

Santiago, treinta y uno de diciembre de dos mil nueve.

VISTOS:

Por Oficio N° 31.779, fechado el 22 de junio de 2009, complementado por el Oficio N° 36.502 ingresado a esta Magistratura el día 3 de agosto del mismo año, en cumplimiento de la resolución de fojas 45, el señor Cristián Gutiérrez Lecaros, Juez del Juzgado de Familia de Concepción, ha remitido copia autorizada de la causa RIT C-1838-2007, RUC 07-2-0321811-1, sobre divorcio, caratulada "Zattera con Bancalari", a efectos de que esta Magistratura Constitucional resuelva sobre la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso primero del artículo 2° transitorio de la Ley N° 19.947, en dicho proceso judicial. Asimismo, conforme a la facultad prevista en el inciso undécimo del artículo 93 de la Constitución Política, solicitó a este Tribunal decretar la suspensión del mencionado procedimiento.

El precepto legal impugnado dispone textualmente:

"Artículo 2°.- Los matrimonios celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley se regirán por ella en lo relativo a la separación judicial, la nulidad y el divorcio".

La controversia constitucional que se plantea en la acción de inaplicabilidad deducida dice relación con el hecho de que uno de los cónyuges en conflicto en el proceso judicial que se ventila ante el juez requirente en estos autos ha hecho valer alguna de las causales de divorcio culpable previstas en el artículo 54 de la Ley N° 19.947 -Ley de Matrimonio Civil-, fundándose en hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigencia, es

decir, con antelación al 17 de noviembre del año 2004. Además, en el referido proceso judicial el mismo cónyuge ha demandado la compensación económica prevista en la legislación citada.

En cuanto al fondo de la cuestión que pretende que esta Magistratura resuelva en definitiva, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, el juez requirente hace notar que, según establece el inciso segundo del artículo 62 de la mencionada Ley N° 19.947: *“Si se decretare el divorcio en virtud del artículo 54, el juez podrá denegar la compensación económica que habría correspondido al cónyuge que dio lugar a la causal, o disminuir prudencialmente su monto”*, por consiguiente, se podría sostener que la aplicación retroactiva del citado artículo 54, que se admite por la disposición transitoria impugnada, puede generar efectos en el sistema de compensación económica previsto en la aludida normativa legal.

Se agrega que la situación descrita precedentemente importaría sancionar una eventual conducta ilícita de naturaleza civil, en razón de hechos ocurridos con anterioridad al reconocimiento de aquélla por la ley, lo que se califica por el juez requirente como eventualmente contrario a la garantía que asegura a toda persona el inciso séptimo del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política, según la cual *“ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.”*.

En este último aspecto el juez puntualiza que si bien existe consenso en cuanto a que el citado precepto constitucional opera como una garantía en materia penal, no es menor cierto que donde el legislador no distingue

no es lícito hacerlo al intérprete, por lo que, a su juicio, en estos casos también operaría y, por consiguiente, no procedería aplicar retroactivamente la mencionada ley de matrimonio civil, a fin de evitar que se produzca el efecto inconstitucional descrito.

Se debe añadir que en su requerimiento el Juez de Familia de Concepción agrega, como cuestión de fondo, que la aplicación retroactiva de las normas sobre separación judicial, nulidad y divorcio que la norma legal impugnada permite, también podría vulnerar el derecho de propiedad que tienen las partes en conflicto en estos procesos, respecto de los derechos incorporales adquiridos al amparo del contrato de matrimonio que las une -definido en el artículo 102 del Código Civil-, lo que vulneraría la garantía asegurada en el inciso tercero del numeral 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental.

Por último, el juez requirente manifiesta que la aplicación del precepto legal que se impugna resulta decisiva en la resolución del asunto del que conoce, puesto que de declararse inaplicable por este Tribunal Constitucional el inciso primero del artículo 2º transitorio de la Ley Nº 19.947, debiera proceder el rechazo de la demanda de divorcio culposo que se ha deducido y que, como ya se advirtió, se sostiene en hechos ocurridos con antelación a la entrada en vigencia de la aludida ley.

