

COMENTARIOS A LA MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE SOCIEDAD CONYUGAL: LA EXPRESIÓN PLANIFICADA DE UN CAMBIO EN EL DERECHO DE FAMILIA

*Comments Concerning to the
Marriage Patrimonial Regime
Modification: The Planned Expression
of a Change in the Family Law*

YASNA OTÁROLA ESPINOZA*

RESUMEN: La autora revisa ciertos aspectos relevantes del proyecto de ley actualmente en tramitación que pretende reemplazar el régimen de sociedad conyugal por el de comunidad de bienes. Plantea la inconveniencia del mismo, pues atraería aparejada la transformación de importantes principios subyacentes en relación al contenido de las obligaciones maritales y del régimen patrimonial bajo

* Abogado. Licenciada en Derecho, Universidad de Talca. Magíster en Ciencias Jurídicas y Doctor © en Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora de Derecho Civil Universidad San Sebastián. <yeotarol@uc.cl>.

Artículo recibido 12 noviembre y aprobado el 15 diciembre de 2010.

la impronta de un Derecho de Familia individualista que propone un cambio en los modelos de matrimonio y familia, pues confiere a la mujer y al marido iguales derechos y obligaciones. La pregunta que plantea es si estamos frente a una modificación que expresa la transformación hacia la cual transita nuestro Derecho de Familia, o si es el fruto de ideas preconcebidas, que quizá no representan nuestra realidad familiar - patrimonial.

ABSTRACT: The authoress checks certain relevant aspects of the law project nowadays in processing that tries to replace the actual marriage patrimonial regime to a goods community. She thinks that it is unsuitability since it would bring the transformation of important underlying principles in relation to the marital obligations content and the marriage patrimonial regime under the stamp of individualistic Family Law that proposes a change in the models of marriage and family, since it gives to the woman and to the husband equalize rights and obligations. The question that she formulates is if this modification expresses the transformation towards which our Family Law is going, or if it is the fruit of preconceived ideas, which probably do not represent our familiar and patrimonial reality.

PALABRAS CLAVES: Derecho de Familia – sociedad conyugal – modificación régimen matrimonial

KEY WORDS: Family Law – marriage patrimonial regime – modification marriage patrimonial regime

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Actualmente se encuentra en tramitación un proyecto de ley¹ que modifica el Código Civil en materia de obligaciones y derechos entre los cónyuges y sustituye el régimen de sociedad conyugal en el que el marido es el jefe de la sociedad y por tanto le corresponde la administración ordinaria, además de sus bienes, de los bienes sociales y los de la mujer, por el de comunidad de bienes en que cada cónyuge administra en forma independiente su patrimonio, esto es, tanto sus bienes propios como aquellos que conforman la futura comunidad. Sin embargo, con particulares características respecto a lo que entiende la doctrina como comunidad restringida de ganancias.

¹ *Proyecto de Ley que Modifica el Código Civil y leyes complementarias en materia de sociedad conyugal, otorgando a la mujer y al marido iguales derechos y obligaciones.* Boletín n° 1707-18, octubre de 1995.

Por ejemplo, en el ámbito de la administración, cada cónyuge administra, goza y dispone, libre y separadamente del patrimonio de la comunidad y el suyo propio. Luego, en torno al derecho que tiene cada cónyuge para suscribir individualmente los contratos que tienen por objeto mantener la familia común, obligando pasiva y solidariamente al otro. Finalmente, en cuanto a los poderes de la mujer, puesto que deroga su administración, tanto de los bienes reservados como de aquellos separados parcialmente e impone la responsabilidad separada del marido y de la mujer por la administración de sus patrimonios, otorgando a ésta y a aquél iguales derechos y obligaciones.

La moción respectiva señala que esta aspiración se asienta, por una parte, en el cambio del sistema cultural-rural por uno urbano-industrial, cuestión que ha permitido no sólo la incorporación de la mujer en el mundo laboral, sino también un cambio de conducta en orden a compartir ambos cónyuges el rol profesional y el doméstico.

Por otra parte, indica que la *“Declaración Universal de los Derechos Humanos garantiza la igualdad de derechos al hombre y a la mujer, en cuanto al matrimonio, durante éste y en caso de su disolución; y la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación en contra de la Mujer, le otorga los mismos derechos a ambos cónyuges en materia de propiedad, administración, goce y disposición de los bienes”*.

Para armonizar la disposición precedente con nuestra normativa, propone modificar ciertas expresiones dada su importancia por el mensaje psicológico que implican, sumado al deber de no ser discriminatorias. Así las normas que en forma genérica se refieren a ambos sexos deben reemplazarse por persona, ser humano o individuo; ya que hacer referencia en este sentido a la palabra hombre, significa menoscabar a la mujer.

Situación que constriñe –según el proyecto– a reparar la desigualdad jurídica que existe entre los cónyuges en torno a la administración de los bienes y obliga a constituir los principios normativos de la igualdad y equidad de derechos y deberes entre la mujer y el marido a través de la referida modificación.

De este modo, el proyecto que a continuación se revisa –en algunos de sus puntos más relevantes– plantea serias dudas respecto a su conveniencia. La fundamental, viene dada por los principios que eventualmente subyacen tras la transformación y que se manifiestan en la alteración del contenido de las obligaciones maritales y del régimen patrimonial bajo la impronta de un Derecho de Familia individualista que propone un cambio en los modelos de

matrimonio y familia tras el que cabe preguntarse, cuál es ahora el alcance de los deberes conyugales.

