



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS RELACIONES DE DESIGUALDAD ENTRE CÓNYUGES
Y MECANISMOS DE PROTECCIÓN AL CÓNYUGE DÉBIL.**

Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales

CRISTIÁN EDUARDO CALDERÓN BÓRQUEZ

Profesor guía: Doctora Fabiola Lathrop Gómez.

Santiago, Chile
2012

ÍNDICE

Contenidos	Pág.
PORTADA.....	i
ÍNDICE.....	ii
RESUMEN.....	vii
 INTRODUCCIÓN.....	 1
 CAPÍTULO I	
ANTECEDENTES HISTÓRICOS, SOCIALES Y JURÍDICOS DE LAS RELACIONES CONYUGALES.....	5
1. Apreciación social y jurídica del matrimonio y de los cónyuges en el Derecho Romano.....	7
1.1. Conceptos preliminares: Personas y familia.....	8
1.2. El matrimonio en Roma.....	10
1.3. Diferencias sociales y jurídicas en consideración al género de los cónyuges.....	13
2. Influencia de la Iglesia Católica y el Derecho Canónico en las relaciones matrimoniales.....	18
2.1. La moral cristiana y el matrimonio romano-germánico.....	18
2.2. Doctrina de la Fe sobre el Matrimonio: la esencia del matrimonio implica la igualdad entre cónyuges.....	20
3. El matrimonio y la situación jurídico-social de los cónyuges en el Derecho Indiano.....	24
3.1. El matrimonio en el sistema jurídico Indiano.....	24
3.2. Efectos del matrimonio y situación jurídica de los cónyuges.....	27
3.2.1. Efectos no patrimoniales del matrimonio.....	29
3.2.2. Efectos patrimoniales del matrimonio.....	32

4. Sobre el fundamento económico de la desigualdad social y jurídica entre cónyuges e identificación de la mujer como cónyuge en situación de desventaja.....	36
5. Evolución de las relaciones conyugales en el mundo occidental contemporáneo: hacia la eliminación de las desigualdades entre marido y mujer.....	39
CAPÍTULO II	
CÓNYUGE DÉBIL Y SU PROTECCIÓN JURÍDICA.....	43
1. Igualdad entre cónyuges.....	45
2. Concepto de debilidad conyugal introducido por la Ley de Matrimonio Civil.....	49
3. Nuestro concepto de cónyuge débil.....	51
4. Protección legal al cónyuge débil a la luz de la evolución social contemporánea.....	56
CAPÍTULO III	
MATRIMONIO, IGUALDAD Y PROTECCIÓN DE LOS CÓNYUGES EN LA LEGISLACIÓN CHILENA.....	59
1. Evolución normativa del matrimonio y del tratamiento de los cónyuges en la legislación chilena.....	59
1.1. Legislación patria anterior a la primera Ley de Matrimonio Civil.....	59
1.2. La Ley de Matrimonio Civil de 1884 y modificaciones posteriores al estatuto de las relaciones matrimoniales.....	66
1.3. La Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil.....	72
2. Descripción y crítica de la situación jurídica de los cónyuges en el Derecho chileno actual.....	74

2.1. Derechos y deberes recíprocos de carácter personal o moral.....	75
2.1.1. Deber de fidelidad.....	76
2.1.2. Deber de socorro.....	78
2.1.3. Deber de ayuda o asistencia mutua.....	80
2.1.4. Deber de respeto y protección recíprocos.....	81
2.1.5. Derecho y deber de vivir en el hogar común.....	81
2.1.6. Deber de cohabitación.....	82
2.1.7. Auxilios y expensas para la litis.....	82
2.2. Protección de un cónyuge en relación a los efectos patrimoniales del matrimonio.....	83
2.2.1. Protección existente en los regímenes matrimoniales.....	83
2.2.2. Otras normas protectoras en materia patrimonial.....	89
3. El régimen de sociedad conyugal chileno.....	91
3.1. Análisis de las normas de la sociedad conyugal bajo la perspectiva de la protección al cónyuge débil.....	92
3.1.1. Administración ordinaria sobre los bienes sociales y limitaciones tendientes a proteger los intereses de la mujer.....	95
3.1.2. Situaciones de excepción en las cuales la mujer participa de la administración de los bienes sociales.....	99
3.1.3. Bienes respecto de los cuales la mujer puede actuar libremente.....	101
3.1.4. Posibilidades y limitaciones de la mujer en la administración de sus bienes propios.....	103
a) Actos patrimoniales de la mujer casada en sociedad conyugal sobre sus bienes propios.....	106
b) Sobre la posibilidad de que el marido otorgue un mandato a la mujer para que administre sus bienes propios.....	111
c) Actos de familia cuyos efectos se relacionan con los bienes propios de la mujer casada en sociedad conyugal.....	113
3.1.5. Consentimiento necesario de la mujer para ciertos actos de administración ordinaria sobre sus bienes propios.....	114

3.1.6.	Protección de los bienes propios de la mujer frente a las deudas contraídas bajo el régimen de sociedad conyugal.....	117
3.1.7.	Responsabilidad extracontractual de la mujer.....	120
3.1.8.	Capacidad procesal de la mujer casada en sociedad conyugal.....	120
3.2.	El estatuto de la sociedad conyugal chilena y su vulneración a la Constitución Política de la República y los Tratados Internacionales.....	123
3.3.	El caso de Sonia Arce contra el Estado chileno: cuestionamiento de la sociedad conyugal ante el Derecho Internacional.....	127
3.4.	Derecho proyectado para la modificación de la sociedad conyugal: Boletines N° 1708-18 de 1995 y N° 7567-07 de 2011.....	137
3.4.1.	El proyecto de la comunidad de gananciales, Boletín N° 1708-18...	140
3.4.2.	Proyecto de reforma a la sociedad conyugal, Boletín N° 7567-07 de 2011.....	145
3.5.	Regímenes matrimoniales legales y principio de igualdad conyugal en Derecho Comparado.....	155
3.5.1	Matrimonio y régimen de comunidad de bienes en la legislación española.....	157
3.5.2	La comunidad de bienes conyugales según la legislación francesa...	161
3.5.3	La comunidad de bienes conyugales en la legislación italiana.....	163
3.5.4	Matrimonio y régimen patrimonial en la legislación alemana.....	164
3.5.5	Régimen de bienes para el matrimonio según la legislación brasileña.....	166
3.5.6	Régimen de bienes para el matrimonio según la legislación argentina.....	167
4.	Protección del cónyuge más débil ante la crisis y ruptura matrimonial.....	168
4.1.	Modelos de Derecho Comparado de protección jurídica del cónyuge débil ante la ruptura matrimonial.....	168
4.1.1.	Modelo de obligación alimenticia postmatrimonial.....	170
4.1.2.	Modelo de prestación compensatoria.....	171

4.2. Instituciones del estatuto matrimonial chileno que protegen al cónyuge débil ante la crisis o ruptura matrimonial.....	172
4.2.1. Obligación de alimentos entre cónyuges.....	174
4.2.2. Los bienes familiares.....	176
4.2.3. Compensación económica.....	181
4.2.4. El acuerdo completo y suficiente en caso de separación y divorcio...	190
4.2.5. Oposición al divorcio por deuda de alimentos.....	192
4.2.6. Protección en la mediación.....	193
CONCLUSIONES.....	194
BIBLIOGRAFÍA.....	199
ANEXO.....	211

RESUMEN

Las relaciones entre marido y mujer en el Derecho chileno, desde los inicios de la República, han estado marcadas por una importante discriminación contra la mujer en la toma de decisiones patrimoniales del matrimonio. Esta circunstancia no es más que consecuencia de lo que, en este aspecto, ha acontecido en el sistema social y jurídico a lo largo de la historia de Occidente.

El reconocimiento constitucional e internacional del principio de igualdad de todas las personas ha inspirado las reformas legislativas en Derecho Comparado durante los siglos XX y XXI, con las que se ha logrado equiparar cada vez más los derechos, facultades, deberes y obligaciones de ambos cónyuges. Pero aún queda tarea pendiente. En términos generales, los resabios aún vigentes de desigualdad concentran el poder decisorio de las cuestiones económicas en el marido, lo cual se expresa de manera destacada, entre nosotros, en el régimen de sociedad conyugal.

La presente memoria realiza una revisión sistemática del régimen jurídico chileno actual de relaciones conyugales, a fin de hacer una evaluación crítica de las distintas disposiciones que, aún hoy, establecen discriminaciones o desigualdades entre marido y mujer. A su vez, analiza las distintas instituciones o mecanismos que el legislador ha elaborado para paliar o compensar las inequidades y desventajas de un cónyuge respecto al otro. Para el cumplimiento de estos fines, se utilizará un método descriptivo y crítico de los textos positivos, fundamentando el análisis en la investigación de abundante doctrina y jurisprudencia relevante.

El centro de nuestro estudio será el concepto de “cónyuge débil”, como sujeto en circunstancias jurídico-económicas desiguales o menos ventajosas en contraposición a las de su consorte. En torno a este concepto, se desarrollará el principio de “Protección al cónyuge débil”, como instrumento para remediar las condiciones de desigualdad y debilidad que afectan a este cónyuge. Se trata de una importante herramienta para subsanar las deficiencias jurídicas y de facto que impiden la plena realización del principio de igualdad en las relaciones conyugales, cumpliendo una función de mejoría o puente hacia la plena igualdad entre cónyuges.

El estudio de la legislación patria demostrará que, a nuestro juicio, el espíritu de protección a este cónyuge en desventaja ha inspirado numerosas disposiciones legales, y que la consagración del Principio de protección al cónyuge débil, en el artículo 3 de la Ley N° 19.947, viene a ser su máxima expresión, pero, también, el inicio de la ampliación de su aplicación a todo el matrimonio, esto es, desde su inicio, su desarrollo, y hasta su término y efectos posteriores.

INTRODUCCIÓN

El artículo 102 del Código Civil chileno define el matrimonio como "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". El matrimonio constituye una relación caracterizada por especiales y complejos elementos que describen numerosos matices entre sí. Una de las particulares características de la relación matrimonial se expresa en que los cónyuges no siempre se encuentran en igualdad de condiciones a lo largo del desarrollo y vigencia del matrimonio, tanto desde un punto de vista jurídico como patrimonial (económico).

La observación del desarrollo y evolución histórica del matrimonio, desde la Antigüedad hasta hoy, demuestra la existencia de dos apreciaciones: cuando se considera el matrimonio en su dimensión moral, valorativa y de propósitos fundamentales, se reconoce que los fines del matrimonio son, principalmente, la convivencia, el desarrollo personal y mutuo, la procreación, y el compartir un plan de vida común, todo lo cual inspira la convicción de que las relaciones personales y morales entre marido y mujer han de ser iguales y recíprocas. Mas, cuando se aplica un tratamiento al ámbito patrimonial del matrimonio y a las atribuciones de los consortes, se plantean profundas diferencias entre el hombre y la mujer. Se trata de desigualdades entre los cónyuges que surgieron, en un principio, debido a los intereses económicos involucrados en las relaciones conyugales y familiares pero que, luego, fueron institucionalizadas jurídicamente, estableciéndose así una serie de inequidades que, con matices, perduran hasta nuestros días. Estas desigualdades jurídicas, por años aceptadas y justificadas, son causa de un estado de debilidad en desmedro de uno de los cónyuges –normalmente, la mujer-.

Esta desigualdad jurídica, en muchas ocasiones, es reafirmada por una situación de desventaja o debilidad patrimonial, que poco puede mejorarse cuando las posibilidades jurídicas de actuación son restringidas. Es posible, entonces, que se cree un círculo vicioso en que leyes y recursos impiden el pleno y satisfactorio desarrollo de la vida jurídica y socioeconómica de uno de los cónyuges, a quien consideramos “débil”, por contraposición al holgado campo de actos y decisiones de que disfruta su consorte.

La debilidad creada por las desigualdades jurídicas, sin embargo, ha sido objeto de críticas por la injusta discriminación que sufre el cónyuge en desventaja. Los reproches se han acentuado en las últimas décadas en el Derecho comparado y nacional por el advenimiento y alta valoración que ha adquirido el principio de igualdad.

En ese sentido, el legislador chileno, desde los inicios de nuestra historia civilista, ha entendido que las situaciones de desigualdad jurídica de los cónyuges no son tolerables y requieren modificación, todo con el propósito de alcanzar los fines propugnados por el imperativo de la igualdad. Sin embargo, la innovación jurídica requiere de cambios que no se realizan inmediatamente, sino que son progresivos, por lo que, ante la falta de mecanismos que establezcan la plena igualdad conyugal, se han dispuesto instrumentos e instituciones que buscan proteger al cónyuge débil. Así, por ejemplo, se observa que existen normas protectoras tanto en el Código Civil como en leyes especiales, por ejemplo, la Ley de Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias.¹

La expresión más explícita de las medidas protectoras se consagró en el principio formativo del actual Derecho de Familia, denominado **Protección del Cónyuge más Débil**.² Este principio fue incorporado expresamente en la Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil y debe ser aplicado en todos los asuntos que digan relación con las materias que dicha ley regula.

