entiende por insuficiencia del título preferente pueden consultarse las siguientes sentencias: **Revista de Derecho**, tomo XXXVII, segunda parte, sección primera, página 754; **Revista de Derecho**, tomo IV, segunda parte, sección primera, página 465; y **Gaceta de los Tribunales**, año 1930, N.º 6, página 30.

⁶⁸ Tomo V, N.os 194 al 200, pp. 296 y siguientes.

54. **Caso en que existan varias personas obligadas a dar alimentos en el mismo grado.** Pero aun fijado el orden de prelación, a que nos hemos referido en el número anterior, la circunstancia de que puedan existir varias personas en el mismo grado, hace surgir interrogantes que el legislador pudo haber disipado con una reglamentación más estricta, ya que no podía ignorar las divergencias que esta circunstancia suscitó entre los autores y la jurisprudencia franceses, a menos que, acogiéndose a la opinión de Demolombe,⁶⁹ pensara que era imposible fijar al respecto reglas absolutas y que era preferible guardar silencio a fin de que quedara entregado a la prudencia del juez.

Si así hubiera sido, resultaría inexplicable que se suprimiera del proyecto de Código Civil de 1853 la disposición que entregaba en forma expresa al juez la distribución de los alimentos "atendiendo a las circunstancias particulares de cada deudor" cuando eran "varios los inmediatamente obligados" (Art. 372 del Proyecto de Código Civil).

¿La exclusión de este precepto significa el rechazo de la idea contenida en él o se hizo por estimarlo redundante ya que, en otras disposiciones se expresaba que para fijar la pensión debía tomarse en cuenta las facultades del deudor y sus circunstancias domésticas y, de ser varios los deudores, es indudable que la situación de hecho puede ser diferente?

Don Luis Claro Solar⁷⁰ cree que la disposición del artículo 372 del Proyecto fue suprimida por redundante.

Pero, en todo caso, este estado de cosas da margen para que revivan entre nosotros las discusiones que sobre esta materia se ha suscitado entre los jurisconsultos franceses.

⁶⁹ Tomo IV, N° 63, p. 74.

⁷⁰ Tomo III, N° 1735, p. 336.

55. **El dicho de los autores franceses acerca de si la prestación alimenticia es o no solidaria o indivisible.** Sostenían unos, fundándose en que la obligación alimenticia es solidaria o indivisible, o solidaria e indivisible a la vez, que el acreedor de alimentos podía dirigirse contra uno sólo de los deudores, sin perjuicio de que este último pudiera, a su vez, exigir a los demás obligados su contribución o cuota.⁷¹

Otros, por el contrario, negaban la solidaridad e indivisibilidad alegando que la solidaridad no se presume y sólo existe en los casos expresamente previstos por la ley. Que, tampoco, la obligación alimenticia puede estimarse indivisible, ya que su objeto —una suma de dinero— es esencialmente susceptible de división.⁷²

Hay, por fin, un tercer grupo de tratadistas que sostienen que el discutir si la obligación alimenticia es o no solidaria o indivisible significa plantear mal el problema, porque no se trata de un principio de derecho, sino de una cuestión de simple hecho.

Cuando se deben alimentos por varias personas no hay una obligación que puede dividirse entre varios, sino tantas obligaciones como deudores de alimentos. Existiendo varios obligados, se reparte la obligación alimenticia, no porque la deuda sea divisible, sino porque pudiendo el acreedor obtener alimentos de otra persona, disminuyen sus necesidades y esta situación de hecho debe ser considerada por el juez.⁷³

56. **La solución para nuestro país.** Los argumentos de los autores franceses en contra de la solidaridad e indivisibilidad de la obligación alimenticia, son valederos

⁷¹ Ver referencias en *Pandectes Françaises*, tomo VI, *Aliments*, N.os 511 al 513, p. 181.

⁷² Laurent, *Principes de droit civil*, tomo III, N° 67, p. 92. Demolombe, tomo IV, N° 63, p. 70.

⁷³ Planiol y Ripert, tomo II, N° 55, p. 43.

Aubry et Rau, Tomo IX, § 553, nota 18, p. 161.

en nuestro país en mérito del texto expreso de los artículos 1.511 y 1.524 del Código Civil, y han sido acogidos por Claro Solar⁷⁴ y Borja.⁷⁵

Pero, es indudable, que la fórmula de Planiol y Ripert se adapta perfectamente a los términos de nuestro Código Civil y, sobre todo, da una solución práctica al problema.

Entablada la demanda en contra de todos sobre los que pesa la obligación alimenticia, el juez, aplicando la regla del artículo 329 del Código Civil, que prescribe que en la tasación de los alimentos se deberán tomar en cuenta las facultades del deudor y sus circunstancias domésticas, fijará el monto de la contribución de cada cual, pudiendo hasta exonerar a alguno de la carga si de las circunstancias de hecho resultare que por sus medios de fortuna o sus cargas de familia, no pudiere pagar alimentos.

Si el deudor se dirige en contra de uno solo o no se dirige contra todos, el demandado o demandados pueden, fundándose en el artículo 330 del Código Civil, solicitar que al fijar el monto de la pensión se tome en cuenta los recursos que el alimentario puede obtener de otras personas.

57. Caso de alimentantes del mismo grado. Hasta la publicación de la primera edición de esta obra, no se había planteado ante los Tribunales el alcance correcto del inciso sexto del artículo 326 del Código Civil que dispone que "entre varios ascendientes o descendientes debe recurrirse a los de próximo grado", para el cumplimiento de la obligación alimenticia que les impone el artículo 321 del mismo cuerpo legal.

Indudablemente que si los ascendientes o descendientes son de distinto grado, como sería el caso de padres y abuelos, o de hijos y nietos que existieran al tiem-

⁷⁴ Tomo III, N° 1736, p. 336.

⁷⁵ Tomo V, N° 202, p. 302.

po de interponerse la demanda, no cabe discutir cuáles son los de grado más próximo.

No obstante el problema se suscita cuando dichos ascendientes o descendientes del mismo grado son varios, por ejemplo, abuelo paterno y abuelo materno; varios hijos o si éstos faltan, varios nietos.

¿Cómo deben resolverse estos casos?

La jurisprudencia de nuestros Tribunales en este aspecto no ha sido uniforme.

Por sentencia de 14 de noviembre de 1947, la Corte de Apelaciones de Chillán, revocó un fallo del Juzgado de San Carlos y negó lugar a la demanda de alimentos deducida por una hija y sus nietas, en contra del padre y abuelo de éstas respectivamente, don Jovino Parada, sosteniendo lo que sigue:

“6º) Que de acuerdo con los principios legales señalados anteriormente (artículos 326 y 321 del Código Civil), la obligación de prestar alimentos en el presente caso corresponde en primer término a don Hernán Ortiz, que es cónyuge de doña Basilia Dominga Parada y padre legítimo de Basilia Dominga y Mirtha Ortiz Parada, y en segundo término a don Camilo Ortiz que es abuelo de las últimas por la línea paterna y, en modo alguno, al demandado señor Parada, toda vez que esta conclusión se conforma rigurosamente a la prelación estatuida en el ya citado artículo 326 del Código Civil y a lo dispuesto en el penúltimo inciso del citado precepto, pues en el orden ahí establecido figura el cónyuge como primer obligado respecto de su mujer y los ascendientes legítimos de grado más próximo. respecto de los descendientes legítimos, por manera que la acción han debido dirigirla los alimentarios contra don Hernán Ortiz o contra don Camilo Ortiz, y no contra don Jovino Parada como se ha hecho.”

La doctrina que sustenta este fallo se basa en que como don Hernán Ortiz representante legal de su mujer doña Basilia Parada y de sus hijas Basilia y Mirtha Ortiz

Parada es quien demanda, debe hacerlo en contra del abuelo paterno de éstas don Camilo Ortiz, dado que se halla en grado de parentesco más próximo que el abuelo materno don Jovino Parada, respecto a los nietos comunes.

Contra esta decisión de la Corte de Chillán, se interpuso casación de fondo, y la Excma. Corte Suprema, si bien rechazó el recurso en razón de que las infracciones aducidas no tendrían influencia en lo dispositivo del fallo, la invalidó de oficio, en mérito de la siguiente consideración:

“4º) Que el fallo recurrido en sus considerandos 6º por una parte, y 11 y 12 por la otra, ya trascritos en la parte expositiva y que son fundamentos esenciales del mismo, afirma que el abuelo paterno se halla en un grado de parentesco más próximo que el abuelo materno respecto a los nietos comunes; . . . pero la sentencia omite las consideraciones de derecho que habrían sido indispensables para demostrar los asertos contenidos en los considerandos citados que acaban de resumirse”. (**Revista de Derecho y Jurisprudencia**, Tomo XLVI, segunda parte, sección primera, página 762.)

Años después de pronunciada esta sentencia, la Excma. Corte Suprema, ratificó su doctrina, resolviendo un Recurso de Queja el 21 de diciembre de 1971. Sostuvo en esa oportunidad este Tribunal que la obligación alimenticia conjunta que, a falta o por insuficiencia de los padres, pasa a los abuelos legítimos por una y otra línea no debe necesariamente ser ejercida simultáneamente en contra de todos los deudores. Cada deudor está obligado a su parte o cuota en la deuda y no a la totalidad. Agrega este fallo que demandado en consecuencia uno de los abuelos no puede pretender que, por estar conjuntamente obligados todos los abuelos, deba paralizarse o suspenderse el juicio hasta que la demanda se dirija simultáneamente en contra de todos ellos, sin perjuicio del derecho del alimentante para alegar la existencia de otros ascendientes de su grado y que deben

regularse los alimentos que se le exigen en relación a las facultades de todos los obligados conjuntos. (**Revista de Derecho y Jurisprudencia**, Tomo LXVIII, segunda parte, sección primera, página 388.)

A pesar de esta doctrina de la Excma. Corte Suprema, una de las Salas de la Corte de Apelaciones de Santiago, resolvió con fecha 6 de agosto de 1981 lo siguiente:

"10) Que de las disposiciones legales citadas anteriormente (artículos 326 y 321 del Código Civil), se desprende que la demanda de alimentos de autos debió dirigirse en primer lugar en contra del padre legítimo de los menores y cónyuges de la demandante y una vez comprobada la incapacidad económica de él, debió haberse interpuesto además, contra los abuelos legítimos por una y otra línea, pero conjuntamente en contra de todos ellos, cosa ninguna de las cuales ha sucedido en la especie, puesto que no se ha comprobado la incapacidad económica del padre legítimo y porque se ha demandado conjuntamente con él a uno sólo de los abuelos legítimos sin hacer mención a los abuelos de la rama materna". (**Revista de Derecho y Jurisprudencia**, Tomo LXXVIII, segunda parte, sección segunda, página 84.)

Parece ajustada a Derecho la interpretación y alcance que nuestra Corte Suprema ha dado al inciso sexto del artículo 326 del Código Civil, ya que la obligación alimenticia que recae sobre varios ascendientes o descendientes de igual grado, es conjunta, pero perfectamente divisible. De ahí que si se demanda a uno de estos ascendientes o descendientes, y éste en su defensa esgrime el hecho de que existen simultáneamente otros de su mismo grado y prueba las facultades económicas de estos otros, el Tribunal deberá tener en consideración este antecedente al regular el monto de los alimentos.

Un problema similar a éste de los alimentantes abuelos se presenta cuando el título invocado es el del N° 8 del artículo 321 del Código Civil, esto es cuando se demanda a un hermano, coexistiendo al mismo tiempo otros de igual parentesco.

El artículo 326 que es el que proporciona la norma sobre los abuelos, nada indica acerca del caso de varios hermanos. Hay que recordar que los hermanos son colaterales, y no ascendientes o descendientes del alimentario.

Somos de opinión que si el alimentario demanda a uno sólo de sus hermanos, y los otros tienen facultades económicas para proporcionarle auxilios, hecho este acreditado en el juicio, debe aplicarse por analogía el mismo principio que rige respecto a los varios ascendientes y descendientes, es decir el Tribunal debe tomar en cuenta estos elementos para fijar el monto de la pensión, por tratarse de una obligación conjunta y divisible.

D) Variabilidad de la obligación alimenticia

58. Es variable en cuanto a su monto y a su duración. La variabilidad de la obligación alimenticia es una de las características más típicas de esta institución jurídica, y se refiere no sólo a su cuantía o extensión sino que, también, al tiempo o duración.

El Código Napoleónico expresa en su artículo 208: "Los alimentos no se conceden sino en proporción a las necesidades del que los exige y de las facultades del que los debe", síntesis realmente feliz, que recalca la relatividad de las pensiones alimenticias.

Nuestro Código no fue tan gráfico, pero precisó y reglamentó en detalle lo relacionado con la cuantía de la pensión alimenticia. De los artículos 323, 329 y 330 se desprende que para fijar el monto de la pensión alimenticia, el juez tiene que tomar en cuenta los siguientes elementos:

- a) Las necesidades del alimentario;
- b) Los medios de subsistencia con que cuenta el alimentario;

- c) Las facultades del alimentante; y
 d) Las circunstancias domésticas del alimentante.⁷⁶

Es decir, el juez tiene que partir de situaciones de hecho que varían en cada caso y que son susceptibles de variar aun entre las mismas personas. Por eso, la relatividad de la pensión no sólo afecta a la cuantía de ellas, sino que a su duración y el artículo 332 expresa que "los alimentos que se deben por ley se entienden concedidos por toda la vida del alimentario, **continuando las circunstancias** que legitimaron la demanda".

En consecuencia, si fijada la pensión alimenticia varían las circunstancias de hecho, puede pedirse su reducción o supresión,⁷⁷ de la misma manera que podría pedirse su aumento.⁷⁸

Sobre la materia parece de interés destacar dos fallos de nuestros tribunales: la sentencia de la Corte Suprema, de 31 de diciembre de 1945, publicada en el Tomo XLIII, segunda parte, sección primera, página 321 de la Revista de Derecho y Jurisprudencia que establece la doctrina que la obligación alimenticia subsiste sólo mientras existan las circunstancias que legitimaron la demanda, sin

⁷⁶ Sobre regulación del monto de los alimentos:

Gaceta Jurídica, año 1984, N° 49.

Id., año 1984, N° 54.

Id., año 1985, N° 55.

Id., año 1985, N° 57.

Id., año 1985, N° 59.

⁷⁷ Gaceta de los T., año 1869, p. 48.

Id., año 1978, p. 138.

Id., año 1978, p. 529.

Id., año 1896, tomo I, p. 1.306

Gaceta Jurídica, año 1984, N° 53.

Revista de Jurisprudencia, año 1984, N° 13.

⁷⁸ Gaceta de los T., año 1889, Tomo I, p. 1.025.

Id., año 1894, p. 842.

Id., año 1902, tomo I, p. 1.249.

Id., año 1915, tomo II, p. 1.470.

Revista de D. y J., tomo LX, segunda parte, sección primera, p. 298.

necesidad de un fallo judicial previo; y la sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena de 28 de marzo de 1984, que aparece en la Revista de Jurisprudencia del año 1984, número 10, que resuelve que el hijo legítimo no pierde el derecho de pedir alimentos congruos a su padre por el solo hecho de llegar a la mayor edad.

59. **La variabilidad de los alimentos y la cosa juzgada.** La circunstancia de que las sentencias sobre alimentos no sean inamovibles, en forma que puede dictarse un nuevo fallo, distinto del anterior, si cambian los hechos que sirvieron de fundamento al primero, ha contribuido para que se diga, impropiaamente a mi juicio, que las resoluciones judiciales sobre alimentos no producen cosa juzgada, o, en otras palabras, de que "no puede oponerse la excepción de cosa juzgada a las demandas que entre las mismas partes tengan por objeto alterar la situación existente en un momento dado en virtud de un fallo que está produciendo sus efectos."⁷⁹

Esta afirmación parece ser errada.

Así, si por sentencia firme se establece que no proceden los alimentos, porque el que los cobra no es de las personas enumeradas en el artículo 321 del Código Civil o que ha cometido injuria atroz en contra del demandado, no podría renovarse la acción de alimentos y, de instaurarse, cabría oponer la excepción de cosa juzgada.

La doctrina anterior fue aplicada por el juzgado y la I. Corte de Valparaíso en sentencia publicada en la **Gaceta de los Tribunales**, año 1903, tomo I, N° 151, página 175. En efecto, se acogió, tanto en primera como en segunda instancia, por haber identidad de objeto, de persona y de causa de pedir, la excepción de cosa juzgada opuesta por doña Bernarda Flores en contra de doña Mercedes Salinas, hermana de su difunto marido, que le cobraba alimentos, no obstante haberse fallado el año

⁷⁹ Claro Solar, tomo III, N° 1.763, p. 366.

anterior, rechazándose, un juicio idéntico, entre las mismas partes y fundado en las mismas razones.

También hace referencia a la fuerza de cosa juzgada de los fallos sobre alimentos, la sentencia N° 279 de la **Gaceta de los Tribunales** correspondiente al año 1891, que aparece en la página 131.

Las sentencias sobre alimentos no sólo producen cosa juzgada en cuanto resuelven problemas legales, o sea, en cuanto resuelven si el demandante es o no titular del derecho de alimentos o, si siéndolo, ha perdido su derecho por una causa prevista por la ley, también producen cosa juzgada respecto de los hechos anteriores al fallo que no fueron invocados, y respecto de los invocados si ellos no han variado.

Muchos son los casos en que nuestros tribunales se han negado a modificar lo resuelto, por no haber variado las circunstancias de hecho. Pueden citarse los siguientes:

Gaceta, año 1869, N° 29, página 13;

Gaceta, año 1880, N° 149, página 92;

Gaceta, año 1880, N° 1.598, página 1.126;

Gaceta, año 1883, N° 3.128, página 175;

Gaceta, año 1899, 2° semestre, N° 952, página 762.

Pero, como los alimentos se cumplen hacia el futuro, que es en sí incierto, el legislador ha tenido que ponerse en el caso de que varíen las circunstancias en que se fundó la sentencia y, por una razón de equidad, ha tenido que abrir la puerta para que, de acuerdo con la nueva situación de hecho, pueda dictarse un nuevo fallo que, a su vez, está expuesto a ser reemplazado por otro; y así sucesivamente.

Por eso, si después de dictado un fallo, cambian las facultades del alimentante o sus circunstancias domésticas, varían las necesidades del alimentario o terminan, ya sea por llegar a la edad en que se hace apto para el trabajo, recupera la salud o adquiere bienes en cualquier forma, puede entablarse una nueva acción para que en

una nueva sentencia se establezca o suprima la pensión, se aumente o disminuya la anterior.

No constituye, esto último, una violación de las reglas de la cosa juzgada, como no podría constituirlo si en un caso, por ejemplo, también de cumplimiento hacia el futuro, como sería el de un arrendamiento, se interpusieran demandas sucesivas de terminación de arrendamiento por falta de pago de las rentas, pero fundadas en el incumplimiento de períodos de pago distintos.

En realidad, los dos efectos de la cosa juzgada tienen lugar plenamente en el caso de las sentencias ejecutoriadas de alimentos: el favorecido con ella tiene acción para exigir su cumplimiento forzado y cualquiera de las partes puede oponerla como excepción, para evitar que se discuta el mismo asunto sobre **los mismos hechos**.

Pero, si varían los hechos, falta uno de los requisitos para la procedencia de la cosa juzgada: la identidad de causa de pedir. En tal caso, la excepción de cosa juzgada no puede oponerse, porque la nueva acción, fundada en hechos nuevos sobrevinientes, tiene una causa de pedir distinta de la del juicio anterior. No se trata de modificar o reformar lo ya fallado, aunque en la práctica sea ese el resultado, sino de dictar una nueva sentencia fundada en nuevos antecedentes jurídicos o de hecho.⁸⁰ Pero mientras no exista un nuevo fallo, la resolución produce pleno efecto y puede exigirse su cumplimiento, que es una de las consecuencias de la cosa juzgada.

Es, pues, indudablemente errada la doctrina sustentada en el fallo que aparece en la **Revista de Derecho y Jurisprudencia**, tomo XXXV, segunda parte, sección primera, página 170 que resolviendo una cuestión de competencia sostuvo que la alegación de hechos nuevos constituyen una simple modificación que debe tramitarse como incidente, así también como la establecida en la sentencia publicada en la misma Revista, tomo XLIII,

⁸⁰ Paulino Alfonso, *Explicaciones de Código Civil*, p. 616.

segunda parte, sección primera, página 170, que resuelve que los alimentos terminan cuando se produce la situación de hecho de desaparecer las circunstancias que legitimaron la demanda, aunque no medie sentencia judicial.

60. **La variabilidad de los alimentos en los casos de transacción.** Ya hemos visto⁸¹ que la transacción sobre alimentos tiene el valor de una sentencia dictada en un juicio de esta naturaleza. En consecuencia, produce cosa juzgada lo mismo que la sentencia ejecutoriada de alimentos, o sea, puede exigirse su cumplimiento forzado y puede oponerse como excepción para que no se discuta el mismo asunto, mientras no cambien las circunstancias del momento en que se convino. Pero, si esto ocurre, si varían las facultades del alimentante o sus cargas de familia, si las necesidades del alimentario aumentan, disminuyen o desaparecen, puede instaurarse acción para que la transacción quede sin efecto y sea reemplazada por otra o por una sentencia que suprima la pensión, la disminuya o la aumente.

Es decir, que lo dicho para el caso de la sentencia a firme, en el N° 59, se aplica en todas sus partes en los casos de transacción celebradas de conformidad a la ley.

Sobre aumento o disminución de pensiones fijadas por transacción pueden revisarse las siguientes sentencias:

Gaceta de los Tribunales, año 1873, N° 2.380, página 1.084;

Gaceta de los Tribunales, año 1873, N° 2.453, página 1.119;

Gaceta de los Tribunales, año 1878, N° 1.300, página 526;

Gaceta de los Tribunales, año 1889, tomo I, N° 1.263, página 844.

⁸¹ Véase N° 50.

En cambio, en las siguientes sentencias se declaró inamovible lo acordado en una transacción por no haber variado las circunstancias de hecho:

Gaceta de los Tribunales, año 1879, N° 1.367, página 939;

Gaceta de los Tribunales, año 1883, N° 3.051, página 704.

Gaceta Jurídica, año 1984, N° 45.

E) Los alimentos se traducen en una suma de dinero

61. **Razones en apoyo de la opinión de que los alimentos se traducen en una suma de dinero.** Para sostener que las pensiones alimenticias sólo pueden consistir en una suma de dinero, en contra de los que afirman que los alimentos pueden proporcionarse en especie, en forma de asistencias en casa del alimentante, tenemos, en primer lugar, el texto de la ley.

En efecto, el artículo 331 del Código Civil, prescribe que los alimentos “se pagarán por **mesadas anticipadas**” lo que excluye toda idea de alimentos proporcionados en el hogar. Igual conclusión se desprende del artículo 329, que habla de “tasación” de los alimentos, y del artículo 333, que estatuye que el juez podrá disponer que los alimentos “se conviertan en los intereses de un capital”, acentuando así la idea del legislador de considerar los alimentos como una pensión en dinero.

Por último, tenemos la disposición del artículo 335, que prescribe que los alimentos no pueden compensarse, dando así por sentado el carácter pecuniario de los alimentos, ya que como se sabe, únicamente pueden compensarse las obligaciones de dinero o las cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad.

El Código Civil francés, en sus artículos 210 y 211, prevé dos casos en que los alimentos pueden proporcionarse en el hogar del que los debe: 1° Si se justifica por el obligado a prestar los alimentos de que no puede pa-

gar la pensión alimenticia; y 2º Si se trata del padre o de la madre y éstos ofrecen recibir al hijo en su domicilio.

Ahora bien, nuestro legislador conocía estas dos disposiciones, así como las dudas que habían originado, y es de pensar que si no reprodujo esos preceptos o señaló otros casos en que los alimentos se proporcionaran en el hogar, es porque no aceptaba esa forma de cumplir los alimentos.

En consecuencia, tanto el texto de la ley como el espíritu del legislador permiten afirmar que los alimentos deben traducirse siempre en una suma de dinero y que es inaceptable el que pueda obligarse al acreedor de ellos a recibirlos en el hogar del que los debe o a que pueda obligarse a éste último a recibir al alimentario en su casa.

62. **La doctrina francesa en esta materia.** Aún en el derecho francés en donde, como se ha dicho, se consultan dos casos de alimentos proporcionados en el hogar del deudor, los autores y la jurisprudencia están de acuerdo en que la regla general, la forma normal, de prestar los alimentos, es mediante una suma de dinero y, son estrictísimos para interpretar restrictivamente los dos casos de excepción previstos por la ley.

Apoyan la doctrina expuesta Colin y Capitant,⁸² Planiol y Ripert,⁸³ Aubry et Rau,⁸⁴ Baudry-Lacantinerie⁸⁵ y Demolombe,⁸⁶ entre otros.

Es así, también como Planiol define la obligación alimenticia diciendo que "es el deber impuesto a una persona de proporcionar a otra alimentos, o sea, **las sumas**

⁸² Tomo I, p. 712.

⁸³ Tomo II, N.os 43 y 45, pp. 33 y 34.

⁸⁴ Tomo III, N° 2.087, p. 646.

⁸⁵ Tomo IX, § 553, p. 167.

⁸⁶ Tomo IV, N° 59, p. 64.

necesarias para vivir”⁸⁷ y Colin y Capitant dicen: “se entiende por alimentos las **sumas de dinero** necesarias para hacer subsistir a una persona que se encuentra en la necesidad.”⁸⁸

63. Lo que opinan los autores chilenos. Entre los autores chilenos que concuerdan con la opinión de que los alimentos se traducen en una suma de dinero figura don Robustiano Vera, quien en sus comentarios al Código Civil afirma que los alimentos “se cubren en dinero” y que el artículo 331 al establecer que ellos se paguen por mesadas anticipadas “excluye la posibilidad de satisfacer tal obligación proporcionando en su propia casa u en otra distinta, las asistencias para mantenerse y subsistir”.⁸⁹

Claro Solar,⁹⁰ en cambio, aunque reconoce que la forma ordinaria de pagar los alimentos es mediante una pensión mensual en dinero, opina que al disponer el artículo 333 que el “juez reglará la forma y cuantía en que hayan de prestarse los alimentos” faculta a éste para aceptar “el ofrecimiento hecho por el demandado al demandante de recibirlo en su casa y darle en ella alimento, vestido y habitación, o para autorizar al demandado para suministrar en especie en el domicilio del demandante ciertos artículos y en dinero la suma correspondiente a los que no pudieran ser proporcionados en esta forma”.

Borja,⁹¹ al aceptar el pago de los alimentos en especies, como granos, provisiones, combustible, telas, etc., reconoce que el término “forma” empleado en el artículo 333, constituye un apoyo muy precario. Más aún tiene que serlo, entonces, para servir de base a la aceptación de pago de los alimentos en forma de asistencias en el hogar del deudor.

⁸⁷ Tomo I, N° 659, p. 242.

⁸⁸ Tomo II, p. 85.

⁸⁹ Tomo I, p. 696.

⁹⁰ Tomo III, N° 1.758, p. 358.

⁹¹ Tomo V, p. 328.

64. **La jurisprudencia.** Nuestros tribunales, salvo en el caso de la mujer casada que vive aparte del marido sin autorización judicial, han resuelto casi uniformemente, que el alimentario no está obligado a recibir los alimentos en casa del alimentante. En efecto, así ha sido fallado en los siguientes casos:

Gaceta de los Tribunales, año 1873, N° 1.345, página 595;

Gaceta de los Tribunales, año 1880, N° 408, página 261;

Gaceta de los Tribunales, año 1880, N° 868, p. 565;

Gaceta de los Tribunales, año 1882, N° 2.650, página 1.489;

Gaceta de los Tribunales, año 1885, N° 3.645, página 2.159;

Gaceta de los Tribunales, año 1887, N° 1.008, página 588.

Se ha sostenido la doctrina contraria, negando los alimentos y acogiendo la oferta del demandante de recibir al alimentario en su casa, en las sentencias publicadas en los tomos de la **Gaceta de los Tribunales** del año 1869, N° 1.356, página 594 y año 1877, N° 2.889, página 1.478. En este último caso se dio por fundamento para negar la acción de alimentos de una hija en contra de su padre, el que "es evidente que la ley no ha querido otorgar alimentos a aquellos hijos emancipados que voluntariamente abandonan la casa paterna sin razón plausible, pretendiendo vivir separadamente, pues de ello resultaría un desorden social que la ley no puede autorizar".

65. **La obligación de socorro y los alimentos.** El error de sostener que los alimentos pueden cumplirse en el hogar del alimentante, deriva de la confusión entre éstos y el deber de socorro, instituciones jurídicas parecidas, pero distintas.

El deber de socorro y la obligación alimenticia se asemejan en que ambos tienen por finalidad satisfacer las

necesidades de vida del acreedor de ellos, pero el primero es más amplio, aún más que los alimentos congruos ya que mientras éstos comprenden todo lo que habilita para subsistir de un modo correspondiente a la respectiva posición social, pero siempre con **modestia**, el socorro por propia naturaleza no puede tener esa restricción, desde que viviendo el socorrido en casa del obligado, tiene que llevar su mismo tren de vida, que en algunos casos puede ser **más que modesto**.

El deber de socorro se cumple en especie, dentro del hogar, momento a momento, a medida que las necesidades lo exijan y sin determinación de cuantía. Los alimentos, en cambio, consisten en una suma de dinero, previamente fijada para que alcancen a proporcionar lo necesario, en unos casos, y, en otros una subsistencia más holgada de acuerdo con la posición social, aunque con modestia, según se deban los necesarios o los congruos; debiendo entregarse por mensualidades anticipadas.

El socorro o asistencias se deben desde que nace el vínculo; los alimentos, en cambio, aunque el derecho existe en potencia, sólo pueden reclamarse desde la primera demanda.

El socorro, por lo general, se presta cualquiera que sea la situación económica del asistido; en cambio, los alimentos se deben al indigente o al que no tiene lo suficiente para vivir con modestia, pero de acuerdo con su posición social.

El deber de socorro más que una obligación constituye una norma moral, una regla de convivencia familiar, cuyo incumplimiento no tiene sanción ni existen los medios para exigir su cumplimiento forzado; en cambio, existe un procedimiento de apremio para el cumplimiento de los alimentos y puede solicitarse, en caso de incumplimiento, la aplicación de las sanciones previstas en la ley de Abandono de Familia.

El socorro por su naturaleza sólo puede prestarse cuando hay armonía entre el que los da y el que los re-

cibe. No hay medio humano capaz de reglar y hacer cumplir lealmente la obligación de socorro.

Aunque, en la práctica, los alimentos son supletorios del socorro, o sea, se exigen en los casos en que no se cumple el deber de socorro o un conflicto personal hace imposible su satisfacción, no por eso este último debe considerarse como una sanción o castigo por el incumplimiento de aquéllos. Desde luego, no proceden si el acreedor del socorro tiene bienes para subvenir a sus necesidades o el deudor de él careciera en absoluto de bienes. Si los alimentos reemplazan en la práctica al socorro, es por una simple situación de hecho, ya que, por lo general, la no ejecución de la obligación de socorro trae un déficit de vida o la indigencia del acreedor del socorro.

Pero si el deber de socorro, como se ha dicho, es más amplio que los alimentos, éstos, en cambio, son más extensos, en cuanto están establecidos en favor de un mayor número de personas. Es así como, mientras a todas las personas a quienes se debe socorro se debe también alimentos, en cambio, no a todas las personas a quienes se debe alimentos se está obligado a prestar asistencias o socorro.

Entre los casos establecidos en la ley de prestación de socorro figuran los siguientes: el contemplado en los artículos 131 y 134 del Código Civil, que prescribe la obligación de socorro entre los cónyuges; el del artículo 220, que establece la obligación de los hijos legítimos de cuidar y prestar auxilios a sus padres en la ancianidad, demencia y todas las circunstancias de la vida; el del artículo 221, que establece la misma obligación respecto de los abuelos legítimos; el del artículo 222, que obliga a los padres en conjunto, o al padre o madre sobreviviente a atender a la crianza y educación de los hijos legítimos; el del artículo 228, que reglamenta la forma de cumplir la obligación anterior, en los casos de comunidad o separación de bienes; el del artículo 231, que hace extensiva la obligación de crianza y educación de los hijos a los

abuelos legítimos, por la falta o insuficiencia de los padres; y el de los artículos 276 y 277, que prescriben que las mismas obligaciones de auxilio, crianza y educación que afectan recíprocamente a padres e hijos legítimos rigen respecto de padres e hijos naturales.⁹²

66. Sentencias que reconocen a los alimentos y asistencias como instituciones jurídicas diversas. Con relación a los alimentos y asistencias o socorro entre padres e hijos cabe citar la sentencia que aparece en la **Gaceta de los Tribunales** del año 1900, 2º semestre, N° 5.033, página 413. En sus considerandos segundo, tercero y cuarto se señalan las siguientes diferencias entre la institución jurídica que rige el inciso 2º del artículo 228 y la del N° 2 del artículo 321:

"2º Que el derecho consiguiente a esta obligación (se refiere a la del inciso 2º del Art. 328) es diverso del que los artículos 321 N° 2 y 324 conceden a los hijos legítimos para reclamar alimentos congruos a sus padres, si bien tienen ciertos puntos de analogía;

"3º Que, en efecto, mientras el uno faculta para exigir los gastos que demanda la crianza, educación y establecimiento del hijo, el otro se limita a los que demande la modesta subsistencia del hijo de un modo correspondiente a su posición social y, además, si es menor de 25 años, a los de su enseñanza primaria... pero es de duración limitada; sólo puede ejercerse durante la época de la crianza y educación y establecimiento del hijo, en tanto que el segundo, puede ejercerse en cualquier época de la vida, siempre que los medios no alcancen al hijo para subsistir de un modo correspondiente a su posición social;

"4º Que dada la distinta naturaleza de las obligaciones referidas y a su existencia jurídica independiente, no

⁹² Rev. de D., tomo LI, segunda parte, sección primera, p. 241.

hay motivo para afirmar que los gastos de crianza, educación y establecimiento se adeuden sólo desde la primera demanda como sucede respecto de los alimentos.”

Varias son las sentencias que hacen diferencia entre el socorro y los alimentos que se deben entre sí los cónyuges, pero como estas sentencias tendremos que estudiarlas en detalle al ocuparnos en particular de los alimentos entre cónyuges, consideramos inoficioso referirnos a ellas en este párrafo.

F) La obligación alimenticia es recíproca

67. **No hay en nuestra legislación un texto expreso que establezca en términos generales la reciprocidad de la obligación alimenticia.** El Código Civil francés dispone en su artículo 207 que: “Las obligaciones resultantes de estas disposiciones son recíprocas.” En el nuestro, no se establece en forma expresa la reciprocidad de la obligación alimenticia, o sea, que una misma persona puede ser acreedor o deudor de alimentos con relación a otra, la cual, a su vez, puede exigirlos o estar obligada a darlos, según sea la situación de hecho.

Pero, de todos los preceptos que consagran el derecho de alimentos,⁹³ se desprende que la regla es que la prestación alimenticia es recíproca.

Por otra parte, en la ley N° 7.613 sobre Adopción, se establece textualmente en el artículo 22 que: “La obligación alimenticia es recíproca entre el adoptante y el adoptado”.

68. **Excepciones a la regla general.** Sólo por excepción la obligación alimenticia no es recíproca.

⁹³ Somarriva. Derecho de Familia. Apuntes de su clase, p. 516;

Alessandri. Apuntes de su clase, 1er. año, p. 182;

Claro Solar. Tomo III, N° 1.674, p. 283.

Así, el donante puede solicitar alimentos del donatario, pero éste no puede exigirlos del donante; los padres naturales deben alimentos a la posteridad legítima de sus hijos naturales, pero esta descendencia legítima no las debe al padre natural de su padre; y, por último, el padre ilegítimo debe alimentos al hijo ilegítimo, pero éste no puede ser demandado por aquél.

G) Los alimentos son independientes de la conducta observada por el alimentado

69. **Relación entre los alimentos y el trabajo, según la doctrina y la jurisprudencia francesas.** La jurisprudencia francesa y la casi totalidad de los comentadores del Código Civil francés concuerdan en que no puede estimarse indigente a aquel que por sus condiciones físicas o intelectuales puede procurarse medios de subsistencia, trabajando.⁹⁴ Se basan, no en la ley, que nada resuelve sobre el particular, sino en diversos razonamientos de orden moral o de equidad, como, por ejemplo, de que la solución contraria sería premiar la pereza, debilitar la iniciativa individual o violar el precepto bíblico de “ganarás el pan con el sudor de tu frente”.

Tienen, sin embargo, algunos autores cierta flexibilidad y opinan de que no basta la posibilidad de ganarse la vida de cualquier manera, sino que es menester considerar el sexo, la posición social y la educación del acreedor.⁹⁵ Así, el alimentante no podría excepcionarse, si se trata de gente acomodada, alegando la posibilidad del reclamante de trabajar en el servicio doméstico y no po-

⁹⁴ *Pandectes Françaises*. Tomo VI, Aliments, N° 221, p. 152; Aubry et Rau, obra citada, Tomo IX, § 553, p. 164; Baudry-Lacantinerie, ob. cit., N° 2.068, p. 635; Demolombe, ob. cit., Tomo IV, N° 46; Laurent, *Principes de droit civil*, Tomo III, N° 71, p. 98.

⁹⁵ Baudry-Lacantinerie, ob. cit., Tomo III, N° 2.068, p. 635.

dría oponerse al abogado o médico sin clientela, la posibilidad de ganarse la vida trabajando como obrero.⁹⁶

70. Relación entre el trabajo y los alimentos según la doctrina, la ley y la jurisprudencia chilenas. No puede negarse que gran parte de nuestros autores y, a menudo, también nuestra jurisprudencia, se dejan influenciar por la doctrina francesa.

Don Luis Claro Solar, que es el autor chileno que ha estudiado con mayor detenimiento la institución de los alimentos, opina al igual que los autores franceses, que no puede alegar indigencia quien es apto para el trabajo. "Si el hombre —dice— tiene los medios de ejercer y desarrollar sus facultades físicas e intelectuales, dentro del estado social que le impone el respeto de los derechos recíprocos de sus semejantes, es decir, si tiene trabajo inmediato y actual o si tiene por medio del trabajo anterior capitalizado bienes de cuyos productos o valores puede hacer uso, no se podrá decir que se halla en la necesidad de ser socorrido. Por consiguiente, no se encontrará en esta situación para reclamar alimentos, sino cuando no pueda trabajar y carezca de bienes para satisfacer sus necesidades."⁹⁷

Al igual que Laurent, cuyas palabras cita, sostiene Claro Solar que el trabajo con que el hombre debe atender a su subsistencia tiene que estar en relación con su edad, sexo, estado de salud, educación y posición social, conclusión que hace derivar de los artículos 323 y 330, porque, dice: "si debe suministrarse al hijo legítimo, por ejemplo, lo que falta para subsistir de un modo correspondiente a su posición social, no es posible suponer que se le exija que trabaje como artesano o en cualquier otra ocupación impropia de la profesión que adquirió en su educación."⁹⁸

⁹⁶ Laurent, *Principes de droit civil*, Tomo III, N° 71, p. 98.

⁹⁷ Obra citada, Tomo III, N° 1.747, p. 348.

⁹⁸ Obra citada, Tomo III, N° 1.748, p. 350.

Termina este autor citando, en apoyo de la norma de que los alimentos no pueden ser el medio de dispensar del trabajo impuesto al hombre, el versículo 19 del Capítulo III del Génesis, pero la verdad es que el señor Claro no señala fundamento alguno que basado en nuestra realidad jurídica, nos permita sostener que no tiene derecho a alimentos quien no trabaja sin estar impedido.

Es en el libro **Explicaciones de Código Civil**, atribuido a don Paulino Alfonso, donde encontramos la mejor defensa a la doctrina de que la aptitud para el trabajo enerva la acción de alimentos. Transcribiremos textualmente sus razones: "Más, entre los medios de subsistencia cuya posesión desautoriza la demanda de alimentos ¿se comprenderá o no la posibilidad de procurárselos mediante el ejercicio de las propias facultades? En general, sostenemos que sí: 1º por que no hay razón alguna para que se establezca diferencia en este sentido entre los bienes que se poseen y lo que es manifiesto que con voluntad pueden poseerse; 2º porque el artículo 366 del Proyecto original del Código, después de consignar en su inciso primero la disposición que ahora se contiene en el artículo 330, decía en el inciso siguiente: "No se contará entre estos medios el trabajo personal mecánico sino en los casos en que la ley lo expresa"; luego en el concepto del legislador, el trabajo, en general, se estimaba comprendido en el significado de la expresión **medios de subsistencia**; y sin averiguar por ahora a qué propósitos obedeciera la supresión de dichas palabras, es desde luego muy probable que ella nada implique en contra de la consecuencia que acabamos de exponer, pues si otro hubiese sido el propósito del legislador, claro es que habría cuidado de expresárnoslo terminantemente."⁹⁹

Es indudable que, no obstante los esfuerzos hechos por don Paulino Alfonso, para señalar un fundamento jurídico a la doctrina de que la aptitud para el trabajo debe ser considerada como un medio para enervar una

⁹⁹ Página 617.

demanda de alimentos, no logró su propósito y que, por serias que sean las razones sociales o morales que la abonen, no se puede sostener que, de nuestro texto legal, resulte que la posibilidad de obtener mediante el trabajo los medios de subsistencia, o mejor, de que la aptitud para trabajar pueda tomarse en cuenta para negar los alimentos, salvo en el caso excepcional previsto en el inciso final del artículo 332.

Los únicos preceptos del Código Civil, que se refieren a la aptitud para el trabajo en relación con los alimentos, son los de los artículos 286 e inciso final del 332. Ambos preceptos consignan la misma regla, en el sentido de que un varón mayor de edad a quien sólo le corresponderían los alimentos necesarios, no puede exigirlos, a menos que un impedimento corporal o mental lo inhabilite para el trabajo.

Se trata de dos reglas de carácter excepcional y que, en consecuencia, deben interpretarse restrictivamente. No podrían, por ejemplo, extenderse a las mujeres, ni a los varones menores de 21 años a quienes se deban alimentos necesarios, ni a los varones mayores de edad a quienes se deban alimentos congruos, y mientras tanto, no otra cosa significa aceptar la doctrina sostenida por Claro y Alfonso.

Jacinto Chacón interpreta restrictivamente el inciso final del artículo 332 cuando dice: "Nuestro Código, no queriendo sustentar la holgazanería entre los mayores aptos para el trabajo y que **tienen derecho menos perfecto** a ser sustentados por sus parientes, les niega en tal caso dichos alimentos, pero presta toda su protección al impedido de ganarse la vida con su trabajo."¹⁰⁰

Frente a esta conclusión, derivada del inciso final del artículo 332, no pueden hacer mella las razones dadas por Alfonso, ya que la primera carece de consistencia, puesto que lo mismo podría afirmarse lo contrario y,

¹⁰⁰ Obra citada, Tomo I, p. 260.

en cuanto a la segunda, resulta de un argumento a **contrario sensu** basado, por añadidura, en un precepto que fue eliminado por la Comisión Revisora del Código Civil. Afirma Alfonso, que la supresión del inciso final del artículo 366 del Proyecto nada significa en contra de su conclusión. Sin embargo, si esta supresión se considera en relación con el agregado que la misma Comisión Revisora hizo al artículo 370 del Proyecto inédito, que corresponde al actual inciso segundo del artículo 332, es indudable que Alfonso está equivocado. En efecto, el artículo 370 del Proyecto de Bello tenía la siguiente redacción: "Los alimentos que se deben por ley, se entienden concedidos para toda la vida del alimentado, supuestas las circunstancias que legitimen la demanda, a menos que la misma ley los límite expresamente a cierta edad" y fue la Comisión Redactora la que le agregó el inciso final y le dio la redacción con que lo encontramos bajo el número 332 del Código vigente.

El espíritu del legislador, de no considerar la aptitud para el trabajo, sea manual o no, como excepción a la demanda de alimentos, surge pues. nítido de la supresión del inciso final del artículo 366 del Proyecto y agregación del inciso final al artículo 370, ya que junto con suprimir la referencia al trabajo personal mecánico, añadió el precepto sobre la aptitud para trabajar, limitándolo a los varones mayores de edad a quienes sólo se deban alimentos necesarios.

Por otra parte, no hay que olvidar que el fin y fundamento de la obligación alimenticia es evitar que una persona pueda morir de hambre o carecer de los medios para vivir de un modo correspondiente a su posición social y que el juez debe atender a la situación de hecho del momento en que falla, tiene que partir de hechos concretos y no de suposiciones o posibilidades.

Nuestros tribunales no han tenido uniformidad de criterio, para aceptar o rechazar la aptitud para el trabajo como medio de subsistencia capaz de enervar la acción de alimentos o disminuir su monto.

Tenemos, por ejemplo, la sentencia que aparece publicada en la **Gaceta de los Tribunales** del año 1880, N° 452, página 297, que acoge la demanda de alimentos de un hijo legítimo en mérito de que “la circunstancia alegada de estar el demandante en aptitud de trabajar no basta por sí sola para libertar de la obligación alimenticia, pues la disposición del artículo 332 del Código Civil en que se funda es relativa sólo al caso de los alimentos necesarios y no al caso en que se deban alimentos congruos”.

Hay otra sentencia que acoge los alimentos, no obstante haberse opuesto la excepción de aptitud para trabajar del demandante, en mérito de que carecía de **medios actuales** para sustentar su vida. Es la de la Corte de Apelaciones de Santiago publicada en la **Gaceta** del año 1893, número 208, página 182, que revocó la de primera instancia que denegaba los alimentos porque el demandante no había justificado “el hecho capital de que los medios de subsistencia que tiene y que deben nacer de su trabajo no le alcancen para subsistir de un modo correspondiente a su posición social”.

Igualmente, acogen la demanda del marido contra la mujer, no obstante haber alegado ésta que el marido es joven y apto para el trabajo, las sentencias publicadas en el año 1877, número 1.693, página 876 y año 1924, segundo semestre, número 104, página 501, ambas de la **Gaceta de los Tribunales**.

En cambio, en sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, que aparece en la **Gaceta** del año 1935, primer semestre, número 101, página 491, se negó alimentos al hijo legítimo menor de edad en mérito de las siguientes consideraciones: “Que habiendo recibido el menor una educación que lo coloca en situación de asegurarse por sí mismo los medios de subsistencia y estando ya en edad de hacerlo, pues consta del documento de fojas 1 y que nació el 15 de agosto de 1916, no puede legalmente dispensarse del deber natural de trabajar a pretexto de estar el padre obligado a alimentarlo, a me-

nos que probara, lo que no se ha intentado siquiera, que está incapacitado física e intelectualmente para el trabajo, o que le es imposible por causas superiores a su voluntad encontrar una ocupación en relación con su edad, sus aptitudes y demás condiciones personales, que le proporcione los recursos necesarios para su subsistencia. Pero el ministro Bianchi V., votando en contra, sostuvo "que el hijo menor de edad tiene derecho a pedir alimentos a su padre legítimo y que no se ha establecido que el menor Molina Aravena tenga medios que le permitan subsistir de un modo correspondiente a su posición social".

Hay otras sentencias que, sin negar los alimentos, los limitan, tomando en cuenta la parte con que el alimentado puede ayudarse a sí mismo, trabajando. Tal ocurre en los casos publicados en la **Gaceta** del año 1860, número 1.979, página 907 y año 1881, número 1.280, página 763. Igualmente, se encontrará un largo alegato en favor de esta teoría, en el voto disidente del Ministro Navarro Ocampo a la sentencia que aparece en la **Gaceta de los Tribunales** del año 1919, segundo semestre, número 158, página 694, que acogió la demanda de alimentos de los hijos de don Crispulo Varela.

71. Los alimentos se deben aunque la indigencia tenga su origen en la culpa del alimentado. Si la totalidad de los autores franceses concuerda en que la negativa para trabajar, teniendo aptitudes y salud, priva del derecho de alimentos, en cambio, incurriendo en una contradicción, casi todos ellos sostienen que los alimentos se deben aunque la indigencia tenga su origen en la mala conducta o culpa del acreedor de ellos.

Así, en el tratado de Planiol y Ripert, leemos: "Ocurre a menudo que la indigencia es el resultado de la disipación, la embriaguez o el juego. Ninguna de estas cir-

cunstancias pueden ser tomadas en consideración para hacer fracasar una demanda de alimentos.¹⁰¹

Por su parte, Baudry - Lacantinerie sostiene que hay derecho a alimentos desde que la indigencia se establezca "cualquiera que sea la causa que la origine, privación de trabajo, especulación desgraciada, disipación o mala conducta, es decir, aunque sea el resultado de su inhabilidad, mala suerte o culpa. Poco importa, en efecto, que las circunstancias que la hacen aparecer sean independientes o no de su voluntad, puesto que se trata, no de hacer soportar el peso de su responsabilidad, sino, al contrario, de aliviarla, si es demasiado tarde para que logre bastarse a sí mismo".¹⁰²

En igual sentido se pronuncian Demolombe¹⁰³, Laurent¹⁰⁴ y Planiol.¹⁰⁵

Todo lo cual prueba la inconsistencia de los razonamientos en apoyo de la teoría que priva de alimentos al holgazán, puesto que no se ve por qué han de pesar más los argumentos morales relativos al que no quiere trabajar, que los que pueden hacerse respecto del ebrio, del pródigo o del que lleva una vida licenciosa.

Los autores chilenos no han encarado este aspecto del problema, salvo don Robustiano Vera, quien sostiene que cuando el alimentista es descendiente del obligado cesan los alimentos en caso de que la necesidad provenga de mala conducta y agrega, que es una lástima que el Código no haya puesto esta cortapisa a todo el que pide alimentos.¹⁰⁶

Dentro de nuestra legislación y de las normas que el mismo Código nos impone para interpretar sus preceptos, no podría aceptarse la mala conducta como excepción que enerve la acción de alimentos, ya que el inciso

¹⁰¹ Obra citada, tomo II, N° 33, p. 25.

¹⁰² Obra citada, tomo III, N° 2.072, p. 638.

¹⁰³ Ob. cit., tomo IV, N° 48.

¹⁰⁴ *Principes de droit civil*, tomo III, N° 70, p. 97.

¹⁰⁵ Ob. cit., tomo I, N° 678, p. 247.

¹⁰⁶ Obra citada, tomo II, p. 83.

final del artículo 231 estatuye en forma imperativa que sólo en virtud de una disposición expresa pueden ser privadas de los alimentos las personas a quienes en general la ley se los otorga.

Los únicos preceptos que hacen referencia al comportamiento del alimentado son los artículos 176 y 177 del Código Civil que facultan al juez para fijar las pensiones alimenticias de los cónyuges divorciados perpetuamente tomando en consideración su conducta.

No he encontrado jurisprudencia acerca de si la mala conducta priva o no de los alimentos, salvo el fallo que aparece publicado en la **Gaceta de los Tribunales** del año 1904, primer semestre, número 707, página 855, que recayó en una demanda de alimentos de la madre legítima en contra de la hija y el yerno. El fallo acoge la demanda y expresa: "Que no se ha justificado que la señora Ruz tenga el vicio de la embriaguez y, **aun teniéndolo**, esto no sería motivo o causal suficiente para hacerle perder el derecho que le concede la ley para exigir alimentos a su hija."

72. Efectos que producen los agravios causados por el acreedor de los alimentos al deudor de ellos. Nada resuelve la ley francesa para el caso en que el alimentado haya causado agravios al alimentario. Sin embargo, los autores¹⁰⁷ sostienen que los agravios por graves que sean no enervan la demanda, aunque pueden ser tomados en cuenta para reducir su monto.

Entre nosotros, no se necesita partir de conjeturas, porque la ley, en el artículo 324, establece que los alimentos se reducirán a los necesarios en caso que el acreedor se haya hecho culpable de injuria grave contra la

¹⁰⁷ Aubry et Rau, obra citada, tomo IX, § 553, p. 165;

Demolombe, obra citada, tomo IV, N° 49, p. 55;

Planiol, obra citada, tomo I, N° 678, p. 247;

Baudry-Lacantinerie, obra citada, tomo III, N° 2.073, p. 639.

persona que se los debe y que cesarán por completo en caso de injuria atroz.