2. DE LAS OBLIGACIONES Y DERECHOS A LOS DERECHOS Y DEBERES ENTRE LOS CÓNYUGES

La indicación sobre regímenes patrimoniales del matrimonio sustituye el título VI sobre "*Obligaciones y derechos*" por el denominado "*Derechos y deberes entre los cónyuges*". Particularmente respecto a las obligaciones matrimoniales, esto es, aquellas que determinan el contenido de la relación matrimonial y en definitiva el matrimonio declara que los cónyuges gozan de iguales derechos y tienen los mismos deberes al interior del matrimonio².

Acto seguido prescribe que "*los cónyuges se deben mutuamente fidelidad, respeto, protección, socorro y asistencia*"³, derogando, de esta manera, el artículo que establece que "*los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse en todas las circunstancias de la vida. El marido y la mujer se deben respeto y protección recíproco*".

Desde esta perspectiva la intención del legislador ha sido introducir la igualdad de los cónyuges ante la ley otorgando paridad de oportunidades y de posibilidades jurídicas, es decir, concediendo un trato exactamente igual a los cónyuges.

Sin embargo, resulta a lo menos difícil, pretender establecer por ley una paridad equivalente entre los cónyuges, dando por sentado que cada uno tiene y tendrá los mismos derechos y los mismos deberes y en la misma medida⁴.

² De acuerdo a LÓPEZ DE LA CRUZ (2007) p. 7, un proceso similar ha sufrido el Derecho de Familia español a través de la modificación del Código Civil por medio de la introducción del capítulo V, del Título IV, Libro I que afirma la igualdad del marido y de la mujer en derechos y deberes (Ley 14/1975 y Ley 30/1981) que implicó según se ha afirmado- el paulatino abandono de concepciones históricamente arraigadas en la mente del legislador, como es la superioridad masculina y consiguiente inferioridad femenina, que conlleva la necesidad de protección y representación de la mujer casada (...). En definitiva se trata de acabar con una situación de preeminencia y dominación que se traduce en un trato desigual y discriminatorio para la mujer y que tiene sus efectos en muy distintas parcelas de su vida personal y profesional.

³ Artículo 131 inciso 2º de la indicación.

⁴ LACRUZ (1994) p. 652, "*(...) se parte ahora de plataformas de pretensiones y obligaciones totalmente homólogas en las que todo deber o derecho de la mujer*

De esta forma la igualdad al interior del matrimonio plantea, desde nuestro punto de vista las siguientes disquisiciones.

La primera implica admitir que las conductas incumplidoras de los deberes matrimoniales de los cónyuges se neutralizan jurídicamente. Si el matrimonio impone deberes a los cónyuges y en cada situación a uno de ellos dependiendo del otro, significa que el incumplimiento de una parte exonera el de la otra y que deberes conyugales que eran recíprocos se tornan en paralelos⁵.

Sin embargo, en ocasiones la reciprocidad⁶ no se traduce en un igual cumplimiento, depende de las posibilidades y la situación en que se encuentren cada uno de los cónyuges.

La segunda cuestión gira en torno a la codirección del matrimonio, la comunidad de vida que implica el matrimonio acusa la más de las veces la necesidad de pactar y ceder para así tomar decisiones comunes tanto en materia patrimonial como personal.

En consecuencia, la pregunta es qué o quién definirá el conflicto cuando los cónyuges no puedan o no sean capaces de tomar una decisión, si por sobre todo, prima la decisión personal e independiente: *“la pretendida igualdad y libertad”*.

Al existir una disposición que establece que cada cónyuge puede administrar, disponer...en forma independiente, una intromisión a favor de uno u otro podría constituir una vulneración a la paridad; una discriminación positiva o negativa hacia alguno de ellos, pues *“ya no hay un factor externo al sinalagma, al equilibrio de poderes (como la autoridad marital (...), que pueda modalizar su apreciación”*⁷ y resolver el apuro por el que puede atravesar el matrimonio debido a la implantación de un sistema de igualdad e individual de decisiones.

se hallan correspondidos por otros del marido iguales en entidad, accidentes y duración...”.

⁵ LACRUZ (1994) p. 67, *“(...) no se trata de un deber recíproco sino paralelo, que ha de estar presente en la vida de los cónyuges como guía de comportamiento”*.

⁶ NOVALES (2007) p. 61, *“Tal reciprocidad no significa que los deberes personales de los cónyuges sean obligaciones sinalagmáticas, por lo que, como apunta la doctrina no son, Per se, obligaciones sinalagmáticas, y no rige para ellos el artículo 1.124 del CC.”*

⁷ LACRUZ (1994) p. 652.

Precisamente, el camino elegido, un concepto democrático de matrimonio que reconoce a los cónyuges como seres libres e iguales puede terminar siendo un foco de conflicto y, en algunos casos, el fin del matrimonio.