Las disposiciones legales del actual ordenamiento jurídico chileno que tienden a proteger al cónyuge débil son manifestación de una realidad que se ha mostrado a lo largo de la historia

¹ Cfr. ORREGO ACUÑA, Juan. Visión crítica de la sociedad conyugal y algunos fundamentos del principio de protección al cónyuge más débil. En: GUZMÁN Brito, Alejandro. Estudios de Derecho Civil III. Jornadas nacionales de Derecho Civil (Valparaíso. 28 a 30 de junio 2007). Santiago, Chile. Editorial Legal Publishing. 2008. pp. 85-98.

² El artículo 3 de la Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil habla del cónyuge “más” débil, situación que ha sido observada y comentada por don Javier Barrientos Grandón, quien ha esbozado que, por el tenor de esta redacción, se podría colegir que, al reconocerse que un cónyuge es “más” débil que el otro, implícitamente, se estaría reconociendo por el legislador que ambos son débiles y la palabra “más” solo denotaría una diferencia de grado entre ambos cónyuges en situación de debilidad. Lo normal es que exista y se considere a un cónyuge como “débil” en relación al otro, quien, por lo tanto, será considerado como el cónyuge fuerte o en posición de ventaja. Sin perjuicio de la aclaración que realiza este autor, para efectos de este trabajo omitiremos profundizar sobre lo afortunado o no de la redacción legal que se hace del principio, siendo indiferente identificar a este cónyuge, en lo sucesivo, como “más débil”, “débil” o “en desventaja”. BARRIENTOS GRANDÓN, Javier. Uniones de Hecho. En: Conferencia dictada en seminario Las grandes reformas al Derecho de Familia chileno: a diez años de la Ley de filiación (29 de octubre de 2008, Universidad Finis Terrae, Facultad de Derecho. Santiago, Chile).

humana en que se ha verificado, de distintas formas, una serie de consideraciones diferenciadoras entre los cónyuges, de manera especial y reiterada en desmedro de la mujer. Las condiciones de desigualdad entre cónyuges, a su vez, han ido modificándose con el transcurso del tiempo y el desarrollo social y cultural, pudiendo sostenerse hoy que, en nuestro sistema, la debilidad de un cónyuge respecto del otro se produce, durante la vigencia del matrimonio, fundamentalmente, debido a las desigualdades jurídicas, mientras que, al término del vínculo conyugal, se generan de manera determinante por las diferencias económicas de cada parte.

Este estudio buscará las raíces de nuestros mecanismos de protección legal al cónyuge vulnerable o débil desde una perspectiva histórica y evolutiva, describiendo y analizando las instituciones de matrimonio, familia, régimen patrimonial del matrimonio y derechos y deberes entre cónyuges, en el Derecho Romano, Derecho Canónico y Derecho Indiano, apuntando a desentrañar las fuentes de nuestras instituciones legales de protección y diferenciación conyugal, así como la evolución en el ordenamiento jurídico patrio y la experiencia del Derecho Comparado.

Además, se abordará el análisis de las relaciones jurídicas y sociales entre cónyuges en los tiempos actuales, revisando las distintas instituciones y normas jurídicas que ponen de manifiesto la existencia de diferencias entre marido y mujer, así como las que tienden a corregir o proteger tales situaciones, haciendo un estudio especial del régimen matrimonial de la sociedad conyugal. En efecto, este régimen sería una de las fuentes de la desigualdad y de debilidad de la mujer en la relación conyugal, pero, a la vez, intentaría paliar esta situación a través de diversas normas protectoras. Junto a la descripción y crítica de sus preceptos, se dará revisión a las principales propuestas de reforma legislativa a su respecto, así como a las críticas que se han planteado a los proyectos.

Junto a ello, se dará revisión a otras figuras jurídicas que se aplican, tanto en un contexto de armonía y normalidad del desarrollo de la vida matrimonial como en un escenario de ruptura o crisis conyugal, tales como la institución de los bienes familiares y la compensación económica que, expresa y precisamente, procede como técnica de protección al cónyuge más débil de acuerdo a la Ley de Matrimonio Civil.

El trabajo que se presenta a continuación está estructurado en tres capítulos divididos en epígrafes numerados. El primer capítulo se destina a una revisión de los antecedentes sociales y jurídicos de las relaciones entre cónyuges, estudiando, en tres grandes apartados, la situación en la Antigua Roma, las concepciones de la Iglesia Católica, la realidad jurídica y social de la época de la conquista y de la dominación española en América. Luego, se pasa a exponer la evolución contemporánea de las relaciones entre marido y mujer a la luz de la contingencia social y económica de los últimos decenios.

El segundo capítulo se dedica al análisis de los conceptos de cónyuge débil, igualdad conyugal y principio de protección al cónyuge más débil, determinando los contenidos de todos ellos, sus fundamentos y los ámbitos de aplicación de los principios de igualdad y protección.

El tercer capítulo estudia, de manera específica, la legislación chilena que se encarga de dar protección al cónyuge débil. La primera parte expone, brevemente, la evolución legislativa existente en esta materia desde los inicios de la regulación del Derecho Civil chileno, hasta la normativa vigente en la actualidad. La segunda sección comprende un análisis descriptivo y crítico de la legislación actual en materia de relaciones conyugales, derechos, atribuciones y deberes de marido y mujer, enfatizando en la observación de las normas protectoras para el cónyuge débil presentes durante la vigencia del matrimonio como a su término, conteniendo, además, un vasto y especial análisis de las normas pertinentes de la sociedad conyugal y las propuestas de modificación legal a este régimen.

Luego, se dan las conclusiones del memorista, las cuales giran en torno a las deficiencias de la sociedad conyugal, el concepto de cónyuge débil y su aplicación amplia como mecanismo de corrección de desigualdades jurídicas y debilidad económica. Se hacen las propuestas para su modificación y algunos comentarios sobre los argumentos dados para su mantenimiento. Finalmente, se acompaña un anexo con el caso de Sonia Arce Esparza v. Chile, proceso emblemático, para el tema que abordamos, por generar el cuestionamiento internacional al régimen legal de sociedad conyugal en Chile.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS, SOCIALES Y JURÍDICOS DE LAS RELACIONES CONYUGALES

En los orígenes de la historia de la Humanidad, el matrimonio entre un hombre y una mujer tenía por propósito, principalmente, establecer vínculos sociales o políticos; asegurar la supervivencia económica de los cónyuges y sus familias; buscar, a través de una alianza, el apoyo y la paz recíproca en la red social; y garantizar la continuidad de la familia o clan y su rol en la sociedad a través de la procreación. La relevancia de la unión matrimonial y sus consecuencias para la comunidad importaban, por consiguiente, que la selección del cónyuge fuera una tarea encargada, generalmente, a los padres de los novios y, en algunas culturas, a un casamentero.³

La realidad exigía que el hombre y la mujer, como individuos, y sus sentimientos y afectos sexuales no estuvieran necesariamente involucrados en la decisión de unirse en matrimonio.⁴

Esta somera descripción de las finalidades del matrimonio permite comenzar a vislumbrar la relevancia que tuvo, en los primeros orígenes de la humanidad, para hombres y mujeres, la decisión de formar un hogar y la finalidad eminentemente práctica de esto. Bastante lejos estaba el ideal de fundar la unión de marido y mujer en sentimientos y amor recíproco. En cambio, no es de extrañar que la finalidad principal estuviera abocada a la estabilidad social y económica de los integrantes de la familia.⁵

Las concepciones respecto a las uniones matrimoniales a lo largo de la historia humana demuestran que, desde la Antigüedad, existieron diferencias entre los pueblos en cuanto a la

³Cfr. COONTZ, Stephanie. *Historia del Matrimonio*. Barcelona, España. Editorial Gedisa S.A. 2006. p. 535.

⁴Cfr. COONTZ, Stephanie. *Historia del Matrimonio... op. cit.*, p. 530.

⁵Cfr. COONTZ, Stephanie. *Passim*.

preponderancia del matriarcado o del patriarcado. Consecuentemente, el tratamiento normativo que se dio a los cónyuges en los distintos sistemas jurídicos a lo largo de la historia reflejó las distintas consideraciones que se tenían a su respecto.

En el mundo occidental, la mayoría de las civilizaciones evolucionaron hacia considerar al marido como principal autoridad en el matrimonio. La evidencia muestra que, por razones biológicas y prácticas y luego por concepciones culturales y filosóficas -que escapan con mucho a los márgenes de este trabajo-, el hombre tuvo un papel preponderante en las actividades sociales y familiares, mientras que la mujer dedicaba sus labores principalmente a la maternidad y al cuidado de los hijos, por lo que el curso de sus actividades la llevó a estar más ocupada de los asuntos de carácter doméstico.

Desde la Antigüedad hasta el siglo XX, la distribución de labores confiaba más a las mujeres el cuidado de los hijos y los asuntos domésticos, y a los hombres tocaba el trabajo fuera del hogar para proveer a la mantención de la familia; la maternidad era la función principal de las mujeres, por lo que se desarrolló el control de su sexualidad por la sociedad procurando la virginidad, la reputación y la fidelidad al marido, mientras que los hombres gozaban de una vasta libertad en sus comportamientos sexuales y ausencia de reproches. La castidad masculina no tenía ningún valor social propio y a los hombres se les alentaba a buscar relaciones sexuales antes del matrimonio y, hasta cierto punto, también después. La mujer que osara mantener relaciones sexuales fuera de una unión matrimonial se enfrentaba con el riesgo de la crítica y el descenso social, y la desgraciada elección entre un aborto peligroso (o infanticidio) o un hijo no deseado.⁶

La elección del cónyuge era un asunto de gran complejidad por todas las consecuencias que acarrea, tanto positivas como negativas. Con bastante frecuencia en la práctica, la transacción matrimonial aportaba ganancias a ambas partes. El hombre ganaba status, una compañera para la actividad sexual y la perspectiva de tener herederos. La mujer ganaba status, un derecho permanente de mantenimiento, una vía segura de actividad sexual (no siempre

⁶ Cfr. CAPLOW, Theodore. La familia en EEUU y en la Unión Europea. [en línea] España. 2006. <<http://www.frdelpino.es/documentos/CONFERENCIASYENCUENTROS/Reuniones%20de%20expertos/Quijote/LA%20FAMILIA%20EN%20EEUU%20Y%20EN%20LA%20UNION%20EUROPEA.pdf>> [Consulta: 20 de Noviembre 2011]. p. 6.

considerada como ganancia) y la compañía y el afecto de los hijos. Como contrapartida, el hombre asumía responsabilidades de por vida y aceptaba una pérdida permanente de libertad sexual y de autonomía personal. Para la mujer, el matrimonio implicaba una dependencia para toda la vida y un futuro con hijos a su cargo. Para ambos suponía el abandono de otros candidatos matrimoniales mejores, aunque fuera sólo hipotéticamente.

En los hechos, y luego con fundamentos jurídicos, el paulatino desarrollo de las civilizaciones llevó a que, en la mayoría de los pueblos, los hombres determinaran las decisiones y actuaciones en la vida pública y privada –lo que las feministas han denominado “sistema patriarcal”–, mientras que las mujeres ejercían una labor e influencia silenciosas, que sólo vinieron a evidenciarse públicamente cuando ésta quiso reivindicar su calidad de ser humano en iguales condiciones, al extremo de llevar adelante, y a la luz pública, distintas formas de manifestaciones de mujeres.⁷

Como ejemplo de ello, baste mirar la historia de Chile, el permanente protagonismo masculino en los acontecimientos, y la participación restringida de las mujeres que, hasta el siglo XIX, ejercieron sólo una influencia doméstica en las decisiones públicas de los hombres y, si alzaron la voz, fue siempre cuando el bienestar de la familia y los hijos estuvieron comprometidos.⁸

1. Apreciación social y jurídica del matrimonio y de los cónyuges en el Derecho Romano.

⁷ Para un estudio más acabado sobre el desarrollo del feminismo, su influencia y participación en la vida pública y política, *Vid.* ASTELARRA, Judith. El feminismo como perspectiva histórica y como práctica política. Santo Domingo, República Dominicana. Centro de Investigación para la acción femenina. 1981. Colección Teoría; en cuanto a la participación política de las mujeres como intervinientes en la política latinoamericana, *Vid.* BAREIRO, Line. Las recién llegadas. Mujer y participación política. Asunción, Paraguay. Centro de Documentación y Estudios. 1998.

⁸ La presencia y la participación de las mujeres en la vida pública y en la política de los pueblos no es reciente, sino que se ha venido dando por décadas. En efecto, es posible encontrar, al menos, tres expresiones políticas de las mujeres latinoamericanas: a través de tareas de apoyo en las organizaciones políticas, la lucha por los derechos humanos y la influencia ejercida en los hombres con poder mediante la inserción familiar y/o sus relaciones afectivas. En todas estas facetas las mujeres imprimían sus ideales, aunque, la mayoría de las veces, de forma silenciosa. *Vid.* BAREIRO, Line. Las recién llegadas...*op. cit.*, p. 11.

El Derecho Romano se expandió por todos aquellos pueblos y lugares en que el Imperio Romano se abrió paso, imponiéndose sobre las normas locales, que no eran más una mezcla de creencias, supersticiones, errores e incoherencias. La superioridad jurídica romana, la sofisticación y perfección de sus normas, fueron indiscutidamente superiores y se aplicaron con decisión en las nuevas tierras conquistadas.

Por eso, no es de extrañar que uno de los principales sistemas jurídicos que se deben revisar a la hora de estudiar las relaciones conyugales en el Derecho esté conformado por el conjunto de normas existentes en la Roma Antigua.