El problema reside en determinar qué se entiende por injurias, cuáles son graves y cuáles atroces, ya que el legislador no definió estos conceptos.

En sentencia de la Excma. Corte Suprema, publicada en la **Revista de Derecho**, tomo XLIII, segunda parte, sección primera, página 449, se hacen las siguientes interesantes consideraciones al respecto: "Que el Código Civil, no obstante que se refiere al concepto de "injuria" en varios de sus preceptos en los cuales las califica como "atroces" o como "graves", no ha definido tal concepto. En presencia de este silencio y ante el examen de algunas de las disposiciones entre las cuales pueden citarse los artículos 324, 968 y 1.208, cabe sostener que la voz injuria tiene un sentido más amplio en el Código Civil que en el Penal, contemplada en este último la definición que se da en el artículo 416. Conforme a esto, algunos estudiosos que se han preocupado de esta materia llegan a decir que la injuria civil es: "Todo acto reputado contrario a derecho por la ley civil, y que faculta al ofendido —y en defecto de él, a la ley— para castigar al ofensor con la limitación o privación de derechos señalados o establecidos por la misma ley." Según esta definición figuran como elementos de la injuria civil los siguientes: "su naturaleza de acto contrario a derecho; su fundamento, que debe buscarse en una disposición expresa de la ley civil; y sus efectos, que consisten en la privación o limitación de un derecho que el ofendido reconoce en favor del ofensor y que sería perfectamente exigible si no hubiera mediado el hecho injurioso."

Los autores y la jurisprudencia han estimado que los artículos 968, 969, 979, 1.208 y 1.210 del Código Civil sirven de antecedentes analógicos para apreciar los hechos que puedan constituir injurias graves o atroces.

Así, Borja expresa: "El mismo Código nos da la regla de interpretación: 'A falta de ley se aplican las que existen sobre casos análogos', y tenemos una en que de-

terminándose las ofensas que el heredero o legatario hubiere cometido contra el difunto, declara que el indigno no tiene derecho a alimentos."

"El artículo 968 es el que comprende las causales más graves de indignidad: Son indignos de suceder al difunto como herederos o legatarios:

"1º El que ha cometido el crimen de homicidio en la persona del difunto, o ha intervenido en este crimen por obra o consejo, o la dejó perecer pudiendo salvarla;

"2º El que cometió atentado grave contra la vida, el honor o los bienes de la persona de cuya sucesión se trata, o de su cónyuge o cualquiera de sus ascendientes legítimos, con tal que dicho atentado se pruebe por sentencia ejecutoriada;

"3º El consanguíneo dentro de sexto grado inclusive, que en el estado de demencia o destitución de la persona de cuya sucesión se trata, no lo socorrió pudiendo;

"4º El que por fuerza o dolo obtuvo alguna disposición testamentaria del difunto, o le impidió testar;

"5º El que dolosamente ha tenido u ocultado un testamento del difunto; presumiéndose dolo por el mero hecho de la detención u ocultación.

"Y el art. 979 añade: 'La incapacidad o indignidad no priva al heredero o legatario excluido, de los alimentos que la ley le señala; pero en los casos del artículo 968 no tendrán ningún derecho a alimentos'.

"De lo cual se deduce que constituyen injuria atroz los atentados que el artículo 968 enumera entre las causas de indignidad; y que si conforme al Código Civil, tales atentados son injurias atroces, según el propio Código se califican de injuria grave los hechos que, atendiéndose a las circunstancias de las personas, sean muy ofensivos, como ajenos al respeto y consideraciones que se deben a las personas obligadas a suministrar alimentos."¹⁰⁸

¹⁰⁸ Obra citada, tomo V, N° 191, p. 292.

Por su parte, don Luis Claro Solar, también estima que los artículos 979, 968, 1.208 y 1.210 expresan, aunque de un modo indirecto los casos de injuria atroz.¹⁰⁹

Pueden, además, consultarse las sentencias publicadas en la **Revista de Derecho y Jurisprudencia**, tomo XLI, segunda parte, sección primera, página 39 y en la **Gaceta de los Tribunales del año 1935**, primer semestre, número 101, página 491.

Sin embargo, los artículos 968, 979, 1.208 y 1.210 del Código Civil, lejos de aclarar el problema, lo confunden y complican, puesto que entre los hechos que podrían estimarse injuria atroz figura "el atentado grave contra la vida, el honor o los bienes de la persona de cuya sucesión se trata", o sea, que entre los hechos constitutivos de injuria atroz está comprendida la injuria grave.

Es así como Claro Solar sostiene que la injuria grave o atentado grave designa la misma idea, pero entonces cabe preguntarse ¿si el atentado o la injuria grave constituye legalmente una injuria atroz, ¿qué es lo que constituye la injuria grave que reduce los alimentos a los necesarios?

Para salvar este escollo, Paulino Alfonso sostiene que no es lo mismo atentado grave que injuria grave, aunque no da el fundamento jurídico de su opinión.¹¹⁰ Esta podría ser la solución, pero si se analiza el sentido natural y obvio de las palabras atentado e injuria, se ve que aunque la primera es más amplia que la segunda, en forma que constituyen el género y la especie respectivamente, es indudable que el concepto de injuria está comprendido en el concepto de atentado.

Parece lógico, entonces, ya que la ley no resuelve el problema entregar al juez la apreciación de la gravedad de la injuria. Así lo sostiene Chacón, cuando dice que "to-

¹⁰⁹ Obra citada, tomo III, N° 1.745, p. 347.

¹¹⁰ Obra citada, tomo I, p. 601.

ca al magistrado calificar la injuria según las circunstancias".¹¹¹

Los tribunales chilenos, haciendo uso de la facultad discrecional que les ha conferido la ley, han estimado que hay injuria atroz en el caso del marido que ha injuriado de obra y de palabra a su mujer, "diciéndole puta infame y dándole de bofetadas y arrastrándola de los cabellos por el suelo"¹¹² y en el caso del hijo que ha atentado contra la vida del padre en distintas ocasiones.¹¹³

En cambio, los tribunales han estimado que no hay injuria atroz en el hecho de que una hija no haya atendido a su padre durante una enfermedad;¹¹⁴ tampoco en el hecho de que un hermano declare ante un tribunal que su hermano, de quien solicita alimentos, lo instó para que asesinara a un hermano común¹¹⁵ o el hecho de que el juez de menores entregara la tuición de los hijos al padre y ordenara a la mujer cesar en su cuidado, crianza y educación, por estimársela moralmente inhabilitada para ejercerlas.¹¹⁶

Con relación a las injurias graves, la sentencia publicada en la **Gaceta de los Tribunales** del año 1887, número 1.129, página 667, ha estimado que no puede considerarse tal la circunstancia de contraer matrimonio contra la voluntad de los padres; la sentencia que aparece en el tomo XIII, segunda parte, sección primera, página 33 de la **Revista de Derecho y Jurisprudencia**, establece la misma doctrina con relación al hijo que contrae matrimonio con autorización judicial, y el fallo publicado en la misma Revista, tomo XLIII, segunda parte, sección primera, página 449, declara que no procede aceptar como injuria grave en contra de la persona o

¹¹¹ Obra citada, tomo I, p. 262.

¹¹² *Gaceta* 1867, N° 629, p. 265.

¹¹³ *Gaceta* 1887, N° 1.008, p. 588.

¹¹⁴ *Gaceta* 1878, N° 2.324, p. 959.

¹¹⁵ *Gaceta* 1884, N° 1.264, p. 787.

¹¹⁶ R. de D., tomo XLV, segunda parte, sección 1ª, p. 503.

bienes de la testadora, la circunstancia de que sus hijos hayan tratado de apoderarse de un bien de ella y de que se hayan resistido a restituírsele al reclamársele judicialmente, si no se comprueba que haya existido engaño o maquinación para apoderarse del bien y dado que al negarse a restituirlo hacen sólo uso de su derecho a defenderse.

CAPITULO V

DE LA COMPETENCIA PARA CONOCER DE LOS JUICIOS DE ALIMENTOS

73. Normas para determinar la competencia de los tribunales en juicios de alimentos. Para determinar la competencia en esta clase de juicios hay que considerar dos situaciones: a) Si el demandante alimentario es mayor de edad; y b) Si el demandante alimentario es menor de edad o es cónyuge del demandado y acciona conjuntamente con sus hijos menores de edad.

74. Caso del mayor de edad. Si el demandante es mayor de edad se aplica la norma general de competencia contenida en el artículo 138 del Código Orgánico de Tribunales que entrega la competencia en las acciones que se reputan muebles —como es la de alimentos— a los jueces civiles, antes de mayor cuantía, del domicilio del deudor, esto es, el del alimentante.

Sólo por excepción y a virtud de lo previsto en los artículos 147 del Código ya citado y 26 de la Ley N° 16.618 sobre Menores, es juez competente para conocer de las demandas de alimentos deducidas por el cónyuge mayor de edad que actúa en conjunto con sus hijos menores, el juez de menores del domicilio de la alimentaria. De esta situación nos ocuparemos en el párrafo siguiente.

75. **Caso de demandas deducidas por menores de edad o por el cónyuge que acciona conjuntamente con sus hijos menores.** El juicio del menor de edad que demanda alimentos, cualquiera que sea el título que invoque fundado en el artículo 321 del Código Civil, debe radicarse en el Juzgado de Menores correspondiente a su residencia. Así se desprende de manera que no ofrece duda alguna del artículo 26 de la Ley N° 16.618. En efecto, el citado precepto dispone que corresponderá a los Jueces de Letras de Menores "conocer de las demandas de alimentos deducidas por menores". Esta disposición legal no hace distinción alguna, por lo que no cabe sostener que sólo las demandas de alimentos fundadas en el N° 2 del artículo 321 del Código Civil, o sea, en contra de los padres o abuelos son de la competencia de los jueces de menores.

A nuestro parecer, la Excma. Corte Suprema cometió un error al no acoger el Recurso de Queja interpuesto en contra del fallo de la Iltrma. Corte de Apelaciones de Santiago que había resuelto que "aun cuando la actora es menor de edad, ello no la habilita para demandar alimentos a su marido ante un Juzgado de Menores, sino que debe hacerlo ante los Tribunales Ordinarios; y, que su menor edad le permitiría ocurrir a los Juzgados de Menores si invocara alguno de los otros títulos que enumera el artículo 321 del Código Civil, lo que no ha hecho". (Sentencia de 17 de mayo de 1984, publicada en Fallos del Mes, N° 306, página 177.)

De conformidad a lo previsto en el artículo 147 del Código Orgánico de Tribunales y artículo 26 de la Ley N° 16.618, al Juez de Menores de la residencia del alimentario le corresponde el conocimiento de las causas deducidas por menores o por el cónyuge que acciona conjuntamente con sus hijos menores.

En consonancia con los preceptos citados, la Corte de Apelaciones de Chillán, por sentencia de 6 de noviembre de 1946, decidió que "los Jueces de Letras de Mayor Cuantía son incompetentes para conocer una demanda

de alimentos deducida por un menor de 18 años, ya que no procede en esta clase de juicios, la prórroga de jurisdicción" (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XLIII, segunda parte, sección segunda, página 61).

En relación a lo que debe entenderse por residencia del alimentario, la Corte de Apelaciones de Chillán resolvió en fallo de 22 de abril de 1947 que la residencia que determina la competencia del tribunal llamado a conocer de las demandas deducidas por el cónyuge o por los hijos menores, es la que accidentalmente tenga el alimentario, sin consideración a la residencia acompañada real o presuntivamente del ánimo de permanencia que mira al domicilio civil de las personas (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XLIV, sección segunda, página 6).

La norma de que es juez competente el de la residencia del alimentario, contiene una salvedad para el caso de que el cambio de residencia se hubiere producido por abandono de hogar o raptó.

Por sentencia de 9 de agosto de 1951 de la Corte de Apelaciones de Santiago se declaró que "los gastos en que debe incurrirse con motivo del matrimonio de una hija menor deben ser considerados como comprendidos dentro de la obligación alimenticia que pesa sobre los padres, en la medida y cuantía que se regula en la ley y, por ende, el Juez de Menores es competente para conocer y fallar la demanda por la cual dicha menor solicita una pensión alimenticia extraordinaria de su padre para subvenir a los gastos que demanda su matrimonio" (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XLVIII, sección segunda, página 79).

Igualmente la Excm. Corte Suprema, ratificó al deshechar un recurso de queja que "los jueces de Menores son competentes para conocer de la demanda en que se solicita el cumplimiento del pacto extrajudicial en virtud del cual el padre se obliga a pagar a la madre una pensión alimenticia en beneficio de los hijos menores comunes. Procede, en consecuencia, condenar al padre al pago

de las pensiones alimenticias que adeuda en conformidad a dicho pacto, devengadas con anterioridad a la demanda" (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LX, sección primera, página 15).

CAPITULO VI

DEL PROCEDIMIENTO EN LOS JUICIOS DE ALIMENTOS

76. Normas para la tramitación de los juicios de alimentos. Distintas son las disposiciones que rigen el procedimiento en los juicios de alimentos según se trate de demandas entabladas por mayores de edad ante los tribunales ordinarios; de los que se entablen ante jueces de menores por menores de edad o el cónyuge que acciona en conjunto con sus hijos.

77. Procedimiento aplicable al caso de los mayores de edad. En el caso de demandas de alimentos entabladas por mayores de 21 años, se aplican las normas del juicio ordinario, con la sola excepción que se eliminan los trámites de la réplica, de la dúplica y los alegatos de buena prueba. Así lo estableció el artículo 1º de la Ley N° 5.750 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias de 2 de diciembre de 1935, disposición que se transcribió sin alteración alguna en la Ley N° 14.908 de 5 de octubre de 1962.

En cuanto a las apelaciones que se deduzcan en estos juicios se conceden sólo en el efecto devolutivo y gozan de preferencia para su vista y fallo.

78. Procedimiento aplicable a los juicios de alimentos que se tramitan ante los Juzgados de Menores. En las demandas de alimentos entabladas por menores de

21 años o por el cónyuge que actúa en conjunto con sus hijos menores, se aplica el procedimiento sumario señalado en el Título XI del Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil, con la variante que tanto el comparendo de rigor como la prueba testimonial se realizan y rinden en las fechas que el tribunal fije (artículo 34 de la Ley N° 16.618). Este procedimiento no se altera si durante la secuela del juicio el menor arriba a los 21 años, ya que el mismo artículo 34 prescribe que "no podrá decretarse la continuación del procedimiento, conforme a las reglas del juicio ordinario".

El artículo 37 de la ley ya citada estatuye que en los juicios de menores sólo serán admisibles los recursos de apelación y de queja, el primero de los cuales se concederá en el efecto devolutivo y procederá únicamente en contra de las sentencias definitivas o aquellas que sin tener tal carácter pongan término al juicio o hagan imposible su continuación.

Concordante con lo expuesto, la Corte de Apelaciones de Santiago por resolución de 11 de julio de 1960 decidió que en los juicios que se tramitan con arreglo a la Ley de Protección de Menores, no procede el recurso de casación en la forma. (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LVII, segunda parte, sección segunda, página 26.) En igual sentido se pronuncian las siguientes sentencias publicadas en la segunda parte de la misma Revista: Tomo XLII, sección primera, página 430; tomo XLIV, sección primera, página 225 y sección segunda, página 61; tomo LV, sección primera, página 362, y tomo LVI, sección primera, páginas 150 y 273.

Con relación al plazo de cinco días para interponer los recursos de apelación y reposición, la Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia de 9 de marzo de 1964, publicada en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXI, segunda parte, sección segunda, página 8, declaró que dichos plazos se entienden suspendidos durante los días feriados. La sentencia agrega que no obsta a tal conclusión, "la circunstancia de que el inciso final

del artículo 32 de la Ley 14.907, disponga que para las actuaciones judiciales que se verifiquen conforme a ella son hábiles todos los días, porque no se puede confundir los términos o plazos que tienen las partes para interponer sus recursos con las actuaciones judiciales, que son, como su propio nombre lo indica, las que hacen el juez y los demás funcionarios que intervienen en la formación del proceso y que deben revestir las formalidades legales”.

Muy interesante es la sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema, de fecha 16 de junio de 1983, publicada en Fallos del Mes, año 1984, N° 295, página 257, que resolvió que en juicio declarativo de alimentos, no procede el abandono de la instancia. Tuvo presente para ello que “la sustancia y los efectos del abandono de la instancia, no pueden aplicarse al juicio declarativo de alimentos, porque la ley concede a las partes, el derecho de pedir la modificación de la sentencia en cualquiera oportunidad que ocurra el supuesto apuntado sin que les obligue a activar el procedimiento; y porque les permite utilizar y no perder el mismo juicio, causa o pleito en el cual debe formularse la petición de modificación de la sentencia; de suerte que este procedimiento no adquiere ni puede adquirir la calidad de abandonado, lo que impide declarar el abandono de la instancia”.

En los juicios tramitados ante los Juzgados de Menores, el inciso 4° del artículo 35 de la Ley N° 16.618, autoriza para que en casos calificados pueda el juez ordenar otra forma de notificación que la que por norma general debe hacerse personalmente. En mérito de este precepto legal, la Excma. Corte Suprema en sentencia de 28 de abril de 1981. rechazó la queja interpuesta por haberse hecho la notificación por carta certificada (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXXIX, segunda parte, sección primera, página 35).

79. Alimentos Provisorios. La institución jurídica de los alimentos provisorios fue instituida por Bello en

el Código Civil, al consignar en el artículo 327 "que mientras se ventila la obligación de prestar alimentos, podrá el juez ordenar que se den provisoriamente, desde que en la secuela del juicio se le ofrezca fundamento plausible; sin perjuicio de la restitución, si la persona a quien se demandan obtiene sentencia absolutoria".

Como lo dijera una sentencia "la concesión de alimentos provisionalmente vela por el claro propósito del legislador en orden a proveer, con toda urgencia, a la satisfacción de las necesidades del alimentario, durante el tiempo en que se dilucida la acción que se ha visto obligado a entablar por la difícil situación en que se halla, como un medio de conservarle la existencia" (R., t. XXIX, secc. 1ª, p. 520).

El Código de Procedimiento Civil al reglamentar la tramitación de los juicios de nulidad de matrimonio y de divorcio dispuso que lo relativo a la cuantía y forma de los alimentos eran materia de incidentes dentro del respectivo juicio y se tramitarían como tales en ramos separados, sin paralizar el curso de la acción principal.

Posteriormente, el artículo 1º de la Ley Nº 5.750 hizo extensiva la disposición ante dicha, a toda petición de alimentos provisorios.

Confirmando lo anterior, el artículo 40 de la Ley Nº 16.618, faculta al juez de menores para que durante el juicio o gestión y aun antes de iniciarse, pueda de oficio o a petición de parte, ejecutar las facultades señaladas en dicha ley, dentro de las que se encuentra el conocer de las demandas de alimentos.

La Corte de Apelaciones de San Miguel en sentencia de 9 de marzo de 1981, declaró que es "fundamento plausible" para que el juez ordene que se den los alimentos provisorios a que se refiere el artículo 327 del Código Civil la circunstancia de haberse celebrado un avenimiento extrajudicial con intervención del Servicio de Asistencia Judicial del Colegio de Abogados (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXXVIII, sección segunda, página 34).

Los alimentos provisorios constituyen una institución jurídica transitoria, con vigencia mientras dura el juicio de alimentos, por lo que terminado el juicio de alimentos deja de existir. Tal doctrina se desprende del fallo de fecha 27 de diciembre de 1981, de la Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia que puede consultarse en el tomo LXXVIII, sección segunda, página 64 de la Revista de Derecho y Jurisprudencia.

No obstante, la simple dictación de la sentencia de primera instancia, respecto de la cual se ha concedido la apelación en el sólo efecto devolutivo, no hace cesar la obligación de pagar los alimentos provisionales decretados (Revista de Jurisprudencia, años 1972-73, N° 165, página 182).

Se ha discutido si los alimentos provisorios se deben desde la iniciación de la demanda o desde la resolución que los acuerda.

La Excma. Corte Suprema en sentencia de 28 de mayo de 1952 sostiene que los alimentos provisorios deben calcularse desde la primera demanda. Se expresa en la mencionada sentencia que la locución "la secuela del juicio" señala la oportunidad en que pueden pedirse los alimentos provisorios y agrega que el artículo 331 del Código Civil al prescribir que "los alimentos se deben desde la primera demanda y se pagarán por mensualidades anticipadas", no hace distinción entre alimentos provisorios y definitivos, observándose que este precepto legal es el único que fija el momento preciso en que ellos comienzan a devengarse (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XLIX, sección primera, página 163).

En sentencia de 10 de septiembre de 1964, la Excma. Corte Suprema cambió su jurisprudencia y fallando un recurso de queja sostuvo que "la regla contenida en el artículo 331 del Código Civil no puede aplicarse a los alimentos provisionales, tanto por el carácter provisional de los mismos, tanto porque el alimentario puede pedirlos en cualquier momento desde la iniciación del juicio, lo que impide darles efecto retroactivo para una época

anterior a aquella en que fueron solicitados (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXI, segunda parte, sección primera, página 266). En el mismo sentido se pronunció la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia que puede encontrarse en la misma Revista, tomo XLIX, sección segunda, página 44).

80. Procedimiento para las solicitudes de ampliación, disminución o terminación de los alimentos. Mientras esté pendiente el juicio de alimentos puede solicitarse, dentro del mismo proceso, el aumento o disminución de ellos, gestión que se tramita como incidente, acompañándose al efecto su fundamento plausible.

Nada dice la ley sobre la tramitación de las peticiones de aumento, rebaja o supresión de una pensión alimenticia una vez dictada la sentencia definitiva.

Si se considera que el juicio de alimentos tiene por finalidad asegurar la subsistencia del alimentario y el legislador ha extremado las medidas para que éste reciba con la mayor prontitud la ayuda necesaria parece lógico que las peticiones mencionadas se tramiten dentro del expediente afinado, con el carácter de incidente. Así podrían sopesarse los antecedentes acompañados en la primera demanda con los que se hacen valer para su modificación y se lograría el fin perseguido con la máxima celeridad.

Tal pareciera ser la opinión de nuestro más alto tribunal cuando al fallar un caso de abandono de instancia, del que nos ocupamos en el párrafo 76 de esta obra, da como razón de "que la ley concede a las partes el derecho a pedir la modificación de la **sentencia** en cualquiera oportunidad que ocurra sin que les obligue a activar el procedimiento; y porque les permite utilizar y no **perder el mismo juicio**".

81. Cumplimiento de las sentencias sobre alimentos. El artículo 7º de la Ley 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones alimenticias, dispone que

“toda resolución judicial que fije una pensión alimenticia tendrá mérito ejecutivo. . .” con lo cual se ratifica lo expuesto en el N° 1 del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, esto es que “la sentencia firme, bien sea definitiva o interlocutoria”, tiene ese carácter y sirve por consiguiente para reclamar el cumplimiento de la obligación de dar que contiene.

El citado artículo 7° agrega que es Juez competente para conocer de esa ejecución, el mismo que la dictó en única o primera instancia, “o el del nuevo domicilio del alimentario siempre que éste lo hubiere cambiado por una causa distinta de las expresadas en el artículo 3°”. Esta excepción a la regla de competencia se refiere al caso en que el alimentario hubiere mudado su domicilio a consecuencia de “abandono de hogar o raptó”.

Ahora bien, reclamado el cumplimiento de la obligación alimenticia establecida en la sentencia, el Tribunal —al igual que en todo juicio ejecutivo— ordena requerir de pago al deudor alimentante ya sea personalmente si fuere habido o en la forma prescrita en el artículo 44 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil aun cuando no se hallare en el lugar del juicio.

Una innovación que contiene este procedimiento especial, consiste en que basta el mandamiento de embargo despachado para el pago de la primera pensión, para el cobro y pago de cada una de las venideras, sin necesidad de nuevo requerimiento; pero debiendo notificarse por cédula el mandamiento, en cada caso.

Por su parte el artículo 9° de esta Ley 14.908, autoriza para que la pensión alimenticia sea pagada directamente al alimentario, a su representante legal o a la persona que lo cuida, “por la persona natural o jurídica. . . que deba pagar al alimentante su sueldo, salario o cualquier otra prestación en dinero, a fin de que retenga y entregue la suma o cuota periódicas fijadas en ella”. Si esta persona natural o jurídica, generalmente el empleador, desobedeciere la orden judicial y no hiciera la retención y pago de los alimentos, incurre en una multa

equivalente el doble de la cantidad mandada retener, según lo dispone el artículo 13 de la mencionada Ley 14.908.

La imposición de esta multa, no es obstáculo para que se despache, ya sea en su contra o en contra del alimentante, al mandamiento de ejecución que corresponda. Recordemos que los sueldos, jubilaciones, pensiones de gracia y otros emolumentos de igual naturaleza, son embargables por acción de alimentos, conforme lo señala el inciso segundo del artículo 445 del Código de Procedimiento Civil, hasta el 50% de su monto.

Asimismo la Ley faculta al Tribunal para fijar como pensión alimenticia "un derecho de usufructo, uso o habitación sobre bienes del alimentante, quien no podrá enagenarlos sin autorización del Juez", y al mismo tiempo lo autoriza para ordenar que el deudor alimentante garantice el cumplimiento de la obligación con una hipoteca, prenda u otra forma de caución (artículos 11 y 12 Ley 14.908).

82. La solidaridad en el pago de las pensiones alimenticias. En esta materia sobre cumplimiento de las sentencias pronunciadas en los juicios de alimentos, nuestros Tribunales Superiores han debido pronunciarse acerca de la correcta interpretación que debe darse a los artículos 18 y 19 de la mencionada Ley 14.908.

El primero de ellos prescribe la solidaridad de "quien viviere en concubinato con el padre, madre o cónyuge alimentante" respecto al pago de la pensión alimenticia.

Por sentencia de 22 de octubre de 1968 la Corte Suprema acogió un Recurso de Queja contra una Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, que había resuelto "que se condena solidariamente al pago de las pensiones reguladas a doña Nadia Mikaly Toro, conviviente del demandado y de su mismo domicilio".

El máximo Tribunal de Justicia tuvo presente para ello que "los jueces que conocen de una demanda de alimentos no pueden extender de oficio la condena a

quien no fue perseguido mediante la acción y emplazado al juicio, so pretexto de existir una norma que lo haga responsable solidario de la pensión, porque al proceder así excederían las facultades propias del oficio judicial las que están limitadas por el principio que se llama de la "justicia rogada" que impide al magistrado extender su decisión "a puntos que no hayan sido expresamente sometidos a juicio por las partes" salvo, como advierte el artículo 160 del Código de Procedimiento Civil, "en cuanto las leyes manden o permitan a los tribunales proceder de oficio" solución excepcional ésta que requiere de un texto expreso que está ausente en la especie y que, supone, por lo demás, el emplazamiento previo de la parte a quien afecte la declaración" (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXV, segunda parte, sección primera, página 321).

83. La separación de bienes por incumplimiento del fallo. El artículo 19 a que se ha hecho mención, prescribe que "la mujer podrá solicitar la separación de bienes si el marido, obligado al pago de pensiones alimenticias en su favor, hubiere sido apremiado dos veces en la forma señalada en el inciso primero del artículo 15".

Por sentencia de 17 de agosto de 1970 la Corte Suprema acogió un recurso de casación de fondo y decidió que "para que la mujer pueda solicitar la separación de bienes, basta —en conformidad al artículo 19 de la Ley 14.908— que el marido haya sido apremiado dos veces para el pago de pensiones alimenticias, sin que sea menester que dichos apremios se hayan traducido en el efectivo arresto del marido" (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXVII, segunda parte, sección primera, página 315).

84. El apremio para el cumplimiento de la sentencia en estos juicios, el arresto y el arraigo. El artículo 15 de la Ley 14.908 ordena al Tribunal que decretó los alimentos por resolución que cause ejecutoria, en el caso

que el alimentante deje de cumplir en la forma fijada o hubiere dejado de efectuar el pago de una o más cuotas, dicte en su contra el apremio establecido en el inciso primero del artículo 543 del Código de Procedimiento Civil, es decir, imponerle arresto o una multa proporcional. Los apremiados pueden ser todos los obligados a dar alimentos señalados en el artículo 321 del Código Civil, exceptuados los hermanos y el donante. El plazo del arresto se amplía hasta por 30 días, y si hubiere necesidad de un segundo apremio, la duración del arresto será precisamente de 30 días.

Como este arresto se traduce en prisión, puede recurrirse de amparo para que se deje sin efecto, haciendo uso del derecho que otorga el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal.

Es de interés señalar cuál ha sido el criterio de los Tribunales Superiores de Justicia, en este aspecto.

Por sentencia de 11 de agosto de 1970 (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXVII, segunda parte, sección primera, página 310), la Corte Suprema rechazó un amparo fundándose en que si bien se había suspendido un apremio por haberse pagado las pensiones alimenticias insolutas, al ser apremiado nuevamente el alimentante con arresto por una segunda morosidad, la orden de aprehensión había sido dictada en un caso previsto por la ley, con antecedentes que la justificaban, y por el Juez competente.

La Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 7 de marzo de 1984 dio lugar a un recurso de amparo sosteniendo que para dictar el apremio, es previo que se haya requerido de pago al deudor, con arreglo al artículo 8 de la Ley 14.908 (Gaceta Jurídica, N° 45, página 53). Sin embargo, apelado este fallo la Corte Suprema negó lugar al amparo por sentencia de 27 de marzo de 1984, resolviendo que "el apremio personal a través del arresto que puede decretar el Juez de la causa en esta clase de juicios, a petición de parte o de oficio, no exige el requerimiento que el artículo 8 de la Ley 14.908 para

el caso de perseguirse el cumplimiento de una resolución judicial que fije una pensión alimenticia y que por Ley tiene mérito ejecutivo, según se desprende inequívocamente del propio texto literal de los artículos 7º y 8º de la referida Ley, sino que la expedición de la orden de arresto que contempla el artículo 15 del mismo estatuto legal puede producirse por el solo hecho de que el alimentante no hubiere cumplido su obligación en la forma ordenada o hubiere dejado de efectuar el pago de una o más de las cuotas alimenticias" (Gaceta Jurídica, N° 45, página 31).

Dentro del campo de cumplimiento de las sentencias pronunciadas en los juicios de alimentos, el Tercer Juzgado de Menores de Valparaíso, decretó el "arraigo" del demandado, dando como fundamento legal para ello, lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 14.908 que lo faculta para "ordenar que el deudor garantice el cumplimiento de la obligación alimenticia con una hipoteca o prenda sobre bienes del alimentante o con otra forma de caución". Sostuvo el Tribunal de Menores que esta medida tenía por finalidad que "el demandado asegurara debidamente sus obligaciones de alimentante" y mientras no lo hiciera, estaba impedido de salir del territorio nacional.

Contra esta decisión judicial, se recurrió de amparo ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso, la que por mayoría de votos lo rechazó. Apelado este falló, la Corte Suprema en sentencia de 14 de mayo de 1979, lo revocó y dio lugar al amparo dejando sin efecto el arraigo, teniendo para ello presente que al referirse el citado artículo 12 a "otra forma de caución", a esta frase no puede dársele el alcance de que permite privar a una persona del derecho a su libertad personal, la cual sólo puede ser limitada o restringida cuando se encuentre en juego un problema de orden penal (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXXVI, segunda parte, sección primera, página 319).

La anterior, sin embargo, no ha sido la jurisprudencia mantenida por la Corte Suprema. Cinco años después, por sentencia de 3 de octubre de 1984, ese alto Tribunal de Justicia por mayoría de votos dictaminó que procedía desechar el recurso de amparo presentado en contra de una resolución de un Juzgado de Menores que decretó "el arraigo del demandado, no deberá permitírsele abandonar el país, mientras no haya garantizado el pago de la pensión mencionada".

La decisión de la mayoría de la Sala se funda en que "para el cumplimiento de las funciones propias de su competencia, la Ley ha revestido a los Jueces de Menores de diversas y amplias facultades que en términos generales, hace descansar en su discrecional criterio, como ocurre con el precepto del artículo 31 de la Ley del Ramo cuando expresa que en el ejercicio de dichas facultades el Juez puede ordenar aún de oficio las diligencias e investigaciones que estime pertinentes". Agrega la sentencia de mayoría que "finalmente es útil consignar que la medida en cuestión no tiene relación alguna con los arraigos creados recientemente por la Ley 18.288 que modificó el Código de Procedimiento Penal, toda vez que esta innovación en las normas del enjuiciamiento criminal está destinada a asegurar la persona del delincuente denunciado, querellado, reo o acusado de determinados delitos, materia que se hacía necesario reglar en detalle en atención a la gravedad que revisten tales arraigos en su forma y en su fondo".

Los dos Ministros que votaron por acoger el recurso de amparo, sostuvieron que el arraigo es una medida restrictiva de la libertad personal, por lo que tiene que acomodarse a las normas legales lo que equivale a decir que sólo puede ser restringida y condicionada por expreso mandato de la Ley, sin que se pueda, por tanto, darse por implícita o tácitamente establecida. Añade la opinión disidente que "la Ley 18.288, estableció en materia penal, el arraigo judicial y el arraigo de pleno derecho, sin que se haya dejado libertad al Juez para decre-

tarlo o no, a su arbitrio, ni que hubiese dictado normas que permitan deducir el arraigo tácito" (Revista Fallos del Mes N° 311, página 597).

Finalmente es conveniente dejar constancia de la sentencia de 12 de mayo de 1983, pronunciada por la Corte Suprema que acogió un recurso de amparo en contra de la resolución de un Juzgado de Menores que decretó el arraigo del alimentante. El Alto Tribunal de Justicia fundamentó su decisión en que ni el artículo 15 de la Ley 14.908 —que autoriza el apremio— ni ningún otro faculta al Juez para reemplazar el apremio por otra medida coercitiva para compelerlo a cumplir la obligación alimenticia. A continuación expresa que ante el claro texto del artículo 15, no es aceptable que los jueces apartándose de la regla de interpretación del inciso primero del artículo 19 del Código Civil, la extiendan también a la de arraigo que allí no se contempla (Revista Fallos del Mes N° 294, página 206).

Como conclusión, no puede afirmarse que exista una jurisprudencia uniforme de los Tribunales Superiores de Justicia, en materia de procedencia de la medida restrictiva de la libertad denominada arraigo, tratándose de juicios de alimentos.

CAPITULO VII

LITIS EXPENSAS EN JUICIOS DE ALIMENTOS

85. **Análisis de la jurisprudencia sobre litis expensas.** En la primera edición de este texto no se trató el problema de las expensas para la litis a que está obligado el marido en esta clase de juicios, conforme a lo preceptado en el inciso final del artículo 136 del Código Civil. Posiblemente esto se deba a que sólo en una ocasión nuestros Tribunales Superiores de Justicia habían tenido oportunidad de pronunciarse sobre este asunto,

en el año 1892, en una demanda de alimentos deducida en contra de su marido por una mujer divorciada perpetuamente. La Excma. Corte Suprema resolvió en su fallo que la mujer demandante tenía derecho a esas expensas.

Con fecha 18 de marzo de 1960 conociendo de un recurso de queja el máximo Tribunal de Justicia dictó la sentencia publicada en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LVII, segunda parte, sección primera, página 118, en la que declara que las reglas relativas a los derechos y obligaciones personales entre los cónyuges, constituyen normas de orden público, que han sido establecidas por la Ley en virtud de los vínculos del estado civil que crea la institución del matrimonio. Agrega que el artículo 136 del Código Civil consagra una obligación del marido en calidad de tal, que corresponde a un derecho correlativo de la mujer, en cuanto a proporcionar a esta última, los auxilios que necesite para sus defensas judiciales. Finalmente la referida sentencia expresa que el pacto de separación total de bienes, sólo tiene efectos patrimoniales, pero no puede alterar o modificar los derechos y obligaciones personales de cada cónyuge regulados por la ley.

Esta decisión judicial nos pareció de extraordinaria trascendencia por lo que escribimos el comentario que se transcribe a continuación, y que figura en la citada Revista, al pie de la sentencia:

“Escasa es la jurisprudencia y la literatura en torno a la institución jurídica contemplada en el inciso final del artículo 136 del Código Civil.

”Desde el año 1892 (Gaceta 1892, tomo II, página 373), fecha en que la Excma. Corte Suprema falló el caso de doña Julia Pellegrini, estableciendo la doctrina de que la mujer divorciada perpetuamente que litigaba de alimentos en contra de su marido tenía derecho a expensas para la litis, no nos había tocado conocer ningún otro fallo de nuestros tribunales superiores que se refirieran a dicha institución.

"De ahí que revista gran importancia la sentencia recientemente dictada por la Excma. Corte Suprema en la queja de doña Teresa Hurtado Cruchaga. Este fallo, que acogió la queja, y, dejando sin efecto uno de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, confirmó el de primera instancia, consagra la doctrina de que la mujer separada de bienes que litiga en contra del marido tiene derecho a litis expensas.

"Valiosísima es esta sentencia no sólo porque encara un problema jurídico poco estudiado sino porque se ajusta al texto de la ley, a la equidad y a los principios fundamentales que rigen el matrimonio en nuestro país, al mismo tiempo que se aparta, sin doblegarse ante prejuicios, de la opinión —infundada según mi modesto criterio— de varios tratadistas chilenos.

"En el orden cronológico, el primero de nuestros autores en sostener que la mujer separada de bienes o divorciada perpetuamente no tiene derecho a litis expensas es don Luis Claro Solar. En su obra 'Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado' (tomo I, N° 888, página 90), expresa: 'Si la mujer está separada totalmente de bienes o si se ha declarado el divorcio perpetuo entre los cónyuges, cesaría la obligación del marido puesto que disuelta la sociedad conyugal y recobrando la mujer la administración de sus bienes, no existe el fundamento de la obligación del marido que contempla el artículo 136'.

"Posteriormente, don Arturo Alessandri Rodríguez en su 'Tratado Práctico de la Capacidad de la Mujer Casada, de la Divorciada Perpetuamente y de la Mujer Separada de Bienes' (N° 50, página 45), después de estudiar el caso de la mujer separada parcialmente de bienes y de sostener que la obligación de conceder expensas para litigar sólo subsiste en la parte en que los recursos que provengan de la administración separada sean insuficientes para costear las acciones y defensas, agrega: 'Si la separación es total, la obligación cesa por completo; desaparece su fundamento, pues entonces la mujer tiene la administración de todos sus bienes. El inciso final del

artículo 136 es, por lo demás, una regla dictada para el régimen normal del matrimonio. Sufre, por tanto, excepción o modificación en los casos de tal separación (artículo 149) y en este régimen los cónyuges no están obligados a otra prestación pecuniaria, exceptuando la de los alimentos, cuando hay lugar a ellos, que a la de proveer a las necesidades de la familia común y este no es el caso'.

"Por último, el profesor don Fernando Fueyo, apoyándose en Alessandri, sostiene la misma tesis (Derecho de Familia, tomo I, N° 274, página 270).

"Vemos, pues, que según Claro Solar, Alessandri y Fueyo la razón o fundamento de la litis expensas se encontraría en el hecho de ser el marido jefe de la sociedad conyugal o, en otras palabras, la institución derivaría no del matrimonio sino de la comunidad de bienes.

"Esta es también la doctrina de la jurisprudencia y de los tratadistas franceses y es posible que ella haya influenciado a nuestros autores.

"Para apreciar el valor que esa doctrina foránea pudiera tener en Chile conviene destacar que los textos legales de Francia y de nuestro país son diferentes.

"El Código Civil francés no contenía disposición alguna relativa a la obligación del marido de proporcionar a la mujer auxilios para sus acciones y defensas judiciales. Aún en la actualidad y merced a la reforma de la ley de 18 de abril de 1886 la pensión **ad litem** sólo está prevista para las demandas de divorcio (inciso 2°, del artículo 240).

"La falta de recursos económicos para litigar significa, en el hecho, quedar en la indefensión o no poder accionar. Frente a esta situación de iniquidad, los tribunales franceses se vieron obligados a llenar el vacío de la ley y condenar al marido a proporcionar a su cónyuge lo necesario para la litis. Junto con ello, los jueces tuvieron que buscar un fundamento a estos fallos y como, de acuerdo con la costumbre francesa, el marido de or-

dinario administraba bienes de la mujer, lo encontraron en esa circunstancia. Se dijo entonces que las expensas no tenían el carácter de pensión sino de una provisión o adelanto que figuraría en el pasivo de la sociedad conyugal al liquidarse ésta a raíz del divorcio.

"Sólo muy posteriormente, autores como Planiol y Ripert (*Traité Pratique de Droit Civil Français*, tomo II, página 498) refutan esta fundamentación de la litis expensas y sostienen que esta institución, aunque no responde a la definición estricta de alimentos, no por eso deja de tener el carácter de necesidad común a las pensiones alimenticias.

"Adviértase, en todo caso, que el fundamento ideado por los tribunales franceses tenía por mira proteger a la mujer casada que se veía obligada a litigar contra su marido. No parece lógico entonces usar este argumento para restringir o limitar los derechos de la mujer, más aún en un país como el nuestro en que no es necesario dar a la institución otro fundamento que el texto mismo de la ley.

"La 'razón de la ley' es indudablemente un buen argumento frente a una disposición legal oscura o frente a preceptos contradictorios, pero no sirve, como en el presente caso, para derogar un texto legal claro y categórico.

"Analicemos este texto.

"El inciso primero del artículo 136 empieza por establecer la regla general de que la mujer casada no puede sin autorización escrita del marido parecer en juicio.

"El inciso segundo señala los casos en que esta autorización del marido no es necesaria.

"Por último, el inciso tercero consagra la litis expensas en los siguientes términos: 'El marido, **sin embargo**, será **siempre** obligado a suministrar a la mujer los auxilios que necesite para sus acciones o defensas judiciales'.

"El adverbio 'sin embargo' liga la frase con la anterior y quiere significar que aun en los casos en que no es necesaria la autorización del marido, éste está obligado a proporcionar los auxilios que la mujer precise.

"El legislador pudo decir simplemente: 'El marido, sin embargo, será obligado...'. Pudo redactar la frase así y habría quedado perfectamente explícita y comprensiva de todos los casos y situaciones en que pudieran encontrarse los cónyuges. Pero el legislador no se limitó a establecer en términos generales la obligación sino que, para reforzar su amplitud, agregó la expresión '**siempre**' que significa, como es sabido 'en todo caso, en todo tiempo'.

"La Excma. Corte Suprema dio este mismo significado al adverbio 'siempre' contenido en el artículo 220 del Código Civil (Juicio Zañartu con Zañartu, R., tomo XLIX, 2ª parte, sección 1ª, página 347).

"El elemento gramatical, el primero que debe tenerse en cuenta para interpretar las instituciones jurídicas, autoriza para sostener que el marido, mientras conserve su calidad de tal, tiene la obligación de proporcionar a su cónyuge litis expensas.

"Veamos ahora qué nos dice la historia fidedigna del precepto en estudio. El inciso tercero del artículo 136 no existía en los proyectos de Bello. Fue agregado por la Comisión Revisora a indicación del señor Ocampo a fin de aplicar a la mujer una regla análoga a la prevista para el hijo en el artículo 260. Cae así por tierra la teoría de que las litis expensas es de carácter patrimonial y deriva de la existencia de la sociedad conyugal.

"La historia del proyecto indica, pues, que la obligación del padre de proporcionar expensas al hijo, así como la obligación del marido respecto de la mujer, no tiene otro fundamento que el vínculo que los liga y la circunstancia de que el hijo y la mujer carezcan de recursos.

"Nadie se atrevería a confundir las litis expensas con los alimentos. Son ellas instituciones diferentes. Pero ambas, lo mismo que la porción conyugal, derivan o se fundan en el vínculo matrimonial, unido a la indigencia y rigen cualquiera que sea el régimen de bienes a que los cónyuges estén sometidos, con las únicas limitaciones que las que expresamente se hayan previsto.

"El artículo 136 que consagra la litis expensas está ubicado en el párrafo 1, del título IV del Libro I del Código Civil, párrafo que contiene las 'Reglas Generales' relativas a las 'Obligaciones y Derechos entre los cónyuges'. Estas reglas sufren excepciones o modificaciones como dice textualmente el artículo 149, en los casos de divorcio perpetuo, separación de bienes o por ejercitar la mujer una profesión, industria, empleo u oficio.

"Toda excepción es de derecho estricto. No hay excepciones que se subentiendan o que dimanen de otras o que resulten de interpretaciones.

"El carácter excepcional de los preceptos contenidos en los párrafos 3º y 4º del título IV es indiscutible. Adviértase que el legislador tuvo especial cuidado de recalcar que se trataba de '**Excepciones** relativas a la simple separación de bienes y **Excepciones** relativas al divorcio perpetuo'.

"Para que la litis expensas no se aplicara en los casos de separación de bienes o de divorcio perpetuo sería menester que en los mencionados párrafos 3º y 4º se consignara una disposición derogatoria o modificatoria del inciso 3º del artículo 136.

"Estudiemos los preceptos que pudieran tener atinencia con la materia en estudio contenidos en estos párrafos.

"En el párrafo tercero no hay disposición alguna que derogue o siquiera se refiera a la litis expensas.

"Este silencio no puede atribuirse a olvido del legislador puesto que el primitivo artículo 159, hoy modifi-

cado, después de establecer que la mujer separada necesitaba de la autorización del marido para estar en juicio, agregaba: 'salvo en los casos excepcionales del artículo 136'. No cabe duda, pues, que tuvo en vista o presente el mencionado artículo y si no modificó o se refirió a su inciso final fue porque entendía dejarlo vigente.

"El hecho de que el artículo 160 haya reglamentado la forma en que ambos cónyuges deban proveer a la familia común no autoriza para decir que dicho precepto señala la única obligación económica entre los cónyuges separados de bienes ni tampoco puede derivarse de él una derogación implícita de la *litis expensas*. Si aplicáramos tal criterio podría también argüirse que dicho precepto deroga la obligación alimenticia entre cónyuges separados de bienes, lo que nadie se ha atrevido a sostener.

"El párrafo 4º sí que contenía una disposición expresa sobre *litis expensas*. El derogado artículo 168 después de prescribir que los juicios de divorcio eran de competencia de la autoridad eclesiástica, agregaba en su inciso final: 'La habitación y alimentos de la mujer y las expensas de la *litis*, que el marido debe suministrar a la mujer durante el juicio de divorcio, se reglarán y decretarán por el juez civil'.

"En el recordado caso de doña Julia Pellegrini fallado por nuestra Corte Suprema en 1892 se pretendió sostener que, habiendo previsto el artículo 168 las *litis expensas* para el juicio de divorcio, implicaba la exclusión de los demás casos, como pudieran ser los juicios de alimentos entre cónyuges ya divorciados. La Excma. Corte Suprema rechazó este argumento expresando en uno de sus considerandos: 'el artículo 168 tiene por objeto deslindar la competencia del juez civil respecto de la autoridad eclesiástica que entonces conocía las causas de divorcio, y de ninguna manera para modificar las disposiciones generales y comprensivas de otros casos no contemplados en dicho artículo 168'.

"Nada, pues, autoriza para sostener que en el estado de separación de bienes o de divorcio perpetuo el marido no está obligado a auxiliar a su mujer para sus acciones y defensas judiciales.

"Recordemos, por último, que la base fundamental de nuestro sistema matrimonial es su indisolubilidad. Ello significa no sólo que los cónyuges no pueden contraer nuevas nupcias, sino que conservan su calidad de tales, esto es, de marido y mujer, con todos sus derechos y obligaciones, salvo en lo incompatible con el estado de separación de bienes o de divorcio perpetuo y que la ley se ha preocupado de reglamentar expresamente.

"La obligación de socorrerse en todas las circunstancias de la vida es de aquellas que no se oponen al estado de separación de bienes o divorcio perpetuo."

Posteriormente, son poquísimas las veces en que las Cortes han tenido que fallar sobre aspectos de este problema, sin lugar a dudas porque no merece interpretaciones diferentes.

Por sentencia de 12 de julio de 1962, una de las Salas de la Corte de Apelaciones de Santiago, también resolviendo un Recurso de Queja, decidió que si bien el artículo 26 de la Ley de Menores (hoy artículo 34 de la Ley 16.618) dispone que los asuntos contenciosos regidos por esa ley deben tramitarse de acuerdo con las reglas del juicio sumario, y en dichos juicios los incidentes se resuelven en la sentencia definitiva, no es menos cierto que la disposición citada cuida de expresar que la aplicación de tales reglas a estos juicios se hará "siempre que su naturaleza lo permita".

Añade la sentencia que, por consiguiente, la gestión sobre litis expensas, por su naturaleza misma, debe ser resuelta de inmediato, puesto que su aplazamiento hasta la dictación del fallo importaría privar a la parte que tiene derecho a tales auxilios de los medios necesarios para su defensa (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LV, segunda parte, sección segunda, página 47).

Otra sentencia, igualmente de una de las Salas de la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 18 de junio de 1958 resolvió, por mayoría de votos, que si la madre separada de hecho de su marido, pero que tiene el cuidado personal de una hija menor tenida en común, demanda al padre por alimentos, éste está obligado a suministrarle expensas para la litis. Expresa el fallo que esta obligación existe, a pesar de que la litis se lleve sin impuestos y en forma privilegiada, ya que es indudable que han debido producirse gastos que deben ser motivo de las expensas, como los honorarios de abogado defensor, compulsas, etc. (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LIX, segunda parte, sección segunda, página 30).

Finalmente la Excm. Corte Suprema pronunciándose sobre un Recurso de Queja, resolvió, el 3 de octubre de 1983, que debía procederse a fijar la suma que correspondiere como litis expensas, a pesar de que la sentencia había sido dejada sin efecto por la Corte de Apelaciones, ordenando recibir la causa a prueba, por lo que existía causa pendiente respecto de la cual la concurrente tenía derecho a esos auxilios (Fallos del Mes N° 299, página 568).

No se han publicado otros fallos sobre la materia, a que se refiere el inciso final del artículo 136 del Código Civil.

SEGUNDA PARTE

DE LOS ALIMENTOS ENTRE CONYUGES

CAPITULO PRIMERO

GENERALIDADES

86. **Método.** Así como no puede resolverse con exactitud el problema de los alimentos de la mujer que vive fuera del hogar conyugal, sin tener una idea de conjunto de la institución alimenticia, de su fundamento filosófico y de sus características principales, razón y motivo de la **Primera Parte** de este estudio, es indispensable conocer en una forma más profunda y detallada aún, las disposiciones que reglan la obligación alimenticia en las distintas situaciones en que los cónyuges pueden encontrarse.

Para conseguir nuestro objeto, analizaremos tan minuciosamente como nos sea posible, el texto de la ley chilena, contenido en el Código Civil, y la interpretación que le han dado nuestros autores y nuestra jurisprudencia.

En razón de las diferencias fundamentales que existen, en esta materia, entre el Código Civil francés y el nuestro, no nos referiremos a la doctrina y a la jurisprudencia francesas, sino excepcionalmente, y, en especial, cuando sea necesario recalcar cómo las interpreta-

ciones de un texto distinto del nuestro han perturbado el criterio de nuestros autores y de nuestros jueces, llevándolos a sentar una doctrina errada respecto de la mujer que vive fuera del hogar conyugal.

87. Regla general en materia de alimentos entre cónyuges. Nuestro Código Civil, a diferencia del francés, contiene un precepto que consigna la regla general en materia de alimentos entre cónyuges.

En efecto, en el artículo 321 se dice textualmente: "Se deben alimentos:

1° Al cónyuge".

Los términos de esta disposición no pueden ser más claros, precisos, amplios y generales.

88. Quienes son cónyuges. Si el artículo 321 establece en su número 1 que se deben alimentos "al cónyuge", tiene importancia determinar con exactitud qué se entiende por cónyuge, si queremos interpretar la ley con justeza.

La palabra "cónyuge" no figura entre las especialmente definidas en el párrafo 5° del Título Preliminar del Código Civil. Debemos tomarla, entonces, en su sentido natural y obvio, según el uso general de la misma palabra.