Finalmente, la tercera surge de la intención de terminar con el deber de guardarse fe, la lealtad y la confianza conyugal en todos los ámbitos y circunstancias de la vida matrimonial⁸, desvaneciendo así la rectitud y el compañerismo necesario para la plena consecución del matrimonio y del bien de los cónyuges, "*supuesto que sin él aparecería como imposible la constitución de la comunidad de vida instituida entre marido y mujer desde el mismo momento en el que se ofrecieron y aceptaron recíprocamente como tales, comprometiendo la integridad de sus personas en el consorcio que formaron*"⁹ y que hasta hoy, es sólo exigible mutuamente, en función de la calidad de marido y mujer que ostentan.

Luego entonces habrá que determinar las consecuencias que se derivan en relación con la fidelidad¹⁰.

En efecto la interpretación de ella en el Derecho comparado ha llevado a superar la idea de débito conyugal y que actualmente la fidelidad invista una dimensión afectada por la "*autonomía sexual de los cónyuges*"¹¹. La perspectiva democrática del matrimonio y la exclusión de la lealtad como obligación jurídica, reduciéndola a un deber moral deja atrás la noción de que el matrimonio es un proyecto de vida común y que el deber de guardarse fe junto a la

⁸ SANCHO (2001) p. 84, "*Etimológicamente la palabra fidelidad significa lealtad, observancia de la fe o confianza que uno debe al otro. En ese sentido la fidelidad se halla ligada a conceptos como el del honor, reputación, honestidad y dignidad. Aplicada a la institución matrimonial la fidelidad conllevaría la obligación negativa de los cónyuges de abstenerse de realizar cualquier acto o conducta, sea o no en relación con terceras personas, que suponga una traición o engaño a esa confianza o fe que se tienen depositados los cónyuges y que pone en peligro valores como el honor, la honestidad, la reputación, la integridad o la dignidad del otro cónyuge*".

⁹ BARRIENTOS y NOVALES (2006) p. 284.

¹⁰ RAGEL (1997) p. 301, relaciona la fidelidad con el respeto y señala que el deber conyugal de respeto mutuo es "*mucho más intenso que el deber general de respeto a la dignidad, que merece toda persona por el hecho de serlo. Si cualquier individuo tiene derecho a que los demás respeten su honor, su fama, su intimidad personal y familiar, su moral individual, su integridad física o su libertad, por citar los derechos más inherentes al ser humano, una persona casada tiene derecho a que su pareja le respete ese lugar de privilegio que ocupa dentro de la familia*".

¹¹ LÓPEZ DE LA CRUZ (2007) p. 17.

fidelidad sexual es una derivación de ese proyecto y por lo tanto no se puede sustraer de consecuencias jurídicas.

Adicionalmente desaparece el deber de ayudarse en todas las circunstancias de la vida, la colaboración física y moral, el ejercicio de la solidaridad¹² necesaria para la realización de los cónyuges y para la consecución de una plena comunidad de vida. Reafirmando el paso a un matrimonio constituido sólo para la felicidad y el egoísmo particular¹³.

En conclusión la supresión de algunos deberes¹⁴ supone abandonar el interés de la familia para dar lugar al de los distintos miembros que la componen y asumir que toda clase de sacrificio personal tiene hoy como límite la libertad y la igualdad personal como valores predominantes¹⁵.

¹² LACRUZ (1994) p. 646 señala que *“La ayuda implica distinta posición entre quien la presta y el que la recibe y supone el ejercicio de la solidaridad”*.

¹³ Siguiendo a *Idem.*, p. 652, hacemos propia la idea que *“de un matrimonio en el cual la enfermedad del marido o la mujer, igual que las desgracias y las pérdidas, exige mayor dedicación y devoción en el otro esposo. Se pasa a un matrimonio constituido sólo para lo mejor, y en el cual el derecho individual de un cónyuge “derecho a ser feliz”, prima sobre las obligaciones jurídicas que impone el matrimonio”*.

¹⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE (1996) p. 24, *“Todas estas transformaciones han sido generadas, entre otras causas, por factores filosóficos- ideológicos, que han influido decisivamente en la evolución de las ideas sobre el matrimonio y la familia en los últimos siglos. “Puede hablarse de una ideologización del matrimonio, la familia y la sexualidad humana, que hace depender estas realidades (...) de planteamientos subjetivos...: así, la secularización y el positivismo, que conducen a afirmar el poder de la voluntad política (jurídica) a la hora de definir qué es el matrimonio y cuál es su contenido, o qué tratamiento debe darse a la sexualidad por la sociedad; el individualismo liberal, que contempla el matrimonio y la familia exclusivamente como cause de satisfacción de intereses puramente individuales de sus miembros, como mecanismo de desarrollo de la personalidad individual, a través de su sometimiento a los deseos de dicha voluntad; ligado a éste último, el triunfo de la afectividad (el amor- sentimiento) como razón de ser y fundamento del matrimonio, no sólo en su momento fundacional, sino a lo largo de toda su vida; por último, el pluralismo ideológico y el principio de neutralidad del Estado (y, por tanto, del Derecho)...”*.

¹⁵ DOMÍNGUEZ (2005) p. 214, señala *“El prisma desde el cual se mira a la familia ha variado, centrándose en el presente más en los individuos que la componen que en la entidad familiar misma. (...) aunque se sigue percibiendo como un conjunto de individuos unidos por ciertos vínculos, la tendencia legislativa se ha encaminado a regular sus componentes de manera separada y a tratar a los miembros de la familia como seres autónomos e independientes”*.