1.1. Conceptos preliminares: Personas y Familia.⁹

En la Antigua Roma, los seres humanos eran considerados personas desde el momento de su nacimiento, y hasta el día de su muerte. Sin embargo, y siempre que fuera en su beneficio, podía retrotraerse la capacidad jurídica hasta el tiempo de la concepción del infante.

Eran considerados personas, no obstante, sólo aquellos que gozaban de libertad, en contraposición a los esclavos. El concepto de libertad consiste en la facultad natural de hacer todo aquello que se quiera, salvo los obstáculos de la fuerza o de la ley. A partir de esto el pensamiento romano establecía que eran esclavos quienes no tuvieran libertad, y que, por el contrario, eran propiedad de otro. Así, la esclavitud era un derecho de propiedad de un hombre sobre otro hombre.

En seguida, las personas libres se subdividían en ciudadanos romanos y no ciudadanos o extranjeros; y en *ingenuos* y *libertinos*. Eran ingenuos las personas que habían nacido libres y que no habían sido esclavos, mientras que libertinos eran los que habían sido manumitidos, es decir, a quienes se les ha librado de la esclavitud.¹⁰

⁹ En esta parte, se sigue a. GUZMÁN BRITO, Alejandro. Derecho Privado Romano. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1996. pp. 271-291.

¹⁰ La manumisión se realiza de muchos modos: se hacen según las sagradas constituciones en las Iglesias sacrosantas, o por vindicta –venganza-, o entre amigos, o por carta, o en testamento, o por otra cualquier última voluntad.

Por otra parte, el hecho de ser considerado persona libre no significaba tener una vida completamente autónoma, ya que era necesario distinguir a aquellos que fueren independientes o *sui iuris*¹¹, de otras personas que, en cambio, estaban sometidas, eran dependientes o *alieni iuris*.¹²

Las personas independientes eran las que no dependían de ninguna otra persona, y correspondían, en cada familia, al *paterfamilias*, que sólo puede ser uno en cada una de ellas.

Las personas sometidas, en cambio, eran las que estaban sujetas a la potestad de otra persona y, por lo tanto, eran de este tipo todas aquellas personas que el *paterfamilias* tenía bajo su dependencia.

Es necesario tener presente que la figura del *paterfamilias* no implicaba que éste debiera tener una determinada edad o ser padre, puesto que incluso un recién nacido podía ser *paterfamilias*, aunque requería estar representado por un tutor.

El concepto de familia en Roma era notablemente más amplio que el existente entre nosotros el día de hoy. La familia romana significaba un hogar, no una familia en el sentido moderno, y los hogares tenían una gran variedad de formas y tamaños.

En Roma, la familia civil –por contraposición a la familia o descendencia “natural”– estaba organizada en base al patriarcado. La voz familia significó la reunión de todas las personas que dependían de la autoridad de su jefe único, el *paterfamilias* (varón siempre). El papel del *paterfamilias* era sumamente importante, ocupando la madre un lugar completamente secundario. Así, para los romanos, la familia la constituían muchas personas que estaban bajo la potestad del *paterfamilias*.

El *paterfamilias* era el varón “*sui iuris*”, cualquiera que fuera su edad. Tenía el señorío en su casa y se le designaba con este nombre aunque no tuviera hijos, pues el término no era sólo una relación personal, sino una posición de derecho.

¹¹*Sui iuris*: aquél que no está bajo la dependencia de otro, es el *paterfamilias*.

¹²*Alieni iuris*: son los que no pueden actuar por sí mismos, son los hijos del *paterfamilias*.

El jefe de familia tenía bajo su potestad a las personas dependientes o sometidas (*alieni iuris*), ejerciendo sobre ellos la *Patria Potestas*¹³, que era el poder que ejercía el *paterfamilias* sobre la familia. Ese poder, originariamente, era absoluto. El *paterfamilias* podía mantener a los miembros de la familia, venderlos, maltratarlos e, incluso, darles muerte.

El parentesco natural –no civil-, fundado en la descendencia física de la mujer y que los romanos llamaban *cognatio*¹⁴, carecía de valor jurídico, en tanto el parentesco civil, que los romanos llamaban *agnatio*¹⁵, era el único parentesco legalmente válido, y se fundaba en el reconocimiento que hacía el hombre respecto de su descendencia biológica, o en la adopción.

Entre los ricos y poderosos, la familia, a menudo, incluía a centenares de personas y cosas: hijos, sirvientes, esclavos, ganado y otras propiedades. Pero el *paterfamilias* no formaba parte de la familia, aunque su cónyuge y sus hijos fuesen miembros de ella. Como se dijo, la familia se estructuraba por dependencia al *paterfamilias* y, así, su mujer, sus hijos, los sirvientes y los esclavos, los animales y el resto de la familia, le pertenecían.

Entre los pobres, los hogares, al parecer, eran pequeños, pues no incluían esclavos ni sirvientes y contaban con pocas propiedades. La familia del hombre humilde consistía, a menudo, simplemente en una mujer y sus hijos. Pero, asimismo, el varón, jefe del hogar, no formaba parte de su propia familia.

Compartiendo el hogar con el *paterfamilias*, pero, desempeñando un papel secundario, tenemos a la *materfamilias*, que se distingue de otras mujeres por sus costumbres, dando lo mismo que sea casada o no, ya que ni el matrimonio, ni el nacimiento hacen a una mujer de familia, sino las buenas costumbres, el hecho de vivir honradamente.

1.2. El Matrimonio en Roma.¹⁶

¹³ *Patria Potestas*: Conjunto de poderes de los que gozaba el *paterfamilias*.

¹⁴ *Cognatio*: es el parentesco de sangre, y por lo tanto, es una vinculación natural.

¹⁵ *Agnatio*: es el parentesco civil fundado sobre la autoridad paterna.

¹⁶ En esta parte, se sigue a GUZMÁN BRITO., Alejandro. Derecho Privado Romano... *op. cit.*, pp. 334-355.

En un principio, los romanos consideraban el apego emocional y la convivencia entre marido y mujer como algo privado y confidencial que quedaba entregado al círculo íntimo de la familia, y no era necesario compartir con el resto de la comunidad. Para la cultura romana, era ésta una cuestión esencialmente doméstica y privada, basada en el acuerdo de las partes. No existió una definición de matrimonio, ni control legal, sino hasta los tiempos de Augusto.¹⁷

En principio, el matrimonio consistía en la unión de personas de, aproximadamente, el mismo nivel social, y se esperaba que las novias o sus padres aportaran una dote como parte normal e indispensable del acuerdo.

La definición jurídica de matrimonio fue formulada, posteriormente, por Modestino, quien señaló que “El matrimonio es la unión de un hombre y de una mujer, para toda la vida, según la ley divina y humana”.¹⁸

En el Derecho Romano clásico, los contrayentes de matrimonio debían ser ciudadanos romanos, es decir, no sólo debían tener el *status libertatis* (ser hombres libres) sino que también debían gozar del *status civitatis* (ser ciudadanos). Reunidos estos requisitos se gozaba del *Ius Conubium*. Cualquier otra unión (por ejemplo, ciudadano y extranjera) era considerada concubinato y no gozaba de la calificación de matrimonio.

La celebración del matrimonio romano comenzaba con el compromiso, efectuado por los jefes de las familias a las que pertenecieran los futuros novios, y consistía en un acuerdo concerniente a la futura unión de éstos. El consentimiento de los futuros cónyuges era esencial para su validez. Este convenio, normalmente, incluía acuerdos sobre una dote del *paterfamilias* de la futura novia y un regalo de bodas del *paterfamilias* del novio, con el objeto de dar una base económica a la pareja. El noviazgo, que terminaba con un beso ritual, establecía una obligación para los contrayentes y sus padres: los futuros novios tenían prohibido casarse con otra persona. Pero, el acuerdo terminaba automáticamente al cabo de dos años si los novios no se habían

¹⁷ Cfr. BRUNDAGE, James A. La ley, el sexo y la sociedad cristiana en la Europa medieval. (En español) México. Fondo de cultura económica. 2000. p. 18.

¹⁸ *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris comminatio.* Dig. 23.2.1. ROJAS DONAT, Luis. Para una historia del matrimonio occidental. La sociedad romano-germánica. Siglos VI-XI. *Theoría. Ciencia, Arte y Humanidades*. 14(001):47-57. Chile. Universidad del Bío-Bío. 2005. p. 48.

casado para entonces, aunque era posible extender este plazo por causa de fuerza mayor, o bien, dar por terminado el compromiso, anticipadamente, por mutuo consentimiento de los novios y de sus padres o tutores.

Por lo general, el matrimonio ocurría poco tiempo después del compromiso. Requería el consentimiento de ambas partes, por lo que era un contrato, pero también requería el consentimiento de los padres de los esposos, a fin de tener validez legal. Estos eran los únicos requisitos esenciales, por lo que el contrato era consensual, pero estaba envuelto de ritualidades y manifestaciones externas, desde el compromiso hasta el banquete de bodas, que eran necesarios como prueba de dicho consentimiento. El contrato matrimonial, además, era puro y simple, no estaba sujeto a modalidades, y era libre: nadie estaba obligado a casarse, y las partes podrían, asimismo, disolverlo.¹⁹

El hecho de ser el matrimonio una institución definida como “para toda la vida”, no implicaba la concepción cristiana ulterior de unión indisoluble y de por vida, que haría nulo todo matrimonio posterior mientras viviera el primer cónyuge, sino que, simplemente, significaba que las dos partes pretendían vivir unidas, sobre una base duradera, como una sola unidad social, con la noción de que la pareja, además, podía tener propiedades de consuno, para su uso y goce común.²⁰

Los sentimientos y las actitudes de las partes, es decir, la *affectio maritalis* o nexo entre cónyuges e intención de ser tales, y el *honor matrimonii* o decoro con que el marido tratase a la mujer, fueron importantísimos a la hora de la unión conyugal. De hecho, eran decisivos a la hora de determinar si existía o no matrimonio entre dos personas que vivieran juntas. Y es más, aunque no vivieran juntas, el hecho de existir afecto marital entre ellas importaba que estaban casadas.

Además, la intención de tener hijos y educarlos fue considerada por los juristas como propósito último del vínculo matrimonial. Los romanos casados tenían la obligación legal de mantener a sus hijos y esta obligación se extendía a sus hijos ilegítimos, siempre que se pudiera

¹⁹ Cfr. ROJAS DONAT, Luis. Para una historia del matrimonio occidental... *op. cit.*, p. 48.

²⁰ Cfr. BRUNDAGE, James. La ley, el sexo y la sociedad cristiana en la Europa medieval... *op. cit.*, p. 22.

demostrar su paternidad. Sin embargo, el hijo bastardo no era tratado como descendiente de su padre y sólo hubo preocupación por su bienestar y legitimación después del reinado de Constantino. La relación del hijo ilegítimo con su madre era la misma que la del hijo legítimo.

La mujer, al casarse “*in manu*”²¹, salía de su familia civil para pasar a formar parte de la familia del marido. Si el matrimonio era “*sine manu*” la mujer no pasaba a formar parte de la familia del hombre, aunque mantenía las obligaciones del matrimonio. A pesar que la mujer pudo tener condición *sui iuris* (*materfamilias*), como tal no podía detentar sino la potestad dominical -sobre esclavos- y también el *mancipium*, nunca la patria potestad.

Existían restricciones en cuanto a la elección de la pareja y futuro cónyuge, denominados impedimentos. En el Derecho Romano clásico, se establecía que los matrimonios entre parientes cercanos por consanguinidad o por afinidad estaban prohibidos, señalando con gran detalle los grados prohibidos de relación; un hombre libre no podía casarse con una prostituta, una actriz u otra mujer “ligera”; los senadores y sus hijos tenían prohibido casarse con mujeres “de baja cuna”; y las mujeres de la clase senatorial no podían contraer matrimonio con hombres actores. Las mujeres de más de cincuenta años tenían absolutamente prohibido casarse, pero podían vivir en concubinato. Los hombres que sufrían impotencia sexual podían contraer matrimonio legítimo, pese a su desventaja; no así los castrados, que tenían prohibido casarse.²²

1.3. Diferencias sociales y jurídicas en consideración al género de los cónyuges.

El *paterfamilias* romano gozaba de patria potestad respecto de todas las personas *alieni iuris* que formaban parte de su familia. La *patria potestas* tiene distintos nombres dependiendo respecto de quién se ejerce, y así, la que se ejerce sobre la mujer en su calidad de cónyuge se llama *Manus Maritatis*.

²¹La posición jurídica de la mujer *in manu* viene expresada por los juristas romanos diciendo que tiene el lugar de hijas (*loco filiae habetur*), no en el sentido de igualdad, sino de semejanza. Era pospuesta al hijo, pues éste era siempre el preferido por considerarse como continuador del culto doméstico y del apellido de la familia, consideración de la que no gozaban las mujeres; tampoco podían ser sujeto de propiedad y sólo adquirían para el *paterfamilias*, con la sola diferencia de que la mujer tenía derecho a una *res uxoriae* (cosas de esposa) en caso de divorcio.

²² Cfr. BRUNDAGE, James. La ley, el sexo y la sociedad cristiana en la Europa medieval... *op. cit.*, p. 26.