Cónyuges, según el Diccionario de la Lengua, son el marido o la mujer, las personas unidas por vínculo matrimonial o, como los define un fallo de nuestros tribunales, "la calidad que toman los contrayentes en virtud del contrato matrimonial".¹¹⁷

Los cónyuges toman el carácter de tales desde el momento de la celebración del matrimonio, sea que se celebre bajo el régimen de sociedad conyugal o comunidad, o bajo el régimen de separación de bienes y conservan esta calidad hasta que el matrimonio se divuelve.

¹¹⁷ *Rev. de D.*, tomo XXXVIII, segunda parte, sec. 1ª, p. 355.

Se sabe que de acuerdo con nuestra legislación ¹¹⁸ el matrimonio se disuelve sólo en tres casos:

1º Por la muerte natural de uno de los cónyuges;

2º Por la declaración de nulidad pronunciada por autoridad competente, debidamente anotada al margen de la inscripción matrimonial, y

3º Por la muerte presunta de uno de los cónyuges, si cumplidos cinco años desde las últimas noticias, se probare que han transcurrido setenta desde el nacimiento del desaparecido o, si han transcurrido diez años desde la fecha de las últimas noticias, cualquiera que fuere la edad del desaparecido, si viviera.

De tal manera que, celebrado el matrimonio, los contrayentes tienen la situación jurídica de cónyuges hasta que se produzca alguno de los tres casos de disolución del matrimonio, previstos en los artículos 37 y 38 de la Ley de Matrimonio Civil.

El carácter de cónyuge no se pierde por el divorcio. La Ley de Matrimonio Civil, en su artículo 19, prescribe textualmente: "El divorcio no disuelve el matrimonio, sino que suspende la vida común de los cónyuges".

Menos aún puede pensarse, entonces, que la situación jurídica de cónyuge se pierde por la separación de bienes o por la sola circunstancia de vivir los cónyuges separados.

89. Interpretación de la regla contenida en el N° 1 del artículo 321. De acuerdo con las reglas de hermenéutica legal establecidas en el párrafo 4º del Título Preliminar de nuestro Código Civil, para interpretar la ley debe atenderse en primer término, al tenor literal y, sólo si la ley es oscura podrá recurrirse a los otros elementos de la interpretación, o sea, a la interpretación lógica que "del contexto y armonía de las diversas partes de la

¹¹⁸ Artículos 37 y 38 de la Ley de Matrimonio Civil.

ley, de la historia de su establecimiento y del papel que la ley está llamada a llenar en el sistema general de la legislación, nos deducirá la intención o espíritu del legislador", como tan bien dice Luis Claro Solar.¹¹⁹

Don Paulino Alfonso, en su obra destinada a estudiar en especial **La interpretación de la Ley**, se expresa en estos términos: "Si el legislador a quien debe suponerse versado en la materia sobre la cual hace recaer sus disposiciones y en el lenguaje con que las expresa, dice algo con **claridad**, será porque quiere que, así como lo dice, se entienda y se practique; pues si otro hubiera sido su ánimo, no habría dicho lo que dijo, sino una cosa diversa. Dejar, pues de entender sus disposiciones en el sentido claro que ellas ofrecen, bajo cualquier pretexto, aunque sea en razón de las consecuencias absurdas o perjudiciales que a ello dé lugar, aunque sea so capa de consultar su intención o espíritu, es desobedecer abiertamente su voluntad soberana, es sublevarse contra la autoridad de la ley, es convertirse en intérprete del legislador"¹²⁰ y más adelante agrega, comentando el inciso 2º del artículo 22: "No se refiere el Código en este inciso a los pasajes **claros**, porque ellos han de interpretarse conforme a su tenor literal, sin que sea lícito recurrir para interpretarlos a otra fuente alguna de interpretación".^{120a}

Así también lo han entendido nuestros tribunales que en innumerables ocasiones y uniformemente han fallado que la primera regla de interpretación, si el sentido de la ley es claro, lo constituye su tenor literal, y sólo puede recurrirse a otras fuentes de interpretación, ajenas a la letra de la ley, cuando ésta adolece de defectos que la hacen oscura. Pueden consultarse al respecto las siguientes sentencias:

Rev. de D., tomo V, Seg. parte, Sec. 1ª, p. 452;

¹¹⁹ Tomo I, N° 226, p. 132.

¹²⁰ P. 4.

^{120a} P. 14.

Rev. de D., tomo XV, Seg. parte, Sec. 1^a, p. 359;
Rev. de D., tomo XXVI, Seg. parte, Sec. 1^a, p. 67;
Rev. de D., tomo XXVII, Seg. parte, Sec. 1^a, p. 101;
Rev. de D., tomo XXVII, Seg. parte, Sec. 1^a, p. 265;
Rev. de D., tomo XXXI, Seg. parte, Sec. 1^a, p. 317;
Rev. de D., tomo XXXIII, Seg. parte, Sec. 1^a, p. 337;
Rev. de D., tomo XXXVI, Seg. parte, Sec. 1^a, p. 261.¹²¹

Ahora bien, la interpretación de la regla contenida en el número 1 del artículo 321, de acuerdo con su tenor literal, no da margen a dudas de ninguna especie y no se ve la razón para recurrir a otras disposiciones ni aún a pretexto de armonizar las distintas disposiciones de la ley.

Los términos del número 1 del artículo 321 no pueden ser más claros y precisos. Habla de cónyuges, pura y simplemente, sin hacer distinción alguna, ni insinuar limitación.

El aforismo universal de derecho que "donde la ley no distingue no le es lícito al hombre distinguir" ha sido uniformemente aceptado por nuestra jurisprudencia¹²² y la doctrina.¹²³

En consecuencia, aplicando sanas normas de interpretación, si el número 1 del artículo 321 no hace distinción alguna y habla sencillamente de "cónyuges" es

¹²¹ Tomadas de las memorias de don Sergio Inzunza Barrios y don Arturo Montes Rodríguez, "Antecedentes para un código civil anotado", tomos pares e impares, respectivamente.

¹²² *Rev. de D.*, tomo XI, Seg. parte, Sec. 1^a, p. 813;

Id., tomo XXI, Seg. parte, Sec. 1^a, p. 844;

Id., tomo XIX, Seg. parte, Sec. 1^a, p. 16;

Id., tomo XXIII, Seg. parte, Sec. 1^a, p. 380;

Id., tomo XXIII, Seg. parte, Sec. 1^a, p. 491;

Id., tomo XXVII, Seg. parte, Sec. 1^a, p. 713;

Id., tomo XXVII, Seg. parte, Sec. 1^a, p. 754;

Id., tomo XXXI, Seg. parte, Sec. 1^a, p. 219;

(Tomadas de "Antecedentes para un Código Civil anotado", memoria de prueba de Arturo Montes Rodríguez.)

¹²³ Claro Solar, tomo I, N^o 231, p. 135;

Claro Salas, p. 24.

menester concluir que mientras no se disuelva el matrimonio, mientras dos personas conserven la situación jurídica de casadas, están obligados a proporcionarse alimentos, estén divorciados o no, estén separados de bienes o no, vivan o no juntos. O sea, si la disposición del número 1 del artículo 321 consigna la regla general de alimentos entre cónyuges, debe aplicarse en todas y cada una de las situaciones matrimoniales, a menos que pueda invocarse un precepto excepcional expreso que disponga otra cosa.

90. Las excepciones son de derecho estricto. Establecida la regla general de que los cónyuges se deben alimentos, las excepciones sólo caben a virtud de una disposición expresa.

El aforismo “la excepción es de derecho estricto” ha sido aceptada por la doctrina y reconocido en varios fallos de nuestros tribunales.¹²⁴

Por lo demás, sin necesidad de recurrir a la doctrina podemos afirmar que se requiere un precepto legal expreso para negar los alimentos a los cónyuges que se encuentran en una determinada situación, puesto que el artículo 321 después de señalar las personas a quienes se debe alimentos, dice en su inciso final: “No se deben alimentos a las personas aquí designadas en los casos en que una **ley expresa** se los niegue”.

91. Sólo hay un caso de excepción, previsto por la ley, a la regla del N° 1 del artículo 321. Por cuidado que

¹²⁴ Claro Solar, tomo I, N° 231, p. 134;
Claro Salas, p. 24;

Paulino Alfonso, De la interpretación de la ley, p. 16;
Alessandri y Somarriva, Apuntes de sus clases, primer año,
p. 200;

Rev. de D., tomo XIII, Seg. parte, Sec. 1ª, p. 65;

Id., tomo XXV, Seg. parte, Sec. 1ª, p. 11;

Id. tomo XXVII, Seg. parte, Sec. 1ª, p. 49;

Id., tomo XL, Seg. parte, Sec. 1ª, p. 1.

se ponga en revisar el Código Civil, sólo podrá encontrarse un caso en que, en forma expresa, se prive de alimentos al cónyuge: es el contemplado en el inciso final del artículo 324, o sea, el del cónyuge que ha cometido injuria atroz en contra del que se los debe.

No hay ningún otro caso que la ley contemple, en la forma expresa que su carácter excepcional exige, la cesación de los alimentos.

En consecuencia, la única situación que faculta para negar los alimentos a un cónyuge es cuando éste ha cometido injuria atroz en contra del cónyuge deudor de ellos, a menos que otra disposición, también excepcional, exonere al cónyuge de esta regla, como ocurre, por ejemplo, en el caso del divorcio perpetuo. Según sentencia que aparece en el tomo LI, segunda parte, sección primera, página 503 de la Revista de Derecho y Jurisprudencia, "la sentencia que entrega la tuición de los hijos al padre y que ordena a la mujer cesar en su cuidado, crianza y educación, por estimársela moralmente inhabilitada para ejercerlas, no constituye una sentencia que prueba la existencia de un atentado grave contra el honor del marido".

Tampoco constituyen injuria atroz las expresiones proferidas o hechos realizados dentro de una convivencia conyugal desprovista de entendimiento, prolongada en el tiempo, mantenida por ambos cónyuges y que ha suscitado mutuos ataques y actitudes verbales y de hecho, sin que sea dable determinar quién fue el ofensor o el ofendido.

Asimismo no lo constituye la relación extraconyugal que la cónyuge mantendría con un varón si no ha tenido vida íntima con su marido durante aproximadamente cuatro años. (Considerando 4º de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 12 de agosto de 1981, tomo LXXVIII, sección segunda, página 85, Revista de Derecho y Jurisprudencia.)¹²⁵

¹²⁵ Véanse los números 71 y 104 de esta obra.

92. **No existe ninguna disposición expresa que prive de alimentos al cónyuge que vive fuera del hogar conyugal.** No obstante no existir ninguna disposición que prive de alimentos al cónyuge que vive fuera del hogar conyugal sin motivo justificado, se ha sostenido que éste estaría comprendido entre los casos de excepción a la regla general del número 1 del artículo 321, lo que se desprendería, según se dice, de las reglas contenidas en el título VI del Libro I del Código Civil, aplicables de preferencia a las reglas generales sobre alimentos a virtud de lo prevenido en el artículo 322.

Pero la verdad es que esta doctrina es tan errada como las dos premisas en que se apoya, ya que ni el artículo 322 autoriza para aplicar las reglas del título VI de preferencia a las del artículo 321, ni ninguna de las reglas del título VI priva de alimentos al cónyuge que vive fuera del hogar conyugal.

93. **El artículo 322 no autoriza para aplicar las reglas del título VI del Libro I de preferencia a las del artículo 321.** El artículo 322 dice textualmente: "Las reglas generales a que está sujeta la prestación de alimentos, son las siguientes; sin perjuicio de las disposiciones especiales que contiene este Código respecto de ciertas personas".

Analizando esta disposición legal se ve que contiene dos ideas o conceptos ligados entre sí: uno, el primero, de que las reglas generales a que está sujeta la prestación de alimentos son las que se indican a continuación y, el otro, de que estas reglas generales consignadas después del artículo 322, se aplican a falta de disposición especial.

En efecto, en la primera parte del artículo 322 se dice: "las reglas generales a que está sujeta la prestación de alimentos son las siguientes"; la palabra "siguientes" significa las que vienen en seguida, las que vienen a continuación y éstas son, por lo tanto, las contenidas en los artículos 323 al 336.

En consecuencia, son las reglas contenidas en los artículos 323 a 336, a las que se refiere la parte final del artículo 322 cuando dice que se aplican "sin perjuicio de las disposiciones especiales que contiene este Código respecto de ciertas personas".

El precepto del artículo 322 no puede, pues, servir de fundamento para aplicar, por sobre la regla imperativa del N° 1 del artículo 321 que ordena que se deben alimentos al cónyuge, otras disposiciones del Código, porque del tenor literal del artículo 322 se desprende que su contenido no puede afectar al artículo 321, puesto que éste artículo no se encuentra a continuación de aquél.

Si el legislador hubiera tenido la intención de comprender en la regla del artículo 322 a 321, hubiera empleado en vez de la expresión "las siguientes", la de "las contenidas en este título", o bien, hubiera colocado el artículo 322 como primera disposición del título XVIII. Pero, no lo hizo, y del texto y ubicación del artículo 322 podemos concluir que no comprende ni se ha referido al artículo 321, de tal manera que no puede afectar a la regla del N° 1 de esta disposición legal, que establece en términos amplios y generales la obligación alimenticia entre cónyuges.

La redacción y ubicación del artículo 322 no es el resultado de una impericia o descuido del legislador y es indudable que Borja se extralimitó en su crítica cuando lo califica de "adivinanza de Pedro Grullo".¹²⁶

En realidad, el legislador excluyó consciente y voluntariamente el artículo 321 de lo preceptuado en el artículo 322 y lo hizo, sencillamente, porque en el inciso final del ya citado artículo 321 se había establecido una regla semejante en relación con su contenido.

En efecto, si el artículo 321 determina quiénes pueden ser sujetos del derecho de alimentos, la regla especial, la disposición excepcional con relación a lo esta-

¹²⁶ Tomo V, p. 280.

blecido en él no puede ser otra que a cuál de esos titulares del derecho es posible privarlos de los alimentos. Por eso, en su inciso final dispuso: "No se deben alimentos a las personas aquí designadas en los casos en que una ley expresa se los niegue".

Cierto es que el artículo 322 constituye una repetición de la norma del artículo 13 del Código Civil según la cual las reglas especiales prevalecen sobre las generales cuando hay entre ellas oposición, precepto del que no puede escapar el artículo 321.

Tiene, sin embargo, importancia, para los efectos de fijar el pensamiento del legislador, establecer que el artículo 322 no se ha referido a las reglas del artículo 321, respecto de las cuales sintetizó la misma regla en su inciso final con la exigencia de que sólo a virtud de una **ley expresa** podían ser negados.

94. Condiciones para que una regla especial prime sobre la general. De la lógica y de las términos del artículo 13 del Código Civil se desprende que la ley especial prevalece sobre la general, cuando hay entre ellas **oposición**, o sea, que es necesario que versen sobre una misma institución jurídica. Así, por ejemplo, si un precepto rige el deber de fidelidad y otro el deber de socorro, no puede haber entre ellos oposición porque rigen instituciones jurídicas distintas y, en consecuencia, no puede uno primar o derogar al otro. De la misma manera las reglas acerca del deber de vida común, del deber de socorro o asistencia entre los cónyuges no pueden tener oposición ni, en consecuencia, prevalecer sobre las reglas que rigen los alimentos.

95. No existe ninguna disposición en el título VI del Libro I ni en ninguna otra sección del Código que prive de alimentos al cónyuge que vive fuera del hogar conyugal. Aun suponiendo que el artículo 322 comprenda y se refiera al artículo 321 y lo por él preceptuado prime sobre la regla de su inciso final, siempre carecería de

base la doctrina que priva de alimentos al cónyuge que vive fuera del hogar conyugal, porque falla su segunda premisa, cual es, la existencia de una regla especial contenida en el título VI del libro I.

En el título VI del libro I del Código Civil no existe ninguna disposición que afecte al fondo del derecho de alimentos, a su procedencia respecto de las personas enumeradas en el artículo 321, o mejor, que afecten a su calidad de sujetos o titulares del derecho de alimentos. Todos los preceptos sobre alimentos contenidos en este título se refieren a modalidades que dicen relación con su cuantía y duración, y ninguno, como se ha dicho, afecta al carácter de titular o sujeto del derecho de alimentos.

Para demostrar esta afirmación estudiaremos las disposiciones especiales contenidas en el título VI del libro I y, a fin de facilitar este estudio, nos referiremos separadamente a las distintas situaciones jurídicas o de hecho en que pueden encontrarse los cónyuges, que son: caso de nulidad matrimonial, cónyuges divorciados perpetuamente, cónyuges divorciados temporalmente, cónyuges separados de bienes, cónyuges que viven juntos en el hogar común y cónyuges que viven separados.

CAPITULO SEGUNDO

DE LOS ALIMENTOS EN EL CASO DE NULIDAD DE MATRIMONIO

96. Las personas que han anulado su matrimonio no están comprendidas entre aquéllas a quienes el artículo 321 otorga alimentos. Una vez ejecutoriada la sentencia que declara la nulidad del matrimonio, el vínculo conyugal desaparece y, en consecuencia, los ex cónyuges no pueden invocar la regla contenida en el número 1 del artículo 321 en apoyo de una demanda de alimentos.

Las personas que han anulado su matrimonio, no son cónyuges entre sí y no pueden reclamarse alimentos, a menos que fundaran su pretensión en un convenio de asignación alimenticia voluntaria. Pero, en tal caso, estos alimentos estarían afectos al precepto del artículo 337, es decir, no tendrían el carácter de verdaderos alimentos y, por lo tanto, podrían embargarse, compensarse, cederse o renunciarse.

Estas personas podrían, igualmente, reclamarse alimentos, si la una hubiera hecho a la otra una donación cuantiosa, pero en tal evento, no se invocaría el título de cónyuge, sino el de donante, contemplado en el N° 9 del artículo 321.

97. Los alimentos durante la tramitación del juicio de nulidad de matrimonio. Si el matrimonio produce todos sus efectos y no puede considerarse disuelto mientras no quede ejecutoriada la sentencia de nulidad y ésta se anote al margen de la partida matrimonial respectiva, no puede haber duda que durante la tramitación del juicio, el deber de alimentos rige en toda su amplitud.

En consecuencia, la regla del número 1 del artículo 321 se aplica al caso de los cónyuges que litigan nulidad de matrimonio y puede invocarla tanto el que actúa como demandante como el que actúa como demandado.

Por otra parte, el Código de Procedimiento Civil al prescribir en su artículo 755 que "la forma y cuantía de los alimentos y de las expensas para la litis" en los juicios de nulidad o de divorcio "se tramitarán como incidentes en ramos separados", dan por sentado la procedencia de los alimentos durante el juicio de nulidad de matrimonio.

En la sentencia que aparece en la **Gaceta de los Tribunales** del año 1878, N° 2.575, página 1.067 se resolvió que la mujer, demandante en un juicio de nulidad de matrimonio, tenía derecho a alimentos durante su tramitación, rechazándose la oposición del marido que sostenía que los alimentos sólo procedían durante el juicio

de divorcio. El fallo se fundamentó especialmente en los artículos 134, 136 y 321 del Código Civil.

También se concedieron alimentos durante el juicio de nulidad en las sentencias publicadas en la **Gaceta de los Tribunales**, año 1873, N° 812, página 348, y año 1878, N° 2.575, página 1.067.

CAPITULO TERCERO

DE LOS ALIMENTOS EN EL CASO DE DIVORCIO PERPETUO

Sección I

LOS ALIMENTOS DESPUES DE DICTADA LA SENTENCIA DE DIVORCIO PERPETUO

98. **Las disposiciones especiales relativas al divorcio perpetuo confirman la regla general sobre alimentos entre cónyuges contenida en el N° 1 del artículo 321.** En el párrafo 4 del título VI del Libro I del Código Civil, denominado "Excepciones relativas al divorcio perpetuo" encontramos los artículos 174, 175, 176 y 177 que se refieren a los alimentos entre cónyuges divorciados perpetuamente, disposiciones que confirman la regla general del N° 1 del artículo 321 que establece la obligación alimenticia entre cónyuges.

Si no existieran las disposiciones especiales mencionadas, siempre se habría llegado a una conclusión afirmativa, puesto que en nuestra legislación los divorciados no pierden su carácter de cónyuges y, como no hay ningún precepto que niegue la procedencia de los alimentos entre ellos, forzosamente se les tendría que considerar comprendidos en la regla general.

Claro Solar¹²⁷ expresa la misma idea al decir: ...“la mujer culpable, como la mujer inocente, debe llenar la obligación de socorrer a su marido que se encuentra en la indigencia. Para que no estuviera obligada a hacerlo, hubiera **sido necesario** que una ley especial hubiera establecido que el divorcio producía este efecto respecto del marido o de la mujer culpable”.

Lo dicho no significa que las disposiciones de los artículos 174, 175 y 176 sean redundantes o innecesarias: ellas introducen modificaciones, si no al artículo 321, a las reglas contenidas en los artículos 323 y 324, con lo cual se confirma lo aseverado al analizar el artículo 322 de que todas las disposiciones especiales sobre alimentos contenidas en el Código respecto de “ciertas personas” se refieren a las reglas establecidas a continuación del citado artículo 322.

99. Análisis de los artículos 174, 175 y 176. Estos artículos dan reglas especiales para tres situaciones en que pueden encontrarse los divorciados:

- A) La mujer no ha dado causa al divorcio y pide alimentos;
- B) La mujer ha dado causa al divorcio y pide alimentos, y
- C) El marido pide alimentos haya o no dado causa al divorcio.

A) La mujer no ha dado motivo al divorcio y pide alimentos

100. Disposición legal aplicable al caso. La mujer inocente que no ha dado causa al divorcio tiene derecho a exigir del marido culpable que contribuya a su con-

¹²⁷ Tomo III, N° 1.693, p. 298.

grua y decente sustentación, según lo previene el artículo 174.¹²⁸

101. **Qué debe entenderse por congrua y decente sustentación.** Sostiene Borja que al emplear el legislador la expresión "congrua y decente sustentación" da a los alimentos que se deben a la mujer divorciada inocente una extensión mayor que la de simples alimentos congruos. Expresa este autor que alimentos congruos son los que habilitan al alimentario para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su situación social; que **modestamente** significa templanza, parsimonia, aunque sin pobreza; y que **decente** significa más que congruo. En efecto, dice textualmente: "lo decente se acerca a lo superfluo, pues el que vive con decencia tiene todo cuanto puede necesitar, atendiendo a su posición".¹²⁹

La misma opinión de que decente es más que modesto, sostiene Claro Solar.¹³⁰

Esta interpretación que significa colocar a la mujer divorciada inocente, en una situación privilegiada, pues ninguna otra pensión alimenticia tendría tal amplitud, parecería lógica si se estimara como una sanción impuesta al marido que ha dado causa al divorcio, pero la verdad es que las razones que dan Borja y Claro no tienen consistencia, ya que el sentido que atribuyen a la palabra **decente** no corresponde con exactitud al que le da el Diccionario de la Lengua.

Según el léxico, **decencia**, significa recato, honestidad, modestia y **decente** es lo honesto, justo, debido, correspondiente al estado o calidad de las personas, adornado, aunque sin lujo, con limpieza y aseo. Ahora, si

¹²⁸ *Gaceta*, año 1865, N° 840, p. 346;

Id., año 1860, N° 696, p. 282;

Id., año 1861, N° 1.047, p. 6.663;

Id., año 1884, N° 465, p. 283.

¹²⁹ Tomo III, p. 546.

¹³⁰ Tomo III, N° 1.689, p. 295.

buscamos en el diccionario la palabra **modestia**, se da como sinónima de honestidad, decencia, recato en las palabras y acciones.

Decente, pues, no es más que modesto, como dice Claro Solar, ni se acerca a lo superfluo, como afirma Borja; decente y modesto significan sencillamente lo mismo y hay que concluir que el legislador, al usar la expresión "congrua y decente", ha incurrido en una redundancia.

La mujer divorciada que no ha dado causa al divorcio, tiene, pues, derecho a que el marido le dé alimentos congruos. El artículo 174 constituye una simple confirmación de las reglas contenidas en los artículos 321 N° 1 y 324. Este ha tenido que ser el pensamiento del legislador puesto que habla de que el marido **conserva** la obligación de contribuir a la congrua y decente sustentación de su mujer y **conservar** significa mantener lo ya existente.

B) La mujer ha dado causa al divorcio y pide alimentos

102. Disposición legal aplicable al caso. El artículo 175 contempla la situación de la mujer que ha dado causa al divorcio y dispone que el marido debe proveer a su modesta sustentación. El juez, en caso de discordia, fijará la pensión tomando en consideración los bienes de la mujer que el marido administre y la conducta observada por aquélla antes y después del divorcio.

103. La regla del artículo 175 confirma la regla general del N° 1 del artículo 321. El precepto especial sobre alimentos establecido por la ley para el caso de la mujer que ha dado causa al divorcio constituye una confirmación de la regla general del número 1 del artículo 321 y sólo introduce modificaciones a algunas de las reglas contenidas en los artículos posteriores al artículo 322, con lo cual se demuestra que estábamos en lo cierto cuando afirmábamos que en el título VI del libro I no hay nin-

guna "disposición especial respecto de ciertas personas", que pueda aplicarse en perjuicio de la regla general que establece los alimentos entre cónyuges.

La ley da más o menos alimentos, pero siempre los da al cónyuge.

Entre las modificaciones que el artículo 175 introduce a las reglas contenidas en los artículos posteriores al 322 figura: la del artículo 324 pues a la mujer divorciada por su culpa no se le otorgan alimentos congruos, sino los necesarios para su modesta sustentación. Además, para fijar el monto de los alimentos no se toman en cuenta únicamente las necesidades del alimentario y las facultades del alimentante, sino que intervienen otros elementos, y así debe considerarse la cuantía de los bienes de la mujer que administra el marido, la conducta de la mujer antes y después del divorcio y hasta la conducta del marido para el caso que atenuara la falta de la mujer culpable, como se desprende del artículo 177.

104. La regla del artículo 175 constituye una derogación del inciso final del artículo 324. La regla del inciso final del artículo 324 que prescribe que en caso de injuria atroz cesará enteramente la obligación de prestar alimentos, no se aplica al caso de la mujer divorciada por su culpa, aunque la causal de divorcio constituya injuria atroz. Así se desprende del artículo 175 que autoriza a la mujer que ha dado causa al divorcio para exigir alimentos del marido, en términos amplios, y sin establecer limitaciones cuando las causales de divorcio constituyan injuria atroz. No puede pensarse que el legislador olvidó esta circunstancia y que su intención fuera otra, puesto que en un artículo inmediatamente anterior a los que reglan los alimentos entre divorciados, en el artículo 172, se pone en el caso de divorcio decretado por adulterio, sevicia atroz, atentado contra la vida del otro cónyuge, que serían constitutivos precisamente de injuria atroz.

Es ésta, sin lugar a dudas, una benevolencia exagerada del legislador, pero que el intérprete debe respetar. Cabe, sin embargo, hacerla contrastar con la severidad de los jueces que se valen de triquiñuelas legales para privar de alimentos a la mujer que vive fuera del hogar conyugal.

Nuestros tribunales han resuelto que la mujer divorciada por adulterio tiene derecho a alimentos. Véase al respecto las siguientes sentencias:

Gaceta de los Tribunales, año 1879, N° 584, página 390;

R. de D., tomo XXXIII, segunda parte, sección 1ª, página 39.

La regla derivada del artículo 175 según la cual no se aplica al caso de la mujer divorciada por su culpa el inciso final del artículo 324 es de carácter excepcional y, por lo tanto, debe interpretarse restrictivamente. Así no podría sostenerse que la injuria atroz cometida entre cónyuges divorciados temporalmente o entre cónyuges separados de hecho, no pudiera invocarse para hacer cesar los alimentos.

105. **Qué debe entenderse por modesta sustentación.** El artículo 175 ha dado lugar a discusiones. Claro Solar¹³¹ dice que la disposición "es clara, de toda claridad" y Borja¹³² por su parte expresa que "la redacción del artículo carece de perspicuidad, y que origina, por lo mismo, dudas y cavilaciones".

Lo curioso es que, no obstante la divergencia anotada, ambos autores concuerdan en que la expresión "modesta sustentación" corresponde a los alimentos congruos. Claro Solar¹³³ lo afirma expresamente y Borja¹³⁴ lo da a entender al decir que entre los alimentos necesarios y la modesta sustentación "hay una enorme diferencia".

¹³¹ Tomo III, N° 1.792, nota 47, p. 298.

¹³² Tomo III, p. 548.

¹³³ Tomo III, N° 1.739, p. 342.

¹³⁴ Tomo III, p. 548.

Hay otros, que no identifican la expresión "modesta sustentación" con los alimentos congruos ni tampoco con los necesarios y piensan que la clasificación de los artículos 174 y 175 envuelve un concepto diferente de la del artículo 323 en cuanto a su extensión. En este sentido se pronuncia Barros Errázuriz¹³⁵ y un fallo de nuestros tribunales.¹³⁶

Al parecer ambas teorías están en el error. En efecto, no porque se emplee la palabra modesta al definir los alimentos congruos es esa su cualidad esencial y determinante. Lo que da la calidad de congruo es la circunstancia de que se midan de acuerdo con la posición social del alimentado.

Los alimentos congruos comprenden la habitación, la alimentación, el vestuario, la asistencia médica, la educación, proporcionados modestamente, o sea, con parsimonia, pero de acuerdo con la posición social del alimentado. Los alimentos necesarios comprenden los mismos elementos, o sea, la habitación, la alimentación, el vestuario, la asistencia médica y la educación, pero a diferencia de los alimentos congruos no se miden de acuerdo con la posición social del alimentado, sino en un mínimun indispensable para vivir.

Por consiguiente, el legislador al hablar de lo que la mujer necesita para su "modesta sustentación" no ha podido referirse sino a los alimentos necesarios.

Esta interpretación se confirma porque al referirse el legislador a los alimentos que se deben al marido divorciado expresa que "si se encuentra en la indigencia tiene derecho a ser socorrido por la mujer, en lo que necesita para su modesta sustentación" y si el legislador hubiera entendido que la modesta sustentación correspondía a los alimentos congruos o más que necesarios, no hubiera exigido que para tener tal derecho el marido

¹³⁵ Tomo III, p. 155.

¹³⁶ *Rev. de D.*, tomo XXXIX, Seg. parte, Sec. 1ª, p. 83.

se encontrara en la indigencia, es decir, falto de medios indispensables para la vida.

La circunstancia de que para determinar los alimentos que se deben a la mujer divorciada por su culpa, se atienda a la conducta de la mujer y del marido y a los bienes de la mujer que el marido administre, no se opone con la clasificación de alimentos necesarios, si se considera la relatividad de los alimentos. Ya hemos visto que, aunque los alimentos necesarios deben comprender lo indispensable para la vida, su medida es elástica y variable e influye, aunque indirectamente, la situación social y la fortuna tanto del demandante como del demandado.¹³⁷

C) El marido divorciado pide alimentos

106. **Disposición legal aplicable al caso.** El artículo 176 considera la situación del marido divorciado y coloca en igualdad de condiciones al inocente y al culpable. Expresa esta disposición que "el marido que se encuentre en **indigencia** tiene derecho a ser socorrido por la mujer, en lo que **necesite** para su **modesta sustentación**, aunque él sea el que ha dado motivo al divorcio.

107. **La indigencia es condición esencial para la procedencia de los alimentos.** Del texto del artículo 176 se desprende que el marido divorciado para tener derecho a alimentos debe probar su indigencia, o sea, su carencia absoluta de lo más necesario. Así lo han resuelto las sentencias publicadas en la **Gaceta de los Tribunales** del año 1888, tomo I, N° 1.062, página 884 y año 1873, N° 350, página 142.

108. **La modesta sustentación corresponde a los alimentos necesarios.** Al tratar de los alimentos que se de-

¹³⁷ Véase el número 18 de esta obra.

ben a la mujer divorciada por su culpa, dimos las razones que nos mueven a sostener que la modesta sustentación corresponde a la clasificación de alimentos necesarios.

Ahora, cabe insistir en la circunstancia de que al exigir el legislador como condición para la procedencia de los alimentos en favor del marido divorciado, la carencia absoluta de medios de vida, demuestra que su propósito fue que se le proveyera "lo que necesite", como dice el artículo 176, y no más.

Aunque no lo dice en forma expresa, la sentencia que aparece en la **Gaceta de los Tribunales**, año 1873, N° 350, página 142, da por sentado que los alimentos que se deben al marido divorciado, son los necesarios. En efecto, entre los fundamentos que enuncia para rechazar la demanda figura, además de la falta de indigencia, el ser el demandante varón mayor de 25 años y no haber probado su imposibilidad de ganarse la vida, o sea, que la sentencia aplicó la regla del inciso final del artículo 332 que rige a "quienes sólo se deben alimentos necesarios".

109. ¿Puede el marido divorciado, hábil para el trabajo, solicitar alimentos de la mujer? El problema no existe si se acepta la interpretación de que los alimentos para la "modesta sustentación" son los necesarios, ya que la regla del inciso final del artículo 332 que dice que "ningún varón de aquellos a quienes se deben alimentos necesarios, podrá pedirlos después que haya cumplido 21 años, salvo que por algún impedimento corporal o mental se halle inhabilitado para subsistir de su trabajo, no puede prestarse a dudas de ninguna especie.

Ya hemos citado en el número anterior, una resolución que rechazó la demanda del marido por no haber probado su imposibilidad para ganarse la vida. Cabe, sin embargo, señalar que la Corte de Apelaciones de Santiago, aunque en un fallo ya bastante antiguo, rechazó esta

doctrina, que había sido aceptada por el tribunal de primera instancia.¹³⁸

110. **La injuria atroz no se puede invocar en contra del marido divorciado.** Lo dicho con relación a la mujer que ha dado causa al divorcio respecto de la injuria atroz, se aplica al marido y, por la misma razón, no puede ser privado de los alimentos, aún cuando la causal que haya dado motivo al divorcio sea constitutiva de injuria atroz.

Sección II

LOS ALIMENTOS DURANTE LA TRAMITACION DEL JUICIO DE DIVORCIO PERPETUO

111. **Se aplican las reglas generales de alimentos entre cónyuges.** Las reglas de los artículos 174, 175 y 176 del Código Civil, son reglas especiales que deben aplicarse restrictivamente para el caso de excepción previsto en la ley, o sea, para los cónyuges que puedan invocar una sentencia ejecutoriada de divorcio.

Antes que los cónyuges estén divorciados a virtud de una sentencia a firme, no habiendo el legislador establecido normas especiales que rijan durante la tramitación del juicio, cabe aplicar la regla general del número 1 del artículo 321.

Como consecuencia de lo anterior, los alimentos que se deben al cónyuge durante la tramitación del juicio, sea demandante o demandado, son los congruos.

112. **La jurisprudencia.** Nuestros tribunales han acogido invariablemente los alimentos durante el juicio

¹³⁸ *Gaceta*, año 1865, N° 39, p. 12.

de divorcio. Pueden consultarse al respecto las siguientes sentencias:

Gaceta de los Tribunales, año 1862, N° 1.630, página 605;

Gaceta de los Tribunales, año 1863, N° 714, página 264;

Gaceta de los Tribunales, año 1864, N° 189, página 83;

Gaceta de los Tribunales, año 1865, N° 1.925, página 780;

Gaceta de los Tribunales, año 1866, N° 523, página 682;

Gaceta de los Tribunales, año 1876, N° 1.958, página 997;

Gaceta de los Tribunales, año 1877, N° 3.647, página 1.810;

Gaceta de los Tribunales, año 1879, N° 18, página 13;

Gaceta de los Tribunales, año 1881, N° 427, página 690;

Gaceta de los Tribunales, año 1878, N° 484, página 210;

Gaceta de los Tribunales, año 1878, N° 933, página 379;

Gaceta de los Tribunales, año 1882, N° 3.606, página 1.988, y

Gaceta de los Tribunales, año 1894, N° 293, página 183.

CAPITULO CUARTO

DE LOS ALIMENTOS EN EL CASO DE DIVORCIO TEMPORAL

113. **No pueden aplicarse las reglas de los artículos 174, 175 y 176.** Los artículos 174, 175 y 176 del Código Civil, contenidos en el párrafo 4 del título VI del Libro I

encabezado con la denominación de **Excepciones relativas al divorcio perpetuo**, no pueden aplicarse al caso del divorcio temporal. Se trata de disposiciones especiales, de reglas excepcionales que deben interpretarse restrictivamente. No es posible en estos casos la interpretación por analogía.¹³⁹

114. El Código no ha previsto reglas especiales para el caso del divorcio temporal. No existen en el título VI del Libro I ni en ninguna otra sección del Código reglas especiales sobre alimentos para los divorciados temporalmente.

La Ley de Matrimonio Civil que reglamentó el divorcio temporal se limitó a señalar las causales en que se basa y su duración.

115. En caso de divorcio temporal se aplican las reglas generales sobre alimentos entre cónyuges. Si no existen reglas especiales sobre alimentos aplicables a los divorciados temporalmente ni pueden aplicarse las relativas al divorcio perpetuo, surge la interrogante de qué reglas se aplican al caso.

Claro Solar sostiene¹⁴⁰ que dejando el divorcio temporal subsistentes todas las obligaciones del matrimonio, salvo el deber de cohabitación, la obligación de socorro que no puede ser cumplida en el domicilio conyugal que no existe, se convierte en pensión alimenticia, o sea, da como fundamento de la obligación alimenticia entre los divorciados temporalmente, el artículo 134 del Código Civil.

El señor Claro Solar incurre indudablemente en un error. El artículo 134 del Código Civil no regla la obligación alimenticia entre cónyuges, sino una obligación

¹³⁹ Véase el N° 90 de esta obra.

¹⁴⁰ Tomo III, N° 1.687, p. 293.

que, aunque semejante, es distinta: la obligación de socorro.¹⁴¹

La regla general en materia de alimentos entre cónyuges es la contenida en el número 1 del artículo 321, de manera que, no existiendo reglas especiales previstas en la ley para el caso de los divorciados temporalmente, el fundamento de la obligación alimenticia entre ellos es aquella disposición legal y no la del artículo 134, como afirma Claro.¹⁴²

Todas las demás disposiciones del título XVIII del Libro I se aplican a los divorciados temporalmente y, en consecuencia, se deben los alimentos congruos, salvo los casos de injuria grave en los que pueden ser reducidos a los necesarios.

Igualmente rige en toda su amplitud el inciso final del artículo 324 según el cual la injuria atroz hace cesar enteramente la obligación de prestar alimentos.

En la **Revista de Derecho y Jurisprudencia**, tomo XXXIX, segunda parte, sección 1ª, página 85, se encuentra la resolución que restringió a los necesarios, los alimentos de la mujer divorciada temporalmente, por haber cometido injuria grave de palabra en contra de su marido.

116. Reglas aplicables durante la tramitación del juicio. Por las mismas razones que en el caso de sentencia ejecutoriada de divorcio temporal, durante la tramitación del juicio, deben aplicarse las reglas generales

¹⁴¹ Véanse los números 65 y 150 de esta obra.

¹⁴² Se citan los artículos 321 o 324 como fundamento de los alimentos entre divorciados temporalmente en las siguientes sentencias:

Gaceta, año 1862, N° 1.630, p. 605;
 Id., año 1881, N° 2.631, p. 1.449;
 Id., año 1883, N° 2.143, p. 1.191;
 Id., año 1888, tomo I, N° 271, p. 221;
 Id., año 1911, tomo I, N° 496, p. 480;
 Id., año 1873, N° 1.855, p. 828.

sobre alimentos entre cónyuges, o sea, que proceden los congruos, sea que los solicite el demandante o el demandado.

CAPITULO QUINTO

DE LOS ALIMENTOS EN CASO DE SEPARACION DE BIENES

117. **No existen reglas especiales sobre alimentos para el caso de separación de bienes.** En el párrafo 3, del título VI, del libro I del Código Civil, titulado **Excepciones relativas a la simple separación de bienes**, se consignan, como su encabezamiento lo indica, las reglas especiales para esta situación jurídica conyugal. No obstante, no se encuentra en él disposición alguna que diga relación con la obligación alimenticia.

Cierto es que el precepto del artículo 160, contenido en este párrafo, a primera vista y sin un mayor análisis, puede confundirse con una regla relativa a la prestación alimenticia, pero en realidad se refiere a otra institución jurídica.

118. **Análisis del artículo 160.** En el régimen de comunidad de bienes, que es el régimen normal del matrimonio, los gastos de mantenimiento de los cónyuges y los de mantenimiento, educación y establecimiento de los descendientes comunes son de cargo de la sociedad conyugal. (Nº 5 del artículo 1.740.)

Desaparecida la sociedad conyugal en el régimen de separación de bienes, el legislador ha tenido que resolver sobre quiénes pesa la carga del mantenimiento de la familia. El artículo 160, pues, tiene este objeto: reglamentar, a falta de sociedad conyugal, la forma en que los cónyuges deben proveer a las necesidades comunes,

estableciendo la equitativa fórmula, que ellas serán "a proporción de sus facultades".

La regla del artículo 160 supone dos cónyuges que cuentan, ambos, con bienes o rentas, y establece, junto con la obligación de contribuir a los gastos del hogar común, la fórmula para determinar la contribución de cada cónyuge, si no hubiere acuerdo.

La obligación alimenticia, por el contrario, supone un cónyuge que carece de bienes o no los tiene en cantidad necesaria para vivir modestamente de acuerdo con su posición social y, el otro, que los tiene en cantidad suficiente para satisfacer sus propias necesidades y ayudar a su marido o mujer.

En el caso de alimentos, el cónyuge acreedor recibe la suma asignada y la emplea sin la intervención del otro. En cambio, en el caso de contribución a los gastos del hogar común durante la separación de bienes, es siempre el marido el que recibe y administra el dinero. Así parece desprenderse del inciso 2º del artículo 228 y así también lo han interpretado Chacón¹⁴³ y Borja.¹⁴⁴

El artículo 160 constituye, pues, no una regla especial modificatoria de la general sobre alimentos, sino una disposición excepcional en relación con el Nº 5 del artículo 1.740 del Código Civil que impone a la sociedad conyugal la carga del mantenimiento de los cónyuges y de los hijos.

Don Luis Claro Solar, confirma lo dicho, al decir con relación al artículo 160: "No se trata, por consiguiente, de una pensión o mesada alimenticia que el marido deberá pagar a la mujer o ésta a aquél, sino de una contribución a la caja común con que deben hacerse los gastos de la familia en el hogar común."¹⁴⁵

Cabe recordar, también, la sentencia que hemos reproducido en parte en esta obra y que señala las diferen-

¹⁴³ Tomo I, p. 144, nota (1).

¹⁴⁴ Tomo III, p. 479.

¹⁴⁵ Tomo III, Nº 1.686, p. 292.

cias entre la contribución que el marido hace a los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos, en el estado de separación de bienes, y la pensión alimenticia regida por el N° 2 del Artículo 321.¹⁴⁶

119. Los alimentos entre cónyuges separados de bienes. La separación de bienes no produce ningún efecto jurídico con relación a la vida común de los cónyuges.

Pero, aunque lo normal, legalmente hablando, es que los cónyuges separados de bienes tengan un domicilio común, en la práctica suele ocurrir que las divergencias de orden económico traigan dificultades de orden personal que interrumpen la vida conyugal.

Por lo tanto, los cónyuges separados de bienes pueden encontrarse en dos situaciones de hecho: o viven juntos o viven separados.

¿Cuál es la solución en materia de alimentos para estos dos casos?

Es indudable que dependerá de la respuesta que se dé para el caso de los cónyuges que viven juntos o para el caso de los que viven separados de hecho. Si la separación de bienes no produce ningún efecto respecto de los deberes de orden personal que los cónyuges tienen entre sí, no se ve razón para que pudieran aplicársele reglas distintas.

Nos remitiremos, pues, a los Capítulos VI y VII de esta Segunda Parte en los que serán tratados la procedencia de los alimentos entre los cónyuges que viven en el hogar común y los que viven separados, respectivamente, y la conclusión a que se llegue en ellos tendrá que aplicarse a los cónyuges separados de bienes, según cual sea su situación de hecho.

120. Lo resuelto por la jurisprudencia en materia de alimentos entre cónyuges separados de bienes. La to-

¹⁴⁶ *Gaceta*, año 1900, 2° semestre, N° 6.107, p. 582; N° 66 de esta obra.

talidad de los fallos que he encontrado sobre alimentos entre cónyuges separados de bienes se refiere a casos en que el marido actúa como demandante.

Lo curioso es que nuestros tribunales que en las más de las ocasiones han negado los alimentos a la mujer que vive fuera del hogar conyugal sin que exista una causa legal que la autorice para ello, han **acogido invariablemente** la demanda de alimentos del marido separado de bienes que, además, vive fuera del hogar conyugal.

Estos fallos serán estudiados en detalle en el capítulo VII al tratar de los alimentos entre cónyuges separados de hecho. Por el momento nos limitaremos a citar estas sentencias y a destacar el hecho sustancial de que todas ellas se fundamentan en el artículo 321. Estas sentencias son las publicadas en los siguientes tomos de la **Gaceta de los Tribunales**:

- Año 1863, N° 1.260, página 481;
- Año 1867, N° 1.709, página 741;
- Año 1877, N° 1.319, página 673;
- Año 1877, N° 1.693, página 876;
- Año 1885, N° 2.531, página 1.523;
- Año 1924, tomo II, N° 104, página 501.

Todas estas sentencias acogen la demanda del marido y citan, como se ha dicho, en apoyo de lo fallado, al artículo 321 del Código Civil, salvo una, la que aparece en el tomo correspondiente al año 1885, que cita, además, el artículo 134.

Llamo la atención sobre este hecho porque Claro Solar¹⁴⁷ al igual que en el caso de los divorciados temporalmente, da como fundamento de la obligación alimenticia entre cónyuges separados de bienes, al artículo 134 del Código Civil, lo que constituye un error, ya que esta disposición no reglamenta la prestación alimenticia sino una institución jurídica diversa: la obligación de socorro.

¹⁴⁷ Tomo III, N° 1.686, p. 292.

CAPITULO SEXTO

DE LOS ALIMENTOS ENTRE CONYUGES QUE VIVEN JUNTOS

121. **No existen disposiciones especiales que reglamenten los alimentos entre cónyuges que viven juntos.** En el párrafo que establece, según su denominación, las **Reglas Generales** en cuanto a "Obligaciones y derechos entre los cónyuges", o sea, en el párrafo 1 del título VI del libro I del Código Civil, no existe disposición alguna que se refiera a la obligación alimenticia entre los cónyuges.

Insisto que no existe ningún precepto modificatorio de la regla general del N° 1 del artículo 321 que dice que se deben alimentos, primordialmente al cónyuge y, menos aún, uno que prescriba que en el estado normal del matrimonio los cónyuges no se deben alimentos.

Si contamos con la regla general del número 1 del artículo 321 y con el inciso final del mismo artículo que expresa: "No se deben alimentos a las personas aquí designadas cuando una ley expresa se los niegue", no se ve qué dificultad puede haber para llegar a la conclusión de que los alimentos se deben entre cónyuges que hacen vida común, siempre naturalmente que concurren los dos elementos indispensables para la procedencia de esta obligación, o sea, que el alimentario se encuentre en estado de necesidad y que el alimentante disponga de recursos.

122. **Los artículos 131 y 134 no se refieren a la obligación alimenticia sino que consagran el deber de socorro entre los cónyuges.** He sostenido que en el párrafo 1 del título VI del libro I no existe disposición alguna que se refiera a la obligación alimenticia.

No obstante, casi todos los comentadores del Código Civil citan los artículos 131 y 134 como preceptos que regulan la institución jurídica de los alimentos.

Así Borja¹⁴⁸ al enumerar las reglas especiales concernientes a alimentos que rigen de preferencia a las del título XVIII del libro I, indica al artículo 134; Chacón,¹⁴⁹ por su parte, al comentar el artículo 134, dice: "La obligación de prestarse alimentos es mutua entre los cónyuges..." y Claro Solar,¹⁵⁰ afirma textualmente: "De estas disposiciones (se refiere a los artículos 131 y 134) resulta para los cónyuges la obligación de prestarse alimentos. La ley no se sirve de esta expresión al hablar de los deberes de los cónyuges; pero, aunque bajo el nombre de socorro, es incuestionablemente la obligación alimenticia la que la ley establece entre los cónyuges en estas disposiciones..."

Estos autores incurren indudablemente en una confusión derivada de la semejanza que existe entre la obligación alimenticia y la obligación de socorro que es la regida por los artículos 131 y 134.

El deber de socorro y la obligación de alimentos tienen la misma finalidad, satisfacer las necesidades de vida de los cónyuges, pero son diferentes, como luego lo veremos.

Tiene importancia este distinguo, ya que si los artículos 131 y 134 se refieren a la obligación de socorro, no tienen por qué derogar o primar sobre la disposición del número 1 del artículo 321 que regla una institución jurídica diversa como es la obligación alimenticia, desde que, según el artículo 13 del Código Civil, para que una disposición especial prevalezca sobre una general es menester que haya entre ellas oposición y es indudable que tal oposición no puede existir sino entre preceptos de una misma institución jurídica.

123. Características del deber de socorro. El deber de socorro tiene la misma finalidad que la obligación

¹⁴⁸ Tomo V, p. 480.

¹⁴⁹ Tomo I, p. 117.

¹⁵⁰ Tomo III, N° 1.679, p. 287.

alimenticia, cual es, asegurar las necesidades de vida de los cónyuges y puede definirse, usando los términos del artículo 134, como el suministro de lo necesario que un cónyuge hace al otro en proporción a sus facultades.

Fuera de los artículos 131 y 134 no hay otras disposiciones en el Código Civil que se refieran al deber de socorro entre cónyuges y, por lo demás, la reglamentación que de esos preceptos se deduce es insignificante. Los citados artículos se limitan a establecer que se trata de un deber recíproco, o sea, que afecta tanto al marido como a la mujer y a señalar su extensión "según las facultades" del obligado.

No obstante, pueden deducirse algunas características que derivan de su propia naturaleza. Así puede sostenerse:

1º Que el derecho a recibir socorro, correlativo del deber que el artículo 134 impone al marido o a la mujer respecto del cónyuge que carece de bienes, es un derecho personalísimo, fuera del comercio humano, que no puede cederse, transmitirse, compensarse, renunciarse, embargarse y sólo puede ser gozado por su titular;

2º El deber de socorro se cumple proporcionando lo necesario en especie y en dinero, pero de preferencia en especie, o sea, el cónyuge deudor debe poner a disposición del otro una habitación, vestuario, artículos alimenticios, etc.;

3º El socorro no puede prestarse con sujeción a períodos o plazos determinados, sino que se otorga día a día, a medida que las necesidades lo exigen;

4º El socorro sólo puede prestarse dentro del hogar común y ser el resultado de una leal convivencia. No es susceptible de regulación judicial ni puede obtenerse su cumplimiento mediante un procedimiento forzado o compulsivo.

¿Cómo podría un juez señalar cada uno de los artículos que una familia o una persona requiere para satisfacer sus necesidades de vida y de confort? ¿Cómo podría

determinar cada uno de los momentos en que debe hacerse entrega de los artículos o especies destinados a la alimentación, vestuario, higiene, salud, etc., de un ser, a fin de satisfacer las necesidades que se van presentando sucesivamente y que, muchas veces, ni siquiera se pueden prever?

Tal regulación es imposible y aún cuando no lo fuera y se llegara a una regulación aproximada, no habría la manera de vigilar momento a momento su cumplimiento.

Los ejemplos clásicos de obligaciones imposibles de hacer cumplir por procedimientos compulsivos, como el del escultor que se ha comprometido a hacer una estatua o el del poeta que se ha comprometido a escribir un soneto, tienen menos fuerza que el hacer cumplir a través de todos los días y las horas de una vida, la obligación de socorro.

El Código Civil ni siquiera señaló una sanción que, indirectamente, forzara su cumplimiento.