3. DE LOS DERECHOS Y DEBERES PATRIMONIALES ENTRE CÓNYUGES

En relación a los deberes patrimoniales entre los cónyuges, el legislador procura incorporar, entre otros, que: *"los cónyuges se deben mutuamente socorro y asistencia en todas las circunstancias de la vida"*¹⁶. Agregado que genera la inquietud de si estos deberes pueden ser impuestos por igual a ambos cónyuges; como también de cuál es la diferencia entre el socorro y la asistencia o si por el contrario son expresiones que denotan lo mismo.

En cuanto al primero no es igual en cada uno de los cónyuges, socorrer o asistir al otro supone hacerlo en la medida de las posibilidades del que socorre y las necesidades del socorrido.

Referente a lo segundo, la distinción aparentemente carece de relevancia jurídica ya que no existe ninguna diferencia apreciable entre los contenidos y los efectos de uno u otro término en la regulación. Sin embargo la tiene, desde el momento de la separación de los cónyuges, pues tras ella desaparece la ayuda, la asistencia *"los cuidados de tipo espiritual e incluso de índole física o material"*¹⁷ y la posibilidad de afirmar que tras la asistencia se hallaría la desaparecida ayuda conyugal que prescinde el proyecto¹⁸.

El deber de ayuda supone la cooperación y colaboración entre los cónyuges; de manera que puede abarcar el sentido restringido de socorro, esto es, el apoyo ante la emergencia¹⁹. Como también una acepción más amplia que se traduce en *"la obligación de cada cónyuge (hablar de esposos alude a aquellos que han celebrado el contrato de esponsales que es la excepción, para hablar genéricamente es más apropiado usar la expresión cónyuge) de asistir al otro en su negocio o profesión, colaborando con él en la medida que exigen las circunstancias personales, familiares y económicas de la familia"*²⁰.

¹⁶ Artículo 135 de la indicación.

¹⁷ ALBADALEJO (1989) p. 131.

¹⁸ PUIG (1947) pp. 218 y 219, señala *"Recuerda que el empleo del término socorro por el legislador, no debe instar al olvido de que la doctrina española y extranjera emplean más adecuadamente los términos auxilio mutuo o recíproca asistencia que son más adecuados para significar el comportamiento exigido derivado de la esencia matrimonial, porque si el matrimonio viene a completar la personalidad humana, cada cónyuge deberá observar respecto del otro una amplia conducta de satisfacción para que el necesitado pueda encontrar cumplimiento. Este deberá abarcar todo lo que se podría llamar el lado negativo de la vida"*.

¹⁹ RAGEL (1996) p. 309.

²⁰ LACRUZ (2005) p. 67.

A mayor abundamiento el Código Civil francés en el artículo 212²¹ distingue entre el socorro y la asistencia. En el sentido de que ésta última es una manifestación de la ayuda conyugal extra patrimonial, en cambio, el socorro surge como solución de apremio patrimonial cuando los cónyuges están separados²².

En consecuencia el vacío que deja el legislador al terminar con el deber de ayuda podría ser suplido con la asistencia considerada sólo como un deber patrimonial entre cónyuges.

Secundariamente, el legislador plantea incorporar en el artículo 137 que *“cada cónyuge puede individualmente suscribir los contratos que tienen por objeto mantener la familia común, obligando al otro solidariamente”*. Premisa que a lo menos insinúa un factor de división e incluso conflicto al interior del matrimonio, particularmente, cuando las relaciones maritales están en crisis o uno de los cónyuges gasta más de lo que debe y acostumbra a despilfarrar el dinero, o definitivamente existen diferencias respecto a si el contrato efectivamente cumple con el objetivo de mantener la familia. Con todo, si el fin de la disposición era prever situaciones en las que uno de los cónyuges no quiere proveer a la familia común, el criterio desvanece, desde el momento de que hay mecanismos jurídicos específicos para ello.

Como también una cierta contradicción entre otorgar libertad e igualdad entre los cónyuges para administrar y disponer del patrimonio común y suscribir estos contratos y, por otra parte, imponer al otro cónyuge solidaridad pasiva en las obligaciones asumidas, siendo la solidaridad la más eficiente de las cauciones personales pero una excepción en materia de obligaciones llama la atención que el legislador tenga que recurrir a esta figura para proteger los intereses del acreedor, en consideración a que en virtud de lo que establece el artículo 166-3: *“cada cónyuge se reputa, respecto de terceros,*

²¹ El artículo 212 del Código Civil francés señala que: *“Les époux se doivent mutuellement respect fidélité, secours, assistance”*.

²² Respecto a la diferencia, COURBE (2003) p. 78, ha señalado que: *“Le devoir d’assistance est théoriquement distinct du devoir de secours. Alors que celui-ci est l’expression de l’obligation alimentaire entre époux, le devoir d’assistance est une manifestation de l’entraide conjugale extrapatrimoniale. Mais la distinction peut être plus facilement faite lorsque les époux vivent en commun. Quand ils sont séparés, le devoir d’assistance se fonde dans le devoir de secours”*. Y particularmente en relación al contenido de la asistencia, HESS-FALLON (2009) p. 65, ha dicho que: *“Les époux ont un devoir d’aide et de soins l’un vis-à-vis de l’autre, qui est fonction de l’âge, de la santé, de la situation professionnelle”*.

dueño de los bienes pertenecientes a la comunidad de bienes, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio, de manera que durante el régimen de comunidad de bienes los acreedores de cada cónyuge podrán perseguir tanto los bienes de éste como aquellos de la comunidad de bienes; sin perjuicio de los abonos o compensaciones que a consecuencia de ello deba un cónyuge a la comunidad de bienes o la comunidad de bienes a ese cónyuge".