Por tanto, la mujer en Roma está sometida, como hija, primero, al *paterfamilias*, que ejerce la *potestas* sobre ella; luego, al casarse, pasa a estar sometida a la *manus* del marido, y en las primeras etapas del Derecho Romano ocurría que, en caso que faltase el marido o *paterfamilias*, debía constituirse una tutela para proteger a la mujer. La *potestas*, la *manus* y la tutela eran, en definitiva, facultades que conllevaban la gestión y disposición definitiva de los bienes femeninos.²³

He aquí una primera observación de desigualdad de tratamiento socio-jurídico a uno de los cónyuges, la mujer, quien es reconocida como persona pero, no obstante, por regla general, no está facultada para administrar bienes libremente ni para tener una familia -en el concepto romano- a su cargo, estando siempre sometida a la voluntad de un varón.

Las mujeres y los hijos de familia son incapaces, y en caso que la *materfamilias* tuviese bienes los adquiriría sólo como intermediaria, ya que todo pertenece al *paterfamilias*. La posibilidad de que la mujer administrase bienes estaba sujeta a la supervisión y protección del *paterfamilias*.

Sobre el punto, se ha señalado que “En efecto, en el Derecho romano, el matrimonio no alteraba la pertenencia de los bienes del hombre y de la mujer. La propiedad de los bienes que tuviesen al contraer matrimonio se mantenía intacta durante su vigencia. Lo que ocurría era que los efectos personales del matrimonio anulaban, en los hechos, estas reglas.

Así, al casarse, el marido adquiría el poder marital sobre la mujer (*munus*), desapareciendo la capacidad patrimonial de ésta. Si la mujer era *sui iuris*, todo lo que tenía pasaba automáticamente al marido, de forma que, frente a terceros, él era el único responsable. Las obligaciones que éste adquiría quedaban garantizadas con sus bienes propios y los que la mujer, siendo *sui iuris*, tenía cuando se casaba. Lo mismo ocurría cuando la mujer se encontraba bajo la potestad de su *paterfamilias* y cambiaba a la *manus* del marido: cualquier aporte hecho al matrimonio pasaba directamente a manos del hombre.

²³ Cfr. GUZMÁN BRITO, Alejandro. Derecho Privado Romano... *op. cit.*, p. 351.

En cambio, si el matrimonio se contraía *sine manus* y la mujer no era *sui iuris*, seguía perteneciendo a la familia del padre, por lo cual, sus adquisiciones ingresaban al patrimonio del *paterfamilias*. Por otro lado, si la mujer era *sui iuris* y se casaba *sine manus*, se formaba un patrimonio separado, es decir, no perdía el dominio de lo que poseía antes de casarse ni lo que adquiriría durante el matrimonio, conservando su libertad de disposición”.²⁴

Existía, además, la posibilidad de que la mujer tuviera una *res uxoriae* (cosas de esposa), que se haría efectiva en caso de divorcio.

En caso de muerte del marido, la mujer no recuperaba la capacidad, sino que debía quedar sometida a tutela, denominada tutela *mulieris*, como medida de protección por su incapacidad.²⁵ La tutela se constituía mediante testamento o por ley, que llamaba a los agnados o gentiles, sucesores, en definitiva, de la potestad y titularidad familiar.

Una vez unidos los ciudadanos en matrimonio, estaban prohibidas legalmente las donaciones de propiedad entre marido y mujer. Por lo tanto, cualquier intercambio de propiedades entre ellos era considerado dote, es decir, parte del rito de celebración del matrimonio.

La mujer, al casarse, debía ser virgen, mientras que los hombres eran iniciados sexualmente muy temprano (en la pubertad), y luego, durante el matrimonio, buscaban el placer sexual fuera de éste, aunque esto estuvo prohibido en el periodo Republicano.²⁶

²⁴ LATHROP GÓMEZ, Fabiola. Discriminación contra la mujer en los regímenes de bienes del matrimonio. El caso chileno. En: FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. Estudios Interdisciplinarios sobre igualdad y violencia de género. Granada, España. Ed. Comares. 2008. p. 226.

²⁵ El régimen de la tutela *mulieris*, con el tiempo, va perdiendo su razón de ser. AUGUSTO liberó de la tutela a las mujeres con el *ius liberorum* y CLAUDIO dio el golpe de gracia, mediante la abolición de la tutela legítima. Sin embargo, la tutela perdura, a fin de proteger a la mujer, pudiendo ser contemplada en el testamento del padre. Ella misma puede solicitar del magistrado la tutela dativa, pero, con la progresiva independencia y liberación de la mujer, es sólo un límite formal fácil de superar. Por ello, una vez eliminados los límites formales y sustituida la finalidad protectora de la tutela sobre la mujer por otras disposiciones, llega a desaparecer por completo. Vid. HACKE ENCINAS, Carlos. De las guardas en el derecho romano. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile. 1949. p. 45.

²⁶Cfr. BRUNDAGE, James. La Ley, el sexo y la sociedad cristiana en la Europa medieval... *op. cit.*, p. 28.

La ley romana presumía la monogamia, siendo la bigamia algo totalmente impensado. Fue introducida como delito sólo en un periodo muy tardío, bajo la influencia cristiana.²⁷

Otra diferencia importante en el tratamiento jurídico y social dado a los cónyuges en Roma se manifiesta en materia de adulterio. El hombre casado que tuviera relaciones sexuales con una mujer que no fuera su cónyuge cometía *stuprum*, pero no constituía esto adulterio, en cambio, la mujer casada que tuviera relaciones sexuales con quien no fuera su marido era culpable de adulterio, delito mucho más grave que el *stuprum*, que era sancionado incluso con la muerte de la mujer. La justificación de la distinción estribaba en que del adulterio podía nacer un hijo “*ex altero*”, es decir, “de otro hombre”²⁸, afectando, por un lado, la honra del marido, y por otro, haciendo necesaria la destinación de bienes a la mantención de un nuevo integrante de la familia, en desmedro de la distribución patrimonial de los verdaderos hijos del *paterfamilias*.

Tal era la importancia del adulterio que se admitía, también, que su padre la sancionara, teniendo derecho a matar a su hija adúltera y al amante, en cuanto los hallase *in flagrante delicto*.

No todas las mujeres casadas eran legalmente capaces de cometer adulterio. Así, por ejemplo, no existía el adulterio en el caso de los matrimonios entre esclavos, puesto que estas uniones carecían de la dignidad del matrimonio legítimo. Más bien, eran calificados como “*contubernium*”, y no como matrimonio. Éste último no estaba protegido por la ley, ni creaba una relación jurídica entre las partes, no era base para la herencia o para otras reclamaciones de propiedad. Además, debe recordarse que los esclavos pertenecían a un *paterfamilias*, quien podía, libremente, separar a los esclavos unidos, terminando con el vínculo, vendiendo uno de ellos a otro propietario lejano.

Otra gran diferencia en el trato entre cónyuges en materia de infidelidad consistió en que a la mujer casada se le negaba explícitamente exigir indemnización legal a su marido por las aventuras extramaritales de éste, y no a la inversa.

²⁷ Cfr. BRUNDAGE, James. La Ley, el sexo y la sociedad cristiana en la Europa medieval... *op. cit.*, p. 29

²⁸ Dig. 48.5.6, 1. ROJAS DONAT, Luis. Para una historia del matrimonio occidental... *op. cit.*, p. 48

Como el matrimonio romano estaba pensado para ser una institución que debía renovarse con el consentimiento continuado de los cónyuges (*affectio maritalis*), naturalmente, se permitía el divorcio.

El divorcio comenzó a llevarse a la práctica con el avance del periodo Republicano, y desde el siglo I A.C. se volvió socialmente aceptable. No precisaba causales específicas, pero se consideraba que eran suficientes las circunstancias de adulterio, captura o esclavización de uno de los cónyuges, impotencia sexual y demencia.

Al llegar al último periodo imperial, el divorcio era casi de rutina, al menos, entre los matrimonios que poseían propiedades, ricos y poderosos. El procedimiento principiaba con el repudio oral de un cónyuge por el otro, en presencia de siete testigos. Más tarde, se volvió obligatorio el repudio por escrito. Lo central eran las consecuencias patrimoniales del divorcio, puesto que se necesitaba dividir la propiedad precisando las propiedades de la pareja divorciada.

El divorcio era especialmente importante, además, en cuanto protegía a la mujer de ser acusada de adulterio si después volvía a casarse estando vivo su primer marido.

El matrimonio posterior a un divorcio, o en caso de viudez, estaba sometido a ciertas limitaciones destinadas a salvaguardar los intereses de propiedad de los hijos del matrimonio anterior.

Los romanos también aceptaban el concubinato, así como la mayoría de los demás pueblos de la Antigüedad, casi a la par que el matrimonio. Especialmente, la institución de concubinato se daba en aquellos casos en que la mujer y sus padres no podían aportar una adecuada dote. En Roma, la mayor parte de las relaciones de concubinato se daban entre hombres de alta clase y mujeres de estrato inferior, pudiendo los varones dar por terminada la relación en cualquier momento. En cambio, la sociedad romana combatía enérgicamente el concubinato entre mujeres de alto rango y hombres de estratos inferiores, pues tales uniones ofendían el concepto romano de la decencia.

En la República y en el primer Imperio, el concubinato quedó limitado a las uniones entre soltero y soltera; en cambio, a finales del Imperio, se volvió posible y hasta común que hombres ricos y poderosos mantuvieran a una o más concubinas, además de su cónyuge.

2. Influencia de la Iglesia Católica y el Derecho Canónico en las relaciones matrimoniales.

Con posterioridad a la época del Imperio Romano, el matrimonio se transformó debido a la inclusión de las doctrinas y costumbres germánicas y a la influencia de la Iglesia Católica que, en los primeros siglos, sólo había intervenido a través de una influencia ética sobre los pueblos, y no tenía potestades jurídicas respecto de ellos. Con el correr de los siglos, la Iglesia pudo configurar un Derecho Canónico que vino a imponerse en todo el mundo occidental.²⁹

2.1. La moral cristiana y el matrimonio romano-germánico.³⁰

“El primer efecto directo de la influencia cristiana sobre la ley conyugal romana fue declarar que la bigamia constituía un delito”.³¹ Para el cristianismo, el afecto marital resultaba inconciliable con la posibilidad de mantener relaciones paralelas a la matrimonial. “Fue Constantino el que prohibió mantener simultáneamente una esposa y una concubina, por lo cual, la bigamia, aceptada antaño, se transformó en un problema jurídico para el varón romano”.³²

Para las costumbres germánicas, el matrimonio se contraía, sellaba y simbolizaba por las relaciones sexuales entre los cónyuges, pudiendo, por lo tanto, disolver la unión a voluntad de las partes, o sólo del hombre. En cambio, el sexo resultaba para la Iglesia algo impuro, por lo que era imposible que se fundara la unión matrimonial, tan importante para la sociedad, en este hecho reprochable. Lo realmente esencial, desde la perspectiva cristiana, era el mutuo consentimiento de las partes.

²⁹ Cfr. ROJAS DONAT, Luis. Para una historia del matrimonio occidental... *op. cit.*, p. 48.

³⁰ En este epígrafe seguimos a ROJAS DONAT, Luis... *Ibidem*.

³¹ ROJAS DONAT, Luis. Para una historia del matrimonio occidental... *op. cit.*, p. 49.

³² ROJAS DONAT, Luis. Para una historia del matrimonio occidental... *Ibidem*.

La introducción de costumbres germanas a las romanas provocó que hubiera dos tendencias en cuanto a la celebración del matrimonio, según los elementos que consideraban esenciales para la perfección del acuerdo matrimonial: una tendencia, más germánica, consideraba que era esencial la unión carnal de la pareja para consumir el vínculo, mientras que la ceremonia con inclinación mayormente romana se celebraba en el edificio de la Iglesia, enfatizando en el intercambio de consentimiento de las partes. De ahí, surge el concepto de nulidad matrimonial asociado a la doctrina de los vicios de la voluntad.

No obstante las diferencias rituales, la influencia católica impuso que en ambos tipos de ceremonias la bendición nupcial de un sacerdote se convirtiera en una obligación y elemento esencial de la celebración del matrimonio.

Por su parte, el derecho civil también dispuso de ciertas solemnidades rituales obligatorias para consumir el contrato matrimonial. Las autoridades civiles y también las religiosas fomentaron y hasta exigieron que las parejas establecieran un acuerdo de propiedad como requisito indispensable para reconocer como matrimonio una unión con todas sus consecuencias legales. Era ésta la regulación consensuada de la dote como prueba de la existencia del contrato matrimonial.

Entre los siglos VI y IX, con la influencia de la Iglesia, la antigua familia extensa conocida entre los romanos y los germanos da paso lentamente a un nuevo tipo de estructura familiar hasta transformarse en un grupo unitario que compartía una residencia, formado por una pareja y sus descendientes directos. La nueva familia occidental se caracterizará, entonces, por la unidad del núcleo familiar, la estructura dominada por el linaje paterno y la existencia de un vínculo afectivo que une a todos los miembros.

2.2. Doctrina de la Fe sobre el Matrimonio: la esencia del matrimonio implica la igualdad entre cónyuges.³³

La Iglesia Católica sufrió una profunda crisis por causas que se arrastraban desde los siglos XIV y XV, que en el siglo XVI terminó dividiendo a Europa en numerosos países según reconociesen o no la autoridad papal, en un proceso que se conoce como la Reforma Protestante.