Sólo en la Ley de Matrimonio Civil, dictada casi 30 años más tarde, al consignarse en el N° 5 de su artículo 21 como causal del divorcio "la avaricia del marido si llega a privar a la mujer de lo necesario para la vida atendidas sus facultades", vino a establecerse una sanción para el marido que no cumple con el deber de socorro. Pero esta causal no podría hacerse extensiva para el caso de "avaricia de la mujer", de modo que respecto de ella, el deber de socorro no tiene sanción y puede considerarse como una simple norma moral cuyo cumplimiento queda entregado a su conciencia.

¿Por qué el legislador no estableció una sanción para el caso de incumplimiento del deber de socorro?

Porque no era necesaria. Ya que si un cónyuge no cumplía con el deber de socorro respecto del que carece de lo necesario para vivir de acuerdo con su posición social, se producía la situación de hecho que hace posible la procedencia de los alimentos.

124. **El deber de socorro y la obligación alimenticia son instituciones jurídicas diferentes.** Señaladas las características del deber de socorro difícil es que pueda confundirse con la obligación alimenticia.

Es así como en el último tiempo, en algunas sentencias, se ha empezado a reconocer las diferencias entre las pensiones alimenticias y el socorro.

En efecto, en el considerando 5º de la sentencia de la Excma. Corte Suprema, publicada en la **Revista de Derecho y Jurisprudencia**, tomo XL, segunda parte, sección primera, página 46, se expresa: "Que de un estudio comparativo de los preceptos contenidos en los títulos VI y XVIII sobre "obligaciones y derechos entre los cónyuges" y sobre "alimentos que a dichos cónyuges se deben", se desprende que corresponde hacer una distinción entre alimentos que se suministran dentro del hogar y alimentos proporcionados fuera de aquél. Esa distinción conduce a otra, que es la siguiente: los alimentos dentro del hogar corresponden al socorro y a la ayuda mutua que los cónyuges deben prestarse en todas las circunstancias de la vida, mejor dicho, forman parte de la obligación que la ley impone de socorrerse y ayudarse mutuamente, pero circunscrito a la satisfacción de las contribuciones que a cada uno de los cónyuges se haya sometido para el sostenimiento de las cargas familiares, sin que esas contribuciones tengan el carácter de pensiones alimenticias propiamente tales (artículos 131 y 134 del Código Civil); los alimentos proporcionados fuera del hogar. son pensiones alimenticias sujetas a ser dadas periódicamente en cantidades fijas y en forma determinada (artículos 323, 324, 329 y 336 del Código citado)".

La misma diferenciación se hace en el considerando 6º de la sentencia que aparece en la **Gaceta de los Tribunales** del año 1936, segundo semestre, número 123, página 465 en los siguientes términos: "Que en orden a asegurar la subsistencia de la mujer casada, instituyó el Código Civil la obligación marital de suministrarle "lo necesario según sus facultades" y para precisar el alcance

de esta obligación, como diferente de la señalada con la expresión "alimentos" se abstuvo sistemáticamente, de emplear esta expresión, siempre que hubo de referirse a ella, abstención que contrasta con su empleo cada vez que, en artículos muy próximos, hubo de referirse a las relaciones entre el padre y el hijo ilegítimo en lo tocante al mantenimiento de éste, de donde puede colegirse que si bien la obligación que sobre el marido pesa a virtud de lo dispuesto en el artículo 134 es de contenido sustancialmente igual a la obligación de prestar alimentos, entre ambas existen diferencias que indujeron al legislador a no designarlas con el mismo vocablo".

Después veremos cómo en estas sentencias, partiéndose de la premisa verdadera como es la de que el deber de socorro y el deber de alimentos son instituciones jurídicas diferentes, se llega a la conclusión falsa de que entre cónyuges que hacen vida normal, o sea, no están divorciados o autorizados judicialmente para vivir separados, la única manera de satisfacer las necesidades del cónyuge pobre es en la forma prevista en el artículo 134, es decir, mediante el cumplimiento del deber de socorro.

125. Es un error plantear como problema si el artículo 134 prima sobre el número 1º del 321 o viceversa. Ha quedado establecido que el deber de socorro y el deber de alimentos son instituciones jurídicas diversas. Por consiguiente, entre el artículo 134 que consigna el primero y el Nº 1 del artículo 321 que consagra el último, no puede haber oposición, ni cabe hablar de primacías del uno sobre el otro.

El deber de socorro y el deber de alimentos están llamados a llenar la misma finalidad, cual es satisfacer las necesidades de vida de los cónyuges, pero no ha habido torpeza ni impericia en el legislador al preceptuar los dos como coexistentes entre cónyuges que viven juntos, porque corresponden a situaciones de hecho o momentos diferentes.

Para determinar cuál disposición es la que prima en un caso dado, no es menester sacar a relucir reglas de interpretación ni es necesario aclarar cuál es la disposición general y cuál es la especial que debe prevalecer. No. No se trata de un problema de derecho sino que de una simple cuestión de hecho o de prueba.

El deber de socorro más que una regla jurídica es una costumbre, un hábito de la pareja humana. El legislador pudo no haberlo consignado, como no consignó, por ejemplo, ese importantísimo deber matrimonial que es el de amarse, y, sin embargo, siempre los hombres y las mujeres que se han unido para formar una familia pondrán sus recursos al servicio del otro, de la misma manera que, aún cuando la ley no lo ordena, hay bastantes cónyuges que se aman.

Lo normal, pues, es que dentro del matrimonio las necesidades de vida de los cónyuges se satisfagan en la forma prevista en el artículo 134, no porque el legislador lo haya así ordenado, sino porque es una regla de convivencia social que está incrustada en la conciencia, en el hábito y en la manera de ser de los hombres.

Cumplido el deber de socorro, o sea, puesto en ejercicio el artículo 134, no caben los alimentos, no porque de acuerdo con una terminada regla de interpretación este artículo prime sobre el artículo 321 sino porque con ello se satisfacen las necesidades de los cónyuges, y los alimentos, aunque nacen como derecho por el solo hecho del matrimonio, únicamente pueden reclamarse cuando el cónyuge deudor carece de los medios para vivir de un modo correspondiente a su situación social.

Pero si el socorro no se cumple o se cumple imperfectamente, si un cónyuge no suministra al otro lo necesario de acuerdo con sus facultades, se produce el estado de necesidad que la ley exige para la procedencia de los alimentos y entra entonces el artículo 321 a supeditar al artículo 134.

El problema, pues, no es cuál disposición prima sino cuál es la situación de hecho y cada una de las dos

que pueden presentarse se rigen, en un caso, por el artículo 134 y, en el otro, por el artículo 321 N° 1.

Podemos, pues, concluir diciendo que los alimentos rigen entre cónyuges que hacen vida común, siempre que el que los reclama carezca de lo necesario para vivir de un modo correspondiente a su posición social (condición **sine qua non** en todos los casos de alimentos) lo que ocurre, por lo general, cuando el cónyuge deudor no cumple o cumple imperfectamente con el deber de socorro.

126. La jurisprudencia sobre alimentos entre cónyuges que viven bajo el mismo techo. Pocos casos se han presentado ante los tribunales de demanda de alimentos entre cónyuges que hacen vida común, y es lógico que así sea, porque el incumplimiento del deber de socorro supone un desacuerdo más profundo que, por lo general, se traduce en una separación.

Pero no faltan cónyuges, especialmente mujeres, que están dispuestas a soportar cuantos sinsabores sean necesarios para mantener, aunque sea en apariencia, el hogar común y sólo movidas por ese imperativo superior que es la conservación de la propia vida y la de sus hijos, se deciden a entablar demanda de alimentos.

Un ejemplo típico de lo afirmado, lo tenemos en el caso que aparece en la **Revista de Derecho y Jurisprudencia**, tomo IV, segunda parte, sección primera, página 186, que corresponde al juicio caratulado "Humeres de Rodríguez con Rodríguez".

A la demanda de la mujer que, no obstante vivir en el hogar común, pedía una pensión alimenticia para ella y sus hijos en vista de que su marido no cumplía con la obligación de proporcionarle lo necesario para los gastos de la casa, el marido alegó que acceder a tal petición significaba echar por tierra los derechos que como jefe de la sociedad conyugal y de parter familias le correspondía para administrar sus bienes y los de su mujer, determinar los gastos e inversiones del hogar, y dirigir la educación y establecimiento de los hijos. Agregaba que el

incumplimiento del deber de proporcionar a la mujer lo necesario para su subsistencia, tenía como única sanción el divorcio y que condenarle a pagar una pensión alimenticia significaba aplicar una sanción no prevista por la ley.

Importante es transcribir íntegra la sentencia dictada por la Corte Suprema que rechazó la casación de fondo interpuesta contra el fallo que acogió los alimentos.¹⁵¹

Esta sentencia sienta dos principios importantes:

1º Que el artículo 321 prescribe que se deben alimentos al cónyuge sin limitación alguna y sin expresar

¹⁵¹ "Teniendo presente:

"1º Que el deber de los cónyuges de ayudarse y socorrerse mutuamente en todas las circunstancias de la vida, que establece como precepto general el artículo 131 del Código Civil y que es de la naturaleza del contrato de matrimonio, conforme al artículo 102 del mismo Código, lo reproduce particularmente la ley, como una obligación terminante de aquéllos, en el artículo 134, que ordena al marido suministrar a la mujer lo necesario según sus facultades e impone a la mujer igual obligación respecto al marido, si éste careciere de bienes; obligación cuyo cumplimiento cada uno de los cónyuges puede exigir al otro por los medios legales en caso de negativa, ya que si no fuera así, el precepto de la ley resultaría inútil e ineficaz;

"2º Que el artículo 321 del ya citado Código prescribe asimismo, que se deben alimentos el cónyuge, sin expresar que esa obligación corresponda sólo a una situación determinada del matrimonio, como sería la que es una consecuencia del divorcio, por lo que ha de entenderse que esa disposición como la del artículo 134 que acaba de indicarse, comprende también el estado normal del matrimonio, en lo que concierne a los alimentos que el marido está obligado a suministrar a la mujer;

"3º Que habiendo establecido la ley de un modo tan imperioso esta obligación que es primordial del marido, de suministrar dentro del régimen normal del matrimonio, lo necesario según sus facultades a la mujer y de alimentarla, no se comprende que haya querido negar a ésta los medios eficaces de compeler al marido a cumplir esa obligación, lo que colocaría a la mujer en peor condición que las demás personas que según el artículo 321 del Código Civil, tienen también derecho a pedir

que esta obligación corresponda sólo a una situación determinada del matrimonio, como sería para el caso de divorcio, por lo que debe entenderse que esta disposición comprende también el estado normal del matrimonio, y

2º Que no puede aceptarse que sea el divorcio el medio legal de que deba hacer uso la mujer para obligar al marido a que la alimente, recurso que la ley ha establecido con otro objeto, además que ello convertiría el divorcio en un recurso forzado e inevitable, no obstante

alimentos, quienes pueden exigirlos acudiendo al juez con ese fin en caso de negativa del alimentante;

"4º Que no puede tampoco aceptarse que sea el divorcio el medio legal de que debe hacer uso la mujer para obligar a su marido a que la alimente, porque el divorcio que es un recurso extremo, no lo ha establecido la ley con ese objeto, sino con el de suspender la vida común de los cónyuges que se ha hecho difícil o imposible por los motivos diversos que ella misma determina, según los artículos 168 y siguientes del párrafo 4 del Título VI del Código Civil y 5º de la Ley de 10 de enero de 1884; y también porque en una situación semejante la mujer se vería violentada por la necesidad de pedir el divorcio por avaricia del marido convirtiéndose así en un recurso forzado e inevitable, lo que la ley ha querido dejar a la libre voluntad de los cónyuges, como lo manifiestan los artículos 24 y 25 de la ley que acabamos de citar;

"5º Que si bien el marido es jefe de la sociedad conyugal y como tal administra libremente los bienes sociales y los de su mujer, esta facultad que la ley confiere al marido no le autoriza para sustraerse a las obligaciones que ese mismo carácter de jefe de la sociedad le impone con respecto a la mujer, como tampoco de las que en cuanto a los hijos se derivan de la patria potestad, porque no le ha otorgado la ley tal facultad para que la ejercite de un modo arbitrario, negando a la mujer y a los hijos los alimentos de que han menester; y por consiguiente, sin menoscabo de esas mismas atribuciones, puede la justicia regular su ejercicio restableciendo el régimen correcto y legal, y ordenando, como ha sucedido en el caso de que se trata, al marido que suministre a la mujer y a los hijos los alimentos a que por la ley tienen derecho esas personas;

"6º Que, en consecuencia, el fallo que se impugna por el recurrente no ha infringido ninguna de las disposiciones legales que se citan como violadas.

que los artículos 24 y 25 de la Ley de Matrimonio Civil han querido dejarlo a la libre voluntad de los cónyuges.

A esta sentencia, sin embargo, pueden hacerse dos reparos.

Señalo, en primer lugar, la reiterada confusión que hace entre la obligación alimenticia y el deber de socorro, como si ambas fueran una sola y única institución jurídica, lo que la hace incurrir en el error de afirmar que existen medios para compeler al marido a cumplir con su obligación de socorro; y, por último, no rebatió o aclaró la argumentación de que los alimentos pudieran constituir una sanción no prevista por la ley. La imposición de alimentos no constituye un castigo o pena por el incumplimiento del deber de socorro sino que este incumplimiento hace que se produzca, en algunos casos, la situación de hecho indispensable para la procedencia de los alimentos, o sea, la situación de necesidad del cónyuge y de los hijos.

La mayor prueba de que no es una sanción es que si el cónyuge tiene bienes de que pueda disponer, no procedería el pago de alimentos, aunque el otro no cumpla con el deber de socorro, proporcionándole los artículos u objetos para el mantenimiento del cónyuge y de la familia de acuerdo con sus facultades.

Frente a la sentencia que acabamos de analizar en la que la Excm. Corte Suprema acepta la doctrina de la procedencia de los alimentos entre cónyuges que viven juntos en el hogar común, destacaremos otra en la que se sienta la doctrina contraria por la Ilma. Corte de Apelaciones de Valparaíso en un fallo redactado por el ministro señor Ramón Meza Barahona, y que ha sido publicado en la **Gaceta de los Tribunales** del año 1936, segundo semestre, número 123, página 465.¹⁵²

¹⁵² "Teniendo presente:

"1º Que doña Elvira Briones de Cabrera demanda contra su marido, don Sabino Cabrera Martínez para que se declare que

Esta sentencia no analiza la situación de hecho, no pesa la prueba rendida al tenor de si la demandante disponía o no de lo necesario para vivir de un modo correspondiente a su situación social, circunstancia que, en este caso, tenía que ser una consecuencia forzosa del cumplimiento o incumplimiento por parte del marido de su deber de socorro.

éste debe suministrarle alimentos, de conformidad a lo dispuesto en el N° 1 del artículo 321 del Código Civil y en el presente cuaderno demanda alimentos provisionales que el juez a quo le concedió;

"2° Que los alimentos son un derecho que la ley otorga a ciertas personas que carecen de bienes en la cantidad necesaria para su subsistencia y respecto de las cuales no existe un tercero solvente determinadamente encargado por la ley de proveer a ella, para que ciertas personas, que el artículo 321 enumera, se los proporcionen, ya en la cantidad suficiente para sustentar la vida, ya en la que alcance para su modesta subsistencia de acuerdo con su posición social;

"3° Que, dado el propósito que la institución de los alimentos persigue, y que no es otro que el indicado en el considerando precedente, los preceptos que a ella se refieren y que se contienen en los artículos 321 a 337 del Código Civil, no alcanzan ni pueden alcanzar a la mujer casada que vive en régimen normal de matrimonio, porque a tal mujer se refirió antes el mismo Código, en su artículo 134, que impone al marido la obligación de 'suministrar a la mujer lo necesario según sus facultades' y es ilógico pensar que, considerada ya por el artículo 134 la subsistencia de la mujer casada, en cuanto depende de la capacidad económica del marido, volvieran a ocuparse superflua-mente de ella el artículo 321 y los demás que regulan la institución de los alimentos;

"4° Que si bien el artículo 321 enumera en primer lugar al cónyuge entre las personas a quienes son debidos alimentos, ese precepto debe entenderse en la forma restringida de excluir al cónyuge no divorciado ni separado de bienes, para dar al conjunto de la legislación un alcance armónico y racional, y no lo sería entender que el marido que tiene, por mandato del citado artículo 134, la obligación de dar a la mujer 'lo necesario según sus facultades', deba darle también 'alimentos' conforme el artículo 321, y nada autoriza para sostener que el legislador dio a la mujer ambos derechos, con facultad de elegir el que fuere de mayor conveniencia suya;

Esta falta de análisis de la situación de hecho no nos permite apreciar si, en el fondo, el asunto está bien o mal fallado, pero en todo caso aun cuando de conformidad a los hechos hubiera tenido que llegarse a la misma conclusión a que se llegó en la sentencia, o sea, a rechazar la demanda, los fundamentos debieron ser otros.

El error primero de la sentencia está, pues, en haber planteado la litis como un simple problema jurídico.

Con mucha claridad en su considerando sexto la sentencia destaca la diferencia entre la obligación marital de

"5° Que entender de otra manera los preceptos que regulan la materia en examen importaría desnaturalizar de un lado la institución de los alimentos y del otro la del matrimonio. En efecto, en el régimen normal del matrimonio, entre cónyuges no divorciados ni separados de bienes, existe sociedad conyugal, a virtud de la cual la mujer es dueña de la mitad de los gananciales que se produzcan. La calidad de mujer indigente, necesitada de alimentos, es incompatible con la existencia de un marido rico obligado a prestarlos, pues la existencia de esa riqueza supondría también la obtención de beneficios y de consiguiente la participación en ellos del cónyuge, que no sería, por eso, pobre en grado de necesitar alimentos. Por otra parte, la subsistencia del matrimonio, institución basada en la obediencia de la mujer y en la protección del marido, no se armoniza con el derecho de arrastrar aquélla a éste ante los Tribunales e imponerle por la fuerza el cumplimiento de las prestaciones que contra él obtuviere, para constituir una especie de patrimonio propio, aparte de la sociedad conyugal, y personalísimo;

"6° Que en orden a asegurar la subsistencia de la mujer casada, instituyó el Código Civil la obligación marital de suministrarle 'lo necesario según sus facultades', y para precisar el alcance de esta obligación, como diferente de la señalada con la expresión 'alimentos' se abstuvo, sistemáticamente, de emplear esta expresión siempre que hubo de referirse a ella, abstención que contrasta con su empleo cada vez que, en artículos muy próximos, hubo de referirse a las relaciones entre el padre y el hijo ilegítimo en lo tocante al mantenimiento de éste, de donde puede colegirse que si bien la obligación que sobre el marido pesa a virtud de lo dispuesto en el artículo 134, es de contenido substancialmente igual a la obligación de prestar alimentos, entre ambas existen diferencias que indujeron al legislador a no designarlas con el mismo vocablo;

“suministrar lo necesario según sus facultades” que consagra el artículo 134 y la obligación alimenticia estatuida en el artículo 321, pero ofuscada por la circunstancia de

”7º Que la negativa del marido a cumplir su deber de proporcionar a la mujer lo necesario según sus facultades, está sancionada con la pena más grave que el legislador tenía a su alcance, con la destrucción de su potestad de marido, con el divorcio, ya que ninguna otra sanción es compatible con el mantenimiento del matrimonio, que se funda sobre sentimientos de afecto y que ningún interés social ni moral aconseja mantener después de desaparecidos esos sentimientos como han debido desaparecer cuando el marido niega el sustento a su mujer. El Nº 5 del artículo 21 de la Ley de Matrimonio Civil castiga con el divorcio ‘la avaricia del marido, si llega hasta privar a su mujer de lo necesario para la vida atendidas sus facultades’, empleando términos que parecen calculados para señalar la sanción natural de la infracción del citado artículo 134. Por lo demás, si se estudian las causales de divorcio que consulta la ley respectiva, se ve que en ellas aparecen consultadas como tales causales todas las infracciones graves de los deberes que el Código Civil impone a los cónyuges. Y no podía ser de otro modo, porque relaciones tan especiales como las que unen a marido y mujer, de naturaleza fundamentalmente moral, no podían ser dejadas al derecho común, que rige principalmente los bienes y que no se refiere a las personas sino casi exclusivamente con relación a sus bienes. El legislador creyó del caso sancionar con el divorcio la violación de esas obligaciones;

”8º Que por la misma naturaleza del matrimonio, los deberes recíprocos de los cónyuges no pueden ser impuestos por la fuerza y así como repugna a la dignidad humana el que un marido obligue con el auxilio de la fuerza pública a su mujer a vivir con él y en general a ser su mujer, del mismo modo repugnan a la potestad marital los límites de fuerza puesto a ella por la mujer. Por todo lo cual ha entendido el legislador que el arribo de una de esas situaciones que ponen fuera de lo normal las relaciones de los cónyuges, debe acarrear la ruptura del matrimonio, situación en que quedan desligados el marido y la mujer, aun en países que todavía mantienen el matrimonio indisoluble, de los derechos y obligaciones recíprocas de tales y nada impide que acudan a los Tribunales, como cualquier ciudadano, a exigir lo que les corresponda;

”9º Que la demandante no ha probado, ni siquiera afirmando, que esté divorciada, y por la inversa del texto de su demanda parece más bien desprenderse que subsiste su matrimonio.

que están llamadas a satisfacer el mismo objetivo y a llenar la misma finalidad, ve entre ellas oposición y acumula argumentos para hacer primar la una y excluir la otra.

Si partimos del concepto que el tribunal tiene de la potestad marital, desarrollado en el considerando quinto de la sentencia, no tiene por qué extrañarnos de que se hicieran consideraciones para hacer prevalecer el artículo 134. Cabe sí a manera de comentario decir que el legislador jamás entendió que la potestad marital privara a la mujer del derecho de litigar contra su marido, como se desprende del artículo 136 y que, si es cierto que la subsistencia del matrimonio no se compadece con una situación de litigio entre los cónyuges, tampoco puede compadecerse con la circunstancia de que uno de ellos se vea expuesto a sufrir necesidades o morir de hambre, teniendo el otro recursos.

Tampoco es aceptable la argumentación contenida en el mismo considerando quinto para demostrar que dentro del régimen de sociedad conyugal no puede existir una mujer indigente si el marido dispone de recursos porque, según se expresa, la "mujer es dueña de la mitad de los gananciales que se produzcan". Cabe advertir que la sociedad conyugal es una ficción jurídica que sólo se materializa al disolverse el matrimonio y que únicamente en ese momento nacen los derechos de la mujer, la que durante la vigencia de él tiene sobre los bienes sociales meras expectativas.

Veamos ahora cómo la sentencia esquivo el texto imperativo del artículo 321.

Obviando la regla de interpretación del artículo 19 que ordena atenerse al tenor literal de la ley, cuando éste es claro, sostiene que el artículo 321 "debe entenderse en la forma restringida de excluir al cónyuge no divorciado ni separado de bienes, para dar al conjunto de la legislación un alcance armónico y racional", o sea, recurre a un método de interpretación admitido por la ley sólo "en los casos en que no pudieren aplicarse las reglas de inter-

pretación precedentes”, según el texto expreso del artículo 24. Supone la sentencia que de no interpretar el artículo 321 limitándose su alcance, esta disposición no estaría en armonía con el artículo 134 que hace depender la subsistencia de la mujer de la capacidad económica del marido.

Para dar más fuerza a su argumentación, la sentencia trata de probar por medio del absurdo y afirma que sería ilógico obligar al marido a dar **también** alimentos a la mujer, ya que según el artículo 134 debe darle lo necesario según sus facultades y que “nada autoriza para sostener que el legislador dio a la mujer **ambos** derechos, con facultad de elegir el que fuera de mayor conveniencia suya”.

Es el caso de aplicar el aforismo “quien prueba demasiado no prueba nada”. En efecto, nunca podrá darse el caso de que el socorro y los alimentos se acumulen, puesto que estos últimos sólo proceden cuando el que los reclama se encuentra en estado de necesidad. No se trata, pues, de que un cónyuge, en el presente caso la mujer, pueda elegir según su conveniencia entre exigir el socorro o exigir los alimentos y si alguna elección hay ésta no está en manos del cónyuge acreedor sino del deudor, quien podrá optar entre cumplir lealmente con su deber de socorro o exponerse a ser condenado a pagar una pensión alimenticia.

Como ya lo hemos visto en el número 110, no hay antilogía por parte del legislador al establecer dos preceptos con la misma finalidad para el caso de los cónyuges que hacen vida normal, viviendo bajo el mismo techo, porque estos preceptos se aplican a situaciones diferentes.

En el considerando séptimo de la sentencia se establece que la sanción prevista para el marido que no proporciona a la mujer lo necesario según sus facultades es el divorcio. Efectivamente, no hay más sanción que el divorcio. Pero imponer alimentos no constituye una sanción, así como otorgarlos no significa un premio.

El derecho de alimentos se pone en ejercicio desde que existe un sujeto pasivo que dispone de recursos y un titular o sujeto activo que no tiene lo necesario para vivir o no tiene la cantidad suficiente de acuerdo con su posición social. La sentencia que impone alimentos no castiga ni sanciona sino que se limita a reconocer un derecho y su obligación correlativa.

Puedo citar, además, otro fallo que niega los alimentos en el caso de cónyuges que viven juntos: es el pronunciado por la Corte de Apelaciones de Talca en la causa de Juana María Fuentes con Ramón Jara, publicado en la **Gaceta de los Tribunales** del año 1904, número 1.242, página 225. La Corte de Talca, revocando la sentencia del juez de Chillán que acogía los alimentos, sostuvo "que los alimentos entre cónyuges sólo proceden en caso de la disolución de la sociedad conyugal por divorcio".

CAPITULO SEPTIMO

DE LOS ALIMENTOS ENTRE CONYUGES QUE VIVEN SEPARADOS DE HECHO

127. **Existen dos interpretaciones o doctrinas al respecto.** Hemos llegado, pues, al problema central que motivó este estudio, o sea, aclarar y establecer cuál de las dos doctrinas al respecto está en la verdad, si la que sostiene que la ley da, en todo caso, derecho a alimentos al cónyuge que vive fuera del hogar conyugal, cualquiera que sea el responsable de la ruptura o, la otra, que entra a discriminar, otorgándolos al cónyuge que ha sido abandonado o ha abandonado el hogar forzado por la conducta del otro y negándolos al que se retira por su sola voluntad o es el que ha dado motivo a la separación.

Si el título de esta obra se refería exclusivamente al caso de la mujer, es porque en la práctica el problema se ha presentado sólo con relación a ella y, así, se afirma por unos, que la mujer que vive separada del marido tiene siempre derecho a alimentos, mientras otros sostienen que sólo podría reclamarlos si ha sido abandonada por el marido o se ha retirado del hogar conyugal por culpa de éste.

Nunca los autores ni los tribunales han ligado la obligación de dar alimentos que pesa sobre la mujer respecto de su marido, al cumplimiento por parte de éste del deber de vida común.

Pero, la verdad es que no existe ninguna razón legal para establecer en esta materia un tratamiento distinto entre los cónyuges y es lógico pensar que cualquiera que sea la conclusión a que se llegue tiene que afectar por igual tanto al marido como a la mujer.

128. El método que seguiremos. Para conseguir una mayor claridad en la exposición dividiremos la materia en tres partes o secciones. La Sección Primera la dedicaremos al estudio de los textos legales que sirven de fundamentos a las dos doctrinas que hemos enunciado; en la Sección Segunda, nos ocuparemos en analizar el dicho de los comentadores del Código Civil Chileno; y por último, en la Sección Tercera, trataremos de sistematizar la anárquica jurisprudencia, anterior a la primera edición.

Sección I

ESTUDIO DE LAS DISTINTAS DISPOSICIONES LEGALES QUE SE RELACIONAN CON LA OBLIGACIÓN ALIMENTICIA ENTRE CONYUGES QUE VIVEN SEPARADOS DE HECHO

129. La regla general en materia de alimentos entre cónyuges. Al estudiar la obligación alimenticia entre

cónyuges, quedó establecido que la disposición del número 1 del artículo 321, constituye la norma general que rige los alimentos entre los cónyuges y, en consecuencia, debe ella aplicarse, a menos que pueda invocarse una disposición especial expresa que la derogue o modifique.¹⁵³

130. No existen disposiciones especiales que contemplen la situación de los cónyuges que viven separados. Ni en el título VI del libro I ni en ninguna otra sección del Código Civil, se contiene precepto alguno que regle, en general, la situación de los cónyuges separados de hecho ni, en particular, la obligación alimenticia entre estos mismos cónyuges.

Más aun, eliminando las reglas contenidas en el título XVIII del libro I, las únicas disposiciones que reglan la obligación alimenticia entre cónyuges, son las de los artículos 174, 175, 176 y 177 que se refieren a los alimentos entre cónyuges divorciados perpetuamente. Como estas reglas tienen el carácter de especiales o excepcionales, deben aplicarse restrictivamente y no pueden hacerse extensivas al caso de los cónyuges separados de hecho.

131. Los artículos 102, 131, 133 y 134 del Código Civil se señalan como preceptos que contienen reglas especiales que priman sobre la del N° 1 del artículo 321. Acabamos de afirmar que no existen reglas especiales sobre alimentos para el caso de los cónyuges separados de hecho en forma que cabría aplicarles la regla general del N° 1 del artículo 321.

Se ha sostenido, sin embargo, por quienes niegan los alimentos a la mujer que ha abandonado el hogar voluntariamente, que los artículos 102, 131, 133 y 134 del Código Civil se aplican de preferencia a la ya cita-

¹⁵³ Véanse los números 87 a 90 de esta obra.

da regla general, a virtud de lo prevenido en el artículo 322, y que de ellos se desprendería que los alimentos no pueden otorgarse a la mujer que no cumple con el deber de seguir al marido.

Entraremos a estudiar en detalle los artículos 102, 131, 133 y 134 para ver si es fundada o no la afirmación de que a virtud de ellos los alimentos entre cónyuges sólo pueden ser cumplidos y reclamados en el hogar común, pero antes conviene recordar que al estudiar el artículo 322¹⁵⁴ quedaron en claro las siguientes conclusiones:

1º Que para que una regla general prime sobre una especial es menester a virtud de lo prevenido en el artículo 13 del Código Civil, que "entre las unas y las otras haya oposición" para lo cual es indispensable que versen sobre la misma materia o reglamenten la misma institución jurídica; y

2º Que del tenor literal del artículo 322 y de su ubicación se desprende que el legislador al referirse a las disposiciones especiales que contiene el código respecto de ciertas personas aludió a aquellas que modificaban las reglas generales contenidas a continuación, o sea, en los artículos 323 al 336, por lo que el ya tantas veces citado artículo 322 no puede servir de base para dejar sin efecto la regla general del artículo 321.

Párrafo I

Consecuencias que pueden derivarse del artículo 102 en relación con los alimentos entre cónyuges separados de hecho.

132. El artículo 102 no reglamenta la obligación alimenticia. Nadie podría sostener que el artículo 102 constituye un precepto sobre alimentos.

¹⁵⁴ Véanse los números 93 y 94 de esta obra.

Más aun, ni siquiera reglamenta las obligaciones o deberes de los cónyuges.

Los efectos del matrimonio con relación a las personas han sido tratados por el Código en el título VI del libro I que el legislador resume con el título de **Obligaciones y derechos entre los cónyuges**; y los efectos, con relación a los bienes, se agrupan en el título XII del libro IV, denominado **De las Capitulaciones Matrimoniales y de la Sociedad Conyugal**.

El artículo 102 es el primer precepto del título IV del libro I que se titula **Del Matrimonio** como si en él se tratara de toda la institución jurídica, cuando en realidad se ocupa únicamente del acto mismo creador de la unión conyugal, de las condiciones y exigencias requeridas para su celebración, existencia y validez.

133. **El artículo 102 contiene una definición.** El artículo 102 al decir que "el matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente", se limita a enunciar una definición del matrimonio.

Esta definición está lejos del concepto moderno de matrimonio, tanto en el derecho como en las costumbres, así como tampoco resume el ideal de definición que el decir de Baudry-Lacantinerie, "la más corta es la mejor"¹⁵⁵.

Pero, si la definición de matrimonio del artículo 102 nos resulta anticuada, no es culpa de don Andrés Bello, sino de ese avance implacable del tiempo que nos hace progresar o cambiar, a despecho de los que quieren permanecer estáticos o aún volver hacia atrás.

No se puede, pues, cometer la injusticia de criticar la definición de nuestro sabio legislador. Por el contrario, hay que reconocerle el mérito de su originalidad, ya que no corresponde a ninguna de las definiciones de los

¹⁵⁵ Tomo III, N° 1.421, p. 79.

códigos de la época,¹⁵⁶ además de contener conceptos que para su tiempo eran avanzados, como lo es el sostener que el matrimonio es un contrato, en contraposición de la opinión generalizada de que se trataba de un sacramento.

Criticar el artículo 102 estaría, por otra parte, fuera de la índole de este trabajo, que no aspira a otra cosa que salvaguardar la majestad de la ley y defenderla de los que pretenden juzgarla para acomodarla a su personal concepto de equidad.

134. **Análisis de los distintos elementos contenidos en la definición de matrimonio.** A fin de facilitar la tarea de escudriñar las relaciones, aún indirectas, que el texto del artículo 102 puede tener con la obligación alimenticia de los cónyuges en general y de los cónyuges separados de hecho en particular, procederemos a desarticularlo en sus distintas partes o elementos, tal como es costumbre hacerlo para la mejor comprensión de los estudiantes de derecho.

a) **Es un contrato.** Ya hemos dicho que cuando el legislador expresó que el matrimonio era un contrato, quiso excluir la idea de acto religioso o sacramento y reafirmar el concepto de acto civil o jurídico, que nace del acuerdo de la voluntad de las partes.

Pero, el matrimonio no sólo es un contrato, es, además, una institución de orden público y es por eso que, para enmendar esta omisión del legislador, se agrega que es un contrato especialísimo, **sui géneris**, que se diferencia notablemente de los otros contratos y no se le aplican las reglas generales de éstos, salvo por disposición expresa de la ley.¹⁵⁷

¹⁵⁶ Chacón, tomo I, p. 91.

¹⁵⁷ Alessandri. *De las capitulaciones matrimoniales, de la sociedad conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada.* N° 29, p. 43;

Somarriva. *Derecho de Familia.* Apuntes de su clase, p. 22.

Gran importancia tiene para el problema en estudio la conclusión de que el matrimonio es un contrato **sui generis**, al que no pueden aplicarse, salvo el caso de disposición expresa de la ley, los preceptos generales que para los contratos están consignados en el libro IV del Código Civil, ya que algunos autores y aun algunos fallos de nuestros tribunales han fundado su negativa para conceder alimentos a la mujer que vive fuera del hogar conyugal en la circunstancia de que ésta no cumple por su parte con sus deberes conyugales, incurriendo, aunque sin decirlo expresamente, en el error de aplicar al matrimonio el principio contractual de que "si una parte no ha cumplido con la prestación a que se obligó no puede exigir que, por su parte, la otra cumpla con lo pactado".

Aplicar la **exceptio non adimpleti contractus** contenida en el artículo 1.552 del Código Civil a la institución matrimonial sería tan absurdo como el pretender aplicarle el artículo 1.482 y sostener que pudiera resolverse el matrimonio por no cumplirse por uno de los cónyuges las obligaciones que éste le impone.

Por último, no hay que olvidar que siendo el matrimonio una institución de orden público, sus preceptos deben interpretarse restrictivamente, sin que puedan extenderse a puntos no expresamente previstos, tal como corresponde a las reglas de orden público.

b) **Es un contrato solemne.** O sea, está sujeto a formalidades especiales para su celebración, sin las cuales no puede existir válidamente.

c) **Es una unión entre un hombre y una mujer.** Aquí señala el artículo 102 una de las características esenciales del matrimonio que lo diferencian de los otros contratos y que permite decir que se trata de un contrato **sui generis**.

En los contratos de orden patrimonial pueden intervenir personas de un mismo sexo y participar dos personas o más. En cambio, en el contrato matrimonial,

es de su esencia que se celebre entre personas de distinto sexo y en él no pueden intervenir más de dos personas: un hombre y una mujer.

d) **Es una unión actual.** Es decir, que surte sus efectos desde que se celebra y, así, a diferencia de los demás contratos, no es susceptible de plazo, modo o condición.

e) **Es una unión indisoluble.** A diferencia del contrato común las partes no pueden dejarlo sin efecto. No se acepta la disolución del vínculo cualquiera que fuera la gravedad de los hechos que puedan imputarse los cónyuges, y menos aún, por mutuo acuerdo.

f) **Es una unión por toda la vida.** O sea, termina por la muerte de uno de los cónyuges, con lo cual se diferencia también de la mayor parte de los contratos que no terminan con la muerte de una de las partes.

g) **Vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.** Finaliza el artículo 102 diciendo que el objetivo del matrimonio es vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.

No cabe duda que los fines u objetos del matrimonio son elementos secundarios en una definición, de tal manera que pudieron omitirse y hasta hubiera sido preferible que el legislador no los hubiera señalado, ya que éstos varían con las costumbres y los tiempos y no siempre concurren en todos los matrimonios.

Así en un matrimonio en artículo de muerte su fin no puede ser la vida común ni la procreación de hijos, como tampoco puede serlo este último en un matrimonio entre personas de edad avanzada.

Pero ya hemos dicho que nuestro objetivo no es criticar la ley sino sacar las conclusiones que de su texto resultan. ¿Qué consecuencias puede tener para la obligación alimenticia entre los cónyuges, la circunstancia de que el legislador, al definir el matrimonio, señale como finalidad de él la vida común, la procreación y el auxilio mutuo?

Absolutamente ninguna, porque el legislador con ello se limita a enunciar cuáles son en su concepto los objetivos fundamentales del matrimonio, pero la forma como se van a cumplir esos objetivos, las consecuencias y sanciones que su inobservancia tienen hay que buscarla en otras disposiciones legales.

Así, el objetivo fundamental del matrimonio de "vivir juntos" se traduce en el deber de "vida común" que está reglamentado en el artículo 133 y sancionado en los números 6 y 7 del artículo 21 de la Ley de Matrimonio Civil. Igualmente la obligación de auxiliarse mutuamente, enunciada en el artículo 102, está reglamentada en tres instituciones jurídicas: el socorro, los alimentos y la porción conyugal.

Es precisamente el deber de procreación, tan enfáticamente proclamado en el artículo 102, el que nos da la medida del alcance jurídico que tiene la enunciación de los objetivos del matrimonio contenido en este artículo, el que no puede ser otro que el fijado expresamente en otras disposiciones legales.

En efecto, el deber de procreación no ha sido reglamentado por ningún artículo del Código Civil ni se le ha señalado a su cumplimiento alguna sanción.

La única disposición que constituye en cierta manera una sanción indirecta es la del número 3 del artículo 4 de la Ley de Matrimonio Civil en relación con el artículo 29 de la misma ley que permite anular el matrimonio de las personas que sufren de impotencia perpetua e incurable, siempre que este impedimento haya existido al tiempo de su celebración.¹⁵⁸

Pero, en cambio, el incumplimiento voluntario de este principalísimo y fundamental deber, como sería el uso de prácticas anti-concepcionales, no tiene sanción de ninguna especie, con lo cual los términos del artículo 102 se reducen a lo que son, o sea, a una definición o

¹⁵⁸ *Gaceta*, año 1933, tomo II, N° 21, p. 78

explicación sobre una cosa, en este caso, una institución jurídica.

Argumentar que el artículo 102 al señalar como deber fundamental del matrimonio el de "vida común", autoriza para negar alimentos al que no cumple con este deber es tan absurdo como sostener que tampoco tendría derecho a alimentos el cónyuge que no cumple con el deber de procreación. Y parece ser que a nadie se le ha ocurrido hacer esta afirmación.

Por otra parte, si es cierto que el artículo 102 señala la convivencia como deber fundamental del matrimonio no hay que olvidar que coloca en el mismo plano el deber de auxilio, en el que están incluidos los alimentos.

135. Conclusiones derivadas del estudio del artículo 102. De lo dicho resultan, pues, las siguientes conclusiones:

1º El matrimonio es un contrato sui generis al que no pueden aplicársele las reglas de los contratos patrimoniales o comunes, salvo por disposición expresa de la ley;

2º Las reglas sobre el matrimonio deben interpretarse a la letra, sin que puedan extenderse a situaciones o casos no previstos en la ley;

3º La enunciación hecha en el artículo 102 de los fines del matrimonio no basta para convertirlos en deberes u obligaciones civiles. Su alcance será el que se le señale en otras disposiciones legales, y

4º Si se le quiere dar al artículo 102 el valor de una disposición reglamentaria de las obligaciones conyugales, no hay que olvidar que el legislador ha colocado en el mismo plano tanto al "vivir juntos" como al "auxiliarse mutuamente" que involucra la obligación alimenticia.

Todas estas conclusiones demuestran que el artículo 102 no puede servir de fundamento para privar de alimentos al cónyuge que vive fuera del hogar común.

Párrafo II

Consecuencias que pueden derivarse de los artículos 131, 133 y 134 del Código Civil en relación con la obligación alimenticia entre cónyuges separados de hecho.

136. **Obligaciones y deberes de los cónyuges.** En el título VI del libro I del Código Civil denominado **Obligaciones y Derechos de los cónyuges** se señalan los efectos que con relación a la persona de los cónyuges produce el matrimonio.

Sin embargo, cabe adelantar, que en el citado título VI no se señalan en realidad todas las obligaciones que el matrimonio impone ni tampoco todas las que se consignan constituyen una verdadera obligación civil.

Los autores han clasificado los deberes matrimoniales en recíprocos y en especiales de cada uno de los cónyuges. Son recíprocos, como su nombre lo indica, los que tienen el carácter de comunes para ambos cónyuges y, especiales, los que sólo afectan u obligan a uno de ellos.

Son obligaciones comunes o recíprocas las de cohabitación, fidelidad, socorro, asistencia y vida común, y son especiales las de protección del marido a la mujer y de obediencia de la mujer al marido.

En el artículo 131 del Código Civil se señalan tres obligaciones recíprocas, las de fidelidad, socorro y asistencia, además de las dos obligaciones especiales.

Los tratadistas¹⁵⁹ clasifican entre los deberes especiales la obligación consignada en el artículo 133 y, así, dicen que existe un deber especial para la mujer que consiste en la obligación de seguir al marido donde quiera que éste fije su residencia, y un deber especial para el marido, que consiste en la obligación de recibir a la mujer en su casa.

¹⁵⁹ Claro Solar, tomo II, N° 839, p. 63;

Alessandri. Apuntes de clase, tercer año, p. 46;

Somarriva. Derecho de Familia. Apuntes de su clase, p. 120.

Pero en realidad, se trata de un deber que es común o recíproco, el deber de vida común, que obliga a ambos cónyuges, aunque la manera cómo se cumple sea distinta entre ambos.

Vamos a estudiar separadamente cada uno de estos deberes, especialmente en relación con la sanción que su incumplimiento acarrea y la posibilidad de que su inobservancia esté sancionada con la pérdida de los alimentos; pero antes vamos a insistir en lo que se entiende por reciprocidad de los deberes conyugales, pues, este concepto suele emplearse equivocadamente.

137. Qué se entiende por deberes recíprocos. Deberes conyugales recíprocos son los que afectan u obligan a ambos cónyuges, o sea, aquellos que los cónyuges se pueden exigir mutuamente.

Así, el deber de fidelidad es recíproco porque el marido lo puede exigir de la mujer y la mujer del marido; el deber de cohabitación es recíproco porque obliga al marido y obliga a la mujer; el deber de alimentos es recíproco porque el marido o la mujer pueden ser indistintamente acreedor o deudor de ellos, según sea su situación de hecho.

Estos ejemplos tan simples que parece ingenuidad estampar, obedecen a una necesidad, ya que aun en fallos de nuestros tribunales se interpreta la **reciprocidad**, que es característica de ciertos deberes, como la correlación o correspondencia entre los **distintos** deberes conyugales.

No. Cada deber es recíproco entre sí, o sea, hay igualdad de correspondencia entre el marido y la mujer respecto de un deber, pero no hay igualdad en la correspondencia de un deber con otro. La reciprocidad permite a un cónyuge exigir del otro lo mismo que a lo que él está obligado pero ni el incumplimiento de un deber recíproco por parte del otro lo autoriza para no cumplir por su parte con ese mismo deber, ni tampoco lo libera de su obligación de cumplir con los otros deberes conyugales.

A) Deber de cohabitación

138. **Qué entendemos por deber de cohabitación.** Por deber de cohabitación entendemos lo obligación que tienen los cónyuges de tener relaciones sexuales entre sí.

Hemos empezado por puntualizar en qué consiste este deber porque la expresión "cohabitación" se usa por los tratadistas franceses tanto para referirse al débito conyugal como al deber de vida común u obligación de vivir bajo el mismo techo. Ello se debe a que como en el Código napoleónico no se hace referencia alguna a la obligación de los cónyuges de tener entre sí relaciones sexuales, la jurisprudencia y los autores se han visto obligados a hacer derivar esta obligación de la disposición que obliga a la mujer a vivir con el marido y a éste a recibirla en su casa. (Art. 214 del Código Civil francés.)

Entre los autores chilenos se usa la palabra cohabitación también para referirse al deber de comunidad de techo y, aunque de acuerdo con el léxico no merecería reparos, para evitar confusiones reservaremos esta palabra exclusivamente para referirnos al débito conyugal.

139. **El deber de cohabitación está consagrado en la Ley de Matrimonio Civil.** No existe en el Código Civil ninguna disposición que reglamente o siquiera enuncie el deber de cohabitación, no obstante constituir la unión sexual la razón principal por la cual, en la mayoría de los casos, un hombre y una mujer contraen matrimonio.

Quizás ello se deba, en parte, a la influencia del Código Civil francés que, como ya dijimos, no consultaba en su texto este deber o, en parte, también, a la circunstancia de que el legislador entregó a la autoridad eclesiástica todo lo relacionado con el divorcio y las causales de disolución del matrimonio y es sabido que para el derecho canónico la consumación de éste (copula carnalis) es de su esencia.

La referencia del artículo 102 al deber de procreación señalado como finalidad fundamental del matrimo-

nio, no puede considerarse que involucre el deber de cohabitación, porque son obligaciones distintas. Podríamos decir que no hay procreación sin débito sexual (a menos que con el tiempo se llegue a la inseminación artificial), pero, por la inversa, podría cumplirse con éste deber sin cumplir con aquél.

Los autores franceses que estudian el deber de cohabitación lo hacen derivar del artículo 214 del Código Civil que establece la obligación de la mujer de vivir con el marido y la de éste de recibirla en su casa, pero es indudablemente un error, pues, se trata de obligaciones distintas. Así lo entendió nuestro legislador al considerar el abandono del hogar y la resistencia a cumplir con el deber de cohabitación, como causales diferentes de divorcio.

En nuestra legislación el deber de cohabitación está consagrado en la Ley de Matrimonio Civil, al sancionar, en el número 7 de su artículo 21 en relación con el artículo 22, con la pena de divorcio temporal la "resistencia a cumplir las obligaciones conyugales sin causa justificada".

No obstante los términos amplios en que está redactada esta causal no puede haber duda que ella se refiere al incumplimiento del débito conyugal porque así quedó establecido al discutirse la ley en el Congreso.¹⁶⁰

La ley exige que la resistencia a cumplir con el deber de cohabitación sea sin causa justificada, pero no expresa cuáles podrían ser esas causas, por lo que quedan entregadas a la apreciación del tribunal. Podría estimarse, por ejemplo, que es causa justificada la prescripción médica que contraindicara la relación sexual por alguna enfermedad o tratamiento. También podría ser causa justificada de la no cohabitación, la impotencia. Y así ocurre la circunstancia curiosa que lejos de ser la impotencia una causal de divorcio, constituye una excepción

¹⁶⁰ Claro Solar, tomo II, N° 839, p. 63; Latorre, p. 125.

o defensa en contra de quien invocara como causal de él la resistencia a cumplir con las obligaciones conyugales. Sólo la impotencia perpetua e incurable y no sobreviviente, sino que anterior o coexistente a la celebración del matrimonio, podría servir para fundamentar una acción de nulidad del mismo, en mérito de lo prevenido en el número 3 del artículo 4 en relación con el artículo 30 de la Ley de Matrimonio Civil.¹⁶¹

140. Sanciones previstas para el incumplimiento del deber de cohabitación. ¿Qué otra sanción, además del divorcio temporal, contemplada en el número 7 del artículo 21 en relación con el artículo 22 de la Ley de Matrimonio Civil, se puede imponer al cónyuge que se resiste a cumplir con el deber de cohabitación? ¿Podría sancionársele con la privación de los alimentos? ¿Podría un cónyuge sostener que no está obligado a socorrer o auxiliar al otro, porque éste no cumple con su deber de cohabitación? ¿Podría la mujer alegar que no cumpliendo su marido con el deber de cohabitación, no está ella obligada a guardarle fidelidad o viceversa?

La sola formulación de estas preguntas demuestra el absurdo que significa establecer el principio de la correlación en el cumplimiento de los deberes matrimoniales.

Ya hemos visto¹⁶² que las reglas de los contratos patrimoniales sólo pueden aplicarse al matrimonio cuando la ley expresamente lo prevé.

El matrimonio impone deberes, pero éstos no pueden tener otro alcance ni otra sanción que los determinados en la ley.

Las reglas del matrimonio, institución de derecho público, deben interpretarse restrictivamente y, en consecuencia, cualquiera que sea la situación de iniquidad que para un cónyuge signifique el tener que cumplir con todos los deberes que el matrimonio le impone, no obs-

¹⁶¹ *Gaceta*, 1933, tomo II, N° 21, p. 78.

¹⁶² Véanse números 134 y 135 de esta obra.

tante faltar el otro al deber de cohabitación, no podría liberársele de ellos. Obsérvese que, aún en el caso de obtener el divorcio fundado en la causal de "resistencia a cumplir con las obligaciones conyugales, sin causa justificada", el cónyuge en cuyo favor se dictó el divorcio sólo podría liberarse de la obligación de vida común, pero en manera alguna de su obligación de fidelidad, de alimentos, etc., como consecuencia de nuestro sistema que no admite la ruptura del vínculo matrimonial.

Si los tribunales por una errada concepción de justicia liberan de sus obligaciones de cónyuge al que no recibe los beneficios de tal por parte del otro, crearían de hecho la ruptura del vínculo.

141. Conclusiones derivadas del estudio del deber de cohabitación. Del estudio del deber de cohabitación se desprende:

1º Que el incumplimiento del deber de cohabitación por un cónyuge no libera al otro del cumplimiento, por su parte, de los deberes conyugales, ni lo autoriza para negar al cónyuge rebelde, los alimentos, y

2º Que la inobservancia del deber de cohabitación no tiene más sanción que la prevista en el número 7 del artículo 21 de la Ley de Matrimonio Civil, en relación con el artículo 22 de la misma ley, o sea, el divorcio temporal.

B) Deber de fidelidad

142. En qué consiste el deber de fidelidad. No puede extrañarnos que la primera obligación que el Código Civil impone a los cónyuges, en el párrafo I del título VI del libro I que contiene las "Reglas Generales" en cuanto a "Obligaciones y Derechos entre los Cónyuges", sea la de guardarse fe, o sea, la de no tener relaciones sexuales fuera del matrimonio. En efecto, en la primera parte

del artículo 131 se dice: "Los cónyuges están obligados a guardarse fe..."

Como este deber consiste no en la realización de un hecho positivo, como es la cohabitación, por ejemplo, sino en una abstención o hecho negativo, como es el no tener relaciones sexuales con quien no es su cónyuge, el estudio de este deber se reduce al de su violación o incumplimiento, o sea, al estudio del adulterio.

143. Diferencias entre el adulterio civil y el adulterio penal. En el orden civil se comete adulterio cuando la mujer o el marido viola el deber de fidelidad, o sea, tiene relaciones sexuales fuera del matrimonio.

En la ley penal, en cambio, existe un concepto diferente de adulterio según se refiera a la mujer o el marido. La mujer comete adulterio cada vez que yace con varón que no sea su marido (Art. 375 del Código Penal), mientras el marido sólo lo comete cuando tiene manceba dentro de la casa conyugal o fuera de ella con escándalo (Art. 381 del Código Penal). La pena es también diferente: mientras para la mujer adúltera se prescribe la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados, la pena impuesta al marido es sólo de reclusión en su grado mínimo.