De esta forma, si los cónyuges son sujetos de derechos, libres e iguales para administrar su patrimonio propio y el de la comunidad y por ende individualmente responsables por las obligaciones contraídas, resulta a lo menos contradictorio imponer la solidaridad mencionada.

En seguida, aunque el legislador intenta reparar la situación señalando que *"no existirá solidaridad respecto de gastos que puedan ser considerados excesivos, atendiendo el nivel de vida de la familia común, la inutilidad de la operación o la mala fe del tercero contratante"*, la solución resulta inconveniente porque obliga a recurrir a los tribunales de justicia, generando una beligerancia en un matrimonio que quizás tiene diferencias, pero que no está irremediablemente roto y, tardía porque en el ínter tanto el acreedor puede haber iniciado acciones para el cumplimiento de las obligaciones e impetrado medidas prejudiciales o precautorias que afectan el patrimonio común.

4. CAPITULACIONES MATRIMONIALES

El legislador mantiene el derecho de los cónyuges a celebrar convenciones de carácter patrimonial antes del matrimonio o en el acto de su celebración. Sin embargo, altera su objeto porque, por una parte, en el ámbito de la administración cada cónyuge conduce, goza y dispone, libre y separadamente del patrimonio de la comunidad y del suyo propio y por otra, a causa de que en materia de patrimonio reservado de la mujer casada ha sido concebido como un derecho del cónyuge no administrador si ha delegado la administración de la comunidad y de sus bienes propios.

Desde este punto de vista, en las capitulaciones que se celebren en el acto del matrimonio –suponiendo que la indicación sea aprobada– sólo podrá pactarse separación total de bienes, participación en los gananciales o la delegación de la administración de la comunidad de bienes y de los bienes

propios, prevista en el artículo 167-1²³ con la declaración de exclusión de bienes prevista 165-1²⁴, en su caso.

Por su parte, en las que se celebren antes del matrimonio podrá estipularse separación total o parcial de bienes o participación en los gananciales, el pacto de delegación de la administración de la comunidad de bienes y de los bienes propios, previsto en el artículo 167-1, la declaración de exclusión de bienes prevista en el 165-1 o cualquier otra convención patrimonial lícita²⁵.

Así entonces tiene lugar un cambio de objeto que no es ni más ni menos amplio que el que existía, pero si congruente con las modificaciones que se pretenden establecer y particularmente con los principios inspiradores de la reforma: la libre decisión de los cónyuges en la elección del régimen de bienes o, en términos privatistas, a la autonomía de la voluntad, que otorga mutabilidad a esta materia²⁶.

5. LA COMUNIDAD DE BIENES

La iniciativa legal en trámite persigue sustituir la sociedad conyugal por el régimen patrimonial de la comunidad de bienes. Tal fenómeno responde a que la administración del marido es una expresión de la discriminación en

²³ Artículo 167-1 inciso 1º: *“En las capitulaciones matrimoniales un cónyuge podrá delegar en el otro la administración de la comunidad de bienes y de sus bienes propios sujeto a las obligaciones y restricciones de este párrafo”.*

²⁴ Artículo 165-1 inciso 1º: *“El cónyuge que ha delegado la administración de la comunidad de bienes y de sus bienes propios, podrá efectuar una declaración de voluntad expresada en la capitulación matrimonial en que se pacta la delegación, para excluir de la administración delegada ciertos bienes propios necesarios para el desarrollo de su profesión u oficio separado de los del otro cónyuge, siempre que éstos no estén destinados a un comercio o explotación que forme parte principal de la comunidad de bienes del matrimonio”.*

²⁵ Actualmente las capitulaciones que se celebran en el acto del matrimonio; sólo pueden tener por objeto pactar la separación total de bienes o el régimen de participación en los gananciales. Y las que se celebran antes del matrimonio el objeto puede ser: acordar la separación total o parcial de bienes; estipular que la mujer dispondrá libremente de una determinada suma de dinero, o de una pensión periódica; hacerse los esposos donaciones por causa de matrimonio; eximir de la sociedad conyugal cualquier parte de los bienes muebles, renunciar a los gananciales...no existiendo más límites que los que señala el artículo 1717 del Código Civil.

²⁶ DOMÍNGUEZ (2005) p. 209.

contra de la mujer²⁷ y un atentado a principio de igualdad entre los cónyuges en el régimen de bienes²⁸ reconocido en nuestro texto constitucional en los artículos 1º y 19 N.º 2.

En correspondencia la indicación prescribe que en el régimen de *"comunidad de bienes se forma un patrimonio común"* y, respecto a la administración indica que *"cada cónyuge administra, goza y dispone, libre y separadamente, el patrimonio de la comunidad y su patrimonio propio..."*.