Mediante resolución de fecha veinte de agosto de dos mil nueve -fojas 52 a 54-, la Primera Sala del Tribunal declaró admisible la acción deducida, ordenando, asimismo, la suspensión del procedimiento en que incide.

Por resolución de fecha veintisiete de agosto de dos mil nueve -fojas 60-, el Tribunal dispuso poner el requerimiento en conocimiento de la señora Presidente de

la República, del Senado y de la Cámara de Diputados, en sus calidades de órganos constitucionales interesados para que en el plazo legal pudieran formular observaciones o acompañar antecedentes que estimasen pertinentes. La misma medida se dispuso a fojas 61, respecto de las partes del proceso pendiente en que incide la acción -según lo informado por el juez requirente en autos-, esto es, de la señora María Gabriela Bancalari Terzi y del señor Domingo Ramón Zettera Galletti.

Consta en autos que ninguno de los órganos públicos referidos, como tampoco las partes de la causa *sub lite*, formularon observaciones al requerimiento o acompañaron antecedente alguno a este proceso constitucional.

Habiéndose traído los autos en relación, el día 19 de noviembre de dos mil nueve se procedió a la vista de la causa, en conjunto con los roles 1423-09 y 1490-09.

CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Que el artículo 93, inciso primero, N° 6°, de la Constitución Política dispone que es atribución del Tribunal Constitucional *“resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”*.

La misma norma constitucional, en su inciso decimoprimer, expresa que: *“la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto”* y agrega que *“corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del*

precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley”;

SEGUNDO.- Que, según se desprende de la exposición inicial, en este proceso se denuncia la vulneración de los principios constitucionales sobre irretroactividad de la ley penal e intangibilidad del dominio sobre derechos incorporales, que provocaría la aplicación de los artículos 2º transitorio y 62, inciso segundo, de la ley N ° 19.947;

TERCERO.- Que, para decidir la primera cuestión planteada, es útil recordar algunos elementos básicos del derecho en materia de responsabilidad y de calificación del delito.

Así, el delito y el cuasidelito civiles son hechos ilícitos, cometidos con dolo o culpa y que producen daño; el delito y el cuasidelito penales son igualmente hechos ilícitos, dolosos o culpables, penados por la ley. La responsabilidad civil o penal deriva de la comisión de un delito o cuasidelito de cada uno de esos caracteres, haciéndose efectiva mediante la acción que busca la indemnización patrimonial, en el primer caso, o el castigo del culpable, en el segundo.

Respecto de los tipos de responsabilidad civil - aunque hay autores que reconocen una sola, cuya fuente es la ley-, se distingue entre la contractual y la extracontractual. Aquélla supone un vínculo jurídico previo entre el autor y la víctima, el incumplimiento de un contrato, y se traduce en indemnizar los perjuicios resultantes; ésta, a su vez, deriva de la ejecución de un hecho doloso o culpable, sin vínculo previo entre autor y

víctima, circunstancia ilícita y dañosa que genera la obligación;

CUARTO.- Que, si bien el concepto de pena se asocia al delito criminal, también en materias civiles hay penas. Como esta Magistratura lo estableció a propósito de la cuestión de inaplicabilidad del artículo 42 de la ley de Concesiones, sobre cobro de la tarifa TAG (requerimiento rol nº 541-2006), nuestra legislación incorpora excepcionalmente las penas privadas, entre otros casos, en el pago de lo no debido, las indignidades para suceder, la cláusula penal y la lesión enorme;

QUINTO.- Que, en nuestra tradición jurídica, la legalidad de la pena y el principio *pro reo* estampados en el inciso séptimo del número 3 del artículo 19: *“Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”*, se entienden referidos al derecho penal. Aluden al delito criminal y a la pena que es su consecuencia.