144. Sanciones previstas para el adulterio civil. Seguramente debido a la circunstancia de que la ley civil equipara al marido y a la mujer en cuanto a los hechos constitutivos del adulterio, se suele decir que en materia civil la ley no distingue entre el adulterio del hombre y el de la mujer, pero no es así porque, aunque hay sanciones que son comunes a ambos cónyuges, hay otras, en cambio, que sólo afectan a la mujer.

Las sanciones comunes a ambos cónyuges son las siguientes:

1º Los herederos del cónyuge fallecido pueden alegar en contra del sobreviviente que ha cometido adulterio, si ello consta de una sentencia judicial, su indignidad

para suceder a aquél, fundándose en la causal del número 2 del artículo 968 del Código Civil, o sea, el haber cometido atentado grave contra el honor de la persona de cuya sucesión se trata;

2º El cónyuge inocente puede iniciar acción de divorcio perpetuo contra el que ha cometido adulterio, a virtud de lo prevenido en el número 1 del artículo 21 de la ley de Matrimonio Civil en relación con el artículo 22 de la misma ley.

Una vez ejecutoriada la sentencia de divorcio, el cónyuge en contra del cual se ha dictado, puede ser sancionado, además, con las penas siguientes:

a) la pérdida de la porción conyugal (Art. 1.173);
 b) la imposibilidad para suceder ab intestato en parte alguna de la herencia del cónyuge inocente (Art. 994), y

c) El cónyuge inocente puede revocar las donaciones que hubiere hecho al culpable de adulterio (Art. 172).

En cambio, las siguientes sanciones que resultan de una sentencia ejecutoriada condenatoria de divorcio por adulterio, se aplican únicamente a la mujer:

a) La mujer pierde su derecho a los gananciales y ni siquiera puede retirar del poder del marido sus bienes propios, conservando éste la administración y usufructo de ellos, lo mismo que en el régimen normal del matrimonio (Art. 171); y

b) La mujer es privada del cuidado personal de sus hijas e hijos de cualquiera edad (Art. 223).

c) En el artículo 7 de la ley de Matrimonio Civil se consulta otra sanción para el adulterio de la mujer, es el impedimento para contraer matrimonio con su co-reo del mismo delito. Pero para que exista este impedimento no basta la simple sentencia condenatoria en juicio de divorcio, sino que se necesita sentencia condenatoria dictada en el juicio criminal por adulterio.

145. El adulterio cometido por un cónyuge ¿autoriza al otro para no cumplir con los deberes que el matri-

monio impone? Acabamos de señalar las penas impuestas por la ley al adulterio, sanciones que, por lo demás, no pueden aplicarse por el solo hecho de la infidelidad, sino que es menester para la procedencia de casi todas ellas, la existencia de una sentencia ejecutoriada que acoja la causal del número 1 del artículo 21 de la Ley de Matrimonio Civil o aplique el artículo 375 del Código Penal.

La pérdida de la porción conyugal o la imposibilidad para suceder ab-intestado en la herencia del cónyuge inocente, por ejemplo, son penas que no podrían aplicarse al cónyuge adúltero, si no hay juicio o si simplemente hay juicio pendiente.

Otra interpretación no cabe si se parte del principio de que no hay más sanciones que las que la ley prevé y que éstas son de interpretación estricta.

¿Podría imponerse como sanción liberar al cónyuge inocente de las obligaciones que el matrimonio le impone? ¿Podría sostenerse, en nombre de la equidad, de que es inicuo que a un cónyuge se le impongan todos los deberes, tenga que guardar fidelidad, dar alimentos y prestar auxilios en beneficio de quien no ha cumplido el principal de los deberes matrimoniales como es el de guardar fe?

Decretado el divorcio por adulterio, la negativa a dar alimentos al cónyuge culpable, no puede ni siquiera plantearse entre nosotros, puesto que la ley lo ha resuelto en forma expresa y afirmativa en los artículos 175 y 176 del Código Civil.

En cuanto al deber de fidelidad y auxilio, todos los tratadistas están de acuerdo que el divorcio los deja subsistentes.¹⁶³ Dentro de nuestro sistema que no admite la ruptura del vínculo matrimonial, es indudable que aun después de obtenido el divorcio por adulterio, sólo se suspende el cumplimiento de los deberes de coha-

¹⁶³ Claro, tomo II, N° 832, p. 57;

Alessandri, Apuntes de clase, tercer año, p. 51;

Somarriva, Derecho de Familia, Apuntes de su clase, p. 137.

bitación y de vida común, el de obediencia al marido por parte de la mujer y de protección de éste a aquélla, pero, todos los demás, quedan subsistentes y en plena vigencia.

Si esta es la situación cuando existe una sentencia ejecutoriada de divorcio, no se ve la razón para que una simple imputación de adulterio de un cónyuge respecto del otro autorizara al que se autoinviste de inocencia para no cumplir con sus deberes.

La regla de hermenéutica que nuestro Código Civil nos impone en el artículo 23, según la cual lo favorable u odioso de una disposición no debe tomarse en cuenta para ampliar o restringir su interpretación, excluye toda posibilidad de que pueda acogerse entre nosotros la teoría sostenida por algunas sentencias de los tribunales franceses, según la cual correspondería al juez velar para que el incumplimiento por uno de los cónyuges de las reglas que rigen la institución matrimonial, no cree una situación **inicua** para el otro y, si el hecho se produce, pueda liberar al otro cónyuge de sus obligaciones.¹⁶⁴ Tal teoría, por lo demás, significaría establecer una forma simulada de ruptura del vínculo, ruptura que por cierto es muy necesaria en algunos casos, pero que la ley de nuestro país no acepta.

146. Conclusiones derivadas del estudio del deber de fidelidad. De lo dicho se desprende:

1º El adulterio está duramente sancionado en nuestra legislación, pero casi todas las penas derivan o exigen una sentencia ejecutoriada que acoja la causal del número 1 del artículo 21 de la ley de Matrimonio Civil o aplique el artículo 375 del Código Penal;

2º El divorcio decretado a virtud de sentencia ejecutoriada no libera al cónyuge inocente de sus obligaciones de fidelidad, alimentos y asistencia, y

¹⁶⁴ Planiol y Ripert, tomo II, N° 366, p. 288.

3º No existe ninguna razón legal para liberar de sus obligaciones matrimoniales a un cónyuge por el simple hecho de que impute la comisión de adulterio al otro.

C) Deber de socorro

147. **En qué consiste el deber de socorro.** El deber de socorro consiste en la obligación recíproca que pesa sobre los cónyuges de suministrarse, a medida que las necesidades lo exijan, ya sea en especie o en dinero, todo lo que se requiere para vivir, en proporción a las facultades de cada cual.

Ya hemos dicho en el número 123 de esta obra, que con relación a este deber no existen en nuestro Código Civil otras disposiciones que la de los artículos 131 y 134.

Los citados preceptos se limitan a establecer su reciprocidad, o sea, que afecta tanto al marido como a la mujer, y su extensión, que es tanta como "las facultades del obligado".

Podemos, pues, decir que el Código Civil consagra el deber de socorro y el derecho correlativo para exigirlo por parte del otro cónyuge, pero no reglamenta su ejercicio ni señala la sanción que su incumplimiento acarrea.

En el mismo número 123 a que ya nos hemos referido, señalábamos las características de este deber que podían derivarse de su naturaleza y así puntualizábamos que el deber de socorro sólo puede prestarse dentro del hogar y sin sujeción a períodos o plazos, sino que a medida que las necesidades lo exigen; que se presta en dinero o en especie, pero de preferencia en especie; que se trata de un derecho personalísimo, fuera del comercio humano y que como tal, no puede venderse, cederse, compensarse, renunciarse, transmitirse o embargarse, pudiendo ser gozado sólo por su titular; que es imposible su regulación judicial y que es igualmente imposible exigir su cumplimiento directo mediante un procedimiento compulsivo o forzado.

148. **Tres son las instituciones jurídicas que tienen por objeto atender a la subsistencia de los cónyuges.** No sólo los alimentos y el deber de socorro tienen por finalidad asegurar las necesidades de vida de los cónyuges o impedir que uno de ellos se encuentre en una situación desmedrada, si el otro dispone de recursos. El legislador fue tan cuidadoso en esta materia que quiso asegurar la subsistencia de los cónyuges aún después de la muerte de uno de ellos y, al efecto, creó la institución de la **porción conyugal**, que no es otra cosa que la prolongación del deber de auxilio que liga a los cónyuges más allá de la vida de los contrayentes.

Estas tres instituciones, aunque tienen la misma finalidad, son diferentes y coexisten, o sea, cada cónyuge desde la celebración del matrimonio es titular simultáneamente de los tres derechos que se derivan de estas instituciones. Lo dicho no significa que estos derechos puedan ejercitarse al mismo tiempo o que su cumplimiento pueda acumularse. No. Cada uno de estos derechos, aunque se encuentran latentes, si se nos permite la expresión, por el sólo hecho de que dos personas contraigan matrimonio, no pueden ejercerse sino en determinadas situaciones.

149. **Diferencias entre la porción conyugal y las pensiones alimenticias.** Los autores han señalado con extrema precisión las diferencias entre la porción conyugal y las pensiones alimenticias.

Don Luis Claro en su monumental obra de Derecho Civil indica las siguientes diferencias entre ambas instituciones:¹⁶⁵

1º El cónyuge que ha dado causa al divorcio por su culpa no tiene derecho a porción conyugal, pero tiene derecho a alimentos;

2º La porción conyugal se debe al cónyuge sobrevi-

¹⁶⁵ Tomo XV, N° 1.388 a 1.394, p. 292 y sig.

viente por el ministerio de la ley; los alimentos sólo se deben desde la primera demanda;

3º El cónyuge sobreviviente sólo tiene derecho a porción conyugal cuando los requisitos que deben concurrir existen en el momento del fallecimiento del otro cónyuge; los alimentos tienen lugar en cualquier época;

4º El derecho a porción conyugal que existía al morir el otro cónyuge no caduca ni disminuye ni aumenta después; en cambio, los alimentos pueden aumentar, disminuir, caducar y volver a nacer según las circunstancias;

5º La porción conyugal es una cuantía fija de bienes; en cambio, los alimentos se fijan prudencialmente;

6º La porción conyugal es más cuantiosa que los alimentos, y

7º El cónyuge sobreviviente tiene la propiedad plena de lo que recibe a título de porción conyugal, mientras que el derecho de alimentos es personalísimo.

150. Diferencias entre el deber de socorro y la obligación alimenticia. Hemos visto que tanto los autores como la jurisprudencia confunden a menudo la obligación alimenticia con el deber de socorro. Trataremos, pues, de puntualizar las diferencias entre estas dos instituciones jurídicas.

1º Los alimentos se deben desde la primera demanda; en cambio, el deber de socorro existe de pleno derecho, o sea, se debe por el solo ministerio de la ley desde la celebración del matrimonio;

2º Los alimentos consisten siempre en una suma de dinero, pagaderos por mensualidades anticipadas. El socorro, en cambio, se proporciona en especie o en dinero, pero de preferencia en especie, sin sujeción a períodos determinados, sino que a medida que las necesidades lo exigen;

3º Los alimentos constituyen una obligación de dar y, una vez decretados judicialmente o aprobados por

transacción, pueden exigirse ejecutivamente, mientras que el deber de socorro es una obligación mixta de dar y de hacer a la vez, imposible de ser regulada judicialmente y de ser cumplida mediante un procedimiento compulsivo;

4º El socorro es más amplio que los alimentos. Estos, aun los congruos son siempre modestos, mientras que aquéllos se prestan en proporción a las facultades del obligado;

5º El socorro, por su naturaleza, sólo puede otorgarse dentro del hogar y supone un entendimiento perfecto entre el que lo da y el que lo recibe. El conflicto personal excluye toda posibilidad de un cumplimiento leal del deber de socorro. Los alimentos, en cambio, aunque pueden prestarse también dentro del hogar, corrientemente se prestan fuera de él, y constituyen la forma de satisfacer las necesidades de los cónyuges en caso de que un conflicto personal haga imposible el cumplimiento leal del deber de socorro, y

6º Tanto el socorro como los alimentos otorgan un derecho personalísimo, que está fuera del comercio humano y no puede ser gozado y ejercitado sino por su titular; pero respecto de los alimentos, una vez decretados por sentencia judicial o fijados por transacción, las pensiones atrasadas se incorporan al patrimonio del alimentario y pueden ser cobradas, cedidas, transmitidas o renunciadas. En cambio, el socorro sólo se concibe con vista al presente o al futuro. Nada podría reclamarse a título de socorro atrasado o devengado o que no ha sido prestado oportunamente.

151. Sanciones aplicables al cónyuge que no cumple con el deber de socorro. Para el caso de incumplimiento del deber de socorro, el sabio redactor de nuestro Código Civil, no previó sanción alguna, pero esto no puede extrañarnos, porque él mismo había reservado a la autoridad eclesiástica todo lo relacionado con las causales y procedencia del divorcio y porque, dentro del mecanismo

legal, el incumplimiento del deber de socorro, si el cónyuge acreedor es pobre, convertiría los alimentos de un derecho en estado latente en un derecho en ejercicio, de modo que no podía presentarse el caso de que un cónyuge quedara privado de lo necesario para vivir.

De atenernos exclusivamente al Código Civil podríamos decir que el deber de socorro más que una obligación civil constituye una norma de orden moral, establecida por la costumbre y reconocida por la ley.

Al entregar la Ley de Matrimonio Civil de 10 de enero de 1884, el conocimiento y decisión de las cuestiones sobre divorcio a la jurisdicción civil, debió haber consagrado una sanción para el incumplimiento del deber de socorro, pero lo hizo sólo a medias, pues estableció la sanción únicamente con relación al marido. En efecto, en su artículo 21 señala como causal quinta de divorcio, "la avaricia del marido si llega hasta privar a la mujer de lo necesario para la vida, atendidas sus facultades", causal que el artículo 22 de la misma ley de Matrimonio Civil declara como no suficiente para decretar el divorcio perpetuo.

El incumplimiento del deber de socorro por parte de la mujer no está, pues, sancionado con el divorcio.

No podría aplicarse a los cónyuges que no cumplen con el deber de socorro las sanciones de los artículos 968 número 3 y 1.208 número 2 del Código Civil que establecen causales de indignidad para suceder o para fundar un desheredamiento, respectivamente, porque estos preceptos que, por contener sanciones deben interpretarse restrictivamente, se refieren, el primero, a los consanguíneos hasta del sexto grado y, el segundo, a los ascendientes y descendientes, que no han socorrido pudiendo a la persona de cuya sucesión se trata.

La condenación a pagar alimentos que puede recaer contra el cónyuge que no cumple con el deber de socorro, aunque jurídicamente hablando no constituye una sanción, en el hecho es en algunos casos una consecuencia de la inobservancia del deber de socorro. Si el juez de-

creta los alimentos a falta del socorro, no es para aplicar una sanción, sino porque se ha producido la situación de hecho indispensable para otorgarlos, cual es la indigencia o falta de recursos suficientes para subsistir por parte del titular de ellos.

Por lo mismo que no es una sanción no es indispensable que la inobservancia del deber de socorro se deba a culpa del obligado: basta sólo que la situación de hecho exista. Los alimentos son supletorios del deber de socorro, pero no son una sanción. La culpa del obligado o la culpa del acreedor no tiene ninguna importancia para determinar la procedencia de los alimentos que resultan, como se ha dicho, de una situación de hecho: carecer el cónyuge de lo necesario para vivir de un modo correspondiente a su situación social.¹⁶⁶

152. El incumplimiento del deber de socorro, ¿autoriza al cónyuge acreedor de ellos para no cumplir por su parte con los deberes matrimoniales? Tendremos que insistir una vez más que la "exceptio non adimpleti contractus" es completamente ajena a la institución matrimonial y que cualquiera que sea la gravedad de los cargos que un cónyuge pueda hacer al otro, no lo autoriza para liberarse, por su parte, de sus deberes matrimoniales. Sólo por excepción la ley autoriza la suspensión de la vida común y, con ello, pueden suspenderse también aquellos deberes que por su naturaleza únicamente pueden cumplirse cuando hay convivencia, como serían el deber de obediencia de la mujer respecto del marido, de protección del marido respecto de la mujer, de ayuda mutua o asistencia y el mismo deber de socorro.

153. Conclusiones derivadas del estudio del deber de socorro. Del estudio del deber de socorro podemos sacar las siguientes conclusiones:

¹⁶⁶ Véanse números 69 a 72 de esta obra.

1º Los cónyuges, por el solo hecho del matrimonio, se convierten en sujetos o titulares de tres derechos: el derecho a ser socorrido, el derecho a ser alimentado y el derecho a recibir la porción conyugal. Todos ellos tienen la misma finalidad: asegurar sus medios de vida. Los tres coexisten, pero no pueden ponerse en ejercicio sino en determinados momentos o situaciones o con la concurrencia de ciertos requisitos o condiciones;

2º La única sanción prevista por la ley para el incumplimiento del deber de socorro es el divorcio temporal, sanción que sólo afecta al marido;

3º Los alimentos son supletorios del socorro, pero no son una sanción o castigo previsto por el incumplimiento del deber de socorro. La inobservancia del deber de socorro, ya se deba a culpa del obligado o a culpa del acreedor, hace procedentes los alimentos porque producen el estado de indigencia que constituye la condición indispensable para que el derecho de alimentos se convierta en acción; y

4º El incumplimiento del deber de socorro no autoriza por sí solo para liberar al otro cónyuge del cumplimiento de sus deberes matrimoniales.

D) Deber de asistencia

154. **En qué consiste el deber de asistencia.** Este deber consiste en la obligación recíproca que pesa sobre los cónyuges de atenderse personalmente y prestarse ayuda en caso de enfermedad y en todas las circunstancias de la vida.

La única disposición legal que se refiere al deber de asistencia es la del artículo 131, cuando al señalar los deberes maritales expresa que los cónyuges están obligados a "ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida". Podría también estimarse que el artículo 102 enuncia este deber al indicar como fines del matrimonio el de "auxiliarse mutuamente".

El precepto del artículo 131 se limita a dejar constancia de la obligación y de su carácter recíproco, pero sin reglamentar su ejercicio ni establecer sanción para el caso de incumplimiento.

Puede decirse, entonces, que el deber de asistencia constituye un caso típico de regla moral consagrada por la ley.¹⁶⁷

Algunos autores franceses¹⁶⁸ sostienen que los deberes de socorro y de asistencia deben ser considerados como una sola y única obligación, ya que la asistencia no es otra cosa que el socorro por actos personales y, el socorro propiamente tal, es la ayuda en dinero o en especie.

Pero, entre nosotros, estos deberes no pueden confundirse: la ley los considera separadamente y son diversos desde el punto de vista de la sanción que su incumplimiento acarrea. En efecto, el incumplimiento del deber de socorro por parte del marido está sancionado en la Ley de Matrimonio Civil con el divorcio temporal, mientras que, como luego lo veremos, no se ha previsto sanción alguna para el cónyuge que infringe el deber de asistencia.

155. No hay sanciones previstas para el caso de inobservancia del deber de asistencia. Hemos visto que el Código Civil no señala sanciones por el incumplimiento del deber de asistencia.

En cuanto a la Ley de Matrimonio Civil, no sólo no consideró entre las causales de divorcio el incumplimiento del deber de asistencia, sino que al señalar como causal de divorcio perpetuo la "enfermedad grave, incurable y contagiosa", estableció una limitación a esta última obligación.¹⁶⁹

¹⁶⁷ Alessandri, Apuntes de clase, tomo III, p. 46; Somarriva, Derecho de Familia, Apuntes de su clase, p. 119.

¹⁶⁸ Ripert. Repetitions écrites de Droit Civil, p. 388.

¹⁶⁹ Claro Solar, tomo II, N° 777, p. 22.

Tampoco podría considerarse como una sanción general para el incumplimiento del deber de asistencia, la pena de presidio mayor en su grado mínimo prevista en el artículo 352 del Código Penal, porque este precepto se refiere al caso restringido de abandonar en un lugar solitario al cónyuge, a consecuencia del cual "sufriere lesiones graves o muriere".

Menos aun podría sostenerse que el incumplimiento del deber de asistencia, o sea, la circunstancia de que un cónyuge no cumpla con su obligación de prestar cuidados personales, ni siquiera en caso de enfermedad, pudiera autorizar al otro para no cumplir, por su parte, con sus deberes, como, por ejemplo, el de guardar fidelidad o prestar alimentos.

156. Conclusiones derivadas del estudio del deber de asistencia. Resumiendo lo dicho resulta:

1º El deber de asistencia no constituye una verdadera obligación civil, y

2º El incumplimiento del deber de asistencia no tiene sanción y el cónyuge rebelde al cumplimiento de este deber no puede ser castigado con el divorcio ni con la privación de los alimentos.

E) Deberes de respeto de la mujer al marido y de protección de éste a aquélla

157. **En qué consisten estos deberes.** El inciso final del artículo 131 al decir que "el marido debe protección a la mujer, y la mujer obediencia al marido", consagró estos deberes, pero no reglamentó su ejercicio ni delimitó su alcance efectivo.

Cabe, entonces, preguntar ¿qué mandatos debe obedecer la mujer? y, en cuanto a la protección del marido, ¿para qué es y contra qué?

Seguramente el precepto no se refiere a los actos de orden patrimonial, ya que el Código reglamentó en detalle qué actos con relación a los bienes puede la mujer

ejecutar libremente y en cuáles otros necesita de la autorización del marido, o sea, aquellos en que la mujer debe "obedecer" y el marido "proteger".

No puede tampoco referirse dicho precepto a los actos de la vida ciudadana ni significar que la mujer está obligada a prestar obediencia al marido sobre el partido político a que debe ingresar o el candidato o partido que debe favorecer con su sufragio.

¿Se referirá este precepto a los actos de la vida privada, a los de orden personal? Por ejemplo, ¿se referirá la obediencia de la mujer al marido a la manera cómo debe alimentarse, o cómo debe vestirse, a las horas que debe dedicar al sueño, a la elección de amigos o relaciones, a los libros que debe leer o a los espectáculos a que debe asistir? Y la protección del marido, ¿se referirá a hechos como el defenderla del ataque de un perro bravo o de un "atracó" callejero?

Seguramente ni el mismo legislador se detuvo a considerar a qué actos se refería la obediencia y la protección, limitándose, sin mayor reflexión, a reproducir un precepto del Código Civil francés.

Se trata, pues, de una regla perfectamente inútil que pudo haberse omitido. El matrimonio tiende cada día más a ser una institución que realiza en el hecho algo que el prejuicio consideraba imposible: ser una sociedad con dos jefes y en la que se resuelve de común acuerdo todos los problemas económicos, personales o familiares de los cónyuges. Y para que no se piense que éstos son conceptos de una feminista extravagante, voy a reproducir lo que el ponderado jurista don Luis Claro Solar escribió en el año 1899: "La doctrina del feminismo se abre paso cada día más en la legislación, así como se ha venido abriendo paso en las costumbres. A despecho de la teoría tradicional que en su origen no ha sido más que un abuso de la misma fuerza que se invoca para justificarla, la **igualdad** reina en las relaciones de los cónyuges dentro del matrimonio. No dominan en él la **protección o la obediencia**, sino el afecto recíproco,

lazo de almas llamadas a participar de un común destino".¹⁷⁰

158. **No se ha previsto sanción alguna por el incumplimiento de estos deberes.** El Código Civil no previó sanción alguna para la inobservancia de estos deberes. Tampoco la ley de Matrimonio Civil consideró su incumplimiento como una causal de divorcio. El marido, pues, no podría fundamentar una acción de divorcio en la circunstancia de que la mujer no le obedeciera ni ésta, por su parte, en el hecho de que el marido no la protegiera.

Sería completamente inútil entrar a repetir razones para sostener que el incumplimiento por parte de la mujer de su deber de obediencia no autoriza al marido para no cumplir con sus deberes maritales de fidelidad, socorro, alimentos o vida común; ni el incumplimiento del deber de protección del marido respecto de la mujer justifica la rebeldía de ésta a cumplir con sus obligaciones conyugales.

159. **Conclusiones derivadas del estudio de los deberes de obediencia y protección.** Las siguientes conclusiones se deducen de lo dicho:

1º El inciso final del artículo 131 contiene una regla inútil que pudo haberse omitido;

2º El incumplimiento del deber de obediencia por parte de la mujer y de protección por parte del marido no tienen sanción; ni autorizan al otro cónyuge para no cumplir, por su parte, con sus deberes matrimoniales, entre los que se cuentan los alimentos.

F) Deber de vida común

160. **El deber de vida común es recíproco o común para ambos cónyuges.** Al iniciar el estudio de los debe-

¹⁷⁰ Tomo II, N° 765, p. 18.

res conyugales dijimos que los autores los clasificaban en recíprocos o comunes y especiales de cada uno de los cónyuges.

Determinar si el deber de vida común o de comunidad de techo es común o es especial tiene una gran importancia práctica. Porque, en el primer caso, se traduciría no sólo en el derecho del marido de obligar a la mujer a vivir con él y a seguirle a donde quiera que traslade su residencia y el derecho de ésta de ser recibida por el marido en su casa, sino en la obligación recíproca que pesa tanto sobre la mujer como sobre el marido de no abandonar la casa común. El marido, entonces, no sólo no cumpliría con su deber si no recibe a la mujer en su casa, sino que también lo violaría si, viviendo juntos, deja el hogar conyugal sin solicitar de la mujer que lo acompañe.

La casi totalidad de los autores chilenos¹⁷¹ en consideración a los términos del artículo 133 del Código Civil, señalan que el deber de vida común se traduce, por una parte, en el derecho del marido para obligar a la mujer a vivir con él y a seguirlo a donde quiera que traslade su residencia y, por la otra, en el derecho de la mujer para que el marido la reciba en su casa, deduciendo de esta premisa que se trata de deberes especiales y distintos para cada uno de los cónyuges.

Tal conclusión sería justa si el deber de vida común estuviera regido exclusivamente por el artículo 133 del Código Civil. Pero si se toma en cuenta que el artículo 21 de la Ley de Matrimonio Civil, en relación con el artículo 22 de la misma ley, señala como la causal séptima de divorcio temporal "el abandono del hogar común", sin distinguir si el acto lo realiza la mujer o el marido, no puede dejar de reconocerse que la regla

¹⁷¹ Claro Solar, tomo II, N° 766, p. 18;

Somarriva. Derecho de Familia, apuntes de su clase, p. 120;

Barros Errázuriz, tomo III, p. 76;

Alessandri, apuntes de su clase, tomo III, p. 47.

de vida común involucra un mandato para ambos cónyuges con el carácter de común o recíproco.

Por estas razones estimamos que el deber de vida común o de comunidad de techo es un deber recíproco o común que obliga tanto al marido como a la mujer.

161. **¿Es una obligación civil o un simple deber moral?** Don Gustavo Adolfo Holley en su interesante y documentada obra **De la separación de hecho o separación por autoridad privada de los cónyuges** sostiene la audaz teoría de que el deber de vida común no constituye una obligación legal, sino un simple deber moral, que puede, eso sí, convertirse en civil cuando se cumplen ciertos requisitos.

Con estas palabras explica el señor Holley el fundamento de su teoría: "No existe obligación legal, porque no es la ley la que obliga al cónyuge a hacer vida común con el otro. Lo único que hace el artículo 133 es conceder derechos a los cónyuges para obligarse a hacer vida común, de manera que no es la ley la que obliga al marido o a la mujer a vivir juntos, sino que es el que desea vivir con el otro y hace uso de la facultad que le concede la ley, el que constituye, al que se resiste, en la necesidad jurídica de habitar con él. Sólo entonces nace la obligación y no por voluntad de la ley, sino por voluntad del cónyuge requirente. De aquí también se desprende que la obligación civil de vida común no la soportan, o más bien dicho no nace por el sólo hecho de la celebración del matrimonio, sino sólo una vez cuando, durante su vigencia, uno de los esposos ejerce el derecho teórico que le concede la ley y materializándolo o tomándolo del código —si se nos permite la expresión— y haciéndolo suyo, lo hace valer. Sólo entonces nace la obligación para el marido o para la mujer de vivir con su cónyuge, porque sólo en ese momen-

to el que invoca el derecho y lo ejercita ha 'adquirido' el derecho a que su cónyuge viva con él".¹⁷²

Si se considera que muchas sentencias de nuestros tribunales y la mayoría de los autores fundan su negativa a conceder alimentos a la mujer casada que ha abandonado el hogar conyugal en la obligación que la ley le impone a la mujer de vivir con el marido y de seguirle a donde quiera que éste fije su residencia, no puede negarse que para quienes sostienen la doctrina contraria es una teoría tentadora, ya que echaría por tierra la base misma de la argumentación.

Pero no se puede negar que el señor Holley hila demasiado delgado y aunque sus razonamientos son sutiles y atractivos, carecen de consistencia.

En efecto, la circunstancia de que un cónyuge sólo esté obligado a hacer vida común, cuando el otro cónyuge se lo requiere, no le quita su carácter de obligación civil.

Lo que distingue una obligación de un simple deber moral es el hecho de que su cumplimiento esté o no respaldado con un procedimiento compulsivo. La circunstancia de que el uso de las acciones coercitivas queden entregadas a la voluntad del beneficiario, no significa que pierdan su condición de regla de derecho con carácter obligatorio. Más aún, lo normal es que los derechos sólo puedan ser invocados por su titular: en materia de derecho privado no hay acción pública y, salvo casos excepcionales, los tribunales sólo pueden actuar a petición de parte.

¿Podríamos sostener que el deber de fidelidad no constituye una obligación civil porque la sanción civil o penal del adulterio sólo puede aplicarse a requisición del otro cónyuge? ¿Podría sostenerse que los alimentos mismos no son una obligación civil porque, no obstante imponerlos el artículo 321, sólo se deben desde la prime-

¹⁷² N° 181, p. 188.

ra demanda, o sea, cuando se hacen valer por el interesado ante la justicia?

Y mientras tanto, ¿cómo puede ponerse en duda el carácter de obligación civil del deber de vida común, si su violación está sancionada con el divorcio temporal en la Ley de Matrimonio Civil y existe, además, un procedimiento compulsivo para lograr su cumplimiento forzado una vez ejecutoriada la resolución que ordena el reintegro al hogar común?

No puede sostenerse, pues, que el deber de vida común no constituya jurídicamente una obligación. Pero esto no significa que su incumplimiento esté sancionado o pueda sancionarse con la privación de los alimentos, como luego lo veremos.

162. La elección del lugar del domicilio corresponde al marido. Si dos personas deben vivir juntas hay dos procedimientos para lograr este fin: se procede de común acuerdo o se impone la voluntad de una parte.

Nuestro Código optó por dar al marido el derecho a elegir el domicilio conyugal. Así se desprende del artículo 133 al decir que el marido tiene derecho para obligar a su mujer a vivir con él y **seguirle a donde quiera que traslade su residencia** y al consignar la obligación correlativa en el inciso final, expresando: "la mujer, por su parte, tiene derecho a que el marido la reciba en su casa".

Por lo demás, nadie ha puesto jamás en duda este derecho del marido a elegir el lugar de la residencia común. Solamente se ha discutido si este derecho llega hasta poder fijar el hogar común en el extranjero, obligando a la mujer a desterrarse.

163. ¿Está obligada la mujer a seguir al marido al extranjero? Existen al respecto en el Código Civil dos disposiciones contradictorias, el artículo 133 que ordena a la mujer seguir al marido "a donde quiera que fije su residencia" y el artículo 71 que dispone que "la mujer

casada no divorciada, sigue el domicilio del marido, **mientras éste reside en Chile**", o sea, que mientras el primero impone la obligación de seguir al marido sin señalar restricciones para el caso que éste salga al extranjero, el segundo, acepta o se pone en el caso de que la mujer no siga al marido, si éste abandona el territorio nacional.

Don Luis Claro Solar que se pronuncia por la doctrina de que la mujer debe seguir al marido aún al extranjero¹⁷³ trata de conciliar esta contradicción sosteniendo que el artículo 71 se aplica para el caso de la mujer que continúa en Chile con la voluntad del marido.¹⁷⁴

Borja, en cambio, sostiene que aún en el caso de que la mujer permanezca en el territorio nacional contra la voluntad del marido "surte el efecto de conferirle a ella el derecho de constituir un domicilio distinto del de el marido", aunque incurre en la contradicción de sostener que "la regla de que la mujer conserva en Chile el domicilio, no modifica aquélla según la cual la mujer está obligada a seguir al marido aún a nación extranjera", contradicción que trata de salvar diciendo: "Parece, pues, de todo punto necesario reformar el artículo 71, disponiendo que la mujer no divorciada tenga siempre por domicilio el del marido".¹⁷⁵

Además de Claro Solar y Borja se pronuncian por la doctrina de que la mujer debe seguir al marido aún al extranjero, Alfredo Barros Errázuriz,¹⁷⁶ y Paulino Alfonso.¹⁷⁷

Parece ser que estos autores están influenciados por la doctrina francesa que se apoya muy fundadamente en la historia fidedigna del establecimiento de la ley. En

¹⁷³ Tomo II, N° 784, p. 24 y tomo III, N° 200, p. 336.

¹⁷⁴ Tomo I, N° 387, p. 215.

¹⁷⁵ Tomo II, N° 128, p. 172.

¹⁷⁶ Tomo III, p. 76.

¹⁷⁷ Estudio sobre la Ley de Matrimonio Civil, p. 103.

efecto, en el proyecto de Código Civil francés existía una disposición según la cual la mujer no estaba obligada a seguir al marido, si éste abandonaba el territorio de la República, disposición que fue suprimida a petición del propio Napoleón¹⁷⁸ que creía, sin duda, encontrar en la ley una solución para sus problemas domésticos.

Pero la historia fidedigna de la ley francesa no puede tener valor entre nosotros, porque está en contra de los términos del artículo 71 que por constituir una regla especial debe primar sobre la regla general del artículo 133 y porque mientras la regla del artículo 71 no se modifique, como lo insinúa Borja, será menester aplicarla y respetarla.

Nuestro legislador tuvo en vista para redactar nuestro código, al Código Civil francés, y si se apartó de los términos del artículo 108 del citado código, que consigna las reglas especiales para el domicilio de la mujer casada, fue porque su propósito era aceptar que la mujer pudiera no seguir al marido si éste abandonaba el territorio nacional.

En todo caso, es éste un problema de poca importancia práctica y parece ser que no se ha discutido jamás ante los tribunales. Por lo menos, no existe ningún fallo de los tribunales superiores sobre esta materia.

164. Excepciones previstas en la ley al deber de vida común. Hemos visto que los cónyuges tienen la obligación de vivir bajo el mismo techo, en el lugar elegido por el marido, como consecuencia de lo cual la mujer debe seguir al marido, salvo cuando éste abandona el territorio nacional, y el marido no puede dejar el hogar común sin invitar a su mujer a seguirle y, de hacerlo, la mujer podría exigirle judicialmente que la reciba en su casa o demandarlo de divorcio.

¹⁷⁸ Proces-verbaux du Conseil d'état contenant la discussion du Project de Code Civil, tomo I, p. 287.

Esta obligación de vivir bajo un mismo techo que afecta a los cónyuges tiene excepciones previstas en la ley, las que vamos a estudiar separadamente.

1º En caso de divorcio

165. **Esta excepción se refiere a ambos cónyuges.** Esta excepción es común para ambos cónyuges, es decir, puede ser invocada tanto por la mujer como por el marido, contrariamente a las otras dos excepciones que únicamente pueden ser invocadas por la mujer.

La suspensión de la vida común es precisamente el único efecto que con relación a las personas de los cónyuges produce lo que nuestra ley ha llamado impropriamente divorcio. En efecto, el artículo 19 de la Ley de Matrimonio Civil expresa: "El divorcio no disuelve el matrimonio sino que suspende la vida común de los cónyuges".

166. **Fundamentos legales de la doctrina que sostiene que la vida común se suspende durante la tramitación del juicio de divorcio.** Hay divorcio, o mejor, el divorcio produce sus efectos desde que existe una sentencia ejecutoriada que lo declara. Ahora bien, durante la tramitación del juicio de divorcio, ¿existe el deber de vida común? ¿Puede el juez, durante la tramitación del juicio de divorcio, autorizar a la mujer para abandonar el domicilio común o bien ordenar al marido que salga de la casa de la mujer?

El texto originario de nuestro Código Civil no permitía interrogante de ninguna especie. En efecto, en el inciso segundo del artículo 168 se expresa: "La **habitación** y los alimentos de la mujer y las expensas de la litis, que el marido debe suministrar a la mujer **durante** el juicio de divorcio se reglarán y decretarán por el juez civil". Es así como los tribunales señalaron sistemáticamente durante el juicio de divorcio una habitación separada para la mujer y hasta puede citarse a título

de curiosidad el fallo publicado en la **Gaceta de los Tribunales** del año 1877, número 1.789, página 926, que declaró que siendo la casa del domicilio conyugal de la exclusiva propiedad de la mujer, el marido "no debe continuar viviendo en ella". La jurisprudencia francesa ofrece muchos ejemplos en el mismo sentido.

Pero ocurre que en los textos oficiales del Código Civil, fijados por el Presidente de la República a virtud de las autorizaciones contenidas en los artículos 6 de la Ley número 5.521 y 2 transitorio de la Ley número 7.825, el artículo 168 del Código Civil se da por totalmente derogado, según se expresa en las notas respectivas, a virtud de la ley de 10 de enero de 1884 sobre Matrimonio Civil, lo que da margen para discutir la facultad del juez para autorizar a la mujer a vivir separada, durante el juicio de divorcio.

Pero no cabe duda que los textos oficiales al dar por derogado el inciso segundo del artículo 168 han cometido un error que los tribunales no están obligados a aceptar.

En efecto, la autorización dada al Presidente de la República para hacer una nueva edición del Código Civil "con las modificaciones que se le hayan introducido hasta la fecha" sólo puede valer en cuanto el Jefe del Ejecutivo se somete al mandato que se le ha conferido, pero es indudable que si se extralimita en sus funciones, se introduce, modifica o deroga disposiciones que no aparecen consignadas en ninguna ley, estas demasías no pueden tener valor legal y los tribunales no están obligados a aceptarlas y aplicarlas.

Esta doctrina la sentó la Excma. Corte Suprema en el fallo publicado en el tomo XXX de la **Revista de Derecho y Jurisprudencia**, segunda parte, sección primera, página 31, cuyos considerandos 11, 12 y 13 expresan textualmente:

"11. Que el Decreto 103 en cuanto reforma la legislación vigente sobre constitución de la propiedad salitrera, extralimita manifiestamente la delegación hecha

en el Presidente de la República por la Ley N° 4.945 que le sirve de antecedente necesario, circunstancia ésta que coloca al indicado decreto en condiciones iguales o análogas a los decretos que puede dictar el expresado funcionario sobrepasando las facultades propias de la simple potestad reglamentaria que le atribuye la Constitución;

"12. Que los vicios imputados al decreto N° 103 cuyas disposiciones pugnan con los preceptos de distintas leyes que se estiman como vigentes, suscitan una cuestión que no sería ya la de inconstitucionalidad prevista por el artículo 86 de la Constitución, sino la de ilegalidad de un decreto dictado por el Presidente de la República excediendo sus facultades constitucionales;

"13. Que corresponde a la justicia ordinaria apreciar la legalidad y fuerza obligatoria de los preceptos de la ley y decreto que deben aplicarse en la resolución de las contiendas sometidas a su conocimiento, puesto que, si se privara al juez de la libre apreciación de la eficacia de las leyes, quedaría impedido de ejercer cumplidamente sus funciones."

La misma doctrina se sostiene por don Carlos Anabalón en su **Tratado Práctico de Derecho Procesal Civil Chileno**.¹⁷⁹

No puede, pues, caber duda que el Presidente de la República, cuando actúa en mérito de delegación de funciones del Poder Legislativo, no puede exceder los límites de la delegación y, en consecuencia, igual ineficacia tendría tanto la introducción de un precepto nuevo como el dar por derogada una disposición que no lo está realmente en la ley.

Ahora bien, las notas de los textos oficiales del Código Civil dan por derogado íntegramente el artículo 168 a virtud de la Ley de 10 de enero de 1984 sobre Matrimonio Civil, cuyo artículo final dispone: "Quedan

¹⁷⁹ N° 46, p. 27.

vigentes las disposiciones del Código Civil en lo que no fuere contrario a esta ley”.

¿Quién podría sostener que el inciso 2º del artículo 168 es contrario o se opone a alguna de las disposiciones de la Ley de Matrimonio Civil?

La circunstancia de que el inciso 1º del artículo 168 sea contrario a las disposiciones de la Ley de Matrimonio Civil no puede producir una derogación total del artículo, ya que nada obsta para que se derogue un inciso de una disposición dejando otros vigentes. Es esto corriente en las derogaciones expresas y, en cuanto a las tácitas, que es el caso que nos ocupa, el artículo 53 del Código Civil la acepta ampliamente al decir: “La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley”.

Obsérvese cómo en un caso análogo, el del artículo 170 del Código Civil, no obstante que el inciso primero habla que “los efectos civiles del divorcio principian por el decreto del juez civil que **lo reconoce**”, lo que está en contradicción con la Ley de Matrimonio Civil que establece que corresponde a la jurisdicción civil el conocimiento y **decisión** de las cuestiones sobre divorcio (Art. 3º), nadie ha pensado en dar por derogado su inciso segundo que establece los efectos del divorcio en cuanto a los bienes.

Pero, aun cuando se estimara que el inciso 2º del artículo 168 del Código Civil está derogado, siempre existe otra disposición, la del artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, que faculta expresamente al juez para “la fijación de la residencia de la mujer durante el juicio” tanto en las contiendas sobre nulidad de matrimonio como en las de divorcio, de modo que no puede dudarse de que el legislador ha reconocido el derecho de la mujer para pedir que se le fije una residencia distinta de la del marido, mientras dure el juicio de divorcio.

Por otra parte, además del inciso 2º del artículo 168, hay en el Código Civil otras disposiciones que reconocen el hecho de la vida separada durante el juicio de divorcio, como son las contenidas en el párrafo 2 del título VII del libro I que reglan la situación de la mujer embarazada "recién divorciada, o que, **pendiente el juicio del divorcio**, está actualmente separada de su marido".

A lo ya dicho hay que agregar razones de equidad y conveniencia como son la necesidad de proteger a la mujer de las represalias del marido, del maltrato moral o material que éste le puede infligir como venganza por el juicio y la de resguardar la independencia de la mujer frente a la presunción de renuncia consagrada en el artículo 25 de la Ley de Matrimonio Civil en el caso de cohabitación, presunción que, como dice el inciso final, "se extiende aún al caso de existir juicio pendiente".

167. La opinión de los autores sobre la suspensión de la vida común durante la tramitación del juicio de divorcio. Los principales autores chilenos aceptan la suspensión de la vida común durante la tramitación del juicio de divorcio.

Así, Claro Solar expresa: "El artículo 168 del Código decía que estas materias se reglarían y decretarían por el juez civil, a pesar de que el juicio de divorcio pertenecía a la autoridad eclesiástica; hoy, con mayor razón, tiene estas facultades el juez que conoce del juicio". Y agrega: "Desde que la cohabitación lleva consigo una presunción de renuncia de la acción, la mujer debe ser autorizada para vivir en habitación separada".¹⁸⁰

Por su parte, Chacón alega: "Interpuesta la demanda de divorcio con especificación de causas, se produce una incompatibilidad de vida común entre los cónyuges; en consecuencia, la mujer puede pedir que se

¹⁸⁰ Tomo II, N° 857, p. 72.

le permita retirarse al lado de sus padres o parientes o a una casa honesta".¹⁸¹

Don Alfredo Barros Errázuriz se limita a decir: "La habitación y los alimentos de la mujer durante el juicio se reglarán y decretarán también por el juez (artículo 168)".¹⁸²

168. La jurisprudencia al respecto. A primera vista podría parecer que hemos dado a esta materia mayor desarrollo e importancia que la que realmente tiene, si no fuera porque nuestros tribunales en algunas ocasiones han negado a la mujer la autorización para vivir separada durante el juicio de divorcio. Puede citarse al respecto la sentencia dictada por la Tercera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 7 de mayo de 1940 firmada por los ministros señores Manuel I. Rivas, Osvaldo Illanes y Miguel Aylwin, aunque con el voto en contra de este último, que negó a la mujer la autorización para vivir separada en el juicio de divorcio caratulado Elguín con Vicuña, basándose en el artículo 133 y en el hecho de que no se había acreditado por la mujer de que su vida corría peligro al continuar viviendo al lado del marido.

Afortunadamente la Excma. Corte Suprema, conociendo del Recurso de Queja interpuesto contra el fallo anterior, lo dejó sin efecto, y autorizó a la mujer para vivir separada, argumentando: "Que esta última causal (se refiere a la causal de malos tratamientos graves y repetidos, de obra y de palabra, invocada en el juicio de divorcio) por sí sola supone una incompatibilidad de vida común de los cónyuges y hace aconsejable y aún necesaria la autorización para que la mujer pueda vivir separada del marido mientras pende el juicio; a lo que debe agregarse que una medida de esta naturaleza tiende también a resguardar la independencia de la mujer

¹⁸¹ Tomo I, p. 151.

¹⁸² Tomo III, p. 67.

en el ejercicio de su acción contra el cónyuge, especialmente en presencia de la presunción de renuncia de la acción que contempla el artículo 25 de la ley de Matrimonio Civil". (Considerando 4º)¹⁸³

La sentencia transcrita es importantísima en cuanto sienta una doctrina justa, pero hay que reconocer que las consideraciones de equidad y de conveniencia en que se basa, aunque interesantes, son insuficientes. Sólo pueden servir como complemento de la argumentación, pero no como base de él.

2º Peligro inminente para la vida de la mujer

169. **Esta excepción se refiere exclusivamente a la mujer.** Frente al derecho del marido de obligar a la mujer a vivir con él y a seguirle a donde quiera que fije su residencia, el artículo 133 señala una limitación o excepción para el caso de que su ejecución signifique un peligro inminente para la vida de la mujer. En tal caso queda ésta exonerada de la obligación de vida común.

170. **En qué consiste el peligro inminente.** Hay peligro inminente para la vida de la mujer no sólo cuando las condiciones climatéricas o sanitarias del lugar pueden afectar la salud de la mujer sino, también, cuando la conducta del marido hace temer maltratos graves para la misma.

Don Paulino Alfonso en su **Estudio de la Ley de Matrimonio Civil** estima que la enfermedad grave y contagiosa del marido, aunque no sea incurable, justificaría la resistencia de la mujer a vivir con el marido.¹⁸⁴

La Corte de Apelaciones de Talca en la sentencia número 130 que aparece en la **Gaceta de los Tribunales**

¹⁸³ *Rev. de D.* Tomo XXXVIII, segunda parte, sección 1ª, p. 138.

¹⁸⁴ *Anales de la Universidad*, año 1901, p. 104.

del año 1939, segundo semestre, página 541, estableció la doctrina de que cesa la obligación de la mujer de vivir con el marido y, en consecuencia, aceptó la excepción de la mujer a la demanda del marido para que volviera al hogar conyugal, en caso de maltrato grave por parte de éste, consistente, entre otros, en el "hecho de arrojar el marido a su mujer a la calle, amenazándola con revólver para que se retire".

En todo caso, no habiendo la ley especificado qué se entiende por peligro inminente para la vida de la mujer, la apreciación de las circunstancias que sirven para calificar tal inminencia, queda entregada al criterio del tribunal, el que podrá apoyarse, en algunos casos, en el dictamen de peritos.

3º No existe hogar conyugal

171. **Fundamento de esta excepción.** La vida común supone naturalmente un hogar común, de manera que si el marido no tiene una residencia fija, un hogar constituido, no puede tener derecho a exigir que la mujer lo siga.

Esta excepción o limitación del deber de vida común no está establecida expresamente en la ley, sino que se subentiende. En efecto, se dice, la ley ordena a la mujer seguir al marido a donde quiera que traslade su **residencia**, pero no la ordena seguirlo a donde quiera que vaya.

Aceptan esta interpretación de la ley, Claro Solar,¹⁸⁵ Borja,¹⁸⁶ Barros Errázuriz¹⁸⁷ y Holley.¹⁸⁸

Nuestra Corte Suprema, en sentencia publicada en la **Revista de Derecho y Jurisprudencia**, tomo XL, segunda parte, sección primera, página 335, dejó establecido

¹⁸⁵ Tomo II, N° 783, p. 24.

¹⁸⁶ Tomo III, N° 201, p. 338.

¹⁸⁷ Tomo III, p. 76.

¹⁸⁸ N° 243, p. 359.

que el marido no tiene derecho a obligar a la mujer a vivir con él si se ha probado que no tiene "hogar constituido".

172. ¿Existen otras limitaciones al deber de vida común? Siguiendo la doctrina y la jurisprudencia francesas se sostiene entre nosotros que la obligación de la mujer de seguir al marido está subordinada a la obligación que tiene éste de recibirla según sus facultades y posición social; de tal manera que no habría obligación por parte de la mujer de vivir en el hogar conyugal si el marido no le proporciona un alojamiento adecuado a su posición social y fortuna.¹⁸⁹

El Código Civil francés da base para estimar que el derecho del marido para obligar a la mujer a vivir con él está condicionado a la obligación que pesa sobre aquél de proporcionarle lo necesario de acuerdo con su posición social. En efecto, el artículo 214 del citado código dice textualmente: "La mujer está obligada a vivir con el marido y a seguirle a donde quiera que juzgue conveniente residir: el marido está obligado a recibirla y a proporcionarle todo lo necesario para los menesteres de la vida según sus facultades y condición".

Adviértase que el artículo 214 del Código napoleónico consta de dos partes. Una, establece la obligación de la mujer de seguir al marido y, la otra, establece la obligación del marido de recibir a la mujer de acuerdo con sus facultades y condición. Tal ha sido el espíritu del legislador de establecer estas dos obligaciones como inseparables, dependientes la una de la otra, que las consignó en una sola frase, usando una puntuación curiosa, los dos puntos.

Pero el texto de nuestra ley es diferente del código civil francés. El artículo 133 habla sólo de la obliga-

¹⁸⁹ Claro Solar, tomo II, N^os 787 y 788, p. 27 sig.;

Borja, tomo III, N^o 201, p. 338;

Holley, N^os 348 a 362, p. 362 y sig.

ción de la mujer de seguir al marido y el derecho de aquélla para que éste la reciba en su casa, pero no pone como condición precisa e inseparable de que el marido la reciba en forma adecuada y cumpliendo, por su parte, con los demás deberes que el matrimonio impone, entre los que figura el deber de socorro, previsto en el artículo 134, que le obliga a suministrar a la mujer lo necesario según sus facultades.

En consecuencia, la mujer no tendría derecho para abandonar el hogar conyugal o excepcionarse ante el requerimiento del marido para que se reintegre a la vida común, fundándose en que el marido no provee a sus necesidades en proporción a sus facultades. Ante una situación como la indicada la mujer tendría dos recursos: iniciar acción de divorcio fundada en la avaricia del marido o cobrar judicialmente alimentos.

Don Paulino Alfonso argumentando en contra de la opinión de Delvincourt según la cual el marido no puede obligar a la mujer a vivir con él "sino en cuanto el mismo no tenga una casa con mobiliario correspondiente a su estado", expresa: "Dado el tenor literal de la primera parte del inciso primero del artículo 133 y la naturaleza íntima y rigurosa de las obligaciones matrimoniales no parece haber mérito para establecer la misma doctrina en el sistema de nuestro Código".¹⁹⁰

Interesante es consultar la sentencia que aparece en el tomo IV de la **Revista de Derecho y Jurisprudencia**, segunda parte, sección primera, página 186, en la que se establece la doctrina de que si el marido, en el estado normal del matrimonio, se niega a dar a la mujer lo necesario según sus facultades, puede ser condenado al pago de alimentos.