Así, la idea es mantener una especie de comunidad restringida de gananciales, donde sólo ingresan al haber común los bienes muebles o inmuebles que los cónyuges adquieran durante el matrimonio a título oneroso y los frutos producidos tanto por esos bienes como por sus bienes propios,

²⁷ Respecto al régimen patrimonial sociedad conyugal, FIGUEROA YÁÑEZ, manifiesta que es muy difícil sostener la constitucionalidad de la sociedad conyugal. *"En primer lugar porque de los cuatro haberes que normalmente conforman ese régimen, tres son administrados por el marido, lo que resulta claramente discriminatorio respecto de los derechos de la mujer"*. Asimismo, DOYHARCABAL señala que *"el principio que inspiró este régimen fue el de unidad o cohesión de la familia, sometida a una voluntad rectora, que es la del marido y el padre, es decir el gran proveedor"*. Posteriormente expresa que *"ha pasado mucho tiempo desde entonces y que hoy vivimos circunstancias muy distintas..."* Por último, GALVÁN resalta que *"el régimen propuesto es más acorde con las tendencias que se advierten en el moderno Derecho de Familia, de sustitución de sistemas puros de comunidad o de separación por fórmulas mixtas de participación, categoría esta última a la cual pertenece tanto el régimen de participación en los gananciales como el de comunidad. Esta evolución está inspirada (...) en el principio de igualdad o equiparación jurídica que lleva aparejada la supresión de los beneficios y prerrogativas de la mujer..."* Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, 17-04-2007 sobre el Proyecto de Ley que Modifica el Código Civil y leyes complementarias en materia de sociedad conyugal, otorgando a la mujer y al marido iguales derechos y obligaciones. Boletín N° 1707-18, octubre de 1995.

²⁸ La Comisión Nacional de la Familia en su informe señala: *"No existen alternativas, como se ha dicho, existe sólo un régimen patrimonial dentro del matrimonio; la alternativa es tomarlo o no tomar ninguno, porque la separación de bienes no es un régimen propio del matrimonio"*. Por último, expresa que en relación con la capacidad de la mujer, salvo que ésta tenga patrimonio reservado o alguno de los demás patrimonios que excepcionalmente puede administrar, resulta ilusoria en el ámbito patrimonial. Moción de los Diputados señorita Saa, señoras Prochelle, Rebolledo y Pollarolo, y señores Palma (don Andrés), Jocelyn-Holt, Balbontín y Pérez (don Aníbal). Modifica el Código Civil y leyes complementarias en materia de sociedad conyugal o comunidad de gananciales otorgando a la mujer y el marido iguales derechos y obligaciones. (Boletín N° 1707-18).

para constituir una masa o fondo común que pertenece a ambos cónyuges y que se divide entre ellos una vez disuelta la comunidad, con la paradoja de otorgar un derecho absoluto y exclusivo a cada cónyuge permitiéndoles usar, gozar y disponer libre y separadamente, en circunstancias, que en la comunidad los atributos del dominio sobre el patrimonio común están limitados por el derecho del otro.

Inmediatamente puntualiza el derecho de cada cónyuge a través de autorizaciones para realizar determinados actos jurídicos generando un espacio de control sobre la decisión unilateral, dejando igualmente sentado el principio de la libertad y la igualdad²⁹.

Adicionalmente el proyecto salvaguarda la figura del patrimonio reservado al cónyuge que delega la administración de la comunidad de bienes pudiendo en consecuencia ser titular tanto la mujer como el marido y proscribiendo el derecho que tenía la primera a mantener un patrimonio reservado y renunciar a los gananciales de la sociedad conyugal, en virtud de su calidad de cónyuge generalmente más débil³⁰.

Desde esta perspectiva bastaba con incluir los bienes propios de la mujer en la administración del patrimonio reservado y otorgar más celeridad procesal a la vía que permite a la cónyuge asumir la administración extraordinaria de los bienes sociales en determinadas circunstancias para terminar de esta forma con el poder del marido sobre los bienes de la mujer casada en sociedad conyugal y no terminar con la sociedad conyugal.

Finalmente nada justifica la sustitución de la sociedad conyugal siendo un sistema que se ajusta al matrimonio como comunidad de vida, que resguarda los derechos de los cónyuges, ya sea que la mujer trabaje y particularmente si

²⁹ DOMÍNGUEZ (2005) p. 2132, *“El principio de libertad del individuo tiende a formularse sin referencia alguna a la familia y, por lo mismo, a desprenderse de algunas de las trabas que el orden público envuelto en ella le imponen”*.

³⁰ A la luz de las estadísticas del último censo la fuerza laboral femenina asciende a un 35,6% de la población; la participación laboral de la misma ha aumentado en 7,5 puntos porcentuales entre los años 1992 y 2002; el nivel educacional indica que de un universo de 13.965.359 habitantes un 1.119.321 de mujeres declara poseer educación superior, 2.922.219 básica y 2.575.346 media. la realidad indica que al año 2002 que de un total de 4.141.427 hogares, 3.708.224 son propietarios de una vivienda; 308.828 poseen dos viviendas; 82.935 son propietarios de tres y sólo 41.440 es dueño de cuatro o más. Síntesis censal (2002) p. 41.

no lo hace, salvaguarda el equilibrio entre marido y mujer al permitir la administración del marido de la sociedad conyugal, la gestión de la mujer en sus bienes (patrimonio reservado), sin perjuicio de la existencia de un patrimonio de responsabilidad para enfrentar esta última³¹.