Se trata de la esencial garantía acuñada en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y recogida, posteriormente, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En nuestra historia constitucional tiene su antecedente en las cartas de 1823, 1833 y 1925, consignándose explícitamente, a nivel legal, en el artículo 18 del Código Penal.

SEXTO.- Que, sin perjuicio de lo razonado precedentemente, el Tribunal Constitucional ha atribuido a la mencionada garantía una amplia connotación, en diversas épocas y en litigios de la mayor trascendencia, haciéndola comprensiva de ilícitos constitucionales (requerimiento rol 46, contra Clodomiro Almeyda M.) y de

sanciones administrativas (requerimientos roles 479 y 480, de Compañía Eléctrica San Isidro S.A. e Ibener S.A.).

SÉPTIMO.- Que, para discernir si se ha configurado una infracción al principio de la legalidad de la pena, es menester determinar, previamente, si la aplicación de los preceptos cuestionados importa una pena o sanción para el autor del hecho ilícito.

Al efecto, cabe señalar que el matrimonio es un contrato solemne (contrato-institución, se señala) que termina, entre otras causales, por sentencia firme de divorcio. Éste puede ser demandado, como lo dice el artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil, *"por uno de los cónyuges por falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos que torne intolerable la vida en común"*.

OCTAVO.- Que la ocurrencia de los hechos -tengan ellos connotación civil o penal- que fundamentan la violación grave de los deberes y obligaciones citados, es el antecedente necesario de esta causal de disolución del vínculo matrimonial: *"Se incurre en dicha causal, entre otros casos, cuando ocurre cualquiera de los siguientes hechos..."*, declara el mencionado artículo 54.

Así, el ámbito de responsabilidad es de carácter contractual, porque existe un vínculo previo entre autor y víctima del daño, y no delictual o cuasidelictual. La declaración del juez de la causa recae sobre la constatación de la existencia de una causal de término del contrato de matrimonio; no versa, como elemento esencial de la acción, sobre la configuración de un ilícito y su castigo. El divorcio no es, pues,

jurídicamente una pena, sin perjuicio de los efectos patrimoniales que produce.

El llamado “divorcio sanción” por alguna doctrina no es sino un índice diferenciador, para efectos didácticos, de los otros divorcios que no requieren causal imputable a los cónyuges.

NOVENO.- Que la conclusión anterior debe entenderse sin perjuicio de la responsabilidad -de otro carácter- que pueden generar autónomamente el o los hechos fundantes de la causal de divorcio invocada. Estos pueden ser, además, ilícitos criminales -atentado contra la vida o integridad física del cónyuge o de alguno de los hijos, comisión de crímenes o simples delitos contra el orden de las familias, por ejemplo- o civiles, como la transgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad.

La pena criminal o la reparación indemnizatoria, en este caso, son el efecto del ilícito penal o civil, pero no de la declaración de divorcio.

DÉCIMO.- Que, asimismo, se ha demandado la inaplicabilidad del artículo 62 de la ley N ° 19.947, que faculta al juez, si se decretare el divorcio por causa imputable a un cónyuge, para denegar o disminuir prudencialmente la compensación económica que habría correspondido al cónyuge que dio lugar a la causal.

UNDÉCIMO.- Que dicha compensación está establecida en el artículo 61 de la ley N ° 19.947, en los siguientes términos:

“Si, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá

derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa”.

Debe indicarse que esta reparación económica no tiene carácter punitivo y que su función no es compensar el desequilibrio material que pudo haberse producido como consecuencia del divorcio ni tampoco restablecer la igualdad entre los cónyuges, sino resarcir el menoscabo pecuniario que el cuidado de los hijos o del hogar produjo en el cónyuge al impedirle desarrollar una actividad remunerada, en forma total o parcial.