De la misma manera que en el caso del marido que no cumpla con su obligación de recibir a la mujer de acuerdo con sus facultades y posición social, se sostiene que la mujer queda liberada del deber de vida común si

¹⁹⁰ *Anales de la Universidad*, año 1901, p. 102.

el marido se dedicara a una profesión deshonesta; si llevara a una concubina a su casa; si no tuviere casa independiente, obligándola a vivir con gente extraña o aún con sus suegros; si maltrata a la mujer o no cumple con el débito conyugal.

Distintos son los fundamentos que se dan por los autores franceses para justificar esta doctrina. Un estudio bastante completo sobre la materia puede encontrarse en la obra ya citada de don Gustavo Adolfo Holley.¹⁹¹ Nosotros nos limitaremos a señalar que Aubry et Rau¹⁹² y Baudry-Lacantinerie¹⁹³ hablan de abuso de derecho; Colin y Capitant¹⁹⁴ fundan la doctrina en la excepción "Non adimpleti contractus" y Planiol y Ripert¹⁹⁵ la derivan del carácter institucional del matrimonio.

Entre nosotros, don Luis Claro acepta la liberación por parte de la mujer del deber de vida común en los casos señalados, pero no indica cuál es el fundamento legal o doctrinario de su convicción.¹⁹⁶ Borja, aunque no dice expresamente que en los casos indicados la mujer queda dispensada de la obligación de vivir con el marido, tampoco señala por qué en su concepto debe entenderse que el marido no cumple con su obligación de recibir a la mujer en su casa si no le da "el trato que le corresponde como señora de la familia."¹⁹⁷

Don Gustavo Adolfo Holley¹⁹⁸ sostiene que el cónyuge inocente puede abandonar al culpable, no obstante no estar declarado el divorcio, y permanecer separado de hecho mientras continúen las circunstancias que legitimaron el abandono. Por lo mismo, el culpable del

191 N^os 352 a 360, p. 369 y sig.

192 Tomo VII, 471, p. 224.

193 Tomo III, N^o 2.161, p. 702.

194 Tomo II, volumen I, p. 364.

195 Tomo II, N^o 366, p. 288.

196 Tomo II, N^o 787, p. 27.

197 Tomo III, N^o 205, p. 345.

198 N^o 362, p. 378.

abandono carece del derecho para obtener el restablecimiento de la vida común en tanto subsistan las causas de la separación. Así explica el señor Holley esta subordinación entre el derecho del marido para obligar a su mujer a vivir con él y su obligación de proporcionarle una habitación digna: "La vida común no es un deber que se impone a los cónyuges porque sí, sino que su razón de ser descansa en la necesidad que existe para ambos de vivir juntos para realizar así cumplidamente la unión conyugal y demás fines del matrimonio. Pero si uno de los esposos falta, en una forma grave, a sus deberes conyugales, la cohabitación deja de ser entonces una necesidad; pierde su carácter de deber mientras subsistan las condiciones que hacen imposible la vida común..."

Tampoco tienen mucha fuerza jurídica los fundamentos del fallo que negó lugar a la demanda del marido para el reintegro de la mujer al hogar, que aparece en la **Gaceta de los Tribunales** del año 1919, primer semestre, sentencia 1.211, página 639, consistentes, además de la falta de medios coercitivos para hacer cumplir la obligación del artículo 133 (considerando 3º), en consideraciones morales y de equidad, como es el sostener en el considerando 9º "que es un bien social no obligarlos a vivir juntos, porque así se previene el escándalo, se previenen los delitos y se conserva el orden social de la familia".

Lo cierto es que el art. 133 del Código Civil no considera otras excepciones al deber de la mujer de seguir al marido que los casos de no tener el marido residencia fija y existir un peligro inminente para la vida de la mujer. Ni pueden admitirse otras, puesto que las excepciones son de derecho estricto.

Ya hemos visto¹⁹⁹ que aunque los derechos y obligaciones de los cónyuges son, por lo general, mutuos o recíprocos, ello no significa que el incumplimiento de un

¹⁹⁹ Véase el N° 137 de esta obra.

deber por parte de uno de ellos libere al otro de sus obligaciones maritales y, así como el incumplimiento del deber de cohabitación no libera al otro cónyuge de sus deberes de fidelidad, socorro o asistencia, así tampoco podría sostenerse que porque el marido no cumple con su deber de socorro, con el deber de fidelidad o de cohabitación, la mujer no está obligada, por su parte, a cumplir con el deber de vivir bajo el mismo techo del marido, a menos que haya obtenido el divorcio o pruebe peligro inminente para su vida.

¿Cómo pudo el legislador haber establecido un régimen tan injusto e inicuo?

Si se reflexiona se verá que la injusticia no es tanta, ya que la única sanción prevista para quien abandona el hogar común es el divorcio temporal.

La iniquidad no resulta de la ley, sino de la torcida interpretación que le ha dado la doctrina y la jurisprudencia, al privar de alimentos a la mujer que abandona el hogar. Entonces sí que resulta inicuo que la mujer no pudiera excepcionarse en la culpa del marido.

Es así cómo el error de negar alimentos a la mujer que vive fuera del hogar conyugal en contra del texto claro y expreso de la ley que ordena que se den alimentos a los cónyuges, sin hacer distingos de ninguna especie, conduce a un segundo error, justificable desde el punto de vista de la equidad, pero sin fundamento en la ley, de establecer salvedades y condiciones para el cumplimiento por parte de la mujer de su deber de vida común.

Cierto es que la ley de Matrimonio Civil exige para sancionar el abandono del hogar común con el divorcio temporal, que éste sea sin causa justificada, entre las que podría perfectamente encuadrar la profesión deshonesta del marido, el maltrato a la mujer, el tener concubina, no cumplir con el débito conyugal y otras que quedan entregadas al justo criterio del juez. Pero en realidad, estas causas justificadas, más que una modificación al precepto del artículo 133, constituyen verdaderas exi-

mentes de responsabilidad. Hay una absolución de la pena, una exención del castigo, que es el divorcio, pero no por eso deja de existir la violación o infracción del mandato de la ley.

Por lo demás, con relación a la mujer, será raro que el marido invoque la causal de abandono del hogar común prevista en el número 6 del artículo 21 de la Ley de Matrimonio Civil; lo más probable es que invoque la causal 7, o sea, "negarse la mujer, sin causa legal, a seguir al marido" y las causas legales no pueden ser otras que las previstas en el artículo 133.²⁰⁰

173. Sanciones aplicables al cónyuge que no cumple con el deber de vida común. El estudio de las sanciones aplicables al cónyuge que no cumple con el deber de vida común, se traduce en la práctica en el estudio de las sanciones con que se pretende castigar a la mujer que no cumple con su obligación de seguir al marido y como este aspecto constituye la médula del problema que nos preocupa, o sea, si la mujer que no cumple con el deber de vida común tiene o no, entre otras sanciones, el de ser privada de los alimentos, no tenemos inconveniente para seguir con la tradición.

Pocas materias hay en realidad que hayan preocupado más a los autores que la de encontrar la manera práctica de obligar a la mujer a cumplir con su deber de seguir al marido.

La vida iba poniendo frente a los jurisconsultos, el problema de que, no obstante el mandato imperativo de la ley, la mujer se negaba en algunos casos a convivir con el marido.

Y como cada jurisconsulto y cada magistrado era un hombre, con sus conceptos bien arraigados de su calidad de jefe indiscutido, de soberano máximo del hogar, cuando no con problemas conyugales personales, no es

²⁰⁰ Paulino Alfonso. Estudio de la Ley de Matrimonio Civil, *Anales de la Universidad*, año 1901, p. 104.

de extrañar entonces que se sugirieran sanciones drásticas para las mujeres que osaban desafiar la autoridad secular del marido.

Estas sanciones oscilaban desde el "manu militari" o la fuerza pública puesta al servicio del marido para tomar a la mujer de donde está y colocarla en el hogar conyugal,²⁰¹ el privarla de una parte de sus bienes a título de indemnización a beneficio del marido,²⁰² la retención y el secuestro de las rentas de la mujer mientras no vuelva al hogar conyugal,²⁰³ la imposición de multas,²⁰⁴ la privación de los alimentos²⁰⁵ y hasta la retención de los vestidos.²⁰⁶

Pero no todos los autores aceptan la totalidad de estas sanciones, suscitándose discusiones en pro y en contra de cada una de estas medidas.

Los autores y la jurisprudencia franceses sostienen que el silencio de la ley autoriza a los magistrados para emplear los medios que su prudencia aconseje, "salvo los contrarios a la ley y al orden público", según el decir de Demolombe; y esta peregrina y antijurídica teoría,

²⁰¹ Planiol, tomo I, N° 894, p. 311;

Aubry et Rau, tomo VII, párrafo 471, p. 224;

Demolombe, tomo IV, N° 107, p. 121.

²⁰² Planiol, tomo I, N° 895, p. 311;

Planiol, Ripert et Rouast, tomo II, N° 368, p. 290;

Demolombe, tomo IV, N° 106, p. 120. (Aconseja usarlo con mucha cautela.)

²⁰³ Demolombe, tomo IV, N° 105, p. 119;

Planiol, Ripert et Rouast, tomo II, N° 371, p. 292;

Aubry et Rau, tomo VII, párrafo 471, p. 224.

²⁰⁴ Planiol, Ripert et Rouast, tomo II, N° 371, p. 293.

²⁰⁵ Demolombe, tomo IV, N° 104, p. 118;

Planiol, tomo I, N° 895, p. 311;

Colint y Capitant, tomo I, p. 697;

Aubry et Rau, tomo VII, párrafo 471, p. 224;

Baudry-Lacantinerie, tomo III, N° 2.168, p. 706;

Planiol, Ripert et Roaust, tomo II, N° 369, p. 291.

²⁰⁶ Demolombe, tomo IV, N° 104, p. 118;

Baudry-Lacantinerie, tomo III, N° 2.168, p. 706.

que explica la diversidad de opiniones en esta materia, la derivan del hecho de que uno de los que participaron en la discusión del Código Civil, el consejero Boulay, al intervenir en la discusión del artículo 214 expresara que "las dificultades deben ser resueltas por la costumbre y según las circunstancias".²⁰⁷

No cabe duda que, como dice Baudry-Lacantinerie,²⁰⁸ se necesita "algo más que la expresión de una opinión individual para legitimar los procedimientos de coerción a los cuales el juez cree necesario recurrir" y, por otra parte, los que citan a Boulay olvidan que en la misma discusión Bonaparte expresó: "Esta discusión atañe al divorcio", de lo que podría deducirse que para él el incumplimiento de los deberes conyugales está ligado a la idea del divorcio y que, al tratarse de esta materia, procedería a estatuir si se aceptaba como causal de divorcio, el abandono del hogar común.

Pero la opinión del señor Boulay no puede tener ningún valor entre nosotros. No lo tendría ni siquiera si su dicho hubiera sido vertido al discutirse nuestra propia ley. La Excma. Corte Suprema ha establecido en varias ocasiones que la opinión de uno o varios miembros de las Cámaras no es suficiente para fijar el sentido de la ley, si no aparece que tal opinión ha sido aceptada por la corporación respectiva, en forma reglamentaria.²⁰⁹

Al redactarse nuestro Código Civil ya estaban planteadas en Francia, tanto ante los tribunales como por los autores, las discrepancias suscitadas por el silencio del artículo 214 del Código napoleónico frente a las sanciones aplicables a la mujer rebelde que se niega a vivir en el hogar conyugal.

²⁰⁷ Procès-verbaux du Conseil d'état contenant la discussion du Project de Code Civil, tomo I, p. 287.

²⁰⁸ Tomo III, N° 2.167, p. 706.

²⁰⁹ *Rev. D. y J.*, tomo I, segunda parte, sección 1ª, p. 32; *Rev. D. y J.*, tomo XV, segunda parte, sección 1ª, p. 259.

No obstante, nuestro legislador, al consignar el artículo 133, no señaló sanción alguna para aplicarse tanto a la mujer que no sigue al marido como al marido que se niega a recibir a su mujer en su casa.

Este silencio del legislador no puede interpretarse en otra forma de que en su concepto la sanción no podía ser otra que el divorcio, a la que no tenía por qué referirse, ya que todo lo relacionado con él quedaba entregado a la autoridad eclesiástica.

Al margen del artículo 133, don Andrés Bello anotó como referencia: "Delvincourt, página 79, nota 4." Veamos si esta nota nos ayuda a fijar fielmente el espíritu del legislador, para lo cual reproduciremos su texto íntegro tomado de la obra de Delvincourt, **Cours de Code Civil**.

Dice así esta nota: "**De habitar con el marido**". ¿Puede la mujer ser personalmente compelida al cumplimiento de esta obligación? Así se ha resuelto por varios tribunales y, especialmente, en París. Yo no puedo, sin embargo, participar de esta opinión. Se reconoce que se trata aquí del cumplimiento de una obligación; pues bien, el juez ¿puede decretar el apremio personal para el cumplimiento de una obligación cualquiera, fuera de los casos especialmente señalados en la ley? Este derecho le ha sido expresamente negado en el artículo 2.063. Y ¿dónde está la disposición legal que permita emplear el apremio personal contra la mujer para obligarla a vivir con el marido? Y, por lo demás, ¿cuál es en los casos ordinarios el efecto del apremio personal? Es el de retener al deudor en prisión hasta que haya pagado la deuda y ejecutado la obligación. Y esto ¿puede por ventura tener lugar en el caso de que se trata? La obligación de la mujer subsiste durante toda la duración del matrimonio: es una obligación que se ejecuta a cada instante. Supongamos que el marido haya constreñido a la mujer a volver al hogar común: ¿la retendrá en él como en una cárcel doméstica? El orden público se opone a que se le conceda semejante derecho. La mujer podría, pues,

abandonar la casa conyugal. El objeto del apremio personal se habría frustrado completamente.

"Se insiste y se dice que si no se emplea el apremio personal resulta que la obligación impuesta a la mujer es ineficaz, porque como no hay otro medio para obligarla, si el marido no lo puede emplear, la mujer podrá contravenir impunemente la ley que le ordena residir en el domicilio común.

"Se puede contestar que, suponiendo este razonamiento exacto, probaría a lo más la insuficiencia de la ley y no la necesidad de extender, contra las disposiciones formales, una disposición tan odiosa como es el apremio personal. Se puede agregar que el marido tiene otro medio para obligar a la mujer a vivir con él: es privarla de todo socorro; y si ella se conduce mal se la puede castigar conforme al código civil o las disposiciones de los artículos 336 y siguientes del Código Penal.

"Cierto es que la mujer puede estar separada de bienes y tener derecho a manejar rentas. Pero yo no veo qué se opone a que el marido obtenga el permiso de retener su rentas. Esto no lo dice la ley, pero el artículo 2.093 dispone, en general, que los bienes de un individuo están afectos a la ejecución de sus obligaciones y, además, si se llega a sostener que puede emplearse el apremio personal, cuando está prohibido por la ley, se debe ser menos escrupuloso en dar al marido el derecho a retener las rentas."

Vemos, pues, que el motivo central de esta nota es la refutación de la doctrina sobre el empleo de la fuerza pública como medio de compeler a la mujer al cumplimiento del deber de vida común.

Podemos deducir, entonces, que don Andrés Bello al hacer referencia a la nota de Delvincourt quería indicar que aceptaba la posición de este autor contra el uso del apremio personal en relación con el cumplimiento de los deberes estatuidos en el artículo 133, o sea, que no aceptaba el empleo de la fuerza pública ni para obligar a la

mujer a seguir al marido ni para forzar a éste a recibirla en su casa.

Al final de su nota Delvincourt se refiere incidentalmente y más como una manera de reforzar su argumentación en contra del apremio personal, a la privación de los alimentos y a la retención de las rentas de la mujer cuando ésta dispone de bienes personales. Pero esto no puede significar que don Andrés Bello aceptaba esas sanciones y entendía que debieran aplicarse en nuestro país, ya que él como jurista sabía que, si bien para rechazar el apremio personal bastaba con no consignarlo expresamente, porque tal apremio no puede subentenderse en el silencio de la ley; en cambio, la privación de los alimentos y la retención de las rentas sólo pueden proceder a virtud de una regla especial expresa, máxime cuando con respecto de los alimentos él mismo había establecido como regla general que se debían entre cónyuges e, incurriendo casi en una redundancia, había establecido en el inciso final del artículo 321 que sólo a virtud de una "ley expresa" podían negarse los alimentos a las personas designadas en ese mismo artículo.

Pero aun cuando se entendiera que don Andrés Bello aceptaba en su totalidad la nota de Delvincourt, ningún valor tendría, puesto que dentro de nuestro régimen legal nadie se atrevería a sostener que los tribunales tienen facultades discrecionales para aplicar sanciones o señalar un procedimiento compulsivo.

Pocas reglas hay de carácter más universal que aquella según la cual las sanciones son excepcionales y las excepciones de derecho estricto.

No he encontrado un solo autor o tratado sobre interpretación de la ley que no rechace la analogía como fuente creadora de sanciones, sean civiles o penales.

Sólo a manera de ejemplo voy a reproducir algunos textos de los distintos autores que se refieren a esta materia.

Así, Planiol, dice: "El argumento por analogía pierde su valor cuando la disposición de donde deriva tiene un

carácter excepcional; como se verá (Nº 323) las disposiciones excepcionales no son susceptibles de extensión.”²¹⁰

Laurent, en su **Cours Elementaire de Droit Civil**, expresa: “La excepción es por naturaleza de derecho estricto”; “El intérprete no puede extender las excepciones por analogías.”²¹¹

En la obra de Aubry et Rau se dice: “Si la disposición es excepcional por naturaleza, debe ser restringida al caso para la cual fue establecida. . .” “Así las disposiciones penales que deben considerarse como excepciones no pueden jamás extenderse a hipótesis que ellas no han formalmente previsto.”²¹²

En el **Repertoire Pratique** de Dalloz, encontramos: “Las disposiciones prohibitivas no pueden ser establecidas ni extendidas por inducción.” “Deben ser interpretadas restrictivamente y no deben extenderse ni por paridad de razones ni a fortiori, las leyes penales.”²¹³

En cuanto a Baudry - Lacantinerie, afirma: “El argumento por analogía no es admisible cuando la disposición es excepcional, es decir, cuando deroga otra regla. Tal es el sentido de la fórmula a menudo repetida: la excepción es de derecho estricto, y los adagios: “Exceptio est strictissimae interpretationis”, “exceptio firmat regulam in casibus non exceptis”, adagios que el artículo 7 del título V del libro preliminar había introducido; “las excepciones que no están en la ley no deben ser suplidas”.”²¹⁴

Fiori, en su tratado especializado para el estudio **De la Irretroactividad e Interpretación de las leyes**, opina: “La naturaleza de la regla jurídica contenida en la ley debe ser tenida en consideración para determinar dicho límite (se refiere al límite de aplicabilidad de la ley). El

²¹⁰ Tomo I, Nº 22, p. 92.

²¹¹ Tomo I, Nº 47, p. 163.

²¹² Tomo I, Nº 40, p. 196.

²¹³ Tomo VII, p. 713.

²¹⁴ Tomo I, Nº 264, p. 214.

cual debe, en efecto, restringirse siempre que se trate de leyes singulares o de aquellas otras que se llaman denegatorias y que constituyen una excepción a las reglas generales o de otras leyes, o de leyes que tengan el carácter de penales, o de las que restringen el libre ejercicio de los derechos que corresponden a los particulares.²¹⁵

Más aun: en el primer Congreso Latinoamericano de Criminología celebrado en 1938 se aprobó un voto condenando la analogía como fuente creadora de delitos y de sanciones.²¹⁶

Los autores chilenos, sin excepción, aceptan sin reservas el principio de que las sanciones son de derecho estricto.

Así, don Luis Claro Solar se expresa en estos términos: "Este argumento [se refiere al argumento de analogía] no es admisible cuando la disposición es excepcional, es decir, que ella deroga una regla general. Este es el sentido de las fórmulas repetidas a menudo: "la excepción es de derecho estricto, exceptio est strictissimae interpretationis, la excepción confirma la regla en los casos exceptuados, exceptio firmat regulam in casibus non exceptis."²¹⁷

Claro Salas nos dice: "Donde existe la misma razón debe existir la misma disposición. Esta regla de interpretación sistemática no es admisible cuando la disposición que se trata de aplicar es excepcional: "la excepción es de estricta interpretación"; "la excepción confirma la regla en los casos exceptuados".²¹⁸

En el folleto **De la interpretación de la ley** de don Paulino Alfonso se lee: "Adviértase que no debe discutirse por analogía, tomando por base disposiciones excepcionales, supuesto que en todo aquello en que deje

²¹⁵ P. 608.

²¹⁶ Citado por don Gustavo Labatut. *Derecho Penal* p. 56.

²¹⁷ Tomo I, N° 231, p. 134.

²¹⁸ Tomo I, p. 25.

de regir la excepción, deberá estarse a la regla y no será lícito limitar sus efectos a mérito de simples inducciones lógicas, aun cuando sea de presumir que si el legislador hubiese tenido presente el caso, habría cuidado de incluirlo en la excepción".²¹⁹

Don Arturo Alessandri Rodríguez en su obra **Tratado Práctico de las capitulaciones matrimoniales, de la sociedad conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada**, refiriéndose a la sanción prevista en el artículo 1.768 del Código Civil para el cónyuge que oculta o distrae alguna cosa perteneciente a la sociedad conyugal, expresa: "Como las sanciones son de derecho estricto, el cónyuge culpable no incurre en ninguna otra, aparte de la indicada, sin perjuicio de la pena que le asigna la ley si el hecho, a la vez, fuere constitutivo de delito".²²⁰

Nuestra Corte Suprema ha aplicado igualmente, en diversas oportunidades, estos principios.

Así, sienta la doctrina de que la ley penal es de derecho escrito en la sentencia publicada en el tomo XXV de la **Revista de Derecho y Jurisprudencia**, segunda parte, sección primera, página 11, considerando 5º: declara que las excepciones no se presumen en la sentencia publicada en el tomo XXIX de la misma revista, segunda parte, sección primera, página 532; y acepta el principio de que las leyes de excepción son de derecho estricto en las siguientes sentencias reproducidas por la **Revista de Derecho y Jurisprudencia**: tomo XIII, segunda parte, sección primera, página 65; tomo XVII, segunda parte, sección primera, página 313; tomo XXIII, segunda parte, sección primera, página 599; tomo XL, segunda parte, sección primera, página 1 y tomo XXVII, segunda Parte, sección segunda, página 49.

No constituye, pues, una afirmación gratuita, sostener que no hay sanciones subentendidas, ni sanciones

²¹⁹ P. 16.

²²⁰ N° 846, p. 520.

que se apliquen por analogía, ni sanciones que se apliquen fundadas en el espíritu del legislador, ni penas basadas en la equidad o en la necesidad de defender instituciones por sacrosantas que sean.

La sanción es siempre expresa y formal.

En consecuencia, por imperativos que sean los términos del artículo 133 y reconociéndole al deber de vida común toda su importancia de piedra angular de la institución matrimonial, no cabe aplicar a quien viola este deber otra sanción que la prevista expresamente por la ley.

Ahora bien, ni el artículo 133 ni ninguna otra disposición del Código Civil establece sanción alguna por el incumplimiento del deber de vida común.

Sólo al dictarse la ley de Matrimonio Civil de 10 de enero de 1884, junto con entregarse a la jurisdicción civil todo lo relacionado con el divorcio o separación de cuerpo, se reconoció como causal de divorcio temporal el incumplimiento del deber de vida común, estableciéndose así una sanción.

Dos son las causales de divorcio que se pueden invocar en caso de incumplimiento del deber de vida común:

1º La causal sexta del artículo 21 que se refiere exclusivamente a la mujer, para el caso preciso de que ésta se niegue, sin causa legal, a seguir al marido. Sólo procede esta causal, en consecuencia, cuando el marido cambia de residencia y la mujer no lo sigue, pero no al caso de la mujer que abandona el hogar conyugal.

Don Paulino Alfonso en su **Estudio sobre la ley de Matrimonio Civil** sostiene la opinión contraria, o sea, que la causal sexta se aplica haya o no cambio de residencia, argumentando así: "No refiriéndose especialmente el legislador al cambio de residencia del marido, parece aplicable su precepto a los dos casos de que habla el Código, y a que se extiende la razón de la ley".²²¹

²²¹ *Anales de la Universidad*, año 1901, p. 104.

Pero el señor Alfonso olvida que las causales de divorcio son de derecho estricto y que deben interpretarse a la letra. El mismo reconoce que de acuerdo con el texto de la ley su interpretación resulta forzada, cuando agrega: "Mejor hubiera sido, sin embargo, que, ajustándose a la terminología del Código, hubiese dicho el legislador: "Negarse la mujer, sin causa legal, a **vivir con su marido** o a seguirle a donde quiera que traslade su residencia".

En realidad el legislador no necesitó referirse en esta causal a la mujer que abandona el hogar, porque este caso está comprendido en la causal del número 7;

2º La causal séptima, del artículo 21, se refiere tanto al marido como a la mujer, para el caso que cualquiera de ellos abandone el hogar conyugal sin causa justificada.

Naturalmente queda entregado al criterio del tribunal el apreciar cuándo existe la causa justificada con que podría excepcionarse un cónyuge que ha abandonado el hogar. Don Paulino Alfonso da como ejemplos el peligro a la vida o a la salud del cónyuge, aunque no sea imputable al otro, el peligro para la honestidad o decoro del cónyuge, el peligro para la vida o salud de la prole.

No hay, pues, más sanción por el incumplimiento del deber de vida común que el divorcio temporal.

¿Cómo podría sancionarse con la privación de los alimentos al cónyuge que se resiste a hacer vida común, cuando la ley no lo estatuye en forma expresa?

Y no se diga que la privación de los alimentos a la mujer que ha abandonado el hogar común no es una sanción y que, si se le niegan, es porque dentro del régimen normal del matrimonio debe aplicarse el precepto del artículo 134 de preferencia al 321, o sea, que sólo cabe el deber de socorro.

Porque si entre los cónyuges en estado normal del matrimonio, entendiéndose por tal lo que jurídicamente es normal, o sea, cualquiera situación que no sea de

divorcio o interrupción de la vida común con autorización judicial, sólo procede el socorro, ¿en mérito de qué precepto o razón se concede alimentos a la mujer que ha sido abandonada por el marido o a la que ha abandonado el hogar por culpa de aquél? ¿Cómo podría justificarse que nuestros tribunales jamás han negado alimentos al marido cuando éste vive fuera del hogar conyugal?

Adviértase que nunca se ha sostenido en términos generales que los cónyuges separados de hecho no se deben alimentos entre sí, sino que se discrimina, en primer lugar, sobre cuál de los cónyuges ha tomado la iniciativa para abandonar el hogar y, en seguida, se hace una segunda discriminación, o sea, si el que abandonó el hogar lo hizo por su propia voluntad o forzado por la conducta del otro cónyuge. Hechas estas discriminaciones se sostiene que si el cónyuge no ha tomado la iniciativa de abandonar el hogar o si siendo él actor del abandono, lo ha hecho forzado por la conducta del otro cónyuge, tendría derecho a alimentos; y no los tendría si el abandono lo realizara voluntariamente y sin ningún motivo plausible.

O sea, que sólo no tiene derecho a alimentos el que ha abandonado el hogar conyugal por su culpa. ¿Puede haber duda, entonces, que es una sanción para el culpable?

Si se sostiene que de acuerdo con el artículo 134 sólo cabe el socorro entre cónyuges que jurídicamente se encuentran en estado normal, debería privarse de alimentos aún al cónyuge inocente, ya que el citado artículo no hace distinciones de ninguna especie.

Se dirá, como afirma Claro, reproduciendo las palabras de Laurent,²²² que negar alimentos al cónyuge inocente sería inicuo, pero, por otra parte, tenemos el texto del artículo 23 del Código Civil que prohíbe aten-

²²² Tomo III, N° 1.684, p. 291.

der a lo favorable u odioso de una disposición para ampliar o restringir su interpretación.

Además, hemos visto,²²³ que no se puede sostener que el artículo 134 prime sobre el artículo 321 por ser el primero una regla especial y el segundo una regla general, ya que aunque tienen la misma finalidad —asegurar la subsistencia de los cónyuges— son instituciones jurídicas diversas, en forma que se aplica indistintamente la una o la otra, según sea la situación de hecho. Y así el artículo 134 excluye al artículo 321 cuando el deber de socorro se está cumpliendo realmente y prevalece el último cuando por cualquier circunstancia un cónyuge carece de lo necesario para vivir de un modo correspondiente a su situación social, aun cuando esta situación de indigencia sea imputable a su culpa.

Si con esta conclusión puede resultar una situación de injusticia para el cónyuge inocente, el que puede ser obligado a pagar alimentos al culpable, ello es de la responsabilidad de nuestro sistema de indisolubilidad del vínculo.

En efecto, si se quiere que dos personas unidas por vínculo matrimonial lo estén por toda la vida y no se admite, por graves que sean los motivos, que dejen de ser cónyuges; si se ha negado toda posibilidad de ruptura del vínculo, es menester que este vínculo sea algo más que una palabra, algo más que una concesión a la hipocresía social y es lógico que las personas que conservan su calidad de cónyuges, conserven también sus deberes de tales.

Este y no otro fue el pensamiento del legislador al disponer la procedencia de los alimentos para el caso que podía suscitar mayores dudas: el del cónyuge divorciado perpetuamente por su culpa, aun por aquellas causales que constituyen injuria atroz.

²²³ Véanse números 125 y 151 de esta obra.

174. Conclusiones derivadas del estudio del deber de vida común. Las siguientes conclusiones pueden derivarse del estudio del deber de vida común:

1º El deber de vida común es una obligación civil recíproca, o sea, que afecta a ambos cónyuges;

2º El marido sólo puede excepcionarse para no cumplir el deber de vida común en caso de divorcio y la mujer puede alegar, además, el peligro inminente para su vida o la falta de hogar conyugal;

3º No hay más sanción prevista en la ley por el incumplimiento del deber de vida común que el divorcio temporal, y

4º La ley no ha previsto la sanción de privación de los alimentos para el cónyuge que no cumple con el deber de vida común.

Párrafo III

Fundamentos legales de la doctrina que concede alimentos a los cónyuges separados de hecho, cualquiera que sea la causa de la ruptura o el responsable de ella

175. Resumen de lo estudiado. Del análisis que se ha hecho de la ley hasta el momento, resulta lo siguiente:

1º Que el número 1 del artículo 321 contiene la regla general sobre alimentos entre cónyuges (Nº 87 de esta obra);

2º Que el número 1 del artículo 321 habla de cónyuges sin hacer distinción de ninguna especie, de modo que, conforme al texto de la ley, las personas que han contraído matrimonio se deben entre sí alimentos desde el momento de su celebración y hasta que no acaezca una causal de disolución (Nº 88 de esta obra);

3º Que el artículo 322 no autoriza para aplicar las reglas del título VI del libro I dé preferencia a las del artículo 321, porque aquel artículo se refiere a las reglas que le siguen, o sea, a las de los artículos 323 al 336 (Nº 93 de esta obra);

4º Que aun cuando se estimara que el artículo 322 permite aplicar las reglas del título VI del libro I dé preferencia al 321, no existe ningún precepto dentro de ese título que prive de alimentos al cónyuge que vive fuera del hogar conyugal, como no los priva el Código en ninguna otra situación matrimonial (Nº 95 de esta obra);

5º Que no puede sostenerse que el artículo 134 excluye y prime sobre el artículo 321 porque para que una disposición prevalezca sobre otra es menester que sean contradictorias, o sea, es indispensable que versen sobre la misma institución jurídica (Nº 94 y 150 de esta obra);

6º Que teniendo los artículos 134 y 321 la misma finalidad el uno excluye al otro, pero para determinar cuál de ellos prevalece o se aplica no se atiende a reglas de hermenéutica, sino que a la situación de hecho, en forma que debe aplicarse el artículo 321 cada vez que un cónyuge carece de lo necesario para vivir conforme a su situación social, aunque él mismo sea el responsable de su indigencia (Nº 71, 125 y 151);

7º Que tampoco puede fundarse la negativa a conceder alimentos a la mujer que ha abandonado el hogar en la circunstancia de no cumplir ella, por su parte, con el deber de vida común, porque la "exceptio non adimpleti contractus", no puede aplicarse al matrimonio como no pueden aplicárseles las demás reglas de los contratos patrimoniales, a menos que la ley expresamente lo autorice (Nº 134 y 135), y

8º Que la privación de alimentos al cónyuge que no vive en el hogar común no puede aceptarse como

sanción, porque las sanciones son de derecho estricto (número 173).

176. Todos los elementos de la interpretación legal concurren en apoyo de esta doctrina. Frente a la doctrina que niega alimentos a la mujer que ha abandonado el hogar sin causa justificada, cuyos fundamentos hemos demostrado que son errados, se alza la doctrina que sostiene la procedencia de los alimentos entre cónyuges separados de hecho, aún para el responsable de la ruptura de la vida común, doctrina que se funda en el tenor literal de la ley, reforzada por la historia fidedigna de su establecimiento, el contexto del artículo 321, además de armonizar con el espíritu general de la legislación, como se demostrará.

177. Interpretación gramatical. En los números 88 y 89, al estudiar en general la obligación alimenticia entre cónyuges, analizamos el tenor literal del precepto contenido en el número 1 del artículo 321 y se llegó a la conclusión de que su texto claro y preciso: "Se deben alimentos: 1º Al cónyuge", no da margen a dudas de ninguna especie.

Cónyuges son el marido y la mujer, "la calidad que toman los contrayentes a virtud del contrato matrimonial", de modo que, según el artículo 321, estas personas desde la celebración del matrimonio y mientras no sobrevenga una causa legal de disolución, o sea, mientras los cónyuges conserven el carácter de tales, están obligados a prestarse alimentos.

Los términos del número 1 del artículo 321 no pueden ser más claros. Se refiere a los cónyuges, pura y simplemente, sin hacer distinción alguna, ni insinuar limitación.

Por otra parte, el inciso final del mismo artículo 321 agrega: "No se deben alimentos a las personas aquí designadas en los casos en que una **ley expresa** se lo niegue". "Expresa" significa, clara, patente, especificada,

contenida en el texto, o sea, que el legislador al emplear la expresión casi redundante de "ley expresa" quiso recalcar que no podía privarse de los alimentos por simples deducciones o interpretaciones, sino que únicamente por un mandato claro y explícito de la ley.

Y como no existe en todo el cuerpo del Código Civil un precepto que prive de alimentos a los cónyuges separados de hecho, ni éstos por la separación dejan de ser cónyuges, no puede haber duda alguna de que los cónyuges separados se deben entre sí alimentos, sin importar cuál sea el responsable de la ruptura de la vida común.

El texto del artículo 321 bastaría para fundamentar la doctrina de la procedencia de los alimentos entre cónyuges separados de hecho, ya que tanto los autores como la jurisprudencia están de acuerdo en que la primera regla de interpretación obliga a atender a las palabras del legislador y sólo cuando el texto de la ley es oscuro puede recurrirse a otras reglas de hermenéutica.²²⁴

Sin embargo, a mayor abundamiento demostraremos que el texto del número 1 del artículo 321 está en concordancia con los otros elementos de la interpretación legal.

178. Interpretación lógica. Si el contexto de la ley sirve para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, empezaremos por estudiar el artículo 321 en su totalidad.

Me voy a permitir transcribir el artículo 321 en su texto original, sin las modificaciones introducidas por la ley número 7.612 y subrayar algunas de sus partes.

Dice este artículo: "Se deben alimentos:

"1º Al cónyuge;

"2º A los descendientes legítimos;

²²⁴ Véase el N° 89 de esta obra.

"3º A los ascendientes legítimos;

"4º A los hijos naturales y a su posteridad legítima;

"5º A los padres naturales;

"6º A los hijos ilegítimos, **según el título XIV de este libro;**

"7º A la madre ilegítima, **según el artículo 291, inciso 2º;**

"8º A los hermanos legítimos;

"9º Al que hizo una donación cuantiosa, **si no hubiere sido rescindida o revocada;**

"10. Al religioso que por su exclaustación no haya sido restituido en los bienes que en virtud de la muerte civil pasaron a otras manos."

"La acción del exclaustado se **dirigirá contra aquellos a quienes pasaron sus bienes** que, sin la profesión religiosa, le hubieren pertenecido; y la acción del **donante contra el donatario.**"

"No se deben alimentos a las personas aquí designadas en los casos en que una **ley expresa** se los niegue."

Esta transcripción constituye una demostración gráfica de que el legislador, respecto de las personas a quienes se deben alimentos, usa dos procedimientos.

Respecto de las personas señaladas en los números 1, 2, 3, 4, 5 y 8, o sea, de los cónyuges, de los ascendientes y descendientes legítimos, de los hijos naturales y su posteridad legítima, de los padres naturales y de los hermanos legítimos, no hace salvedad alguna; en cambio, respecto de los hijos ilegítimos, de la madre ilegítima, del donante y del religioso se hacen distinciones y agregados que significan restricciones. Así, respecto de los hijos ilegítimos se expresa: "según el título XIV de este libro"; respecto de la madre ilegítima se puntualiza aún más y se dice: "según el artículo 291,

inciso 2º"; y respecto del donante y del religioso, como no existen en otros preceptos limitaciones a las que pudieran hacerse referencia, se señala la limitación en la misma disposición y así, en el primer caso, se agrega: "siempre que no hubiera sido rescindida o revocada" y, en el segundo, limita la acción "contra aquellos a quienes pasaron los bienes".

Vemos, pues, que el legislador cada vez que existía una restricción prevista en la ley respecto del titular de un derecho de alimentos o deseó que existiera una limitación, lo dijo en forma expresa, de modo que no podemos pensar que el legislador hubiera redactado el número 1 del artículo 321 en la forma categórica que lo hizo, si su propósito era excluir de esta regla a cónyuges que se encontraban en determinada situación. Si tal hubiera sido su pensamiento, habría agregado, siguiendo el método usado en la redacción del artículo 321, "salvo en caso de la mujer que abandona voluntariamente el hogar conyugal" o "salvo el caso del cónyuge que por su culpa se interrumpe la vida común" o, si pensaba que en el cuerpo del Código existía alguna disposición que privara de alimentos a los cónyuges separados o a los que no cumplieran determinadas obligaciones matrimoniales, pudo haber agregado "según el artículo o título tal de este libro".

Si el legislador no hizo estos agregados con relación a los cónyuges es porque en su concepto no existen limitaciones en otros preceptos del Código respecto de su carácter de titular del derecho de alimentos o no quiso imponerlos, ya que como ha quedado demostrado con el contexto del artículo 321, don Andrés Bello, al redactar este artículo, no sólo pensó en señalar las personas a quienes se deben alimentos, dejando al cuidado de las disposiciones especiales el señalar sus restricciones, sino que éstas las indicó en el mismo artículo, ya sea haciendo referencia a las disposiciones que las contienen, ya consignándolas expresamente, cuando no habían sido previstas en otros preceptos.

No se puede pensar en un descuido u olvido del legislador, ya que en pocos artículos se destaca en forma más patente el espíritu minucioso de don Andrés Bello y su norma de redactar cada precepto teniendo en vista una concepción de conjunto.

179. Interpretación histórica. La historia fidedigna del establecimiento de la ley da también muchas luces para apreciar la forma cuidadosa empleada por don Andrés Bello para redactar el artículo 321 y para convencerse que respecto de los titulares del derecho de alimentos no pueden existir más restricciones que las consignadas en forma expresa.

En efecto, en el Proyecto del Código Civil de 1853, el actual artículo 321 que estaba signado con el número 360 tenía el siguiente texto: "Artículo 360. Se deben alimentos:

- "1º Al cónyuge;
- "2º A los descendientes legítimos;
- "3º A los ascendientes legítimos;
- "4º A los afines legítimos en la línea recta descendente y ascendente;
- "5º A los hijos naturales y a su posteridad legítima;
- "6º A los padres naturales;
- "7º A los hijos ilegítimos, según el título XIV de este libro;
- "8º A la madre ilegítima, según el artículo 329;
- "9º Al ex religioso que por su excomunión no haya sido restituido en los bienes que en virtud de su muerte civil pasaron a otras manos;
- "10. Al que hizo una donación cuantiosa, si no hubiere sido rescindida o revocada.

"La acción del exclaustro se dirigirá contra aquellos a quienes pasaron los bienes que, sin la profesión religiosa, le hubieran pertenecido; y la acción del donante, contra el donatario."²²⁵

Vemos, pues, que en este texto se establecen alimentos en favor de los afines legítimos en la línea recta ascendente y descendente, o sea, en favor de los suegros y de los yernos y las nueras; al tratar de los alimentos a la madre ilegítima, se hace referencia al artículo 329, pero sin indicar el inciso; y por último —y esto conviene tenerlo muy en cuenta— no se consignaba el actual inciso final.

Sigue don Andrés Bello trabajando cuidadosamente el artículo 360 y en el Proyecto llamado Inédito aparece con la siguiente redacción: "Se deben alimentos:

"1º Al cónyuge;

"2º A los descendientes legítimos;

"3º A los ascendientes legítimos;

"4º A los hijos naturales y a su posteridad legítima;

"5º A los padres naturales;

"6º A los hijos ilegítimos, según el título XIV de este libro;

"7º A la madre ilegítima, según el artículo 319;

"8º A los hermanos legítimos;

"9º Al que hizo una donación cuantiosa, si no hubiere sido rescindida o revocada;

"10. Al ex religioso que por su exclaustro no haya sido restituido en los bienes que en virtud de su muerte civil pasaron a otras manos.

²²⁵ Andrés Bello, Obras Completas, tomo IV, p. 107.

"La acción del exclaustro se dirigirá contra aquellos a quienes pasaron los bienes que, sin la profesión religiosa, le hubieren pertenecido; y la acción del donante, contra el donatario.

"No se deben alimentos a las personas aquí designadas, en los casos en que una ley expresa lo dispone así."²²⁶

Obsérvese cómo en este texto se suprimen los alimentos en favor de los suegros, yernos y nueros, otorgándolos, en cambio, a los hermanos, que según el proyecto anterior y al igual que en el Código Civil francés, no gozaban de ellos; se invierte el orden de los titulares al derecho de alimentos de los números 9 y 10, para dar mayor claridad a la redacción; y, por primera vez, aparece el actual inciso final, aunque, como puede verse, con otra redacción.

Por último, en el Proyecto aprobado por el Congreso, se indica, además del artículo, el inciso que regla los alimentos a la madre ilegítima, y se da más fuerza a la idea de que las personas enumeradas en el artículo 321 no pueden ser privadas de los alimentos sino a virtud de una disposición expresa de la ley, cambiándose la expresión "en los casos en que una ley expresa lo dispone así" por la de "en los casos en que una ley expresa se los **niegue**".

A través de este proceso de elaboración surge nítido el espíritu minucioso del legislador y su deseo de recalcar ciertas ideas.

El artículo 321, en su primer molde, no contiene la regla del inciso final, seguramente por que el legislador pensó que bastaba con la regla universal de derecho de que las excepciones sólo caben a virtud de una disposición expresa o de que no hay regla especial que se subentienda.

En efecto, aun cuando no existiera el inciso final

²²⁶ Andrés Bello, Obras Completas, tomo V, p. 126.

del artículo 321, la situación legal, para intérpretes respetuosos de las normas jurídicas, sería la misma.

Pero el legislador quiso que nadie pudiera dudar, quiso que nunca pudiera darse el caso de que los titulares del derecho de alimentos pudieran ser privados de ellos por conjeturas o suposiciones y para este efecto insertó el inciso final, que constituye una verdadera redundancia preceptiva y de redacción.

Obsérvese que el legislador usa la fórmula "ley expresa" en circunstancias que podría objetarse que todas las leyes son expresas. ¿Por qué, entonces, el legislador, que conocía bien el lenguaje, recalcó que la ley debía ser expresa? Seguramente para que no cupieran dudas de que las excepciones no pueden subentenderse, para que nunca pudiera llegarse a privar de alimentos a un titular de ellos por estimarse que se deducía o fluía de ciertas disposiciones.

Con la fórmula "ley expresa" quiso el legislador precisamente evitar lo que ocurría con algunos fallos de nuestros tribunales, que niegan alimentos a la mujer que abandona voluntariamente el hogar conyugal, por estimar que esta conclusión "fluye" de los preceptos contenidos en los títulos VI y XVIII del libro I del Código Civil.²²⁷

180. Argumento a fortiori. El espíritu del legislador de no privar de alimentos a los cónyuges, cualquiera que sea la situación jurídica o de hecho en que se hallen, salvo el caso de injuria atroz, que deriva del texto expreso de la ley, del contexto de los distintos preceptos contenidos en el artículo 321 y de la historia fidedigna de este mismo artículo, encuentra apoyo, además, en el axioma de "quien puede lo más, puede lo menos".

Es indudable que el argumento a fortiori no tiene

²²⁷ *Rev. de D. y J.*, tomo XLII, segunda parte, sección 1ª, p. 220 (considerando 6º).

gran valor, a menos que, como en el presente caso, constituya un elemento más para formar la convicción de que el espíritu del legislador ha sido no privar de alimentos a un cónyuge, aún cuando, por su parte, no cumpla con sus deberes conyugales.

En efecto, los artículos 175 y 176 del Código Civil prescriben que aún cuando la mujer o el marido hayan dado causa del divorcio, el otro cónyuge está obligado a proporcionarle lo necesario para su modesta sustentación. Podríamos argumentar entonces que si la ley prevé alimentos para el cónyuge que es condenado en juicio de divorcio por adulterio; por ser autor, instigador o cómplice en la perpetración o preparación de un delito contra los bienes, la honra o la vida del otro cónyuge; por malos tratamientos inferidos a los hijos hasta el punto de poner en peligro su vida; por tentativa de corromper a los hijos o complicidad en su corrupción; o por otras causales menos graves, como negarse la mujer, sin causa legal, a seguir al marido, o abandono del hogar común sin causa justificada, o resistencia a cumplir las obligaciones conyugales, etc., con mayor razón ha tenido que preverlos en los casos de simple separación de hecho.

No pretendemos extender los artículos 175 y 176 que se refieren a los casos de alimentos entre cónyuges divorciados, al caso de los cónyuges separados de hecho, ya que son disposiciones excepcionales que deben interpretarse restrictivamente, sino que se trata de sacar a luz el pensamiento del legislador. Si él ha querido dar alimentos al cónyuge que ha atentado contra la vida o el honor de su compañero, lógicamente no se puede pensar que haya tenido la intención de negarlos al que comete una falta mucho menor, como es la de abandonar el hogar, máxime cuando puede tener razones para ello, aunque no siempre estas razones puedan encuadrarse dentro de causales legales. Tenemos toda una gama de desavenencias, de caracteres y sexuales, que la

ley no ha previsto y que, sin embargo, son fundamentales y hacen imposible en muchos casos la vida común.

De no aceptarse el principio de que "la ley que concede o permite lo más, se entiende que concede o permite lo menos" se llegaría al absurdo de que la mujer que es condenada en juicio de divorcio por negarse a seguir al marido sin causa legal o la que es condenada por abandono del hogar sin causa justificada, tendría derecho a alimentos y no los tendría la que ha abandonado el hogar, pero contra quien el marido no ha seguido juicio de divorcio.

181. Interpretación sistemática. La interpretación dada al número 1 del artículo 321 en el sentido de que comprende a todos los cónyuges, sin excepción, está en armonía con el espíritu de la legislación respecto de los alimentos en general, así como también respecto a la legislación de la institución matrimonial.

La institución alimenticia tiene como fundamento la necesidad de asegurar la vida de un ser, o sea, defender lo más sagrado que existe en la tierra: la persona humana. En resguardo de ella, las leyes toman enérgicas medidas, en forma que llegan a considerar como el más grave de los delitos, el atentado contra su integridad física o su libertad.

Partiendo, pues, del concepto de que los alimentos son sagrados, como la vida misma que amparan, todos los preceptos que constituyen la institución alimenticia tienden a asegurar el goce efectivo de los alimentos y a evitar aquellas circunstancias que podrían hacerlos ilusorios o ser burlados.

Con este objeto el legislador ha establecido normas especiales, extraordinarias, distintas de las que reglan las obligaciones en general y que colocan a la obligación alimenticia en una situación de privilegio que quiebra, en cierta manera, lo que normalmente se estima equitativo y justo.

Parece que el legislador tuviera como norma pre-

ferir que una persona pague injustamente una pensión alimenticia o sea privada injustamente de lo suyo, a que pueda presentarse el caso de que un ser se encuentre en situación de faltarle lo indispensable para vivir, si existen otras ligadas a él por ciertos vínculos que están en condiciones de auxiliarlos.

Vamos a destacar este régimen de excepción de la institución alimenticia, en forma que puede decirse que lo equitativo para el legislador no es defender el patrimonio del alimentante, sino que asegurar los medios de subsistencia de un ser.

En efecto:

I. Frente al concepto indudablemente justo de que nadie puede ser obligado a pagar a quien a su vez le debe, sobrepone el concepto más valioso aún, porque tiende a conservar la vida de una persona, cual es de que las pensiones alimenticias no pueden compensarse (Arts. 335 y 1.662 del Código Civil);

II. Frente al concepto de que cada cual tiene libertad para disponer de sus derechos y de sus bienes, el legislador, defendiendo la vida de un ser de sus propios actos, defendiendo al individuo de sí mismo, prohíbe la venta y renuncia de los alimentos futuros (Art. 334); estatuye que los alimentos no pueden ser sometidos a compromiso (Art. 229 del Código Orgánico de Tribunales); y exige la aprobación judicial de toda transacción sobre alimentos, a fin de controlar de que no se burlen las reglas sobre renuncia, cesión o compensación de las pensiones alimenticias (Art. 2.451);

III. Frente al concepto justo de que el que tiene obligaciones puede ser forzado a cumplirlas y que debe responder a ellas con todos sus bienes, el legislador, aquilatando como de mayor valor el defender la subsistencia de una persona y a fin de que no pueda ser privada de su único medio de vida, declara inembargables las pensiones alimenticias (Arts. 1.618 del Código Civil y 445 del Código de Procedimiento Civil);

IV. Frente al principio de equidad de que nadie puede ser condenado sino después que se han cumplido todos los trámites del juicio y dado oportunidad para que el demandado haga uso de todos los recursos legales, el legislador, partiendo de la base de que las necesidades de la vida son imperativas y apremiantes, crea un procedimiento extraordinario, único en todo el mecanismo procesal, que da lugar a las peticiones del demandante antes de que se dicte sentencia: los alimentos provisorios (Art. 327);

Todos estos preceptos especialísimos de la obligación alimenticia están, pues, en armonía con la interpretación gramatical del número 1 del artículo 321 en el sentido de que abarca a todos los cónyuges, sin excepción, aun aquellos que no han cumplido, por su parte, con sus deberes conyugales. Porque, por sobre la resolución que algunas veces puede ser justa de liberar de la obligación alimenticia a quien no es responsable de la ruptura de la vida común, está el principio superior de que no se puede privar a un ser de lo que necesita para subsistir.

Por otra parte, en todo el cuerpo del Código Civil no se podrá encontrar, salvo el caso de injuria atroz, una disposición que imponga como sanción la privación de los alimentos.

Demos una ojeada, por ejemplo, al caso contemplado en los artículos 114 y 115 del Código Civil. El legislador da gran importancia al hecho de que se contraiga matrimonio sin el consentimiento de los ascendientes u obtener del juez competente declaración de la irracionalidad del disenso, en tal forma que de incurrir en esta falta se puede ser desheredado no sólo por aquel cuyo consentimiento fue necesario, sino que por todos los otros ascendientes y si alguna de éstos muere sin hacer testamento, se pierde la mitad de la porción de bienes que hubieran podido corresponderle en la sucesión del difunto. Además de estas sanciones durísimas, que a la verdad corresponden a otra época y a otros concep-

tos y que en una futura revisión del código deben ser atenuadas, el ascendiente sin cuyo necesario consentimiento se hubiere casado el descendiente, podrá revocarle las donaciones que antes del matrimonio le haya hecho, y hasta solicitar la aplicación de la pena de reclusión menor en su grado mínimo prevista en el artículo 385 del Código Penal.

Pues bien, no obstante este rigor, el legislador se preocupa de establecer que el que ha contraído matrimonio sin el consentimiento de sus ascendientes no puede ser privado de los alimentos.