6. EFECTOS DEL DIVORCIO: LAS EXCEPCIONES

Respecto a las excepciones relativas al divorcio, el legislador excluye el artículo 174 que prescribe que: *"El cónyuge que no haya dado causa al divorcio tendrá derecho a que el otro cónyuge lo provea de alimentos según las reglas generales"*. Como también el artículo 177 que señala: *"Si la culpabilidad del cónyuge contra quien se ha obtenido el divorcio fuere atenuada por circunstancias graves en la conducta del cónyuge que lo solicitó, podrá el juez moderar el rigor de las disposiciones precedentes"*, para limitarla a la separación judicial.

Con la incorporación legal del divorcio vincular, en particular la modalidad divorcio remedio por cese de convivencia que permite *"liberar el matrimonio de la idea de culpa en el cumplimiento de sus deberes"*³² y el divorcio de común acuerdo; ambos que permiten dejar sin efecto el compromiso matrimonial. En relación a este último y en lo que concierne al incumplimiento de los deberes conyugales se advierte una paulatina difuminación

³¹ Al respecto cabe tener en cuenta los *"poderes de la mujer casada en régimen de sociedad conyugal"*, específicamente *"los poderes propios de la mujer; poderes de coadministración; poderes sancionatorios; poderes respecto de sus bienes propios"*, lo cual revela que la *"situación de la mujer casada... no es tan desmedrada como se acostumbra indicar"*. DOMÍNGUEZ (1999) pp. 94-103. En el mismo sentido se ha señalado que *"El régimen de sociedad conyugal proporciona a la mujer beneficios de gran envergadura; sólo a ella se le permite pedir la separación de bienes; ella goza del beneficio de emolumentos, por lo cual sólo responde con los gananciales por las deudas sociales; tiene derecho, sin necesidad de declaración judicial o autorización marital, al patrimonio reservado..."*. En definitiva, *"no toda diferencia de trato es discriminatoria si está justificada en la realidad social, cultural y económica, como justamente sucede con la mujer que claramente tiene una posición desventajosa en el desempeño de labores fuera del hogar. Se trata (...) de una discriminación positiva absolutamente legítima y conveniente"* CORRAL, Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, 2007 sobre el Proyecto de Ley que Modifica el Código Civil y leyes complementarias en materia de sociedad conyugal, otorgando a la mujer y al marido iguales derechos y obligaciones. Boletín 1707-18, octubre de 1995.

³² CORRAL (2004) pp. 2 y 7.

de sanción jurídica a las obligaciones derivadas del matrimonio³³. Además, de una disolución que ya no obedece únicamente a causas predeterminadas por el Derecho, sino de aquellas que determinen conjunta o unilateralmente los cónyuges.

Esta tendencia se ha ido gestando poco a poco en nuestro país, primero con la casi total retirada del Derecho penal del ámbito del matrimonio, a través de la despenalización de la infidelidad conyugal y luego con el mantenimiento de sanciones civiles bastante inofensivas³⁴. Y -actualmente- por medio de la imposibilidad de obtener alimentos del cónyuge culpable y la implantación de un modelo jurídico de familia³⁵ que en virtud de la libertad y la paridad conviene en otorgar valor a la autonomía de los cónyuges en la decisión de regular los conflictos conyugales a través de la separación y el divorcio sin culpa³⁶.

Estas transformaciones jurídicas y en particular la que propone la indicación altera significativamente el concepto jurídico de matrimonio, así como la representación que la sociedad se hace del mismo hasta llegar a vaciarlo prácticamente de sentido. Se difumina así el sentido natural y estricto de matrimonio integrando bajo su nombre a una asociación de individuos independientes y jurídicamente irresponsables ante el incumplimiento de los deberes conyugales³⁷.

³³ En este sentido, LACRUZ (1984) p. 179, hace hincapié en que para la escuela histórica las virtudes de la fidelidad, la devoción y el respeto se imponen por la costumbre y no por la ley, de manera que debiera dejarse la ordenación de las relaciones familiares a los miembros de la familia y a su sentido moral, puesto que no pertenecen al campo del Derecho. Asimismo, ALBALADEJO (1989) p. 128, sostiene que todos estos deberes tienen un marcado contenido moral y que no existe posibilidad de imponer su cumplimiento forzoso específico. Del mismo modo, hay también quienes ven en aquellos deberes auténticas obligaciones jurídicas incluidas entre los efectos del matrimonio, que los cónyuges deben o están obligados a cumplir, incluso indirectamente, toda vez que en cuanto a su transgresión puede dar lugar a responsabilidad civil y al resarcimiento de daños y perjuicios. Vid. v.g. ROMERO (1988) p. 66, ROCA (2000) p. 547, RAGEL (2005) p. 563, NOVALES (2006) p. 201, DE VERDA (2007) pp. 94-99.

³⁴ CORRAL (2002) p. 27.

³⁵ DE LA CÁMARA (1981) p. 979.

³⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE (1996) p. 38, *“El matrimonio y la familia serán lo que la voluntad de sus miembros quiera que sean; y durarán lo que la voluntad de sus miembros quiera que duren”*.