Una de las acciones para hacer frente a esta ruptura fue la celebración, por la Iglesia Católica Romana, del X Concilio Ecuménico de Trento, el cual fue desarrollado entre 1545 y el 1563.³⁴ Uno de los temas principales de este concilio fue el estudio del sacramento del Matrimonio, llegando a una serie de conclusiones reunidas bajo el rótulo de “Doctrina de la Fe sobre el Matrimonio”.

La Doctrina de la Fe del Matrimonio considera a éste como un sacramento, cuyo fundamento se hallaría en las palabras de Adán contenidas en el libro de Génesis de la Biblia, que expresaron: que “el hombre dejará a su padre y a su madre y se adherirá a su mujer y los dos serán una sola carne”, así como en la declaración que habría hecho Jesucristo, en el mismo sentido, al decir, aún más abiertamente, al referirse al hombre y a la mujer: “Y así ya no son dos, sino una carne”, confirmando después esta unión al sostener: “Pues lo que Dios unió, no lo separe el hombre”.

Lo esencial del matrimonio está contemplado en el canon 1055 § 1, que recoge casi literalmente la doctrina contenida en la Constitución pastoral *Gaudium et Spes*, del Concilio Vaticano II: “La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados”.

³³ DONOSO, Justo. Instituciones de Derecho Canónico Americano. Valparaíso, Chile. Imprenta y Librería del Mercurio. 1848.
<http://books.google.cl/books?id=d2AtAAAYAAJ&printsec=frontcover&dq=instituciones+justo+donos+o&source=gbs_book_other_versions_r&cad=2#v=onepage&q=&f=false> [Consulta: 03 de Noviembre de 2011]. p. 103.

³⁴ Para un estudio extenso de la historia de la Iglesia en esta etapa, *Vid.* LORTZ, Joseph. Historia de la Iglesia II. 2da Edición. Madrid, España. Ediciones Cristiandad. 2008.

A continuación, el canon 1056 señala que “Las propiedades esenciales del matrimonio son la unidad y la indisolubilidad, que en el matrimonio cristiano alcanzan una particular firmeza por razón del sacramento.” Estas dos características corresponden a todo matrimonio, tanto cristiano como natural (aquél en que los contrayentes no son católicos). La unidad del matrimonio consiste en que no puede haber unión matrimonial sino entre un solo hombre y una sola mujer. La indisolubilidad intrínseca del matrimonio consiste en que el vínculo conyugal no puede disolverse por la voluntad de los contrayentes. Siguiendo a San Agustín, se suele hablar de los tres bienes del matrimonio: el bien de la prole (que implica la apertura a la procreación), el bien de la fidelidad (relacionado con la unidad) y el bien del sacramento (relacionado con la indisolubilidad). También estos tres bienes son elementos esenciales del matrimonio.

Consecuentemente, el matrimonio produce efectos que instan a la igualdad de los cónyuges y a la perpetuidad del vínculo en todo aquello que surge de la esencia de la unión marital. Establece el canon 1135 que “Ambos cónyuges tienen igual obligación y derecho respecto a todo aquello que pertenece al consorcio de la vida conyugal”, y el canon siguiente señala que “Los padres [ambos] tienen la obligación gravísima y el derecho primario de cuidar en la medida de sus fuerzas de la educación de la prole, tanto física, social y cultural como moral y religiosa.”

La igualdad jurídica entre los cónyuges constituye la finalidad primordial de este canon. Precisamente por esto, se prescindió de especificar más los deberes y derechos conyugales para recalcar más eficazmente esa igualdad jurídica, que era el fin de la norma. Esta declaración expresa de la igualdad entre cónyuges buscaba compensar la especial condición de la mujer, infravalorada en no pocas regiones del mundo. El consorcio de la vida conyugal implicaría la mutua ayuda, la fidelidad, la convivencia y la sustentación y la educación de la prole.

La mutua ayuda significa un compromiso personal, serio, responsable y voluntario, de colaboración y apoyo de los cónyuges en las diversas circunstancias de la vida matrimonial, porque de lo contrario serían inútiles esa mutua entrega y aceptación de las personas, y el cumplimiento y custodia fiel del pacto conyugal.

La fidelidad no gira en torno a los deberes y derechos generales del pacto conyugal, porque eso estaría incluido en la mutua ayuda. Más bien, se refiere al *ius ad corpus* o relación conyugal sexual, excluyendo a otras personas, y dada la natural finalidad del matrimonio, tiene por propósito la generación de descendencia.

La convivencia de los cónyuges es uno de los efectos jurídicos del matrimonio más explícitamente indicados por el legislador canónico: “Los cónyuges -dice el canon 1.151- tienen el deber y el derecho de mantener la convivencia conyugal, a no ser que les excuse una causa legítima”. Es indudable que el bien de los cónyuges, su mutua ayuda y perfeccionamiento, así como los fines de la generación y educación de la prole y otros, pueden realizarse más adecuadamente viviendo ambos cónyuges en común.

Se produce, en cambio, causa legítima para abandonar la convivencia, cuando uno de los cónyuges traiciona la fidelidad conyugal por adulterio, así como cuando uno de los cónyuges causa al otro o a los hijos un grave peligro moral o corporal, o hace inviable la vida en común.

Continúan en plena vigencia, sin embargo, en esos casos, el deber de alimentar y educar a la prole, y la posibilidad de restablecer de nuevo la convivencia renunciando al derecho a la separación.

El deber de la sustentación y educación de la prole es uno de los que recibe mayor énfasis por la norma canónica, a tenor del canon 1136: “Los padres tienen la obligación gravísima y el derecho primario de cuidar, en la medida de sus fuerzas, de la educación de la prole tanto física, social y cultural como moral y religiosa”.

Desde el punto de vista canónico, se entienden como efectos meramente civiles del matrimonio aquellos que son propuestos y añadidos por la convención y la autoridad civil, pero que no brotan de la esencia del matrimonio ni de sus propiedades esenciales, ni son inseparables de la misma. Es decir, aquellos efectos añadidos al matrimonio por la voluntad legislativa civil, como es el caso de los efectos económicos, patrimoniales, sucesorios, participativos y otros.

Por eso, el Derecho Canónico no regula el régimen de bienes del matrimonio, sino que deja esta materia a cargo de la legislación civil, que tendrá distintas tendencias según el ordenamiento y tradición jurídica de que se trate.

Cabe señalar que, aunque la Iglesia no le quitó al matrimonio su carácter de contrato, sino que lo elevó al rango de sacramento, hizo una distinción para los efectos de su celebración y vigencia, porque el matrimonio para los cristianos se trataría de un contrato y sacramento a la vez, mientras que entre infieles sería sólo un mero contrato.

En cuanto a la capacidad para contraer matrimonio, la Iglesia no contempla discriminaciones, puesto que afirma que se trata de un derecho que pertenece a toda persona, a menos que el Derecho señale lo contrario. Por lo tanto, la regla general es la capacidad para casarse, y la excepción la conforman las normas que establecen prohibiciones, los denominados “impedimentos”, que se encuentran regulados entre los cánones 1073 y 1094, ambos inclusive.

Consecuente con su doctrina del consentimiento –por oposición a la antigua doctrina coital de los germanos-, la Iglesia estima que el matrimonio se forma en virtud del consentimiento de las partes. El canon 1057 se encarga de regular esto señalando: 1057 §1 “El matrimonio lo produce el consentimiento de las partes legítimamente manifestado entre personas jurídicamente hábiles, consentimiento que ningún poder humano puede suplir”. En seguida, dicho canon explica que el consentimiento matrimonial es “el acto de la voluntad por el cual el varón y la mujer se entregan y aceptan mutuamente en alianza irrevocable para constituir el matrimonio”.

Sin embargo, el Derecho Canónico sí considera importante la intimidad sexual de los contrayentes como forma de perpetuar la unión matrimonial. En este sentido, el Derecho Canónico distingue si ha habido o no consumación sexual del matrimonio para efectos de admitir la posibilidad de disolver el vínculo, puesto que los matrimonios no consumados podrían solicitar al Romano Pontífice la disolución del vínculo, por justa causa.

3. El Matrimonio y situación jurídico-social de los cónyuges en el Derecho Indiano.³⁵

El Derecho Indiano se puede definir como un conjunto de normas jurídicas vigentes en América y en los demás dominios españoles de ultramar (Filipinas) desde fines del siglo XV y hasta la época de la codificación en el siglo XIX. Está conformado por el Derecho Indígena o prehispánico, el Derecho especial para Indias, y el Derecho Castellano, que en América tendrá un carácter supletorio o subsidiario.

3.1. El matrimonio en el sistema jurídico indiano.

Uno de los principales problemas que tuvieron los españoles a su llegada a las tierras de la recientemente descubierta América, fue la cristianización del matrimonio indígena. La Iglesia fue elaborando, entonces, soluciones a los conflictos normativos en esta materia, configurando las bases de un Derecho Canónico particular para Indias.

Para el adecuado estudio y comprensión de la familia y el matrimonio indiano es necesario comprender su trasfondo antropológico, que es la base para la dictación, aplicación, éxito y, eventualmente, fracaso de la normativa respectiva. Por una parte, tenemos el concepto de familia que traían los españoles, que es el que contemplaban las Partidas 7, 33, 6, al tenor de “[Q]ue por esta palabra familia se entiende el señor de ella y su mujer y todos los que viven bajo él sobre quien ha mandamiento: así como los hijos, y los sirvientes, y los otros criados”.³⁶ Por otra parte, están las concepciones que tenía el habitante aborigen, fundado en las costumbres ancestrales, habitualmente poligámicas.

Una de las primeras cuestiones que se discutió en esta materia con el avance de la conquista fue la validez del matrimonio indígena, especialmente en cuanto al consentimiento

³⁵ En esta parte, se sigue a DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio. Esquema de derecho de familia indiano. [en línea] Santiago, Chile. Instituto de Historia del Derecho Juan Solórzano y Pereyra. 2003. <http://www.google.cl/url?sa=t&source=web&cd=5&ved=0CEMQFjAE&url=http%3A%2F%2Fwww.larramendi.es%2F18n%2Fcatalogo_imagenes%2Fgrupo.cmd%3Fpath%3D1000175&ei=rqr6TJOXDYPGI_Qeym-DMDA&usq=AFQjCNEHQGkFiiMeesar9q1S1t4vb3oWmw> [Consulta: 04 de Diciembre de 2011]

³⁶ DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio. Esquema de derecho... *op. cit.*, p. 2.

prestado para generar el vínculo, puesto que se puso en duda la capacidad racional de los habitantes del Nuevo Mundo. Otros focos de conflicto se suscitaron en torno a las costumbres indígenas de la poligamia, la celebración de matrimonios entre parientes cercanos –uniones prohibidas por la Iglesia-, y la práctica del repudio o divorcio.

Se distinguían distintos tipos de matrimonio, tales como el legítimo, que es el celebrado con el consentimiento natural, conforme a las leyes de cada comunidad y al derecho natural (dentro del cual se consideraba el de los infieles); el rato, que es el contraído entre infieles, con los requisitos propios del sacramento, pero sin que se haya producido cópula conyugal; el consumado, que era aquel perfeccionado por la unión carnal; y el putativo, que se suponía verdadero por haberse contraído de acuerdo a las normas de la Iglesia y con buena fe de al menos uno de los contrayentes, pero que en realidad adolecía de nulidad por existir algún impedimento dirimente.

En seguida, la conclusión fue que “las uniones conyugales de los indígenas americanos eran verdaderos y legítimos matrimonios si su celebración no iba contra los principios, al menos primarios, del derecho natural y si se habían respetado las normas, usos o costumbres legítimamente establecidas en la región. Pero esta presunción de legitimidad no se daba en todas las situaciones y, por consiguiente, era necesario proceder a examinar caso por caso cuando los indígenas solicitaban el bautismo para ver si su matrimonio no atentaba ni contra los principios primarios del derecho natural ni contra sus legítimas costumbres o normas particulares”.³⁷

Las características del matrimonio cristianizado en Indias fueron las mismas que establecía el Derecho Canónico, es decir, la monogamia y la indisolubilidad del enlace, y la finalidad del matrimonio fue la unión de los cónyuges para amarse, procrear y educar a los hijos cristianamente.

En síntesis, para tener validez el matrimonio celebrado en Indias debía cumplir con los requisitos del Derecho Canónico, al igual que ocurría en la España conquistadora. Se trataba del mismo sacramento canónico, por lo que se necesitaba el consentimiento libre de cada uno de los

³⁷ AZNAR GIL, Federico. El matrimonio en Indias: Recepción de las decretales X. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XI: 13-42. 1986. p. 13.

cónyuges, tener la edad adecuada para comprender y realizar las obligaciones del matrimonio y la responsabilidad de la familia, y no adolecer de impedimentos para contraer el matrimonio.

Especialmente, se estableció que las autoridades civiles y religiosas debían averiguar si las mujeres indígenas concurrían a celebrar el matrimonio con plena libertad y no siendo atemorizadas, verificar que ninguna niña sin edad competente fuera obligada a casarse, ni que llegasen vendidas o regaladas al matrimonio.

En los inicios de la evangelización hubo de omitirse algunos impedimentos de matrimonio por parentesco entre matrimonios de indígenas, ya que éstos tenían otros conceptos que no fueron fáciles de abolir, como matrimonios ya consumados entre hermanos, primos y cuñados.