Otro ejemplo lo encontramos en el párrafo 4 del título V del libro III del Código Civil dedicado a reglamentar los desheredamientos. No obstante que el legislador sólo permite los desheredamientos por causas gravísimas y previo el cumplimiento de una serie de formalidades estrictas, prevé expresamente que salvo los casos de injuria atroz, los efectos del desheredamiento no se extienden a los alimentos necesarios (Art. 1.210).

De la misma manera, en el artículo 979 que contempla la situación de los incapaces e indignos para suceder, no les priva de los alimentos que la ley les señala, salvo los casos del artículo 968 que constituyen injuria atroz.

Por último, la interpretación amplia del número 1 del artículo 321, no sólo está en armonía con todos los preceptos de la institución alimenticia sino que también con lo que dentro de nuestro derecho es fundamental en el matrimonio: su indisolubilidad.

El legislador ha querido que por graves que sean los cargos que un cónyuge pueda hacer al otro, el vínculo subsista y esta indisolubilidad no sólo se traduce en la imposibilidad de contraer nuevo matrimonio, sino que también en la conservación de las deberes y las cargas que el carácter de cónyuge impone. El divorcio mismo, en nuestro país, únicamente suspende la vida común y aquellas obligaciones que son inherentes a la convivencia, como son los deberes de cohabitación, so-

corro y asistencia, pero deja subsistentes todos los demás y, principalmente, los deberes de fidelidad y alimentos.

Si tal ocurre con el divorcio no se vé la razón para que en caso de simple separación, aunque sea por la sola voluntad de una de los cónyuges, dejen de cumplirse las obligaciones del matrimonio compatibles con esa situación de hecho. Si de ello resulta una situación de injusticia para el cónyuge inocente, que sufre las consecuencias sin gozar de las ventajas del matrimonio, es de la responsabilidad de la indisolubilidad del vínculo.

Tal situación de injusticia puede evitarse con una legislación adecuada sobre el divorcio con disolución del vínculo que permita privar de los alimentos a quien dio causa al divorcio.

Pero, mientras dos personas sean cónyuges entre sí, es inadmisibile que una pueda quedar en el desamparo, por graves que sean sus culpas. Ese, por lo menos, fue el pensamiento del legislador, consignado en las fórmulas claras, precisas y perspicuas: "Se deben alimentos 1º Al cónyuge"; y "No se deben alimentos a las personas aquí designadas, en los casos en que una ley expresa se los niegue".

Sección II

LA DOCTRINA

182. **La doctrina francesa no puede invocarse en Chile en apoyo de una determinada interpretación de las disposiciones sobre alimentos entre cónyuges.** Grande es el mérito, el valer y la sabiduría de los juristas franceses, pero su dicho, en materia de alimentos en general y de alimentos entre cónyuges en particular, no

puede tener ningún valor entre nosotros, puesto que se apoyan en un texto legal completamente diferente.

El Código Civil francés no tiene como el nuestro un capítulo especial destinado a la reglamentación de los alimentos. Frente a nuestro título XVIII del libro I del Código Civil que establece las reglas generales de la institución jurídica alimenticia, señalando con entera precisión a los sujetos del derecho de alimentos, las causales por las cuales cesa la obligación, el orden de preferencia entre las personas obligadas, su alcance o extensión, las normas para su tasación y todas sus características principales, el Código Civil francés consigna una que otra regla dentro del capítulo que reglamenta los efectos del matrimonio.

Es así como la jurisprudencia y los autores franceses han tenido que suplir los vacíos de la ley, convirtiéndose en verdaderos creadores de normas jurídicas. Por ejemplo, no obstante no estar establecido en la ley, han declarado que el derecho de alimentos no puede renunciarse ni transmitirse; de la misma manera, han creado la doctrina de que los alimentos no se acumulan (*n'arréagent pas*); no estando resuelto en la ley lo relacionado con la transmisibilidad de la obligación alimenticia, han surgido serias discrepancias entre los autores y dado origen a una jurisprudencia anárquica; tampoco la ley señala normas sobre la cesión del derecho de alimentos y de ahí que sólo después de muchas vacilaciones la jurisprudencia ha logrado uniformarse en el sentido de prohibir su transferencia; más aún, el código civil francés no señaló el orden de prelación entre los obligados a dar alimentos, quedando esta materia entregada a la prudencia del juez; y, por último, cabe recalcar de manera especialísima que el Código Civil francés **no contiene disposición alguna que establezca la obligación alimenticia entre cónyuges.**

Hemos visto que en nuestro país la ley contempla dos instituciones jurídicas diferentes para atender a la subsistencia de los cónyuges: el socorro y los alimentos.

Pues bien, en el Código Civil francés sólo existe una: el socorro, prevista en los artículos 212 y 214.²²⁸

Está, pues, perfectamente ajustado al texto de la ley francesa el negar los alimentos a los cónyuges que viven dentro del hogar común y aún a los que viven separados. La jurisprudencia y la doctrina han tenido que fundarse en la equidad para otorgar alimentos al cónyuge que ha sido abandonado o ha sido forzado por la conducta del otro a abandonar el hogar común.

Tales son los vacíos de la ley francesa, que ni siquiera previó alimentos para el caso de separación de cuerpos, institución que corresponde a nuestro divorcio. Podría pensarse que el legislador francés no reglamentó los alimentos para la situación normal del matrimonio, porque no aceptaba las separaciones de hecho, pero ¿cómo explicar esta omisión en el caso de la separación de cuerpos cuyo único efecto es suspender la vida común?

La jurisprudencia y la doctrina, sin embargo, han resuelto uniformemente la procedencia de los alimentos en los casos de separación de cuerpos, pero mientras unos lo fundan en el artículo 212, otros invocan el artículo 301 que reglamenta la obligación alimenticia en los casos de divorcio.

Estableciendo la ley francesa la ruptura del vínculo mediante el divorcio, es lógico que prescriba alimentos sólo en favor del cónyuge inocente. En realidad, el artículo 301 más que una disposición alimenticia tiene el carácter de una indemnización para el cónyuge que, sin haber dado causa al divorcio, se perjudica con la

²²⁸ Artículo 212. Los esposos se deben mutuamente, fidelidad, socorro y asistencia.

Artículo 214. "La mujer está obligada a vivir con el marido y a seguirle donde quiera que juzgue conveniente residir: el marido está obligado a recibirla y a suministrarle según sus facultades y condición, todo cuanto es necesario para los menesteres de la vida."

interrupción de la vida común y la imposibilidad de recibir el socorro.

Señaladas así a grandes rasgos las diferencias entre las legislaciones de Francia y de Chile, no puede haber la menor duda de que los comentarios que se basan en el texto legal francés no pueden servirnos. Y esto también bastará para explicar el porqué en esta sección dedicada a la doctrina dejamos de lado a los autores franceses.

Desgraciadamente, la influencia de los autores franceses se ha dejado sentir en forma tal entre los comentaristas del Código Civil chileno, que su dicho tiene poco valor para llegar a una justa interpretación de la ley.

183. El dicho de don Luis Claro Solar. Don Luis Claro Solar es uno de los autores chilenos que dedica mayor extensión al problema de los alimentos entre cónyuges separados de hecho. En su monumental obra **Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado** se ocupa de esta materia en los N^{os} 791 y 792 del tomo II y en los números 1.683 y 1.684 del tomo III.

Este autor es, también, el que más se ha dejado influenciar por la doctrina francesa y es así como, inspirándose en ella, soluciona el problema alimenticio entre los cónyuges separados de hecho, distinguiendo tres situaciones diferentes:

1° La interrupción de la vida común se debe a la iniciativa del otro cónyuge. En este caso el cónyuge abandonado tiene derecho a alimentos;

2° El cónyuge que por su sola voluntad y sin ninguna razón grave abandona el hogar conyugal. Este no tendría derecho a alimentos;

3° El cónyuge que se aleja del hogar conyugal porque el otro le hace intolerable la vida común o que materialmente lo ha arrojado de la casa. Estos son los únicos casos en que el cónyuge que ha tomado la ini-

ciativa para abandonar el hogar común tiene derecho a alimentos.

¿Cuáles son las disposiciones legales que cita Claro Solar en apoyo de esta teoría?

No cita ninguna. Se limita a hacer las afirmaciones de que: "Esta solución es unánimemente enseñada por la doctrina" y de que "la obligación de socorro debe ser cumplida y no puede ser reclamada sino en el hogar común".

La primera afirmación no es valedera porque la doctrina que enseña esa solución es la francesa, la cual se funda en un texto legal, como ya hemos visto, completamente diferente del nuestro, y en cuanto a la segunda, si nada podemos objetar en cuanto encierra una afirmación verdadera, no es menos cierto que nuestro legislador previó dos instituciones para atender a la subsistencia de los cónyuges y, si "el socorro sólo puede ser cumplido y reclamado en el hogar común", no porque lo diga la ley sino porque así resulta de su naturaleza, los alimentos han sido previstos precisamente para el caso en que el socorro no puede cumplirse.

El argumento de Claro Solar respecto al socorro tendría fuerza si en nuestra legislación no existiera más disposición que el artículo 134 del Código Civil con relación a la subsistencia de los cónyuges, o sea, si entre nosotros, al igual que en Francia, tuviéramos que derivar el derecho de alimentos entre los cónyuges del deber de socorro. El señor Claro olvidó que nuestro texto legal era completamente diferente y que la obligación alimenticia entre cónyuges estaba reglamentada por el precepto del número 1 del artículo 321.

Por otra parte, si se pretende aplicar el artículo 134 a los cónyuges separados de hecho, no se ve fundamento para hacer distingos entre cónyuges culpables y cónyuges inocentes. Si la obligación de socorro sólo puede ser cumplida y reclamada dentro del hogar, ¿en mérito de qué disposición o razón puede dejarse sin

efecto este principio con relación al cónyuge que ha sido abandonado o no ha dado causa a la separación?

Tampoco lo explica Claro Solar, aunque parece acoger las palabras de Laurent de que "si la mujer ha tenido que desertar de la habitación común a causa de los malos tratamientos del marido, sería **verdaderamente inicuo** que el marido pudiera decir que no le debe alimentos porque está dispuesto a recibirla en su casa".

Pero tal argumento no puede esgrimirse entre nosotros ya que nuestra ley nos prohíbe en forma expresa atender a lo favorable u odioso de una disposición para ampliar o restringir su interpretación.²²⁹

De aceptarse que dentro del estado normal del matrimonio el artículo 134 excluye el número 1 del artículo 321, tendría que llegarse al absurdo de que el cónyuge que abandona el hogar forzado por la conducta del otro o él ha sido abandonado, no podría reclamar alimentos.

184. **Lo que resuelve Barros Errázuriz.** Poco o nada aclara el problema que estudiamos el dicho de don Alfredo Barros Errázuriz. No obstante, nos ocuparemos en refutar sus afirmaciones porque están consignadas en una obra destinada a servir de texto de estudio a los alumnos del curso de leyes, los mismos que con el andar de los años van a entrar a la carrera judicial.

Para el señor Barros Errázuriz no existen dudas. Estampa a manera de axioma indiscutible, algo así como un principio de derecho natural, que: "Si la separación de hecho proviene de la negativa de la mujer a vivir con su marido, sin causa justificada, el marido no tendrá la obligación de darle alimentos **sin que ella cumpla por su parte con sus deberes.** Si, por el contrario, el marido se niega a recibirla en su casa, puede la mujer obligarlo a ello, y si la mujer se ve forzada a abandonar la casa del marido por malos tratamientos, tendrá

²²⁹ Artículo 23 del Código Civil.

derecho a los alimentos, aunque no medie divorcio ni separación de bienes".²³⁰

¿En qué disposiciones legales se funda el señor Barros Errázuriz? No las indica y nosotros, por nuestra parte, no las hemos hallado en toda la extensión del Código Civil.

¿Podría servir de fundamento la razón, deslizada un poco al azar, de que el marido no está obligado a dar alimentos porque la mujer no cumple, "por su parte, con sus deberes"?

Cierto es que la mayor parte de los deberes matrimoniales son recíprocos o correlativos, pero, como quedó perfectamente en claro en el número 137 de esta obra, ello significa solamente que hay igualdad de correspondencia entre el marido o la mujer respecto de un deber, pero en manera alguna el incumplimiento de un deber autoriza al otro cónyuge para no cumplir por su parte con el mismo deber o lo libera de cumplir con sus otros deberes. Así, el marido está obligado a suministrar a la mujer lo necesario según sus facultades y la mujer tiene igual obligación respecto del marido; el marido debe guardar fidelidad a la mujer y la misma obligación pesa sobre la mujer con respecto al marido; igualmente, ambos cónyuges pueden exigirse alimentos según sea su respectiva situación de hecho. Pero es un error sostener que un cónyuge queda liberado de la obligación de guardar fidelidad porque el otro, por su parte, no cumple con este deber o no cumple con el deber de prestarle socorro o alimentos. De la misma manera, no puede sostenerse que la obligación del marido de pagar alimentos a la mujer desaparece si la mujer no cumple con la obligación de convivir con el marido o, a la inversa, que la mujer no está obligada a dar alimentos al marido si éste no le guarda fidelidad, no accede a recibirla en su casa o se niega a cumplir con el deber de cohabitación.

²³⁰ Curso de Derecho Civil. Tercer Año, p. 75.

La "exceptio non adimpleti contractus" no puede aplicarse al matrimonio que, aunque es un contrato, es un contrato sui generis²³¹ al que no pueden aplicarse las reglas de los contratos comunes, salvo por disposición expresa de la ley.

No existiendo una regla especial que libere a los cónyuges de las obligaciones que el matrimonio les impone por la circunstancia de que el otro no cumpla por su parte con sus deberes, salvo el caso del divorcio que, por lo demás, sólo libera de algunas de ellas, cabe concluir que el incumplimiento por parte de la mujer de su deber de vida común, no puede tener como sanción la privación de los alimentos y, en consecuencia, es errada la afirmación del señor Barros Errázuriz.

185. **La opinión de don Luis F. Borja.** Don Luis F. Borja, en su **Estudios sobre el Código Civil Chileno**, trata de los alimentos entre los cónyuges separados de hecho y, en especial, los de la mujer que no cumple con su obligación de convivir con el marido, al comentar el artículo 133.²³²

Sus opiniones son bastante confusas y para que no se piense que las interpreto mal, voy a copiar textualmente el párrafo que las concierne. Dice: "Cuando la mujer no cumple con la obligación de vivir con el marido, y éste **ha alcanzado de los tribunales una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada**, la cual declara que la mujer debe trasladarse a la residencia del marido, ¿qué medios pudiera emplear el marido para compelerla a que se traslade a su habitación?

"**Evidente** es que en tal caso el marido no estaría obligado a suministrarle ni los alimentos necesarios; pues todas las obligaciones y derechos de los cónyuges en cuanto a las personas mismas son correlativas. Si el marido debe proporcionar a la mujer lo necesario

²³¹ Véanse números 134 y 135 de esta obra.

²³² Tomo III, Números 199 a 204, pp. 335 y sig.

según sus facultades, ella debe vivir con el marido como consecuencia necesaria del matrimonio.”

Ya ha quedado demostrado el error de considerar que la condición de correlativos que tienen la mayor parte de los deberes conyugales libere a uno de los cónyuges del cumplimiento de sus obligaciones para con el otro. Repetiremos que la reciprocidad o correlatividad de los deberes matrimoniales no significa sino que pueden exigirse mutuamente, tanto por el marido como por la mujer, o sea, que es una obligación que afecta a ambos.

Por otra parte, si no se puede aceptar la pena de privar de los alimentos a la mujer que ha abandonado el hogar, ya que no puede haber más sanciones que las que la ley ha expresamente previsto, más inaceptable aún es la idea de Borja de que esa privación constituya un procedimiento compulsivo para hacer cumplir la sentencia que condena a la mujer a volver a casa del marido.

Una de las bases fundamentales de la función judicial es su **legalidad**,²³³ o sea, que los tribunales están obligados a fallar y tramitar las causas en conformidad a la ley. No hay, pues, más procedimientos compulsivos que los que la ley procesal ha expresamente previsto.

Adviértase que, según Borja, la privación de los alimentos sólo procedería una vez ejecutoriada la sentencia que ordena a la mujer a volver a casa del marido.

Algunas sentencias de nuestros tribunales han acogido esta teoría. Así, la publicada en la **Gaceta de los Tribunales** del año 1889, tomo II, N° 3.070, página 442, rechaza la cesación de los alimentos solicitada por el marido en atención a que “no se ha seguido el correspondiente juicio ni menos se ha pronunciado sentencia de término sobre el derecho que el citado Sepúlveda

²³³ Fernando Alessandri. Apuntes sobre Ley Orgánica de los Tribunales, p. 53.

pretende tener para obligar a su mujer a vivir con él". Igualmente, en el fallo que aparece en la **Gaceta** del año 1938, tomo I, N° 14, página 120, se expresó: "Que el demandado no ha probado en forma legal que haya ejercido alguna vez su derecho para obligar a su mujer a vivir con él, siendo ineficaz la prueba testimonial rendida, porque tal hecho ha debido justificarse con los documentos que acreditasen el ejercicio de dicha acción".

Jurídicamente es tan sin fundamento la exigencia de la sentencia ejecutoriada que contenga la orden de restituirse al hogar, como la simple gestión judicial para obtenerlo o la privación de los alimentos por el solo hecho de abandonar el domicilio conyugal, pero en la práctica tendría la ventaja de que habría una mayor probabilidad de que la excepción opuesta por el marido en el sentido de que está dispuesto a recibir a la mujer en su casa, no es un simple recurso abogadil para librarse del pago de la pensión alimenticia.

Revisando la **Gaceta de los Tribunales** de los últimos cien años no hemos encontrado sino un caso de acción del marido para que su mujer vuelva al hogar conyugal,²³⁴ en cambio, casi no hay juicio de alimentos entablado por la mujer en el que el marido no se excepcione alegando que está dispuesto a recibirla en su casa.

¿No basta este dato para demostrar que lo que le interesa al marido es evitarse el desembolso de la pensión alimenticia y no la vuelta de la mujer al hogar?

186. **Las afirmaciones de Chacón.** Los autores de derecho que resuelven el problema de los alimentos debidos a la mujer que vive fuera del hogar conyugal con un criterio de maridos abandonados, no se conforman con que no exista sanción para la mujer que abandona el hogar conyugal y así vemos cómo don Jacinto Chacón, en su **Exposición razonada y estudio comparado del Có-**

²³⁴ *Gaceta de los Tribunales*, año 1919, N° 1.211, p. 639.

digo Civil Chileno, después de rechazar la fuerza pública como medio coercitivo que puede emplear el marido para hacer efectivo su derecho de obligar a la mujer a vivir con él, expresa: "Por esta razón los medios coercitivos indirectos son, en este caso, aconsejados preferentemente. Los deberes de cónyuge a cónyuge son incompatibles con la intervención de los gendarmes. Su sanción se halla en otra parte, y consiste en el derecho del esposo de negar a la esposa toda especie de pensiones y socorros. Puede suceder que esta sanción sea ineficaz, pero la intervención de la fuerza armada no haría jamás entrar en la senda del deber al cónyuge que de ella se ha separado".²³⁵

Chacón no explica en mérito de qué disposición legal cabe aplicar como medio coercitivo indirecto el negar a la mujer "las pensiones y socorros" y por mucho respeto que nos merezca como jurista y estudioso, no tenemos por qué aceptar su afirmación.

187. **Lo que resuelve don Robustiano Vera.** Don Robustiano Vera también reacciona como varón ante el caso de la mujer que abandona el hogar, pero el jurista se sobrepone en él.

Al estudiar el artículo 133, después de rechazar por ineficaz el empleo de la fuerza pública para hacer volver a la mujer al hogar, expresa: "La negación de los alimentos y la privación de tener parte en los gananciales de la sociedad conyugal, desde que la mujer abandona al marido, debería ser la sanción de este precepto". Y agrega: "**La negación de los alimentos no está consagrada en nuestro Código**, pero los tribunales así lo han resuelto cuando la mujer vive separada del marido sin estar autorizada por la justicia. Se fundan con bastante lógica en que el Código no reconoce la separación de hecho entre los cónyuges y en tal caso supone a la mujer al lado del marido y que éste le da lo necesario para vivir

²³⁵ Tomo I, p. 115.

y no puede entonces exigir nada de él". Y, por último, recalca: "La ley es aquí deficiente, lo mismo que en caso de abandono del marido sin justa causa. Es preciso darle una sanción clara y eficaz a este artículo".²³⁶

Estamos en completo acuerdo con don Robustiano Vera. Es menester establecer sanciones para asegurar el cumplimiento de los deberes conyugales, pero con el actual texto legal no puede llegarse a otra conclusión de que "la negación de los alimentos no está consagrada en nuestro Código".

Si los jueces estiman que es inequitativo conceder alimentos a la mujer que vive fuera del hogar conyugal, podrían hacer uso de la facultad que les concede el artículo 5º del Código Civil para solicitar que sea modificada la ley.

188. Conclusiones derivadas del dicho de los comentadores del Código Civil chileno. Todos los comentadores del Código Civil chileno, a excepción de Robustiano Vera, se pronuncian por la teoría que niega alimentos a la mujer que vive fuera del hogar conyugal. No obstante, su dicho carece de valor ya que ninguno de ellos señala la disposición legal o da las razones jurídicas en que apoyan sus conclusiones.²³⁷

El dicho de los autores dentro de nuestras estrictas normas de hermenéutica legal no constituye una fuente de derecho; sus comentarios, en consecuencia, sirven en cuanto evitan al juez y al abogado práctico el escudriñar el alcance de la ley, mediante un trabajo personal de interpretación y, por eso, sólo tiene mérito cuando encierra un análisis estricto y desapasionado de los preceptos legales.

²³⁶ Tomo II, p. 114.

²³⁷ Después de escritas estas líneas ha aparecido el interesante estudio de don Arturo Guzmán Reyes, "El Deber de Socorro entre cónyuges" publicado en el tomo XLIII, primera parte, página 13 de la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*.

De nada sirven, pues, las afirmaciones que no se fundan en la ley o en razonamientos jurídicos en concordancia con las normas del párrafo 4 del título preliminar del Código Civil y es por eso que podemos terminar diciendo, sin temor de cometer una injusticia, que en este problema de si la mujer que vive fuera del hogar conyugal tiene o no derecho a alimentos, la doctrina chilena no significa aporte alguno, ya sea en favor o en contra de cualesquiera de las dos posiciones o doctrinas.

Sección III

LA JURISPRUDENCIA CHILENA

189. **No hay jurisprudencia sino casos.** Nada hay más anárquico que la jurisprudencia de nuestros tribunales en cuanto a los alimentos entre cónyuges separados de hecho. Nuestros magistrados han fallado preocupados no en ceñirse al texto de la ley o al espíritu del legislador, sino en resolver cada caso según su personal criterio de equidad. Estamos, pues, frente a una jurisprudencia típicamente casuista.²³⁸

Por lo pronto, la circunstancia de que los tribunales hayan seguido criterios diametralmente opuestos en los fallos sobre casos en que el marido actúa como demandante de aquellos en que la mujer es actora, nos ha obligado a estudiar separadamente estas dos situaciones.

Párrafo I

Fallos sobre alimentos recaídos en juicios en que el marido es demandante

190. **Breve exposición de los fallos sobre la materia.** La casi totalidad de las sentencias sobre alimentos re-

²³⁸ Cabe advertir que esta sección corresponde a la época de la primera edición de esta obra.

caídos en juicios en que el marido actúa como demandante, se refieren a casos de separación de bienes y es lógico que así sea, puesto que antes de la dictación de la Ley N° 5.521, difícil era que la mujer estuviera en condiciones de dar alimentos al marido, o sea, disponer ella de recursos y encontrarse el marido en la indigencia, a menos de existir separación de bienes.

Pero, para el problema que nos ocupa, la situación con o sin separación de bienes es la misma, puesto que en nada influye la sentencia de separación de bienes en el deber de vida común. De existir sanción por la violación de este último deber, cabría aplicarla aún en los casos de separación de bienes que sólo produce efectos con relación al patrimonio de los cónyuges, y no con relación a la persona de ellos.

Entremos, pues, a analizar estos fallos.

I. Caso Angel Romero con Rosa Roa, publicado en la **Gaceta de los Tribunales** del año 1863, número 1.260, página 481.

El juzgado de Cauquenes acoge la demanda de alimentos del marido en mérito de los artículos 321, 324, 329 y 333 del Código Civil, sentencia que es confirmada por la Corte de Concepción.

II. Caso Manuel Rodríguez Corvera con Antonia Mons, publicado en la **Gaceta de los Tribunales** del año 1867, número 1.709, página 741.

Los hechos son los siguientes: el marido vive fuera del hogar conyugal y ha sido privado de la administración de los bienes de la mujer por mal uso de ellos. La mujer acredita que sus rentas han disminuido considerablemente debido a que el marido ha recibido por anticipado la renta correspondiente a varios años de un fundo de su propiedad y que tiene que atender a su subsistencia y la de su familia.

El Juzgado de Quillota negó lugar a la demanda del marido, sin perjuicio de que pudiera renovarla una vez que mejorara la situación de la mujer, pero la Corte de

Apelaciones de Santiago la revocó, mandando pagar al marido una pensión alimenticia en mérito en los artículos 321, 330 y 331 del Código Civil.

III. Caso Marcos Soto con Tomasa Olgúin, que aparece en la **Gaceta de los Tribunales** del año 1877, número 1.319, página 673.

La sentencia de primera instancia rechaza la demanda del marido y en ella se deja constancia de que la mujer tiene deudas por \$ 49.000 y que era difícil que sus entradas alcanzaran para atender esa deuda y los gastos ordinarios de la familia, compuesta de doce hijos.

La Corte de Apelaciones de Santiago revocó la sentencia de primera instancia fundándose en el artículo 321 y los siguientes considerandos:

"1º Que según convenio constante de la solicitud compulsada a fojas 11 doña Tomasa Olgúin se obligó a suministrar a su marido para sus alimentos una cantidad que debía ser regulada por el juez;

"2º Que se reconoce, además, la obligación que la ley impone, prescindiendo del convenio, de suministrar alimentos a su cónyuge y sólo se alega que carece de bienes para atender a dicha obligación."

Obsérvese que la Corte da méritos a un pacto de alimentos, no obstante que la mujer había alegado que sólo se deben alimentos en caso de separación legal, pero no cuando ésta es voluntaria.

IV. Caso Francisco Antonio de la Cerda con María M. del Pedregal publicado en la **Gaceta de los Tribunales** del año 1877, número 1.693, página 876.

Los hechos son los siguientes: una mujer que tiene siete hijos a su cargo y una renta anual de poco más de cuatro mil pesos.

El tribunal de segunda instancia revoca la dictada por el juzgado que negó lugar a la demanda y ordena pagar una pensión alimenticia al marido en mérito de haber probado éste que carece de recursos y de lo que disponen los artículos 321, 324, 329 y 333 del Código Civil.

V. Caso de Emilio Jamet contra Albina Fernando, publicado en la **Gaceta de los Tribunales** del año 1885, número 2.531, página 1.523.

A la petición de alimentos del marido, la mujer se excepciona alegando que tiene que atender a su propia subsistencia, la del padre de su marido y la familia de éste que vive en su hogar y que, además, su marido es joven y apto para el trabajo.

El Juzgado de Santiago fundándose en los artículos 134, 321, 324, 327, 329 y 330 del Código Civil acoge la demanda del marido, sentencia que es confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago.

VI. Caso Luis Arrellano con María de los A. Villalobos, publicado en la **Gaceta de los Tribunales** del año 1924, segundo semestre, número 104, página 501.

Se trata de un caso de cónyuges separados de bienes y el marido vive fuera del hogar conyugal. El Juez de Linares tomando en cuenta que no se ha acreditado que el marido tenga medios de subsistencia, aunque sí es apto para el trabajo, acepta la demanda en mérito de los artículos 321, 323, 324, 329 del Código Civil, sentencia que fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Talca, con el voto en contra del ministro señor Agustín Parada Benavente.

El voto del ministro señor Parada Benavente contiene un extenso estudio sobre la obligación alimenticia en relación con el deber de vida común y fundándose en el dicho de los autores franceses llega a la conclusión de que la mujer que abandona el hogar no puede exigir alimentos ni el marido está obligado a darlos. Establecida esta premisa, se pregunta: "¿Y si esto es así, tratándose del marido, cómo podría pretenderse que no lo fuera también respecto de la mujer?"

Aunque no se esté de acuerdo con los fundamentos del voto del ministro señor Parada hay que reconocer que, por lo menos, es consecuente, ya que parte de la base de que hay que aplicar igual tratamiento a ambos cónyuges.

Este voto tiene también interés porque en él encontramos un hecho que no ha sido tomado en cuenta en la sentencia y es que “la demandada ha hecho durante la secuela del juicio constantes invitaciones para que se vaya a vivir con ella, asegurándole que en su casa sería bien recibido y que nada le faltaría”, o sea, que la mujer ofrecía cumplir dentro del hogar con el deber de socorro, ofrecimiento en cuyo mérito, cuando es hecha por el marido, muchas sentencias le han negado alimentos a la mujer.

191. **No hay un solo fallo que niegue alimentos al marido, no obstante vivir fuera del hogar conyugal.** No hemos encontrado ningún fallo que niegue los alimentos al marido, a pesar de que se trata de casos en que los cónyuges viven separados, sin que medie divorcio ni autorización judicial para vivir separados. Al hacer esta afirmación no insinuamos un reproche. Por el contrario, creemos que los tribunales al resolver sobre los alimentos del marido han fijado la verdadera doctrina y señalado el verdadero fundamento legal de la obligación alimenticia entre cónyuges separados de hecho. Obsérvese que todas las sentencias citadas hacen referencia al artículo 321 y en él fundan el fallo. Pero no podemos menos que hacer resaltar el distinto criterio seguido por nuestros tribunales en la mayor parte de las sentencias que resuelven sobre alimentos solicitados por la mujer que vive fuera del hogar conyugal.

Pasemos, pues, a analizar estos casos.

Párrafo II

Fallos sobre alimentos recaídos en juicios en que la mujer es demandante

192. **Método.** Para dar mayor claridad a la exposición vamos a agrupar los fallos sobre alimentos recaídos en juicios en que la mujer es el demandante, en tres

tipos: primero, aquellos que resuelven sin analizar en sus considerandos doctrina alguna; segundo, aquellos que se pronuncian sobre la doctrina de que no proceden los alimentos en caso de separación de hecho, por ser ésta una situación no prevista en la ley; y, tercero, aquellos que se pronuncian en favor o en contra de la doctrina de que los alimentos entre cónyuges sólo se dan y pueden reclamarse dentro del hogar conyugal.

193. **Primer grupo de fallos.** Entre los fallos que se limitan a resolver sin analizar en sus considerandos doctrina alguna figuran los siguientes:

Gaceta de los Tribunales, año 1876, N° 1.958, página 997;

Gaceta de los Tribunales, año 1881, N° 2.635, página 1.454;

Gaceta de los Tribunales, año 1883, N° 1.522, página 821;

Gaceta de los Tribunales, año 1887, N° 462, página 260;

Gaceta de los Tribunales, año 1892, segundo semestre, N° 2.650, página 731.

Todos estos fallos acogen la demanda. Es posible, sin embargo, que el marido no haya negado su obligación y que el problema consistiera en la discusión sobre el monto de los alimentos. Pero, en todo caso, cabe recalcar que todos ellos se fundan en los artículos 321 o 323 del Código Civil, o sea, se aplican en el caso de la mujer las mismas disposiciones legales que sirven de fundamento para acoger las demandas de alimentos del marido, como ya lo hemos visto en los números 190 y 191.

194. **Segundo grupo de fallos.** Parece ser que en el siglo pasado tuvo cierta boga entre los abogados el defender a los maridos demandados en juicio de alimentos por sus mujeres, oponiendo como excepción la circunstancia de que la separación de hecho es una situación no prevista o reconocida por la ley. Alegaban que los tri-

bunales debían desconocer la separación de hecho y que los alimentos sólo procedían entre cónyuges divorciados o que mediara entre ellos una sentencia que los autorizara para vivir separados.

Don Robustiano Vera, en sus comentarios al Código Civil, se refiere a esta doctrina en los siguientes términos: "La negación de los alimentos no está consagrada en nuestro código, pero los tribunales así lo han resuelto cuando la mujer vive separada del marido sin estar autorizada por la justicia. Se fundan, con bastante lógica, en que el Código no reconoce la separación de hecho entre los cónyuges y en tal caso supone a la mujer al lado de su marido y que éste le da lo necesario para vivir y no puede entonces exigir nada de él".²³⁹

No obstante el dicho de don Robustiano Vera, no hemos encontrado ninguna sentencia que acoja esta doctrina, salvo una dictada por la Corte de Apelaciones de Talca que niega los alimentos de la mujer en mérito de que "el derecho a pedir alimentos entre los cónyuges sólo procede en caso de disolución de la sociedad conyugal por divorcio". Esta sentencia, sin embargo, se refiere a un caso de alimentos solicitados por la mujer que vive en el hogar conyugal.²⁴⁰

En cambio, la Excma. Corte Suprema, también resolviendo sobre un caso de alimentos solicitados por la mujer que vive dentro del hogar conyugal, sostuvo la tesis contraria al expresar: "2º que el artículo 321 del ya citado Código prescribe asimismo, que se deben alimentos al cónyuge, sin expresar que esa obligación corresponde sólo a una situación determinada del matrimonio, como sería la de que es una consecuencia del divorcio...".²⁴¹

Existen dos fallos que en casos de separación de hecho acogen la demanda y rechazan la excepción opuesta de que los alimentos sólo proceden en caso de divor-

²³⁹ Tomo I, p. 115.

²⁴⁰ *Gaceta*, 1904, N° 1.242, p. 225.

²⁴¹ *Rev. de D.*, tomo IV, segunda parte, sección 1ª, p. 186.

cio; ellos son: el publicado en la **Gaceta de los Tribunales** del año 1859, N° 973, página 503, y otro publicado en la misma **Gaceta**, año 1884, N° 1.629, página 1.008. Estas sentencias señalan como fundamento del fallo al artículo 321.

195. **Tercer grupo de fallos.** Estudiaremos, en primer lugar, los fallos que rechazan la demanda de la mujer, acogiendo la doctrina de que los alimentos sólo se dan y pueden reclamarse en el hogar conyugal o que la obligación alimenticia está ligada a la obligación de convivencia, de modo que su incumplimiento por parte de la mujer libera al marido del deber de proporcionar alimentos, para dedicarnos, en último término, a los fallos que aceptan la demanda, que son los menos.

196. a) **Fallos que rechazan la demanda y niegan los alimentos.** Pasamos a comentar cada una de las principales sentencias que han acogido la doctrina de que entre los cónyuges sólo cabe el deber de socorro y que los alimentos propiamente tales únicamente proceden entre ellos cuando existen razones que autorizan la ruptura de la vida común.

I. **Caso Basso de Sampen con Samøen.** Ha sido publicado en el tomo XL, segunda parte, sección primera, página 46 y siguientes de la **Revista de Derecho y Jurisprudencia**.

La demanda de alimentos de la mujer fue acogida por el juez del Segundo Juzgado Civil de Valparaíso, don Carlos A. Anabalón, pero una Sala de la Corte de Apelaciones de aquella ciudad formada por los Ministros señores Marcos A. Vargas y Rodolfo González y por el Fiscal señor Humberto Silva, revocó el fallo estableciendo la doctrina de que "si bien es cierto que el marido debe por ley alimentos a su mujer no lo es menos que ésta necesita **justo título** para reclamarlos fuera del hogar conyugal".

Formalizado el recurso de casación en el fondo, la mujer sostiene que la sentencia ha infringido el artículo 321, número 1 del Código Civil, ya que la doctrina sentada por la sentencia de segunda instancia entraña una interpretación inconciliable con la letra y el espíritu de los preceptos que reglamentan las obligaciones alimenticias. En efecto, dice textualmente: "el artículo 321 establece en forma clara y precisa quiénes son las personas a las cuales se debe alimentos, y en su número 1 indica "al cónyuge". La disposición expresada consagra la obligación de dar alimentos al cónyuge, en forma absoluta, sin restricciones de ninguna especie, demostrando así su voluntad de que ese derecho no quede condicionado por ninguna circunstancia". Y agrega: "La obligación alimenticia es de índole especial y está reglamentada por el título XVIII del Libro I del Código Civil. La obligación de la mujer de vivir junto a su marido, es una de las tantas obligaciones impuestas por el matrimonio. Una y otra son independientes y no están recíprocamente condicionadas. Así como la obligación de vida común, existen otras, tales como la de obediencia y fidelidad, y todas las de índole económica que se derivan de la sociedad conyugal. Pero todas ellas giran en sus respectivas órbitas y no tienen influencias unas sobre otras. De este modo el hecho de no vivir juntos no releva a ninguno de los cónyuges del deber de fidelidad ni mejora los derechos patrimoniales que la ley ha reglamentado independientemente".

La Excma. Corte Suprema desechó la casación de fondo, reconociendo así la doctrina de la I. Corte de Valparaíso, en un fallo que fue redactado por el Ministro señor Manuel Isidro Rivas y lleva las firmas de los ministros señores Romilio Burgos, Alfredo Rondanelli, Roberto Peragallo y de los abogados integrantes señores Domingo Godoy y Leopoldo Ortega. La sentencia advierte que no firma el Ministro señor José Miguel Hermosilla por estar con licencia y enfermo, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo del fallo, hecho que ha-

ce mos resaltar porque el señor Her mosilla fue el redac tor de la senten cia en el caso "Torres con Tornería", que analizaremos en seguida, y en la que se sienta la doctrina contraria.

Veamos ahora como la Excma. Corte Suprema elude el claro e imperativo precepto del número 1 del 321 del Código Civil.

Con el propósito de reproducir fielmente la argu mentación, vamos a transcribir íntegramente los consi derandos aun a riesgo de alargar este estudio.

"Teniendo en consideración:

"1º Que de la exposición precedente surgen los si guientes hechos inamovibles para el Tribunal de casa ción:

"a) Don José Sampen y doña Viola Basso de Sam pen se encuentran casados legítimamente, habiendo con traído matrimonio en Chillán el 23 de junio de 1929;

"b) La señora Basso, demandante en el juicio, se ha separado del hogar conyugal sin probar que su mari do la haya abandonado y sin que existan fundamentos de otra clase que autoricen para estimar que se hallaba en la necesidad de adoptar tal determinación;

"c) El marido no se opone a hacer vida común con su cónyuge, y, por el contrario, solicita que ésta vuelva al hogar;

"2º Que el problema jurídico destinado a ser re suelto se concreta así: Si la mujer que, voluntariamente, sin causa que lo justifique, abandona la casa donde hacía vida común con su cónyuge, tiene derecho a que éste le de pensión alimenticia fuera del hogar;

"3º Que el Código Civil en el título XVIII del libro I, establece, en forma general, la obligación de prestar alimentos a determinadas personas y señala las reglas a que se sujetan esas prestaciones. Todo esto, por el he cho de consagrarlo en preceptos generales, lo consigna sin vulnerar las disposiciones especiales que el mismo Código contiene en algunos casos;

"4º Que el respeto a disposiciones especiales relativas a ciertas personas, especialmente ordenado por el artículo 322, deja de manifiesto que el legislador no estampó las reglas del título XVIII del libro I como desligadas de las que, en forma especial, se contienen en los títulos VI y XVII del mismo libro, sobre alimentos que deben suministrarse entre sí los cónyuges, los ascendientes y descendientes legítimos, los padres y los hijos naturales o ilegítimos. Deben armonizarse esas disposiciones, aplicando también lo que dispone el artículo 22 del mismo Código Civil;

"5º Que un estudio comparativo de los preceptos contenidos en los títulos VI y XVIII sobre "Obligaciones y derechos entre los cónyuges" y sobre "Alimentos que a dichos cónyuges se deben", se desprende que corresponde hacer una distinción entre alimentos que se suministran dentro del hogar y alimentos proporcionados fuera de aquél. Esta distinción conduce a otra, que es la siguiente: los alimentos dentro del hogar corresponden al socorro y a la ayuda mutua que los cónyuges deben prestarse en todas las circunstancias de la vida, mejor dicho, forman parte de la obligación que la ley les impone de socorrerse y ayudarse mutuamente, pero circunscrito a la satisfacción de las contribuciones a que cada uno de los cónyuges se haya sometido para el sostenimiento de las cargas familiares, sin que estas contribuciones tenga el carácter de pensiones alimenticias propiamente tales (artículos 131 y 134 del Código Civil); los alimentos proporcionados fuera del hogar son pensiones alimenticias sujetas a ser dadas periódicamente en cantidades fijas y en forma determinada (Arts. 323, 324 y 329 a 336 del Código citado);

"6º Que atendida la caracterización de los alimentos hecha en el considerando que precede, se ve que la forma normal de la prestación que de ellos debe hacer un cónyuge a otro, es la del socorro efectuado en el seno del hogar; y esta situación se patentiza principalmente cuando la obligación recae sobre el marido, si se

atiende al derecho que el Código Civil le otorga en el artículo 133 que lo faculta para obligar a la mujer a vivir con él y a seguirlo a donde quiera que traslade su residencia, cesando este derecho sólo cuando su ejecución acarree peligro inminente a la vida de la mujer;

"7º Que debiendo primar el suministro de alimentos en la residencia familiar, se colige que las pensiones alimenticias propiamente tales, destinadas a entregarse fuera del hogar, sólo se podrán exigir cuando existan razones fundadas que autoricen la ruptura de la vida en común de los cónyuges;

"8º Que las circunstancias anotadas en el considerando 1º de este fallo colocan a doña Viola Basso de Sampen fuera del marco en que legalmente puede encuadrarse una demanda destinada a reclamar alimentos en la forma que ella solicita, y así, el fallo contra el cual recurre, no ha infringido el precepto del artículo 321 del Código Civil."

O sea, la Excma. Corte Suprema elude el precepto del N° 1 del artículo 321, claro de claridad meridiana y de una precisión que no admite interpretaciones, sosteniendo que no se ha infringido porque dicho precepto no se aplica al caso de autos que es el de la mujer que ha abandonado el hogar sin haber probado que existía justa causa para ello.

Difícil fue la tarea del Ministro redactor y es por eso que no es de extrañarse que su argumentación sea confusa e inconsistente.

Frente a la situación indiscutible de que existen en el Código dos formas o preceptos para satisfacer las necesidades de vida de los cónyuges: el socorro, previsto en el artículo 134 y los alimentos previstos en el número 1 del artículo 321, la sentencia llega a la conclusión de que estos últimos sólo proceden "cuando existen razones fundadas que autoricen la ruptura de la vida común". ¿En qué se funda la sentencia para llegar a esta conclusión? En qué la regla del artículo 134, contenida en el título VI del libro I, es una regla especial, aplicable de

preferencia a la del artículo 321 contenida en el título XVIII del mismo libro que establece las reglas generales, como parece desprenderse, aunque no muy claramente, de los considerandos 3º y 4º, o porque así se **colige** de la circunstancia de que el socorro debe suministrarse en la residencia familiar, como lo afirma el considerando 7º

Y cabe preguntarse ¿puede admitirse que se prive de alimentos al cónyuge, al hijo, al hermano o a cualquiera de los titulares del derecho de alimentos porque así **se colige** de tal o cual disposición en circunstancias de que en el inciso final del artículo 321, el legislador —que conocía muy bien el idioma— usó la fórmula redundante de “ley expresa” a fin de que quedara perfectamente en claro de que no podía privarse de alimentos a las personas designadas en el artículo 321 por simples deducciones o interpretaciones? ¿Y mientras tanto dónde está la regla expresa que niegue alimentos al cónyuge que vive fuera del hogar conyugal?

Por otra parte, el hecho de que el socorro se cumpla dentro del hogar conyugal, no porque así lo ordene la ley, sino porque así resulta de su naturaleza, no autoriza para que pueda **colegirse** que los alimentos sólo pueden proporcionarse cuando hay razones legales que autorizan la ruptura. En realidad, es un error hablar de alimentos que se otorgan dentro del hogar y alimentos que se proporcionan fuera de él, aunque sí podría decirse de que existen dos maneras para que un cónyuge atienda a las necesidades de vida del otro: el socorro y los alimentos. Son éstas dos instituciones jurídicas que aunque tienen el mismo objetivo o finalidad, son completamente distintas. Diferentes son los preceptos que las consagran y diferentes también las disposiciones legales que las reglamentan. El artículo 134 no puede, pues, ser regla especial, con relación a la regla general del artículo 321.²⁴¹

²⁴¹ Véanse números 123, 124, 125 y 150 de esta obra.

Nuestro Código Civil no se redactó entre gallos y medianoche. Fue, por el contrario, el fruto de un largo y madurado estudio. A nuestro legislador no podía escapársele que existieran dos preceptos para llenar una misma finalidad, máxime cuando en el Código francés que le servía de modelo existía un solo precepto, el del artículo 212 que consagraba el deber de socorro, precepto en el que la doctrina y la jurisprudencia francesa han tenido que fundarse, por simples razones de equidad, para otorgar alimentos a la mujer que ha sido abandonada por el marido o a la que ha abandonado el hogar forzada por la conducta de éste y, aun, para otorgar alimentos a los cónyuges en caso de separación de cuerpos. Si nuestro legislador no advirtió la contradicción es porque la contradicción no existe. En la práctica jamás pueden acumularse el socorro y los alimentos puesto que para que procedan éstos últimos es menester que la persona que los solicita se encuentre en la indigencia, o sea, remitiéndonos al caso en discusión, cuando en el hecho no se cumple con el deber de socorro.

En todo caso resulta curioso que habiendo el legislador establecido dos maneras para asegurar la satisfacción de las necesidades de vida de los cónyuges, lo que demuestra su propósito de que esta ayuda mutua jamás falte, nuestro más alto tribunal haya optado en algunos casos por una fórmula en que prácticamente un cónyuge queda en el desamparo.

Llamamos también la atención sobre la afirmación contenida en el considerando 4º según la cual el artículo 322 ordena que las reglas del título XVIII del libro I rijan sin perjuicio de las reglas especiales relativas a ciertas personas. En realidad el artículo 322 no se refiere a las reglas del título XVIII, sino a las reglas generales que siguen, o sea a las contenidas en los artículos 323 al 336, quedando así excluido el artículo 321 que es el que señala quienes son sujetos o titulares del derecho de alimentos. Respecto de este artículo, como lo dice su

inciso final, la regla especial no puede ser otra que aquella que niegue expresamente los alimentos.²⁴²

Por último, aunque el artículo 133, que el considerando 6º de la sentencia recuerda, otorga al marido la facultad para obligar a la mujer a vivir con él y a seguirlo a donde quiera que traslade su residencia, no puede deducirse que el incumplimiento de este deber por parte de la mujer, tenga como consecuencia la privación de los alimentos. La sentencia que así lo resuelve impone a la mujer una sanción que el legislador no ha previsto y los magistrados que la suscriben han olvidado la regla fundamental de que cualesquiera que sean las razones morales, de interés público o social que puedan invocarse es inadmisibles aplicar más penas que las que la ley estatuye en forma expresa.²⁴³

II. Caso Scholz de Coleman con Coleman. Publicado en los números 709 y 710 de *La Jurisprudencia al Día* y posteriormente en el tomo XLII, segunda parte, sección primera, página 220 de la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*.

La Excma. Corte Suprema en un fallo redactado por el Ministro señor Romilio Burgos y con la firma de los Ministros señores Novoa, Mac-Iver y Rivas de los abogados integrantes señores Cumming, Alamos y Montaner Bello, acogió la casación de fondo interpuesta por el marido contra la sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Santiago que daba lugar a la demanda de alimentos en favor de la mujer e invalidándola, negó lugar a ellos. Entre los que suscriben la sentencia figura el Ministro señor Novoa que concurrió al fallo en el caso "Torres con Tornería" sentando la doctrina contraria.

Veamos ahora cuáles son las disposiciones legales infringidas por la sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Santiago y que a juicio de la Excma. Corte Suprema hacen posible la casación.

²⁴² Véase N° 93 de esta obra.

²⁴³ Véase N° 93 de esta obra.

Se expresa en el considerando 8º que el fallo “ha hecho una errada aplicación de los artículos del Código Civil que se indican como infringidos en el escrito de formalización” y en este escrito se señalan como infringidos “el artículo 321 del Código Civil en relación con lo prevenido en los artículos 131, 132, 133 y 322 del mismo Código”.

¿Cómo se ha infringido el artículo 321 que empieza diciendo: “Se deben alimentos: 1º Al cónyuge”; y cuyo inciso final agrega: “No se deben alimentos a las personas aquí designadas, en los casos en que una ley expresa se los niegue”? ¿Cómo los artículos 131, 132 y 133 que no se refieren a la obligación alimenticia pueden modificar la regla general del artículo 321?

Tratemos de seguir la confusa argumentación de la sentencia y destruir sus temerarias afirmaciones.

El considerando 3º de la sentencia dice textualmente: “Que la regla general que contiene el artículo 321 del Código Civil al designar las personas a quienes debe darse alimentos, señalando en primer término al cónyuge, debe aplicarse según el artículo 322 en atención a lo que otras disposiciones especiales contenidas en el mismo Código establecen respecto de ciertas personas, entre otras, de apreciación en el presente caso, a la obligación que el artículo 131 impone a los cónyuges de **vivir juntos, socorrerse y ayudarse mutuamente**”;

Ya hemos visto como el artículo 322 según su texto expreso se refiere a las disposiciones especiales que modifican a las reglas generales consignadas a continuación de él, o sea, a los preceptos de los artículos 323 al 336 del Código Civil y cómo, en el hecho, todas las reglas especiales que sobre alimentos pueden encontrarse afectan a estos últimos preceptos. Con relación a los cónyuges, las únicas reglas especiales sobre alimentos consignadas en el Código son las de los artículos 174, 175 y 176, reglas que no modifican sino que confirman el precepto del Nº 1 del artículo 321, aunque sí modifica una

regla contenida a continuación del artículo 322, o sea, la del artículo 324.

Por otra parte, aunque el artículo 321 no puede escapar a la regla contenida en el artículo 13, según la cual las disposiciones de una ley relativas a cosas o negocios particulares prevalecen sobre las disposiciones generales cuando entre ellas hubiere oposición, es indudable que para que una ley especial prevalezca sobre la general es indispensable que versen sobre el mismo asunto o institución jurídica, puesto que de otra manera no cabe oposición o contradicción.²⁴⁴ Y mientras tanto los artículos 131, 132 y 133 que se dan por infringidos no se refieren a la institución alimenticia, sino que a derechos y deberes de otro orden a que están obligados los cónyuges entre sí.

En el considerando 3º que hemos transcrito textualmente se cita el artículo 131 y se insiste en que el artículo 321 debe aplicarse en armonía con éste, como si el aludido artículo hiciera referencia en algunos de sus términos a la obligación alimenticia. Por otra parte, la sentencia incurre en el lapsus inexplicable de sostener que el artículo 131 impone a los cónyuges la obligación de **vivir juntos**, socorrerse y ayudarse mutuamente" cuando en realidad consigna las obligaciones de "guardarse fe, socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida". Pero aun cuando pueda relacionarse el artículo 131 con el 321 para darles una interpretación armónica, sólo puede sacarse una conclusión lógica y es la de la reafirmación de la obligación que tienen los cónyuges, mientras conserven el carácter de tales, de ayudarse económicamente.

Continuemos analizando los considerandos de la sentencia.

En el considerando 5º se expresa: "Que en la vida común que la ley impone a los cónyuges como elemento necesario del compromiso matrimonial y que lleva anexa

²⁴⁴ Véase Nº 94 de esta obra.

la obligación de socorrerse mutuamente, debe primar la prestación de alimentos indispensables para subsistir; y es **evidente** que debe ser cumplida en el hogar común, y como consecuencia, el cónyuge que por su sola voluntad abandona el hogar carece de derecho para reclamarlos del otro cónyuge que no ha dado motivo a esa separación;

¿Por qué es evidente? El considerando siguiente parece tratar de explicarlo. Es así como el considerando 6º agrega: "Que esta conclusión fluye de los preceptos contenidos en los títulos VI y XVIII del libro I del Código Civil que determinan las obligaciones y derechos entre los cónyuges, especialmente, las que reglan los alimentos que dichos cónyuges se deben, haciendo una marcada distinción entre alimentos que se suministran dentro del hogar y alimentos proporcionados fuera de aquél, **determinando respecto de estos últimos que sólo podrán exigirse cuando existan fundadas razones que autoricen la ruptura de la vida común de los cónyuges**".