³⁷ FERRER (2003) p. 1840, indica que *“la inmunidad al interior de la familia se está reduciendo en virtud de la tendencia, asociada al individualismo liberal, que persigue realzar los derechos individuales de las personas en el seno de la familia, a potenciar la autonomía privada en la configuración de las relaciones conyugales o de pareja, y a facilitar que la*

CONCLUSIONES

La indicación que propone la sustitución del régimen de sociedad conyugal por el comunidad de bienes no tiene por objeto regular un cambio social, tampoco otorgar igualdad en el ámbito patrimonial, ni menos romper con la discriminación de género, sino sólo “mostrar la supuesta arbitrariedad que guarda el régimen de sociedad conyugal”³⁸. Teñirlo de principios que no han nacido en nuestra cultura jurídica, ni menos de nuestra realidad patrimonial-familiar³⁹.

De esta manera estamos frente a una modificación que expresa el camino hacia el cual –algunos– desean que transite nuestro Derecho de Familia en materia de propiedad, pero que bajo ningún concepto responde a la realidad patrimonial de aquellas mujeres de escasa preparación académica, que todavía no ingresan al campo laboral o de aquellas que han ingresado con disminuidas remuneraciones, lo que demuestra a nuestro juicio la voluntad preconcebida de implantar un régimen matrimonial y patrimonial que no nos personifica y la indiferencia por mantener un régimen que se ajusta a nuestra realidad o por incorporar a éste –eventualmente– los ajustes que procedan.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALBADALEJO, Manuel (1989): *IV Curso de Derecho Civil. Derecho de familia* (Barcelona, Editorial Bosch) 341 p.

ATIENZA NAVARRO, M^a L. (2006): “La incidencia de las reformas de 2005 en materia de efectos personales del matrimonio”, De VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ (coordinador), *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia de 2005* (España, Colección de Monografías de Aranzadi) 300 p.

BARRIENTOS GRANDÓN, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aranzazu (2004): *Nuevo Derecho Matrimonial chileno. Ley N° 19.947: celebración del matrimonio, separación, divorcio y nulidad* (2^a edición, Santiago, LexisNexis) 472 p.

persona pueda, en el marco de dicha autonomía, reevaluar permanentemente si mantiene o abandona sus compromisos de convivencia a la vista de sus costos y beneficios individuales”.

³⁸ HESPANHA (2002) p. 249.

³⁹ En esa línea se ha dicho que en el Derecho Comparado las ideas matrices de autoridad y subordinación han cedido a la de igualdad y cooperación. Cuestión que permite proponer una sistematización de las nuevas ideas que subyacen y fundamentan el actual Derecho de Familia. Veloso (1998) p. 38.

- CORRAL TALCIANI, Hernán (2002): "Claves para entender el Derecho de Familia contemporáneo", *Revista Chilena de Derecho* (vol. 29 n° 1): pp. 25-34.
- COURBE, Patrick (2003): *Droit de la Famille* (París, Armand Colin) 458 p.
- DE LA CÁMARA, Manuel (1981): "La reforma española del Derecho de Familia y su comparación con el Derecho de otros países", *Revista Notarial de La Plata, Colegio de Escribanos* (n° 857): pp. 975-1001.
- DOMÍNGUEZ, Carmen (1999): "La situación de la mujer casada en el régimen patrimonial chileno: mito o realidad", *Revista chilena de Derecho* (vol. 26 n° 1): pp. 87-103.
- _____ (2005): "Los principios que informan el Derecho de Familia chileno: su formación clásica y su revisión moderna", *Revista Chilena de Derecho* (vol. 32 n° 2): pp. 205-218.
- FERRER RIBA, Joseph (2003): "Relaciones familiares y límites del Derecho de Daños", CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (Madrid, Editorial Civitas) pp. 1837-1867.
- GLENDON, Mary Ann (1996): *The transformation of family law: state, law, and family in the United States and western Europe* (Chicago, The University of Chicago Press) 347 p.
- HESS-FALLON, Brigitte (2009): *Droit de la famille* (7ª edición, París, Editorial Dalloz) 257 p.
- HESPANHA, A. M. (2002): *Cultura jurídica europea síntesis de un milenio* (Madrid, Tecnos) 280 p.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis (1984): *Elementos de Derecho Civil* (Barcelona, Editorial Dykinson), tomo IV.
- _____ (2005): *IV Elementos de Derecho Civil. Familia* (2ª edición, Madrid, Editorial Dykinson), 462 pp.
- LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura (2007): "La incidencia del principio de igualdad en la distribución de las responsabilidades domésticas y familiares", *Revista de Derecho Privado: Año N° 91*, pp. 3-45, año 91.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos (1996): *Diagnostico sobre el Derecho de familia* (Madrid, Editorial Gráficas Rógar) 214 p.

NAVARRO-VALLS, Rafael (1997): *Matrimonio y Derecho* (Madrid, Editorial Tecnos) 133 p.

NOVALES, María (2007): *Los deberes personales entre los cónyuges ayer y hoy* (Granada, Comares) 399 p.

RAGEL SÁNCHEZ, Luis (1996-1997): "Los Deberes conyugales", *Anuario de la Facultad de Derecho* (vol. 14-15): pp. 261-314.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Código Civil chileno.

Código Civil francés.

Proyecto de Ley que Modifica el Código Civil y leyes complementarias en materia de sociedad conyugal, otorgando a la mujer y al marido iguales derechos y obligaciones. Boletín n° 1707-18, octubre de 1995.