De todas formas, se prohibió la poligamia, lo que afectó, especialmente, a los caciques y señores principales, y en menor medida, al pueblo. A la hora de establecer el reconocimiento de matrimonios indígenas por la Iglesia, se les casaba con la mujer que reconocieran como primera, y para que las demás mujeres e hijos no quedaran desamparados se disponía una compensación pecuniaria suficiente.

El respaldo a las normas de la Iglesia lo dio la Corona Española, al establecer severos castigos contra la poligamia, y tomando diversas medidas procurando la unidad familiar, como aquellas disposiciones que ordenaban que las mujeres viviesen en los sitios donde estuviesen sus maridos, que las viudas pudieran volver a los pueblos de sus familias, o que las indígenas casadas con españoles y sus hijos mestizos pudieran irse a vivir a España y regresar si lo deseasen.

No obstante, en la práctica, la familia indígena se disgregaba porque a los hombres se les enviaba a centros de trabajo distantes y a las mujeres se les obligaba a abandonar sus hogares por un forzado servicio doméstico o de “compañía” de españoles, mientras los hogares criollos se desarmaban porque los españoles tenían una fuerte tendencia a romper las reglas canónicas del matrimonio: buena parte de los conquistadores españoles había abandonado a su mujer e hijos en España, manteniendo adulterio y bigamia con mujeres indígenas o españolas residentes en América, relaciones de las que también surgieron hijos.

Para controlar y encauzar aquellas situaciones que perjudicaban a la familia española, se dictaron numerosas reales cédulas, las que constituyeron un capítulo de la legislación familiar en las Indias. Lo anterior, se plasmó en el capítulo III del Libro VII de la Recopilación de 1680, titulado “De los casados y desposados en España que estén ausentes de sus mujeres y esposas”.

El divorcio debía ser declarado por un tribunal eclesiástico, y se dividía en “separación de lecho” y “separación de lecho y de cohabitación”. La simple separación de lecho era practicable en determinados casos morales y algunas situaciones de enfermedad. El divorcio de lecho y cohabitación procedía cuando alguno de los cónyuges, con el acuerdo del otro, se hacía religioso; cuando fuera lapso de herejía; cuando uno de los cónyuges instara al otro a cometer delitos graves; cuando el marido inflingiere un trato cruel a la mujer, o cualquiera de los consortes cometiera, por ejemplo, graves daños corporales o hechos que infundieran peligro a la vida del otro; cuando un cónyuge padeciera enfermedad contagiosa; o cuando se hubiere cometido adulterio o amancebamiento. Este divorcio producía efectos personales y económicos de mayor importancia que el divorcio de mero lecho.

El divorcio generado por adulterio de la mujer privaba a ésta de los bienes gananciales y de la dote, mientras que si el divorcio era provocado por amancebamiento del marido éste debía restituir la dote.

3.2. Efectos del matrimonio y situación jurídica de los cónyuges.

En Indias y, en consecuencia, en Chile, el matrimonio produce numerosos efectos que afectaban a los contrayentes e, incluso, podían extenderse a terceros. Entre los más relevantes se cuenta el establecimiento de una sociedad conyugal y la adquisición por el marido, con cargo de restitución, de los bienes dotales y una serie de obligaciones entre cónyuges, unas recíprocas, otras exclusivas de un cónyuge respecto del otro según su género.

Las obligaciones que afectaban a ambos cónyuges eran la fidelidad, el deber y derecho de alimentos, el deber de criar a los hijos y educarlos, y el débito conyugal (relaciones sexuales).

En cambio, hay un tratamiento distinto en atención al género de los cónyuges al establecerse que la mujer debía obediencia al marido, debía seguirle en su domicilio y, en general, requería autorización del marido para actuar civil y procesalmente, mientras que el marido tenía sobre la mujer la potestad marital y, correlativamente, una serie de obligaciones en beneficio de la cónyuge.

Se denomina potestad marital³⁸ al conjunto de derechos del marido sobre la persona y bienes de la mujer. Se trataría de un poder de asistencia y protección que el marido, en calidad de *caput mulieris*, tendría respecto de la mujer, lo que vendría a reemplazar a la antigua y romana *manus*.

La potestad marital comienza con el solo acto de la celebración del matrimonio, independientemente de que los cónyuges vivan juntos, y comiencen la vida conyugal. Su existencia y validez no se justifica en una consideración de fragilidad de la mujer en general, puesto que la mujer soltera mayor de veinticinco años que no está sujeta a patria potestad tiene plena capacidad para celebrar contratos y obligarse, sino que, más bien, se fundamenta en la circunstancia de estar casada y su imposibilidad de dedicarse a otra cosa que no sea la maternidad y el cuidado del hogar. El estado de matrimonio, por tanto, trae a la mujer la incapacidad jurídica.

No obstante, existe una "...inmensa protección que el derecho indiano brinda a la mujer: si ella ha aportado bienes al matrimonio, éstos le son salvaguardados severamente; si no los aportó, su contribución al acrecentamiento económico del hogar le es reconocido por medio de los gananciales. Y aun más, resurge fuertemente la institución foral del lecho cotidiano que da a la mujer la posibilidad de retirar cuantiosos bienes a tal título".³⁹

³⁸ Vid. DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio. La potestad marital y los derechos de la mujer casada en el sistema jurídico indiano. *Revista chilena de historia del derecho*. (16):269-299. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 1990. p. 269.

³⁹ DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio. Esquema de derecho... *op. cit.*, p. 239.

3.2.1. Efectos no patrimoniales del matrimonio.⁴⁰

Como consecuencia de la potestad marital, la mujer debía sumisión al marido, manifestada en “la reverencia que la mujer debe al marido, su obligación de servirlo; la de seguir su domicilio, habitando en su casa y en el lugar adonde él quisiere migrar; el poder del marido de “reivindicarla” sea con su intervención judicial o de propia autoridad; el de castigarla moderadamente y aun encadenarla; sigue la mujer el fuero del marido perdiendo el suyo propio; pasa ella a pertenecer a la familia del marido y deja la de sus padres; por último, sigue la condición social de su cónyuge, disfrutando, en su caso, de las honras y preeminencias que a él correspondan”.⁴¹

Los cónyuges tienen el deber y derecho de fidelidad recíproca; pero, la infidelidad, tiene distinta consideración respecto de cada uno de ellos. La mujer infiel comete el delito de adulterio, que es “el acceso que tiene un hombre con una mujer casada, sabiendo que lo era”. El marido, en cambio, comete sólo el delito de amancebamiento, y siempre y cuando tuviere concubina o amante públicamente. Por lo tanto, si el marido mantiene en secreto la relación de infidelidad, no se configura el delito.

La justificación de la diferencia se basa en un asunto económico: la mujer adúltera podía quedar embarazada, y acarrear con ello que sería heredero del marido un hijo de otro, perjudicando a los hijos propios. Este criterio ya aparece en las Partidas 7, 17, 1, y uno similar fue observado, también, en el Derecho Romano.⁴²

El adulterio de la mujer era sancionado con dureza. Las Partidas castigaban a la mujer con azotes públicos, pérdida de sus derechos económico-matrimoniales y reclusión en un convento, mientras que su amante era condenado a muerte. Otras normas, como el Fuero Juzgo y la Nueva Recopilación, permitían al marido hacer con la mujer y el amante lo que quisiere, incluso causarles la muerte, pero aplicando igual castigo para ambos.

⁴⁰ En esta parte, se sigue a DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio. Esquema de derecho... *op. cit.*, p. 179 y siguientes.

⁴¹ DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio. La potestad marital... *op. cit.*, p. 272.

⁴² *Vid. Supra* Capítulo I, epígrafe 1.3., referido a las diferencias sociales y jurídicas en consideración al género de los cónyuges.

No podía ser condenada la mujer cuando no hubiera dolo suyo en la comisión del delito, o cuando hubiere sido forzada. Tampoco había delito cuando la mujer iniciara vida matrimonial con un hombre creyendo que su antiguo marido estaba muerto, y luego éste apareciese, norma que ya existía en la antigua Roma. También cabía la posibilidad de perdón del marido, caso en el que no podría acusarla después por el adulterio, entendiéndose, además, que había perdón tácito cuando éste permitía a su mujer estar en su mesa y en su lecho.

En caso que el hombre también hubiese tenido relaciones sexuales con una mujer distinta de su cónyuge, la mujer podía eximirse de la sanción de su adulterio, según una interpretación acorde con la disposición del Fuero Real 4, 7, 4, que siguió aplicándose aun cuando después estuvo derogada por las Ordenanzas Reales de Castilla.

El delito de adulterio cometido por la mujer prescribía en sólo cinco años, lo cual era un beneficio para la mujer, puesto que el plazo corriente de prescripción era de veinte años.

En caso que la mujer fuere quien se amancebase con otro hombre casado o con un clérigo, existían ciertos privilegios para ésta, puesto que sólo el marido podía iniciar juicio en contra de esta mujer, aun cuando esto fuera público.

Los cónyuges se debían reverencia mutua, que implicaba respeto, honor y caridad, en consideración a “la santidad del sacramento”, principio que fue incorporado al estatuto matrimonial por Justiniano. Del deber de reverencia recíproca entre cónyuges surge el derecho de ambos a ser socorrido en caso de enfermedad, a ser amparado por el otro por la fe y la lealtad que se juraron al contraer el matrimonio.

Existía también el derecho-obligación de ambos cónyuges a la unidad de domicilio, y la obligación de la mujer de seguir el domicilio del marido. “Que marido y mujer vivieran juntos importaba para efectos económicos y morales, tales como el socorro que así recibirían ésta y su prole, y el evitarse amancebamientos, adulterios o bigamias. Pero existía también una razón netamente jurídica: el régimen económico matrimonial imperante en indias era [...] el de comunidad de bienes restringido a los gananciales modificado por algunas donaciones por causa de matrimonio [...] Dentro de este régimen, los bienes que marido y mujer adquirían y

multiplicaban durante el matrimonio, mientras vivían juntos o estaban de consuno, eran comunicables entre ellos por mitad”.⁴³ Por lo tanto, importaba mucho a la mujer ser admitida en el domicilio común porque, de lo contrario, se arriesgaba a que lo que el marido produjera fuera exclusivamente suyo, perdiendo ésta el derecho a los gananciales.

La mujer que no quisiera vivir con el hombre podía ser reivindicada por éste, siendo obligada a vivir con él.

Los cónyuges no podían separarse de común acuerdo –eso sería considerado pecado público-, sino que se requería sentencia judicial eclesiástica en juicio de divorcio. Con todo, durante la tramitación del divorcio se suspendía la obligación de vivir juntos.

También cesaba la obligación de la mujer de seguir el domicilio del marido cuando éste se había comprometido a no cambiar de domicilio y, no obstante, lo mudaba. Tampoco estaba obligada la mujer a seguir al marido cuando el viaje no era cómodo [sic] o hiciera peligrar su vida. Sin embargo, si la mujer conocía las costumbres peregrinantes del marido, debía seguirlo, ya que había tenido conocimiento del modo de vida del marido y así lo había aprobado al casarse con él.⁴⁴

Existe como obligación recíproca entre marido y mujer el otorgarse el débito conyugal normal, es decir, el mantener relaciones sexuales, aunque, en ciertas circunstancias, podía negarse. Por ejemplo, era lícito el negarse al acto sexual en días de fiesta de la Iglesia, como la Asunción, el Jueves Santo, y otros; la mujer podía negarse cuando se le pedía de manera “innatural”, o cuando se encontrara embarazada, para evitar el aborto, o durante su período de menstruación, pues era de temer que se engendrara algún monstruo en esas condiciones.

El marido tenía la potestad de corregir a su mujer, castigándola cuando estimase que actuaba mal, pero no en forma brutal, sino que suavemente, así como un padre corrige a su hijo. Sin embargo, el concepto de “suavidad” daba para amplias opiniones, porque algunos, incluso, aprobaban los azotes y las cadenas. Si el castigo importaba tratos crueles con daño corporal y/o

⁴³ DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio. La potestad marital... *op. cit.*, p. 278.

⁴⁴ Cfr. DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio. Esquema de derecho... *op. cit.*, p. 198.

peligro vital contra la mujer, ésta podía solicitar el auxilio de la justicia, pero para el sólo efecto de condenar al marido a tratar bien a la mujer, prestando fianza al respecto: la denominada “fianza de sevicia”. La mujer también podía pedir el divorcio basada en estas circunstancias.

El marido que maltratase a su mujer o la expulsase de casa perdía el lucro y aumento de la dote. La mujer que huía por causa de sevicia no perdía, en cambio, su derecho a gananciales.

La mujer tenía derecho a disfrutar de los honores del marido, es decir, se hace partícipe del rango social, honores y dignidad del marido. Así, si la mujer se casa con un noble, pasa a ser noble también y conserva esta situación en la viudez. Mientras que la mujer que se casa con un hombre de baja clase, como un sirviente, pasa a ser sirvienta también, pero recuperando su mejor situación, si la tenía, en el caso de quedar viuda. Este derecho y carga encuentra sus antecedentes ya en el Derecho Romano Cristiano y consta en las Partidas 4, 2, 7.

Otra regla de la potestad marital establecía que la mujer debía servir a su marido en el aspecto doméstico, pero dicha obligación no podía incluir tareas innobles o excesivas, ni contrarias a su grado de nobleza.