¿Pero, cuáles son los preceptos contenidos en los títulos VI y XVIII a que este último considerando se refiere? ¿Son quizás los artículos 131, 132 y 133 del Código Civil citados como infringidos en el escrito de formalización, ya que la casación de fondo es de derecho estricto y sólo puede proceder por la infracción de disposiciones legales expresamente invocadas?

Nada de lo afirmado en los considerandos 5º y 6º está preceptuado en los artículos 131, 132 y 133 ni en ningún otro del Código Civil. Sostener que existe un precepto que dispone que los alimentos proporcionados fuera del hogar "sólo pueden exigirse cuando existan razones que autoricen la ruptura de la vida común de los cónyuges", es hacer decir al legislador algo que no ha dicho.

De los títulos VI y XVIII lo único que puede desprenderse es que el Código ha establecido dos formas o maneras para que los cónyuges satisfagan recíprocamente sus necesidades económicas. La una, mediante el cum-

plimiento del deber de socorro, a que se refiere el artículo 134 del Código Civil, que está destinado a cumplirse dentro del hogar, no porque lo ordene la ley, sino porque así resulta de su naturaleza y que en el fondo constituye una regla moral consagrada por el legislador, cuyo incumplimiento no tiene sanción ni existe la manera de obtener su cumplimiento forzado; la otra, es la obligación alimenticia, que consiste en una suma determinada de dinero que el cónyuge con recursos económicos debe proporcionar al pobre, cumpla o no éste los deberes conyugales con relación al que se los otorga.

Los autores y la jurisprudencia francesa están en la razón cuando niegan los alimentos a la mujer que vive fuera del hogar sin que exista un motivo plausible de ruptura, porque en Francia la ley sólo contempla entre cónyuges el deber de socorro (artículos 212 y 214), deber que por equidad lo convierten en una pensión de alimentos en el caso de la mujer que ha sido abandonada o ha abandonado el hogar por culpa del marido.

Pero la ley chilena es completamente diferente. Ella contempla dos instituciones: los alimentos en el número 1 del artículo 321 y el socorro en el artículo 134.

¿Cuándo se aplica una disposición y cuándo se aplica la otra?

Nuestro Código no contiene disposición alguna que se refiera a la separación de hecho. Mal puede haber establecido que el artículo 321 se aplica sólo cuando hay razones que autorizan la ruptura de la vida común, como lo afirma esta sentencia.

Tampoco puede sostenerse seriamente que el artículo 134 constituye una regla especial con relación al artículo 321, ya que son preceptos que rigen instituciones jurídicas diferentes. Por otra parte, en el caso de estimarse que entre cónyuges no divorciados rige el artículo 134 no habría ningún fundamento para distinguir entre la separación de hecho por causa justificada y la separación sin motivo plausible y, en consecuencia, habría que

negar los alimentos aún a la mujer abandonada y a la que ha dejado el hogar conyugal por culpa del marido.

Determinar cuándo se aplica el artículo 134 y cuándo el número 1 del artículo 321 no es un problema jurídico que se solucione aplicando reglas de hermenéutica, sino que es una simple cuestión de hecho. Si un cónyuge prueba que carece de bienes o no los tiene de acuerdo con su posición social procede aplicar el artículo 321²⁴⁵

En el caso de autos, el tribunal de casación tenía que partir del hecho inamovible establecido en la sentencia de que "la situación económica de la demandante, aún tomando en cuenta lo que puede producirle la casa de pensión que tiene, no son recursos necesarios dada su situación social".

Los alimentos no son un premio en favor del cónyuge inocente y su privación, salvo el caso de injuria atroz, no es una pena que se impone al cónyuge culpable. Los alimentos proceden aún cuando la indigencia sea imputable al alimentado.²⁴⁶

Es indudable que este sistema puede significar en algunos casos una flagrante injusticia, puesto que impone a una persona obligaciones de cónyuge sin que, a su vez, goce de los derechos de tal, pero es indudable también que así lo quiso el legislador, consecuente con el sistema adoptado de indisolubilidad del vínculo matrimonial.

III. Caso Ronda con Sepúlveda, publicado en la **Revista de Derecho y Jurisprudencia**, tomo XLII, segunda parte, sección primera, página 15.

El juez del 4º Juzgado Civil de Santiago y la I. Corte de Apelaciones rechazan la demanda de alimentos interpuesta por la mujer. Interpone ésta recurso de casación en el fondo por violación, además de otros artículos que no dicen relación con la materia en estudio, de los artículos 321, número 1, inciso final del artículo

²⁴⁵ Véase N.os 125, 151 y 173 de esta obra.

²⁴⁶ Véase N° 71 de esta obra.

321, 134 y 19 del Código Civil. La Excma. Corte Suprema en un fallo redactado por el Ministro señor Carlos A. Campos y con la concurrencia de los ministros señores Trucco, Schepeler, Carvajal y Ríos y de los abogados integrantes señores Godoy y Ortega, negó lugar al recurso.

La sentencia contiene los mismos argumentos que ya hemos refutado en el sentido de que las reglas generales del título XVIII, del libro I, quedan subordinadas a las disposiciones especiales que respecto de ciertas personas contiene el Código en el título VI (considerando 10º) y hace derivar de los artículos 131, 133 y 134 la conclusión de que la ayuda económica que el marido está obligado a prestar a la mujer debe ser cumplida y reclamada en el hogar común (considerando 8º).

La sentencia tiene, no obstante, una novedad. Es la de invocar un argumento de orden moral. Según ella dar alimentos a la mujer que abandona el hogar sin motivo justificado "sería desquiciar totalmente el régimen matrimonial" (considerando 9º).

Los autores de derecho pueden discutir sobre cuál es el mejor método de interpretación de la ley, pero un juez en Chile, está obligado a indagar el sentido y el alcance de la ley, sólo en la forma que la misma ley determina.

Los jueces y, especialmente el tribunal de casación, entre nosotros, no pueden juzgar la ley ni dejar de aplicarla a pretexto de que no armoniza con la ética o con la equidad. Frente a una ley inicua o injusta los jueces no tienen otro camino que aplicarla, sin perjuicio de que cumpliendo con el artículo 5 del Código Civil den cuenta al Presidente de la República a fin de que se tomen las medidas para que sea derogada o modificada.

Pero, aún cuando en estricto derecho, el argumento moral no debe ser tomado en cuenta para ampliar o restringir la interpretación de la ley, no puede dejar de pesarse en los que ven en ella un recurso para obtener una armónica convivencia social.

Cabe preguntarse entonces ¿es efectiva la afirmación de que otorgar alimentos a la mujer que vive fuera del

hogar sin causa legal desquicia el régimen matrimonial y, por la inversa, el negárselos constituye un recurso para restaurar la normalidad perdida?

Interesante sería realizar una encuesta para ver en cuántos casos la negativa de los alimentos o el sitiar por hambre a la mujer ha restablecido, no diremos el matrimonio que sería mucho pedir sino la vida común y, en cuantos otros, ha tenido como simple resultado el economizar algunos pesos al marido.

Aun cuando la encuesta no existe hay, sin embargo, un hecho del que puede sacarse consecuencias. Si se examina la jurisprudencia se encontrará un solo caso,²⁴⁷ por lo menos entre los que han llegado a los Tribunales Superiores. en los que el marido ha tomado la iniciativa para que la mujer vuelva al hogar, en cambio, no se encontrará una sola demanda de alimentos entablada por la mujer, sin que el marido trate de enervarla declarando estar dispuesto a recibirla en su casa. Muchas de estas demandas de alimentos han sido entabladas después de varios años de separación, años en los cuales el marido no se preocupó mayormente de la ruptura de la vida matrimonial y sólo cuando esta situación se convierte para él en un problema económico, hace caudal de la vida común.

Sostener como lo hace la sentencia que el otorgar alimentos a la mujer que abandona el hogar desquicia el régimen matrimonial y fomenta las separaciones, es tan errado como sostener que fomenta los divorcios, los adulterios y demás faltas que constituyen causales de divorcio, las disposiciones de los artículos 175 y 176 que otorgan alimentos aún al cónyuge culpable. Sería tan falso como imputar al legislador el propósito de favorecer la comisión de actos que constituyan injuria atroz entre cónyuges por el hecho de conceder alimentos a los cónyuges divorciados, aún en esos casos.

²⁴⁷ Gaceta de los Tribunales, año 1919, N° 1.211, p. 639.

Nuestra Excma. Corte Suprema ha invertido los términos. La mujer no se separa para pedir alimentos sino que pide alimentos porque está separada. Los alimentos son una consecuencia de la separación y no una causa de ella, a menos de que se tratara de un ser desequilibrado y abyecto y, en tal caso, el matrimonio en sí está roto y ningún fallo de los tribunales puede evitarlo. El negar alimentos a la mujer separada no contribuye a rehacer un matrimonio que seguramente tiene causas serias y profundas de desaveniencia, aunque no siempre puedan encasillarse dentro de una causal de divorcio. Quizás un médico, un siquiatra o un sicólogo, o los tres juntos, pudieran solucionar algunos casos, pero la negativa de los alimentos no tendrá otro resultado que economizar al marido el pago de la pensión y satisfacer sus innobles sentimientos de mezquindad o de venganza.

197. b) **Fallos que aceptan la demanda, otorgando alimentos a la mujer.**

I. Caso "Torres con Tornería" publicado en el tomo XXXIV, segunda parte, sección primera, página 325 de la **Revista de Derecho y Jurisprudencia**.

La Corte Suprema acogió la casación de fondo interpuesta por la mujer en contra del fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso que negaba lugar a los alimentos, e invalidando dicha sentencia, confirmó la de primera instancia que los otorgaba.

Este fallo fue redactado por el ministro señor José Miguel Hermosilla, está suscrito por los ministros Novoa, Schepeler, Rondanelli, Carvajal, Mac-Iver y Figueroa, y fue acordado con el voto en contra de los señores Schepeler, Rondanelli y Mac-Iver.

De esta sentencia se desprende: que conforme a los artículos 321 N° 1 y 324 del Código Civil los cónyuges se deben alimentos y esta obligación sólo cesa en caso de injuria atroz (considerando 2°); que la obligación del marido de socorrer a la mujer es distinta en cuanto a su fuerza e independiente del derecho del mismo a vivir

con ella y no puede estar sujeta a las dificultades conyugales ni se suspende por la separación de hecho de los cónyuges (considerando 7°); que la disposición del artículo 321 que concede alimentos al cónyuge que no tiene bienes adquiere mayor fuerza si se considera que descansa no sólo en la ley positiva sino también en la ley natural y que está robustecida por los artículos 131 y 134 del Código Civil (considerando 8°); y, por último, que el artículo 321 prevalece sobre las disposiciones del párrafo 1 del Título VI que no se relaciona con los alimentos sino que consigna reglas generales sobre otras obligaciones de los cónyuges, como la de vivir juntos.

Esta sentencia, en su conjunto, se ajusta perfectamente al texto de la ley y al espíritu del legislador, pero incurre en un error de redacción que la hace vulnerable a la crítica.

En efecto, en el considerando 7° se expresa que "la obligación del marido de socorrer a la mujer es distinta en cuanto a su fuerza e independiente del derecho mismo a vivir con ella y no puede estar sujeta a las dificultades conyugales, ni se suspende por la separación de hecho de los cónyuges como claramente se desprende del artículo 175 del Código Civil, según el cual, la mujer divorciada "tendrá derecho a que su marido la provea de lo que necesite para su modesta sustentación" aunque haya dado causa al divorcio". Es indudable que tal conclusión no se desprende del artículo 175 y que lo que quiso decir la sentencia fue que del citado artículo se desprendía que el espíritu del legislador no podía ser otro de que el incumplimiento de los deberes conyugales no priva a la mujer de los alimentos, aplicándole la regla de hermenéutica del artículo 22. Se trata, pues de un simple error de expresión.

II. Caso Leal con Lobos, publicado en la **Gaceta de los Tribunales** del año 1935, segundo semestre, número 130, página 521.

La I. Corte de Temuco acogió la demanda de alimentos de la mujer que vivía fuera del hogar en una senten-

cia redactada por el ministro señor Urbano Marín y suscrita por los ministros señores Léniz Prieto y Núñez, aunque con el voto en contra de este último.

Transcribiré los considerandos 2º y 4º que contienen las razones de fondo en que se funda la resolución.

"2º Que el artículo 321 del ya citado Código, prescribe así mismo, que se deben alimentos al cónyuge, sin expresar que esa obligación corresponda sólo a una situación determinada del matrimonio, como sería la que es una consecuencia del divorcio, según lo sostiene el demandado en su presentación de fojas 7, por lo que ha de entenderse que esta disposición, como la del artículo 134, que acaba de indicarse, comprenden también el estado normal del matrimonio en lo que concierne a los alimentos que el marido está obligado a suministrar a la mujer;

"4º Que, si bien el artículo 133 del Código Civil, establece que el marido tiene derecho para obligar a su mujer a vivir con él y a seguirle a donde quiera que traslade su residencia; y la mujer, por su parte, tiene derecho a que el marido la reciba en su casa, la circunstancia de que esta última, por un acto voluntario suyo, haya abandonado el hogar común y se resista a vivir con su marido, no puede eximir a éste de la obligación que grava sobre él de suministrarle alimentos, y únicamente puede autorizarlo para ejercitar las acciones que fueren procedentes a fin de compeler a la mujer al cumplimiento de aquellas obligaciones";

III. Hay otros fallos que acogen la demanda de la mujer fundándose en que la separación de los cónyuges se ha debido a culpa del marido, entre los que pueden citarse los siguientes: los que aparecen en los tomos XL, segunda parte, sección primera, página 335 y XXXVI, segunda parte, sección primera, página 518, ambos de la **Revista de Derecho y Jurisprudencia** y el publicado en la **Gaceta de los Tribunales**, año 1939, primer semestre, número 12, página 113.

TERCERA PARTE

FALLOS POSTERIORES A LA PRIMERA EDICION

198. a) **Caso Martineau de Silva con Silva:** Fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de fechas 5 de diciembre de 1951, y publicado en el tomo LIV de la Revista de Derecho y Jurisprudencia, segunda parte, sección segunda, páginas 105 y siguientes.

Es esta la única sentencia que hemos encontrado, posterior al año 1947, fecha de la primera edición de esta obra, que rechaza la demanda de alimentos de la mujer por haber ésta abandonado el hogar conyugal.

El considerando 6º de la sentencia expresa textualmente "que es un hecho de la causa, reconocido por la actora y aceptado por el demandado que la señora Marie Germaine Martineau de Silva abandonó el hogar conyugal para refugiarse en la morada de sus padres, huyendo, según ella, de los malos tratamientos de obra y de palabra de su marido, y agrega en el considerando 7º "que es incuestionable, entonces, que la actora, ha quebrantado, entre otras, la norma jurídica de convivencia común en el insustituible y legítimo hogar matrimonial, no pudiendo, por tal motivo operar la obligación correlativa del marido de prestar alimentos a su cónyuge".

La Excma. Corte Suprema nos libera de la necesidad de refutar los fundamentos de la mencionada sentencia. En efecto, al acoger el recurso de queja interpuesto en su contra, en fallo de 9 de julio de 1952 que encontramos en la segunda parte, sección primera, páginas 237 y siguientes del tomo LV de la Revista de Derecho

sostiene que las expresiones socorro y ayuda mutua empleadas en el artículo 131 del Código Civil dicen relación "con la vida común, o sea, con el estado normal del matrimonio no aplicables a los casos de "una separación de hecho" y que, en cambio, el título XVIII del mismo libro de ese Código "se ocupa de los alimentos que se deben a ciertas personas, en el cual se consigna, entre los que tienen derecho a congruos, al cónyuge, sin hacer ninguna distinción; viva en común o esté separado" (considerando 3°).

En el considerando 4° agrega que "por lo demás, para negar los alimentos del que está obligado a proporcionarlos, es menester que, como lo establece el artículo 321, inciso final, lo consigne expresamente una ley; o el alimentario haya incurrido respecto del alimentante en alguna injuria atroz".

Finalmente, en el considerando 5°, deja establecido de manera perentoria que "al contrato de matrimonio no pueden aplicarse las normas de los otros contratos, en los que predomina exclusivamente el interés económico. Por lo que, entonces, no es posible hablar ya del principio contemplado en el artículo 1552 del Código Civil que se refiere a las obligaciones correlativas que contraen las partes en la celebración de actos jurídicos bilaterales".

En mérito de estas consideraciones la Excm. Corte Suprema dejó sin efecto la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, confirmó la de primera instancia que acogía la demanda y fijó el monto de la pensión provisoria con que el demandado debía acudir a la demandante.

b) Caso Basualto de Grondona con Grondona: La Corte de Apelaciones de Chillán, en sentencia dictada con fecha 6 de abril de 1951 y publicada en la Revista de Derecho, tomo LIV, segunda parte, sección 2ª, páginas 25 y siguientes, nos proporciona un extraordinario y extenso análisis del problema de los alimentos debidos a la mujer que vive fuera del hogar conyugal.

Para fundamentar legalmente su fallo, la Corte empieza por destacar que en lo tocante a las necesidades de vida de los cónyuges nuestro Código Civil contempla dos instituciones: el deber de socorro y los alimentos. El primero comprendido en el título VI del libro I y reglado por los artículos 131 y 134; y el segundo, contemplado en el título XVIII del mismo libro y en los artículos 321 y siguientes. Ambas instituciones si bien tienen la misma finalidad —la subsistencia de los cónyuges— se contraen a situaciones de hecho diferentes. El deber de socorro consiste en la obligación recíproca que pesa sobre los cónyuges de suministrarse, a medida que las necesidades lo exijan, ya sea en especie o en dinero, todo lo que se requiere para vivir, en proporción a las necesidades de cada cual. El deber de socorro es un derecho personalísimo, fuera del comercio humano, que no puede cederse, transmitirse, compensarse, renunciarse, embargarse y sólo puede ser gozado por el titular; no puede prestarse con sujeción a períodos o plazos determinados, sino que se otorga día a día, a medida que las necesidades lo exigen, dentro del hogar común, debiendo ser el resultado de una leal convivencia. No es susceptible de “regulación judicial”, ni puede obtenerse su cumplimiento mediante un procedimiento forzado o compulsivo. Más que una regla de derecho, ha dicho un autor, es una norma de moral y de conducta (considerando 4°).

La sentencia agrega que el socorro se cumple únicamente dentro del hogar común de los cónyuges; y que cuando éste desaparece, la ley entregó al cónyuge necesitado y carente de bienes, el derecho de demandar al cónyuge deudor del socorro, los alimentos o pensión alimenticia necesarios para su subsistencia, modesta pero correspondiente a su posición social, y que el artículo 323 del Código Civil, en su inciso 1°, denomina “alimentos congruos” (considerando 5°).

Entrando al análisis de la institución jurídica de los alimentos que se deben al cónyuge, conforme a la disposición del N° 1 del artículo 321 del Código Civil, de-

clara que no se identifican en modo alguno con el "Socorro" puesto que para ellos el legislador dictó normas específicas a que deben sujetarse, y en las cuales debe intervenir la justicia a requerimiento del cónyuge necesitado; mientras que los alimentos que comprende el socorro se dan dentro de la vida común. Los alimentos son, en consecuencia, supletorios del socorro (considerando 6º). Cuando se demandan alimentos entre cónyuges, y ante los tribunales de justicia, son necesariamente los alimentos reglados por el título XVIII del libro I del Código Civil y no por el título VI del mismo libro, que se refiere al deber de socorro, el que constituye una institución jurídica diversa de los alimentos u obligación alimenticia (considerando 7º).

Por lo tanto, se afirma en el considerando 8º de la sentencia, en el supuesto que la demandante se encontrara fuera del hogar conyugal por hecho o culpa suyos, tal circunstancia no le veda el derecho de pedir alimentos, que el artículo 321 del expresado Código le reconoce en toda su amplitud. Este precepto esencialmente normativo, no contiene otra limitación que la que señala su inciso final al prescribir: "no se deben alimentos a las personas aquí designadas, en los casos en que una ley expresa se los niegue"; y no existe otra ley que niegue expresamente los alimentos que el inciso final del artículo 324, que estatuye: "en caso de injuria atroz, cesará enteramente la obligación de prestar alimentos". Por lo demás, si la mujer que haya dado causa al "divorcio perpetuo" tiene derecho "a que su marido la provea de lo que necesite para su modesta sustentación", según así lo previene el artículo 175 del Código Civil, no se divisa qué motivo o fundamento podría invocarse para desecharse la petición de alimentos que solicita una mujer por el hecho de encontrarse fuera del hogar conyugal sin causa justificada.

Esta sentencia lleva las firmas de los ministros Osvaldo Erbetta, Benjamín Rivera y del fiscal Guillermo Burgos B., este último redactor del fallo.

c) Caso Catalán Rojas de Pavez con Pavez: Muy valiosa es la jurisprudencia que sienta la Excma. Corte Suprema, esta vez conociendo de un recurso de casación en el fondo en el que se pedía dejar sin efecto la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso que había acogido la demanda de alimentos de la mujer que vivía fuera del hogar conyugal.

El fallo de la Excma. Corte Suprema se dictó con fecha 26 de agosto de 1950 y se publicó en el tomo XLVIII de la Revista de Derecho, segunda parte, sección 1ª, páginas 479 y siguientes; y lleva las firmas de seis ilustres juristas: Gregorio Schepeler, Luis Agüero, Rafael Fontecilla, Pedro Silva, Osvaldo Illanes y Domingo Godoy.

El recurso interpuesto por el marido, se fundaba en la violación de los artículos 131, 134, 321 N° 1 y 322 del Código Civil, y sostenía que los sentenciadores no hicieron un estudio comparativo de los preceptos contenidos en el título VI y XVIII del libro I del Código Civil, lo que habría permitido distinguir los alimentos que se deben dentro del hogar a que alude el artículo 134 y que corresponden a la obligación de socorro y asistencia y los que se deben fuera de él, a que se refiere el artículo 321 N° 1 que corresponden a prestaciones alimenticias propiamente tales y que sólo pueden exigirse cuando existen razones fundadas de orden físico o moral que autoricen la ruptura de la vida común. Agrega que se tendría que haber dado preferencia al artículo 134 sobre el artículo 321 N° 1 para obtener así, la debida correspondencia y armonía, entre los preceptos del Código citado.

El fallo declaró sin lugar al recurso de casación en mérito de los siguientes fundamentos:

Considerando 5º.— Que el estudio comparativo de los preceptos citados por el recurrente, no conducen a la conclusión que pretende deducir y, “para una debida demostración de este aserto, es menester, en primer término, determinar el sentido y alcance que tienen las instituciones que se indican, o sea, por una parte el deber

de socorro y asistencia (artículo 131 del Código Civil) y por la otra, la prestación de alimentos (artículos 321 y siguientes del Código Civil)".

Considerando 6º— "Que, desde luego, es de advertir que, tanto las obligaciones de socorro como la de asistencia quedan comprendidas, por entero, dentro del derecho de familia **stricto sensu**, y como es sabido, su cumplimiento no puede exigirse compulsivamente"... "Por el contrario, la obligación de prestar alimentos, que reglamentan los artículos 321 y siguientes del Código Civil en cuanto se refiere a una derivación de carácter patrimonial del derecho de familia, puede hacerse efectiva compulsivamente, mediante el juicio respectivo..."

Considerando 7º— "Que, fuera de la diferencia substancial que se deja analizada, podrían aún, indicarse otras que contribuyen a realzar en forma profunda los caracteres distintivos que se están estudiando. Así, por ejemplo, la obligación de socorro admite prestaciones en especie y excluye, por su naturaleza la compensación como modo de extinguir la obligación; pero la de suministrar alimentos, a que aluden los artículos 321 y siguientes se traducen sólo en sumas de dinero (artículos 329, 331, 333 del Código Civil y artículo 8º de la Ley 5.750) y como tal puede hasta admitir, la compensación, tratándose de pensiones alimenticias atrasadas (artículo 336 del Código Civil)".

"La obligación de socorro nace con la celebración del matrimonio, no tiene cuantía fija y determinada (artículo 134) presupone generalmente, la vida común y normal dentro del hogar; la de alimentos se debe desde la primera demanda (artículo 331, inciso 1º), obedece a la regulación que contempla el artículo 8º de la Ley 5.750, opera, por lo general, fuera del hogar, puesto que denota una interrupción de la vida normal del matrimonio."

Agrega la sentencia en su considerando 9º que el artículo 131 "no puede reputársele como una disposición especial, con relación al artículo 321 porque como ya

se demostró, ambos preceptos gobiernan instituciones diferentes, con rasgos jurídicos propios y no cabe duda alguna que el artículo 322 se refiere a disposiciones especiales sobre alimentos y ya se dijo que la prestación alimenticia sólo cobra realidad jurídica en ausencia del socorro”.

Refutando la afirmación del recurrente de que los alimentos sólo proceden cuando existen razones fundadas de orden físico o moral que autoricen la ruptura de la vida en común, la Excma. Corte Suprema en el considerando 14º de la sentencia expresa: “Que esta obligación no es alterable por el simple hecho de vivir la mujer fuera del hogar, y es así como aún en el caso de que ésta haya dado lugar al divorcio, por su culpa, el artículo 175 le mantiene el derecho a que su marido la provea de alimentos”; y en el considerando 15º estatuye que “es menester recordar que, como principio general, el artículo 321 del Código Civil concede el derecho de alimentos, salvo cuando una ley **expresa** los deniegue. . . , pero no existe precepto legal que prive a la mujer del derecho de alimentos, por el simple hecho de resistirse a la vida común”.

En cuanto a la violación del artículo 133 del Código Civil que dispone que el marido tiene derecho para obligar a su mujer a vivir con él, el considerando 16º de la sentencia aclara que “la excepción del contrato no cumplido (**non adimpleti contractus**) a que se refiere el artículo 1552 del Código Civil y que gobierna relaciones contractuales de carácter patrimonial, carece de aplicación en el derecho de familia, y por lo tanto sería absurdo sostener que, como la mujer no ha cumplido con la obligación que le impone el artículo 133 inciso 1º del Código Civil y por lo que está en mora de vivir con su marido, éste, por su parte, no está en la obligación de proveerla de alimentos. Y sería hasta contrario a la dignidad humana, suponer que se pudiera constreñir a una persona, por medio de la privación de lo que necesita para vivir, para obtener, así, el cumplimiento de una

obligación que no conoce otra fuerza obligatoria fuera de la que pudiera nacer de los vínculos del afecto, que el contrato matrimonial supone”.

Este fallo de la Excma. Corte Suprema que establece la doctrina que la mujer casada tiene derecho a pensión alimenticia aunque no viva en el hogar conyugal, sentó jurisprudencia. Todas las sentencias posteriores a este fallo coinciden en aplicar sin restricciones el N° 1 del artículo 321 del Código Civil y otorgan alimentos a la mujer que ha abandonado la casa marital. Podría citarse al efecto la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 11 de septiembre de 1951, recaída en el caso “Lantadilla con Abarca” publicada en el tomo LIV, segunda parte, sección segunda, páginas 74 y siguientes, de la Revista de Derecho y Jurisprudencia; y el fallo de la Excma. Corte Suprema de 4 de agosto de 1955, publicado en la misma revista, tomo LVIII, segunda parte, sección 1ª, páginas 221 y siguientes.

Para la autora constituye una gran satisfacción comprobar que la jurisprudencia unánime de nuestros Tribunales, a partir de 1950, acepta íntegramente la tesis que analiza y sostiene en la segunda parte de esta obra.

AUTORES CITADOS

a) Chilenos

- ALESSANDRI RODRIGUEZ (Arturo) y SOMARRIVA UNDU-RRAGA (Manuel): *Curso de Derecho Civil*, redactado por Antonio Vodanovic, tomo I. (Editorial Nascimento, 1939.)
- ALESSANDRI RODRIGUEZ (Arturo): *Derecho Civil*, tercer año, versiones taquigráficas de sus clases por Hernán Urrutia Honorato. (Editorial Zamorano y Caperán, 1941.)
- ALESSANDRI RODRIGUEZ (Arturo): *Tratado Práctico de las Capitulaciones Matrimoniales, de la Sociedad Conyugal y de los Bienes Reservados de la Mujer Casada*. (Imprenta Universitaria, 1935.)
- ALESSANDRI RODRIGUEZ (Fernando): *Ley Orgánica de Tribunales*. Apuntes de clases redactadas por A. Vodanovic. (Editorial Nascimento, 1936.)
- ALFONSO (Paulino): *Explicaciones de Código Civil*, publicados por la Academia de Leyes y Ciencias Políticas. (Imprenta Cervantes, 1882.)
- ALFONSO (Paulino): *Estudio sobre la Ley de Matrimonio Civil*. (Anales de la Universidad, años 1900 y 1901.)
- ALFONSO (Paulino): *De la interpretación de la Ley*. (Imprenta Cervantes, 1892.)
- ANABALON SANDERSON (Carlos): *Tratado Práctico de Derecho Procesal Civil Chileno*. (Ediciones de la Universidad de Chile, 1944.)
- AYLWIN AZOCAR (Patricio): *El Juicio Arbitral*. (Nascimento, 1943.)
- BARROS ERRAZURIZ (Alfredo): *Curso de Derecho Civil*, tomos I y III. (Imprenta Cervantes, 1921.)

- BELLO (Andrés): *Obras Completas*, tomos III, IV y V. (Nascimento, 1932.)
- BORJA (Luis F.): *Estudios sobre el Derecho Civil Chileno*, tomos I, III y V. (A. y R. Roger y F. Chernoviz, Impresores-editores, París, 1901, 1907 y 1908, respectivamente.)
- CLARO SALAS (Héctor): *Elementos de Derecho Civil*. (Imprenta Cervantes, 1912.)
- CLARO SOLAR (Luis): *Explicaciones de Derecho Civil Chileno*, tomo I (Imprenta Establecimiento Poligráfico Roma, 1898); tomo III (Imprenta Cervantes, 1925); tomo V (Imprenta Cervantes, 1927); tomo XIII (Nascimento, 1941).
- CHACON (Jacinto): *Exposición Razonada y Estudio Comparado del Código Civil Chileno*, tomo I. (Imprenta "El Mercurio", 1868.)
- HOLLEY (Gustavo Adolfo): *De la Separación de Hecho o Separación por autoridad privada de los Cónyuges*. (La Grati-tud Nacional, 1937.)
- INSUNZA BARRIOS (Sergio): *Antecedentes para un Código Civil Anotado*. Jurisprudencia tomos pares de la "Revista de Derecho y Jurisprudencia". (Imprenta Relámpago, 1944.)
- LATORRE (Enrique): *Estudio sobre la Ley de Matrimonio Civil*. (Imprenta de la Unión, 1887.)
- LABATUT (Gustavo): *Derecho Penal*, apuntes de su clase. (Gal-con, 1944.)
- LIRA (José Bernardo): *Prontuario de los Juicios*, tomo I. (Im-pressa de la Librería "El Mercurio", 1872.)
- MONTES RODRIGUEZ (Arturo): *Antecedentes para un Código Civil Anotado*, Jurisprudencia de los tomos impares de la "Revista de Derecho y Jurisprudencia". (Talleres Gráficos "Simiente", 1944.)
- SOMARRIVA (Manuel): *Derecho de Familia*, apuntes de su clase. (Nascimento, 1936.)
- VERA (Robustiano): *Código Civil de la República de Chile*, tomos I y II. (Imprenta "Gutenberg", 1892.)

b) Extranjeros

- AUBRY et RAU: *Cours de Droit Civil Français d'après la méthode de Zachariae*. Quinta edición, tomos I, V, VII y IX. (Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence Marchal et Billard, 1897, 1907, 1913 y 1917, respectivamente.)
- BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et HOUQUES LAFOURCADE (M.): *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil. Des Personnes*. Tercera edición, tomos I y III. (Librairie de la Société du Recueil J. B. Sirey et du Journal du Palais, 1907 y 1908.)
- CAPITANT (Henri): *Introduction a L'étude du Droit Civil*. Cuarta Edición. (A. Pedone, editeur.)
- COLIN (Ambrosio) y CAPITANT (H.): *Curso Elemental de Derecho Civil con notas sobre el Derecho Civil Español por Demófilo de Buen*, tomo I. (Editorial Reus, 1922.)
- CUQ (Edouard): *Instituciones Jurídicas de los Romanos*, tomo I. (Imprenta "El Debate", 1910); tomos II y III. (Imprenta y Encuadernación, Gálvez 370, 1910.)
- DALLOZ: *Répertoire Pratique de législation, de Doctrine et de Jurisprudence*, tomo I. (Daloz, 1910.)
- DELVINCOURT (M.): *Cours de Code Civil*, tomo I. (Chez Delestre-Boulangé, 1824.)
- DEMOLOMBE (C.): *Cours de Code Napoléon*, tomo IV. (Imprimerie "Générale", 1880.)
- DURANTON (M.): *Cours de Droit Français suivant le Code Civil*, tomo II. (G. Thorel et E. Gilbert, Paris, 1844.)
- FIORI (Pascuale): *De la irretroactividad e interpretación de las leyes*. (Editorial Reus, 1927.)
- LAURENT (F.): *Principes de Droit Français*, tomo III. (Bruylant Christophe, 1878.)
- LAURENT (F.): *Cours Élémentaire de Droit Civil*, tomo I. (Bruylant Christophe, 1887.)
- LOCRE: *Procès-Verbaux du Conseil d'Etat contenant la Discussion du Project de Code Civil*, tomo I. (Imprimerie de la République, 1804.)
- PLANIOL (Marcel): *Traité Élémentaire de Droit Civil*, tomo I. (Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1928.)

AUTORES CITADOS

- PLANIOL (Marcel) et RIPERT (Georges): *Traité Pratique de Droit Civil Français*, tomo II. (Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1926.)
- RIPERT (Georges): *Répétitions écrites de Droit Civil*, Première année. (Paris, 1925-1926.)
- RIPERT (Georges): *La Règle morale dans les obligations civiles*, (Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1927.)
- PANDECTES FRANCAISES: Tomo VI. (Librairie Maresq Ainé, 1889.)
- SCAEVOLA (Mucius): *Código Civil*, tomo III. (Imprenta "Ricardo F. Rojas", 1912.)
- TROPLONG (M.): *Le Droit Civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*. De la Vente. (Charles Hingray, 1856.)

REVISTAS CITADAS

Fallos del Mes.

Gaceta de los Tribunales.

Gaceta Jurídica.

Revista de Derecho y Jurisprudencia.

Revista Jurídica.

INDICE

Prólogo de la Primera Edición	5
Prólogo de la Segunda Edición	9
Introducción	15
Plan de la obra	23

PRIMERA PARTE

DE LOS ALIMENTOS EN GENERAL

Capítulo Primero

Generalidades

1. Disposiciones legales sobre alimentos	25
2. No se citan las disposiciones legales relativas al deber de socorro	26
3. Personas a quienes se deben alimentos	26
4. La enumeración del artículo 321 no es taxativa	26
5. Es una obligación ex lege	27

Capítulo Segundo

Fundamento y orígenes de la obligación alimenticia

6. Hay divergencias entre los autores sobre el fundamento de la obligación alimenticia	28
--	----

INDICE

7. No es inútil la discusión sobre el fundamento de la obligación alimenticia	29
8. Orígenes de la obligación alimenticia	29
9. La obligación alimenticia en el Período del Derecho antiguo de Roma	29
10. La obligación alimenticia en el Período Clásico y en el del Bajo Imperio	30
11. Conclusiones derivadas del estudio del desarrollo de la obligación alimenticia en el Derecho Romano	31
12. Otros argumentos en apoyo de la doctrina que señala la indigencia como el fundamento de la obligación alimenticia	31
13. El fundamento de la obligación alimenticia y nuestros tribunales	33

Capítulo Tercero

Definición y alcance de la obligación alimenticia

14. Definición	34
15. La mayor parte de los códigos civiles no definen los alimentos	34
16. El dicho de los autores en cuanto a la definición de los alimentos	35
17. El sistema del Código Civil Chileno	36
18. Alimentos congruos y alimentos necesarios	36
19. Alimentos que otorgan una congrua y decente sustentación y alimentos que otorgan una modesta sustentación	38

Capítulo Cuarto

Características de la prestación alimenticia

20. Es un derecho patrimonial sui géneris	39
A) <i>El derecho de pedir alimentos es de orden público</i>	
21. Concepto de orden público y consecuencias	40

INDICE

Sección I

No puede renunciarse

22. El derecho de alimentos no es renunciable	40
23. La legislación y jurisprudencia chilenas en relación con el principio de que los alimentos no pueden renunciarse	41
24. Pacto de renuncia de alimentos entre cónyuges	42
25. Pacto entre cónyuges sobre el monto de la pensión alimenticia	42
26. Los alimentos devengados pueden renunciarse	43

Sección II

Es imprescriptible

27. Imprescriptibilidad del derecho de alimentos	44
28. Breve comentario sobre la doctrina de que las pensiones alimenticias no se acumulan	44

Sección III

No pueden someterse a compromiso

29. El derecho de alimentos y los jueces árbitros	47
30. El arbitraje y los alimentos voluntarios y pensiones devengadas	47

B) El derecho de alimentos es personalísimo

31. Conceptos y consecuencias	48
-------------------------------------	----

Sección I

Es intransmisible

32. Distingo	48
33. La intransmisibilidad del derecho de alimentos	49

INDICE

34. El principio de la intransmisibilidad y las pensiones devengadas	49
35. El principio de la intransmisibilidad no excluye a los que invocan un título propio	49
36. La intransmisibilidad de la obligación alimenticia, según los autores franceses	50
37. Lo que opinan los autores chilenos sobre el problema de la transmisibilidad de la obligación alimenticia	51
38. La solución dada por el legislador chileno	51
39. La jurisprudencia chilena al respecto	52

Sección II

Es intransferible

40. La no transferibilidad del derecho de alimentos deriva de su propia naturaleza	53
41. La legislación y la jurisprudencia chilenas	54
42. El principio de la no transferibilidad de los alimentos y las pensiones atrasadas	55

Sección III

No es embargable

43. Es un principio universal	55
44. La no embargabilidad de los alimentos en la legislación chilena	55
45. Las pensiones atrasadas y la inembargabilidad	56

Sección IV

No puede compensarse

46. Esta característica deriva del fundamento del derecho de alimentos	56
--	----

INDICE

47. El texto legal chileno	57
48. Las pensiones atrasadas pueden compensarse	57

Sección V

Limitaciones a la transacción sobre alimentos

49. No hay libertad para transigir	59
50. Valor de la transacción sobre alimentos	60
51. La transacción sobre pensiones atrasadas	60
52. Pacto extrajudicial sobre alimentos	60

C) La prestación alimenticia no es solidaria ni indivisible

53. Orden de prelación entre los obligados a dar alimentos	61
54. Caso en que existan varias personas obligadas a dar alimentos en el mismo grado	63
55. El dicho de los autores franceses acerca de si la prestación alimenticia es o no solidaria o indivisible	64
56. La solución para nuestro país	64
57. Caso de los alimentantes del mismo grado	65

D) Variabilidad de la obligación alimenticia

58. Es variable en cuanto a su monto y a su duración	69
59. La variabilidad de los alimentos y la cosa juzgada	71
60. La variabilidad de los alimentos en los casos de transacción	74

E) Los alimentos se traducen en una suma de dinero

61. Razones en apoyo de la opinión de que los alimentos se traducen en una suma de dinero	75
---	----

INDICE

62. La doctrina francesa en esta materia	76
63. Lo que opinan los autores chilenos	77
64. La jurisprudencia	78
65. La obligación de socorro y los alimentos	78
66. Sentencias que reconocen a los alimentos y asistencias como instituciones jurídicas diversas	81

F) *La obligación alimenticia es recíproca*

67. No hay en nuestra legislación un texto expreso que establezca en términos generales la reciprocidad de la obligación alimenticia	82
68. Excepciones a la regla general	82

G) *Los alimentos son independientes de la conducta observada por el alimentado*

69. Relación entre los alimentos y el trabajo, según la doctrina y la jurisprudencia francesas	83
70. Relación entre el trabajo y los alimentos, según la doctrina, la ley y la jurisprudencia chilenas	84
71. Los alimentos se deben aunque la indigencia tenga su origen en la culpa del alimentado	89
72. Efectos que producen los agravios causados por el acreedor de los alimentos al deudor de ellos	91

Capítulo V

De la competencia para conocer de los juicios de alimentos

73. Normas para determinar la competencia de los tribunales en juicios de alimentos	96
74. Caso del mayor de edad	96
75. Caso de demandas deducidas por menores de edad o por el cónyuge que acciona conjuntamente con sus hijos menores	97

INDICE

Capítulo VI

Del procedimiento de los juicios de alimentos

76. Normas para la tramitación de los juicios de alimentos	99
77. Procedimiento aplicable al caso de mayores de edad	99
78. Procedimiento aplicable a los juicios de alimentos que se tramitan ante los Juzgados de Menores	99
79. Alimentos Provisorios	101
80. Procedimiento para las solicitudes de ampliación, disminución o terminación de alimentos	104
81. Cumplimiento de la sentencia sobre alimentos	104
82. La solidaridad en el pago de las pensiones alimenticias	106
83. La separación de bienes por incumplimiento del fallo	107
84. Los apremios para el cumplimiento de las sentencias, el arresto y el arraigo	107

Capítulo VII

Litis expensas en juicios de alimentos

85. Análisis de la jurisprudencia sobre litis expensas	111
---	-----

SEGUNDA PARTE

DE LOS ALIMENTOS ENTRE CONYUGES

Capítulo Primero

Generalidades

86. Método	121
87. Regla general en materia de alimentos entre cónyuges	122
88. Quiénes son cónyuges	122

INDICE

89. Interpretación de la regla contenida en el N° 1 del artículo 321	123
90. Las excepciones son de derecho estricto	126
91. Sólo hay un caso de excepción, previsto por la ley, a la regla del N° 1 del artículo 321	126
92. No existe ninguna disposición expresa que prive de alimentos al cónyuge que vive fuera del hogar conyugal	128
93. El artículo 322 no autoriza para aplicar las reglas del Título VI del Libro I con preferencia a las del artículo 321	128
94. Condiciones para que una regla especial prime sobre la general	130
95. No existe ninguna disposición en el Título VI del Libro I ni en ninguna otra sección del código que prive de alimentos al cónyuge que vive fuera del hogar conyugal	130

Capítulo Segundo

De los alimentos en caso de nulidad de matrimonio

96. Las personas que han anulado su matrimonio no están comprendidas entre aquellas a quienes el artículo 321 otorga alimentos	131
97. Los alimentos durante la tramitación del juicio de nulidad de matrimonio	132

Capítulo Tercero

De los alimentos en caso de divorcio perpetuo

Sección I

Los alimentos después de dictada la sentencia de divorcio perpetuo

98. Las disposiciones especiales relativas al divorcio perpetuo confirman la regla general sobre alimentos entre cónyuges contenida en el N° 1 del artículo 321	133
99. Análisis de los artículos 174, 175 y 176	134

INDICE

A) *La mujer no ha dado motivo al divorcio y pide alimentos*

100. Disposición legal aplicable al caso	134
101. Qué debe entenderse por congrua y decente sustentación	135

B) *La mujer ha dado causa al divorcio y pide alimentos*

102. Disposición legal aplicable al caso	136
103. La regla del artículo 175 confirma la regla general del N° 1 del artículo 321	136
104. La regla del artículo 175 constituye una derogación del inciso final del artículo 324	137
105. Qué debe entenderse por modesta sustentación	138

C) *El marido divorciado pide alimentos*

106. Disposición legal aplicable al caso	140
107. La indigencia es condición esencial para la procedencia de los alimentos	140
108. La modesta sustentación corresponde a los alimentos necesarios	140
109. ¿Puede el marido divorciado, hábil para el trabajo, solicitar alimentos de la mujer?	141
110. La injuria atroz no se puede invocar en contra del marido divorciado	142

Sección II

Los alimentos durante la tramitación del juicio de divorcio perpetuo

111. Se aplican las reglas generales de alimentos entre cónyuges	142
112. La jurisprudencia	142

Capítulo Cuarto

De los alimentos en el caso de divorcio temporal

113. No pueden aplicarse las reglas de los artículos 174, 175 y 176	143
114. El Código no ha previsto reglas especiales para el caso de divorcio temporal	144
115. En caso de divorcio temporal se aplican las reglas generales sobre alimentos entre cónyuges	144
116. Reglas aplicables durante la tramitación del juicio	145

Capítulo Quinto

De los alimentos en caso de separación de bienes

117. No existen reglas especiales sobre alimentos para el caso de separación de bienes	146
118. Análisis del artículo 160	146
119. Los alimentos entre cónyuges separados de bienes	148
120. Lo resuelto por la jurisprudencia en materia de alimentos entre cónyuges separados de bienes	148

Capítulo Sexto

De los alimentos entre cónyuges que viven juntos

121. No existen disposiciones especiales que reglamenten los alimentos entre cónyuges que viven juntos	150
122. Los artículos 131 y 134 no se refieren a la obligación alimenticia, sino que consagran el deber de socorro entre los cónyuges	150
123. Características del deber de socorro	151
124. El deber de socorro y la obligación alimenticia son instituciones jurídicas diferentes	154
125. Es un error plantear como problema si el artículo 134 prima sobre el N° 1 del 321 o viceversa	155

INDICE

126. La jurisprudencia sobre alimentos entre cónyuges que viven bajo el mismo techo 157

Capítulo Séptimo

Los alimentos entre cónyuges que viven separados de hecho

127. Existen dos interpretaciones o doctrinas al respecto 166
128. Método que seguiremos 167

Sección I

Estudio de las distintas disposiciones legales que se relacionan con la obligación alimenticia entre cónyuges que viven separados de hecho

129. La regla general en materia de alimentos entre cónyuges 167
130. No existen disposiciones especiales que contemplen la situación de los cónyuges que viven separados 168
131. Los artículos 102, 131, 133 y 134 del Código Civil se señalan como preceptos que contienen reglas especiales que priman sobre la del N° 1 del 321 168

P á r r a f o I

Consecuencias que pueden derivarse del artículo 102 en relación con los alimentos entre cónyuges separados de hecho

132. El artículo 102 no reglamenta la obligación alimenticia 169
133. El artículo 102 contiene una definición de matrimonio 170
134. Análisis de los distintos elementos contenidos en la definición de matrimonio 171
135. Conclusiones derivadas del estudio del artículo 102 175

Párrafo II

Consecuencias que pueden derivarse de los artículos 131, 133 y 134 del Código Civil en relación con la obligación alimenticia entre cónyuges separados de hecho

136. Obligaciones y deberes de los cónyuges	176
137. Qué se entiende por deberes recíprocos	177

A) *Deber de cohabitación*

138. Qué entendemos por deber de cohabitación	178
139. El deber de cohabitación está consagrado en la Ley de Matrimonio Civil	178
140. Sanciones previstas para el incumplimiento del deber de cohabitación	180
141. Conclusiones derivadas del estudio del deber de cohabitación	181

B) *Deber de fidelidad*

142. En qué consiste el deber de fidelidad	181
143. Diferencias entre el adulterio civil y el adulterio penal	182
144. Sanciones previstas para el adulterio civil	182
145. El adulterio cometido por un cónyuge ¿autoriza al otro para no cumplir con los deberes que el matrimonio impone?	183
146. Conclusiones derivadas del estudio del deber de fidelidad	185

C) *Deber de socorro*

147. En qué consiste el deber de socorro	186
148. Tres son las instituciones jurídicas que tienen por objeto atender a la subsistencia de los cónyuges	187
149. Diferencias entre la porción conyugal y las pensiones alimenticias	187

INDICE

150. Diferencias entre el deber de socorro y la obligación alimenticia	188
151. Sanciones aplicables al cónyuge que no cumple con el deber de socorro	189
152. El incumplimiento del deber de socorro, ¿autoriza al cónyuge acreedor de ellos para no cumplir por su parte con los deberes maritales?	191
153. Conclusiones derivadas del estudio del deber de socorro	191

D) Deber de asistencia

154. En qué consiste el deber de asistencia	192
155. No hay sanciones previstas para el caso de inobservancia del deber de asistencia	193
156. Conclusiones derivadas del estudio del deber de asistencia	194

E) Deberes de respeto de la mujer al marido y de protección de éste a aquélla

157. En qué consisten estos deberes	194
158. No se ha previsto sanción alguna por el incumplimiento de estos deberes	196
159. Conclusiones derivadas del estudio de los deberes de obediencia y protección	196

F) Deber de vida común

160. El deber de vida común es recíproco o común para ambos cónyuges	196
161. ¿Es una obligación civil o un simple deber moral?	198
162. La elección del lugar del domicilio corresponde al marido	200
163. ¿Está obligada la mujer a seguir al marido al extranjero?	200

INDICE

164.	Excepciones previstas en la ley al deber de vida común	202
165.	1º En caso de divorcio; esta excepción se refiere a ambos cónyuges	203
166.	Fundamentos legales de la doctrina que sostiene que la vida común se suspende durante la tramitación del juicio de divorcio	203
167.	La opinión de los autores sobre la suspensión de la vida común durante la tramitación del juicio de divorcio	207
168.	La jurisprudencia al respecto	208
169.	2º Peligro inminente para la vida de la mujer; esta excepción se refiere exclusivamente a la mujer	209
170.	En qué consiste el peligro inminente	209
171.	3º No existe hogar conyugal; fundamento de esta excepción	210
172.	¿Existen otras limitaciones al deber de vida común?	211
173.	Sanciones aplicables al cónyuge que no cumple con el deber de vida común	216
174.	Conclusiones derivadas del estudio del deber de vida común	229

P á r r a f o I I I

Fundamentos legales de la doctrina que concede alimentos a los cónyuges separados de hecho, cualquiera que sea la causa de la ruptura o el responsable de ella

175.	Resumen de lo estudiado	229
176.	Todos los elementos de la interpretación legal concurren en apoyo de esta doctrina	231
177.	Interpretación gramatical	231
178.	Interpretación lógica	232
179.	Interpretación histórica	235
180.	Argumento a fortiori	238
181.	Interpretación sistemática	240

INDICE

Sección II

La Doctrina

182. La doctrina francesa no puede invocarse en Chile en apoyo de una determinada interpretación de las disposiciones sobre alimentos entre cónyuges	244
183. El dicho de don Luis Claro Solar	247
184. Lo que resuelve Barros Errázuriz	249
185. La opinión de don Luis F. Borja	251
186. Las afirmaciones de Chacón	253
187. Lo que resuelve don Robustiano Vera	254
188. Conclusiones derivadas del dicho de los comentadores del Código Civil Chileno	255

Sección III

La Jurisprudencia Chilena

189. No hay jurisprudencia sino casos	256
---	-----

P á r r a f o I

Fallos sobre alimentos recaídos en juicios en que el marido es demandante

190. Breve exposición de los fallos sobre la materia	256
191. No hay un solo fallo que niegue alimentos al marido, no obstante vivir fuera del hogar conyugal	260

P á r r a f o I I

Fallos sobre alimentos recaídos en juicios en que la mujer es demandante

192. Método	260
193. Primer grupo de fallos	261
194. Segundo grupo de fallos	261

INDICE

195. Tercer grupo de fallos	263
196. A) Fallos que rechazan la demanda y niegan los alimentos	263
I. Caso Basso de Sampen con Sampen	263
II. Caso Scholz de Coleman con Coleman	270
III. Caso Ronda con Sepúlveda	275
197. B) Fallos que aceptan la demanda otorgando alimentos a la mujer	278
I. Caso Torres con Tornería	278
II. Caso Leal con Lobos	279
III. Otros fallos	280

TERCERA PARTE

198. Fallos posteriores a la primera edición de esta obra	281
---	-----

AUTORES CITADOS:

a) <i>Chilenos</i>	289
b) <i>Extranjeros</i>	291