La dedicación de uno de los cónyuges a los hijos y al hogar, no configura para el otro cónyuge que no hace lo mismo en igual medida una conducta ilícita que requiera dolo y de la cual derive una sanción de orden penal, ni tampoco una multa a todo evento y preestablecida, sino sólo un deber más de un cónyuge a favor del otro, que además es de cuantía variable según el caso concreto, es de existencia meramente eventual y puede llegar a surgir sólo en caso de divorcio.

Por otro lado, el derecho a la compensación nace como efecto de la declaración del divorcio, de suerte que no existiría correlación lógica entre la legitimidad jurídica de la institución -el divorcio por causa imputable a un cónyuge- y la ilegitimidad de uno de sus efectos, cual es la facultad de denegar o reducir la aludida compensación económica.

DUODÉCIMO.- Que, al tenor de las motivaciones expuestas, procede rechazar el requerimiento en los dos capítulos que se han reseñado, conclusión que se refuerza con la disposición contenida en el artículo 3 de la Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes, en cuanto se proclama que los derechos y obligaciones anexos al estado

civil se subordinarán a la ley posterior, sea que ésta constituya nuevos derechos u obligaciones, sea que modifique o derogue los antiguos.

DECIMOTERCERO.- Que, por último, se ha cuestionado la aplicación retroactiva de las normas sobre divorcio, en cuanto se vulneraría el derecho de propiedad que tienen las partes respecto de los derechos incorporales adquiridos al amparo del matrimonio.

DECIMOCUARTO.- Que, sin entrar aún a la consideración del estatuto constitucional de la propiedad y por mera aplicación de la antigua teoría sobre derechos adquiridos, es dable precisar que el efecto inmediato de la ley nueva afecta las consecuencias de las situaciones jurídicas anteriores, y que los contratos -como el de matrimonio- que por su naturaleza provocan la aplicación de un estatuto legal preestablecido, quedan sometidos a la nueva ley desde su entrada en vigor. *“Así sucede con los contratos del Derecho de Familia: matrimonio, adopción, etc.; la ley nueva que modifica los efectos u otros modos de disolución del matrimonio, se aplica inmediatamente a los matrimonios ya celebrados”* (pgs. 230-231, tomo I, Tratado de Derecho Civil, edición 1998, Alessandri, Somarriva, Vodanovic).

DECIMOQUINTO.- Que no se ha fundamentado con precisión la forma en que la aplicación de los preceptos impugnados contravendría la norma constitucional sobre el derecho de propiedad, omisión que sería bastante para desestimar el reproche; pero, en todo caso, es necesario destacar que de la institución matrimonial no surgen inmediata y directamente derechos susceptibles de apreciación pecuniaria y considerando que el contenido esencial del dominio lo constituye el valor y no la materialidad de la cosa, no puede sino concluirse que

sobre tales derechos incorporales no puede recaer la propiedad; es decir, no se trata de derechos propietarioizables, en cuanto no tienen contenido o provecho económico inmediatos.

Y VISTO lo prescrito en los artículos 19, números 3 y 24 y 93, inciso primero, N ° 6, e inciso décimo primero, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional,

SE DECLARA:

QUE LA APLICACIÓN DE LOS PRECEPTOS IMPUGNADOS EN EL JUICIO SUBLITE NO RESULTA CONTRARIA A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA.

SE DEJA SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN ESTOS AUTOS, OFICIÁNDOSE AL EFECTO AL TRIBUNAL RESPECTIVO.

Se previene que el Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto concurre a la sentencia sin compartir el considerando decimocuarto y la última frase del considerando decimoquinto, desde el punto y coma que precede al término "pero".

Redactó la sentencia el Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake y la prevención, su autor.

Notifíquese, regístrese y archívese.

ROL 1424-09-INA.

Se certifica que el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán concurrió a la vista de la causa y al fallo, pero no firma por encontrarse con permiso.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios (Presidente), Juan Colombo Campbell, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes y Carlos Carmona Santander.

Autoriza la Secretario Suplente del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.