La mujer no estaba obligada a denunciar los delitos o crímenes de su cónyuge, propio resultado de la reverencia que le debe, pero, una vez muerto el marido, “ha de hacerlo igual que cualquier otro que, estando bajo su potestad, hubiera tomado conocimiento del hecho”.⁴⁵

3.2.2. Efectos patrimoniales del matrimonio.⁴⁶

De acuerdo al Derecho Indiano, por el hecho del matrimonio surge entre los cónyuges un régimen patrimonial de comunidad de bienes restringido a los gananciales -modificado por una serie de donaciones por causa de matrimonio, de las cuales las más importantes son las dotales-, en virtud del cual se forma un fondo común con los bienes adquiridos durante el matrimonio a

⁴⁵ DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio. La potestad marital... *op. cit.*, p. 278.

⁴⁶ En esta parte, se sigue a DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio. Esquema de derecho... *op. cit.*, p. 238 y siguientes.

título oneroso por cualquiera de los cónyuges y los frutos que producen tanto los bienes sociales como los propios de los cónyuges. Los muebles o inmuebles adquiridos a título gratuito durante la vigencia del matrimonio son propios de cada cual. La administración de todos estos bienes compete exclusivamente al marido.

En general, para que los bienes pertenezcan por mitad a ambos cónyuges, se requiere que se trate de bienes divisibles, adquiridos a título oneroso durante la vigencia del matrimonio, estando los cónyuges de consuno, y si la adquisición fue a título gratuito, que los bienes hayan sido otorgados a ambos cónyuges; en todo caso, es necesario que la mujer no haya renunciado a los gananciales. También pertenecen a marido y mujer si se trata de frutos que provienen de bienes propios de cada cónyuge, o comunes, siempre que sean divisibles.

La regla general es que, asimismo, las deudas que contraen marido y mujer los obligan a ambos por mitad, gravando a los bienes comunes. Y las deudas anteriores al matrimonio sólo afectan a sus bienes personales, norma importante, por ejemplo, cuando el hombre tiene obligaciones de alimentos con hijos de un matrimonio anterior y contrae nuevas nupcias: la deuda grava sólo sus bienes propios y no los de la nueva sociedad conyugal.

Es el marido quien aparece como dueño de los bienes conyugales y decide su administración y destino. Misma suerte corren los bienes propios de cada cónyuge, aunque, para disponer de los bienes de la mujer, requiere autorización de ésta. Durante el matrimonio, además, el marido es mirado como dueño de los bienes dotales, que son aquellos que corresponderían a la mujer en caso de disolverse el vínculo conyugal.

En el decir de los tratadistas, el marido tiene, respecto de los gananciales, el dominio “en hábito y en acto”, mientras que la mujer sólo lo tiene “en hábito”, y pasará a tenerlos “en acto” al disolverse la sociedad conyugal.

La mujer, al estar casada, pasaba a ser una persona incapaz. La ley 55 de Toro consagró la incapacidad de la mujer casada, pero su objetivo no era menoscabarla, sino que protegerla, puesto que se partía de la base que, por razón de sus ocupaciones, la mujer tenía poco acceso a preocuparse de documentos, negocios, comercio, etc. A esto se suma la creencia de que todas las

mujeres tenían menos aptitudes para comprender los asuntos de negocios. Por todo ello, la mujer tenía derecho a ser representada por su marido y no podía contratar ni parecer en juicio sin licencia marital.

En los casos en que necesitara la representación o autorización del marido para actuar podría suministrar estas habilitaciones el juez, cuando el marido citado al efecto no compareciese. La demencia del marido o su estado de sordomudez, que le impidieren entender la sustancia y naturaleza del contrato, también daban lugar a que la mujer pudiera pedir autorización al juez, quien debía actuar con conocimiento de causa. A continuación de ello, se designaba un curador al marido, o bien, si la mujer calificaba como juiciosa y apta, se le otorgaba la administración del patrimonio familiar a ella.

La creencia de que la mujer necesitaba ser protegida por su marido explica razonablemente la razón de que la administración de los bienes propios de la mujer estuviera a cargo del marido, y que ésta no pudiera realizar negocio ni acto alguno sin la licencia o autorización marital, por lo que no estaba habilitada, por ejemplo, para aceptar o repudiar una herencia sin autorización de su cónyuge. Existía, no obstante, la posibilidad de que la mujer actuase libremente en cuanto acto quisiera si contaba con un mandato o licencia general del marido, pero era corriente que dicha autorización no constara en los documentos celebrados por la mujer y bastase su sola palabra.

Los intereses de la mujer también se protegían al establecer que la enajenación de bienes propios de la mujer que quisiera hacer el marido requería autorización de ésta, so pena de nulidad.

Se admitían, también, casos en que la mujer casada podía actuar por sí misma. Podía, por ejemplo, actuar en casos urgentes de cuya demora resultare peligro aun contra la voluntad del marido y sin autorización judicial; tenía derecho, también, a aceptar una herencia siempre y cuando lo hiciera con beneficio de inventario; también se aceptaba que la mujer actuara sola, sin autorización, pero aduciendo ausencia del marido y ofreciendo una caución de rato, esperando la posterior ratificación del cónyuge; el hecho de ejercer la mujer públicamente un oficio como comadrona, comerciante, etc., hacía presumir que poseía licencia del marido para contratar.

El otorgamiento de escritura, relativa al capital aportado por el marido al matrimonio, podía ser solicitado por la mujer sin licencia alguna cuando habían precedido capitulaciones matrimoniales o pactos al respecto.

En caso de haber sido expulsada de su hogar, la mujer podía contratar sin licencia del marido, siempre que la expulsión no tuviera fundamento de culpa suya ni causa justa.

Si la mujer se constituía como fiadora con el marido, su obligación sólo se extendía a lo que ella hubiere obtenido como provecho del contrato principal y no se consideraba provecho aquellas cosas que obtuviere como consecuencia de los alimentos que el marido debía proporcionarle.

En el plano de comparecencia judicial, la mujer también requería ser representada por el marido. Sin embargo, se consideraba que el derecho a defenderse era un derecho natural de toda persona, por lo que bien podía defenderse autónomamente por sí o con el objeto de obtener la redención del marido. Y con mayor razón estaba habilitada la mujer casada para ejercer acciones civiles y criminales en contra de su marido actuando para esto por sí misma.

Entre cónyuges existía la obligación recíproca de socorro, que se manifestaba económicamente, en la obligación del marido de dar alimentos a la mujer, o viceversa, según sus capacidades y las necesidades del cónyuge. Los alimentos han de ser congruos, acordes con la situación social del beneficiario. No obstante, en una interpretación sinalagmática de los derechos y obligaciones que vinculaba a los alimentos con el acceso carnal, se dispuso que cesaba el derecho a recibir alimentos si la mujer se negaba a otorgar el débito conyugal, a menos que la negativa de la mujer se debiera a servicia del marido, caso en que conservaba su derecho de alimentos.

La obligación del marido de dar alimentos congruos a su cónyuge no cesaba durante el juicio de divorcio cuando fuere motivado por adulterio de éste o amancebamiento. En cambio, si el divorcio era causado por adulterio de la mujer, sólo podría recibir alimentos necesarios para subsistir.

Una vez disuelta la sociedad conyugal, normalmente por la muerte de alguno de los cónyuges, era menester determinar a quién pertenecían los bienes matrimoniales. Las Partidas establecían la presunción de que pertenecían al marido, pero la costumbre fue contraria a este sistema, estableciendo una nueva regla general en Indias. Así, la ley 203 de Estilo señalaba que tales bienes eran de ambos cónyuges, por mitades, salvo prueba en contrario. Lo usual, en consecuencia, fue que la debida diligencia de los novios los instara a formar un inventario de bienes antes de casarse.

4. Sobre el fundamento económico de la desigualdad social y jurídica entre cónyuges e identificación de la mujer como cónyuge en situación de desventaja.

De acuerdo a lo expuesto a lo largo de este capítulo, hemos observado que, desde la Antigüedad, se han efectuado distinciones en el tratamiento jurídico y social de los cónyuges, según la naturaleza del asunto abordado; asimismo, se han establecido diferencias por razón de sexo. La evidencia histórico-social expuesta, aunque se circunscribe tan sólo a la realidad matrimonial que aconteció en el Derecho Romano, en el Derecho Canónico y en el Derecho de Las Indias, basta para adentrarse al contexto cultural que determinó las normas jurídicas que regularon las relaciones conyugales de la civilización occidental.

Se ha precisado que, como base, se respetaba la igualdad en materia de relaciones personales entre cónyuges, al establecerse deberes recíprocos de respeto, socorro y fidelidad. Podemos notar que en estos aspectos no hay factores económicos directamente involucrados. En cambio, en cuanto intervienen consecuencias patrimoniales, las consideraciones jurídicas son manifiestamente desiguales entre el hombre y la mujer, lo que se expresa, principalmente, en la restricción de facultades de disposición patrimonial de la mujer casada, el establecimiento de su incapacidad jurídica, y el sometimiento que debía tener frente a la voluntad del marido. Sin duda, una marcada desventaja de la mujer casada frente a las atribuciones del marido.

Por ello, se puede sostener que, en general, la distinción de roles entre cónyuges termina por tener como fundamento, subyacente a las cuestiones sociales y culturales, intereses y consideraciones económicas. A la división de labores derivada, por un lado, de la maternidad y,

de otro, de la fuerza muscular del varón que lo habilita mejor para dedicarse a la búsqueda de recursos para la subsistencia de la familia, le sigue la mentalidad de las comunidades y pueblos de Occidente que prefiere mirar al grupo familiar como una unidad, con un solo centro decisor, cabeza de la familia, y con un único núcleo patrimonial, simplificando las cosas para efectos de la convivencia social, tanto para las cotidianas actividades del hogar y sus integrantes como para la regulación de la sucesión de bienes en caso de fallecimiento de alguno de ellos.

La consideración del núcleo familiar como centro económico, entregó al marido la administración de los recursos del hogar, pero esto tuvo como consecuencia la exclusión o disminución del rol de la mujer en la toma de decisiones de la familia.

Corolario de la situación descrita es la imposición del estatus de incapaz de la mujer casada, cuyo fin no es otro que facilitar la conservación y administración del patrimonio familiar, con la consecuente provisión de recursos necesarios para la subsistencia de los integrantes del grupo familiar.

La mujer se convierte, entonces, en un cónyuge que, no obstante los principios de igualdad y reciprocidad de deberes y derechos personales matrimoniales, se encuentra en desventaja en relación al marido, puesto que se halla legalmente incapacitada en lo que a decisiones pecuniarias respecta.

En el Derecho Romano, la mujer se considera en permanente estado de obediencia y dependencia, por ello debe estar sometida, primero, a las decisiones y potestad de su padre, quien procurará buscar un acuerdo con otro *paterfamilias* para conseguir un marido que provea las condiciones necesarias para la vida, y quién suministrará la dote como aporte a los recursos económicos de la nueva unión matrimonial. Luego, debe obedecer y someterse al marido que, en su calidad de *paterfamilias*, ejercerá la nueva autoridad familiar y formará con ella una sola unidad social y económica.

La observación de las normas romanas en torno a las relaciones personales entre cónyuges, demuestra, en cambio, que fuera del ámbito económico, la concepción cultural aboga por la igualdad de trato y por el respeto entre marido y mujer. Aunque existía el concepto de que

la mujer pertenecía al marido, su especial condición exigía que el marido romano fuera honorable con ella, que le diera buenos tratos.

En la moral cristiana del matrimonio queda aún más manifiesta esta igualdad de trato en las relaciones personales entre cónyuges. El Derecho Canónico establece expresamente que existe igual obligación y derecho entre marido y mujer a las consecuencias naturales de la vida conyugal, esto es, la ayuda mutua, la fidelidad, la convivencia y la sustentación y educación de los hijos. El Derecho Canónico es claro en promover la igualdad entre marido y mujer, por esta razón es ajeno a las diferencias de carácter económico. Considera que esos son efectos ajenos a la ley natural que emana del vínculo conyugal y sólo corresponde añadirlos y regularlos a la ley de los hombres.

El Derecho Indiano hace eco de las prescripciones canónicas; por tal motivo, junto con establecer los deberes naturales del matrimonio de acuerdo al Derecho Canónico, regula las diferencias que se manifiestan en el aspecto patrimonial. Al efecto, detalla y restringe minuciosamente los comportamientos económicos de la mujer, regulando aspectos como la incapacidad jurídica, la administración de bienes matrimoniales concentrada en el marido, la posibilidad de la mujer de celebrar contratos contando con la autorización del marido, el derecho de alimentos y, también, aquellos actos que, no siendo explícitamente económicos, redundaran en consecuencias pecuniarias para la familia, como el adulterio.

La configuración de un estatuto discriminatorio contra la mujer casada en los distintos sistemas jurídicos analizados, se construyó sobre fundamentos prácticos determinados por la cultura particular de la época. Sin embargo, la sociedad y las autoridades fueron conscientes de que estas desigualdades acarrearán, también, efectos indeseables o negativos para la mujer. Por ello, se sintió la necesidad de legislar estableciendo medidas que paliaran estas consecuencias.

Con el correr de los siglos estas normas protectoras han ido evolucionando, formando sistemas de protección de los intereses patrimoniales de la cónyuge y extendiendo el amparo a cualquiera de los cónyuges que se encuentre en situación de desventaja, sea el marido o la mujer.

5. Evolución de las relaciones conyugales en el mundo occidental contemporáneo: hacia la eliminación de las desigualdades entre marido y mujer.

En épocas pasadas, la situación de desventaja o de debilidad de un cónyuge respecto del otro surgió en torno a las actuaciones que tuvieran una índole económica. Concretamente, la revisión histórica de los estatutos jurídicos más importantes de la civilización occidental nos ha demostrado que las inequidades jurídicas de corte patrimonial pusieron en situación de desventaja a la mujer respecto de su marido.⁴⁷

Sin embargo, es necesario tener presente que el espíritu de las legislaciones de esos siglos no consistió simplemente en incapacitar a este cónyuge económicamente disminuido. Por el contrario, también surgieron numerosas disposiciones cuyo fin fue proteger a la mujer casada, cuidar sus intereses, evitar los abusos del marido y de terceros y, en ciertos casos, permitirle algún grado de libertad de acción para celebrar negocios.

La evidencia de las condiciones de desigualdad entre cónyuges ha forzado al Derecho de las distintas épocas del mundo occidental a integrar normas que compensen las desventajas y perjuicios que pudiera provocar este estatuto “discriminatorio”. Para esto, se han desarrollado mecanismos y sistemas de protección que han ido evolucionando a medida que las sociedades, las concepciones culturales y las oportunidades económicas de las mujeres van cambiando.

El desarrollo de las sociedades occidentales ha incorporado, paulatinamente, nuevos elementos para la protección de la mujer casada, ampliando los contornos de los resguardos y equiparando, cada vez más, las condiciones jurídicas entre cónyuges, conforme han evolucionado las concepciones culturales de las relaciones matrimoniales.

Muchas de las concepciones sobre el matrimonio, sobre los derechos y deberes de los cónyuges y sobre la familia, han ido cambiando drásticamente con el paso de los siglos.

⁴⁷ *Vid. Supra* Capítulo I, epígrafe 4., referido al fundamento económico de la desigualdad social y jurídica entre cónyuges e identificación de la mujer como cónyuge en situación de desventaja.

La expectativa de que el matrimonio fuera indisoluble nació con la influencia de los primeros cristianos, pero se fortaleció bajo las condiciones preindustriales en las cuales los recursos económicos del marido promedio eran apenas suficientes para mantenerse a sí mismo, a su mujer y a sus numerosos hijos. Además, el matrimonio acarreaba una mixtura de propiedad que no siempre podía deshacerse, razón por la cual era conveniente intentar perpetuar la unidad conyugal.

A partir del siglo XX, las concepciones sobre los roles y capacidades de hombres y mujeres experimentaron profundas alteraciones. Las mejores capacidades económicas del hombre y su familia, además del acceso de la mujer al mundo laboral, fueron creando mayor independencia de los individuos respecto de la institución matrimonial y la familia. Ya no era necesario que la mujer dependiera de un hombre para el sustento de los hijos, tampoco había incertidumbre y descontrol en el número de éstos gracias a las innovaciones científicas en materia de concepción. El aporte a la economía familiar quedaba ahora entregado a ambos padres, quienes compartían las responsabilidades del hogar. La mujer se vuelve más autónoma y con ello adquiere libertad en sus decisiones para el diario vivir y para su futuro. En seguida, su participación social dejó de ser meramente privada y sus fortalezas en la vida doméstica y pública empezaron a equipararse (rápidamente) a las de los varones.

Se produce una revolución social provocada por el ingreso de las mujeres al mundo laboral y económico, por la modificación de las estructuras de los grupos familiares que deja espacio al establecimiento de diversidad de modelos biparentales y monoparentales, y por la integración de roles entre mujeres y hombres en el mundo laboral y en el hogar.⁴⁸

Por otro lado, los hombres y las mujeres iniciaron la práctica de unirse consensualmente y en términos de igualdad, sin contemplar obligaciones a largo plazo. Alrededor de los años 70, "...el concubinato juvenil se difundió con una velocidad muy grande, primero entre las clases medias y luego entre las élites, de modo que incluso las abuelas más convencionales tuvieron que tolerar que su nieta viviera con su novio. Luego, sucedió lo mismo con los jóvenes trabajadores de las fábricas y de las granjas. Finalmente, los viudos y los divorciados dejaron de

⁴⁸Cfr. CHINCHILLA, Nuria y LEÓN, Consuelo. La ambición femenina. Cómo reconciliar trabajo y familia. Santiago, Chile. Aguilar Chilena de Ediciones S.A. 2004. p. 14.

volverse a casar. Si uno ya no se divorcia para casarse de nuevo la revolución se completa. La cohabitación se hizo legítima; los homosexuales solicitaron legitimidad para sus uniones. Las familias monoparentales se hicieron también normales. En 20 años la monogamia absoluta instituida por Cristo y reiterada insistentemente por San Pablo (que ni siquiera quería que se casaran los viudos), que había sido la piedra angular de la civilización cristiana occidental, se resquebrajó bajo la influencia de algunos manifestantes jóvenes –una revolución moral de escala milenaria– cuyas últimas consecuencias para nuestro sistema de relaciones y para el desarrollo de los niños se están todavía por medir”.⁴⁹

Al interior de la sociedad, se ha disminuido la brecha en las diferencias tradicionales existentes entre hombres y mujeres en cuanto a libertades sexuales, al acceso al mercado del trabajo, a carreras profesionales y ocupacionales y, por supuesto, en materia de propiedad, control del patrimonio y de relaciones familiares; todo, sobre una concepción moderna de los roles y oportunidades de hombres y mujeres basada en la igualdad. Los países de Europa, especialmente Suecia, Inglaterra, Noruega, Dinamarca y Finlandia, fueron pioneros en estas innovaciones, a fines del siglo XIX, ampliando las facultades de la mujer en la administración de bienes, especialmente si éstos provenían como fruto de su trabajo, eliminando, además, la incapacidad de la mujer, una vez que la II Guerra Mundial demostró la tremenda capacidad laboral de ésta.⁵⁰

Comentario aparte merece la observación de que, no obstante la innovación cultural respecto a la pareja y sus relaciones en todo tipo de esferas, los valores emocionales del matrimonio han sido persistentes. Está firmemente arraigada la convicción de que los hijos necesitan un hogar con un padre y una madre para desarrollarse adecuada y felizmente, y el

⁴⁹ MENDRAS, Henri. *La France Que Je Vois*. Paris, Francia. Editions Autremont. 2002. p. 32. Citado por CAPLOW, Theodore; DEL CAMPO, Salustiano. La familia en EEUU y en la Unión Europea [en línea] España.2006.

<<http://www.frdelpino.es/documentos/CONFERENCIASYENCUENTROS/Reuniones%20de%20expertos/Quijote/LA%20FAMILIA%20EN%20EEUU%20Y%20EN%20LA%20UNION%20EUROPEA.pdf>> [Consulta: 20 de Noviembre 2011]. p.13.

⁵⁰ Cfr. COMISIÓN Especial de Docentes de la Universidad Gabriela Mistral. Informe para el Proyecto de ley que modifica el Código Civil y leyes complementarias en materia de sociedad conyugal o comunidad de gananciales, otorgando a la mujer y al marido iguales derechos y obligaciones. Chile. Boletín 1707-18. [en línea] <<http://sil.congreso.cl/docsil/proy1107.doc>> [Consulta: 15 de mayo de 2011]. p. 7.

anhelo de formar una familia, sea con vínculo matrimonial o no, forma parte de las expectativas de la gran mayoría de las personas en el mundo.

CAPÍTULO II

CÓNYUGE DÉBIL Y SU PROTECCIÓN JURÍDICA

En muchas ocasiones, las relaciones y condiciones entre cónyuges no son plena y perfectamente igualitarias; puede haber uno o más factores que desajustan el equilibrio, pudiendo dejar a una de las partes del matrimonio en mejores o peores condiciones que el otro.

Hemos apreciado, en la evidencia histórico-jurídica de la sociedad romana e indiana, que las causas que pueden dar origen a la desigualdad entre cónyuges, generando una condición desmejorada o subordinada de uno respecto del otro, tienen como fundamento fáctico las circunstancias económicas que afectan o rodean a cada uno de ellos, y cómo, con el paso del tiempo y el desarrollo legislativo, las diferencias fueron asentándose en los ordenamientos jurídicos. Las más importantes legislaciones a lo largo de la historia humana han partido del supuesto de que hombre y mujer, en el matrimonio, tienen iguales condiciones, derechos y deberes. La diferenciación ha surgido por motivaciones de índole pecuniaria que redundan en la legislación. Como consecuencia de esto ha sido la mujer quien, históricamente, ha ocupado la posición económicamente débil de la relación marital; lo anterior es debido, primeramente, a concepciones culturales y, luego, como consecuencia de una debilidad institucionalizada jurídicamente por la existencia de distintas leyes que han inhibido o restringido la expresión de su personalidad y derechos, por contraposición a la amplitud de facultades y atribuciones del marido.

Las desigualdades jurídicas y económicas experimentadas por marido y mujer generan un estado de debilidad para uno de ellos, patente tanto durante la vigencia del matrimonio como a su término, que se debe a factores materiales o jurídicos que restringen o limitan el acceso a la propiedad y al goce de los bienes, u obstaculizan las facultades de disposición y administración patrimonial.

No obstante, esta realidad no ha sido indiferente para el legislador patrio a lo largo de la historia de nuestro Derecho, quien, a través de distintos medios, ha tratado de compensar la debilidad del cónyuge en desventaja en la búsqueda hacia la plena igualdad de marido y mujer. La aplicación de las técnicas de protección al cónyuge débil o de instauración de la igualdad, tiene distintas formas, dependiendo de las circunstancias en que se plantean las debilidades dentro del matrimonio. Va a depender, entonces, de la identificación de las causas de la debilidad para propender a su protección o reparación.

Para comenzar, y de acuerdo a la opinión de Juan Andrés Orrego, se puede proponer el siguiente principio general: “mientras un matrimonio cumple adecuadamente los fines previstos en la ley, es decir, se mantiene la armonía en la relación conyugal, se entenderá como cónyuge más débil, principalmente, aquel que frente al otro, posee **menos facultades jurídicas** a ejercer en el patrimonio familiar (como acontece hoy día con la mujer en el régimen de sociedad conyugal); y en el caso de crisis o derechamente de ruptura matrimonial, se entenderá como cónyuge más débil, principalmente, aquel que se encuentra en una **condición económica más desmedrada** que el otro. En ambos casos, decimos “principalmente”, pues en el primero también puede fundarse el principio en aspectos económicos, y en el segundo caso asimismo en aspectos jurídicos”.⁵¹

En efecto, entendemos que la debilidad se manifiesta a lo largo de la vigencia del matrimonio por la desigualdad jurídica que se origina cuando éste se ha contraído bajo el régimen de sociedad conyugal; por su parte, se generará al término del vínculo conyugal – cualquiera haya sido su régimen matrimonial-, debido a la precariedad económica de uno de los consortes con respecto al otro.

En nuestro país el espíritu de protección del cónyuge débil se ha expresado en distintas disposiciones legales que han tendido a mejorar la situación desmedrada de la mujer casada en sociedad conyugal, la que, paulatinamente, ha visto mejorado su estatus en orden al reconocimiento de sus derechos para actuar en igualdad de condiciones con el marido en el escenario jurídico, social y económico. Todas estas medidas, entendemos, son manifestación de

⁵¹ ORREGO ACUÑA, Juan. *Visión crítica de la sociedad conyugal... op. cit.*, p. 6.

un principio subyacente, y hasta antes del año 2004, innominado: el principio de protección al cónyuge débil.

Con el objeto de precisar lo que venimos afirmando debemos estudiar los conceptos de igualdad y debilidad planteados como centro de nuestro análisis.

1. Igualdad entre cónyuges.

La igualdad ha sido conceptualizada de distintas maneras y con distintos enfoques desde los albores de la civilización. Para Aristóteles, la igualdad consistía en un principio de justicia y, más concretamente, implicaba igualdad de trato, porque la igualdad justa consistiría en tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales.⁵² Por lo tanto, para poder tratar a las personas con justicia habría que distinguir las categorías o grupos a quienes se debe tratar igual, de acuerdo a determinados criterios de diferenciación, según cada caso.

La igualdad ante la ley, por otra parte, se puede concebir como la prohibición de la diferenciación arbitraria o injustificada de las personas atendiendo a determinados criterios de diferenciación o clasificación.⁵³

En nuestra Constitución Política de la República, hay diversas disposiciones que se refieren al principio de igualdad de todas las personas. Así, el artículo 1º de la Carta Fundamental, en lo pertinente, expresa: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad (...) El Estado está al servicio de la persona humana (...) debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece...”

⁵² Vid. ARISTÓTELES. La Política. Madrid, España. Espasa Calpe, 1985. Libro II.

⁵³ Cfr. WESTEN, Peter. *Speaking of Equality: An Analysis of the Rhetorical Force of “Equality” in Moral and Legal Discourse*. Princeton, Nueva Jersey, Estados Unidos. Princeton University Press. 1990. p. 74.

Esta norma constitucional es plenamente aplicable al matrimonio y a las relaciones conyugales, y constituye un imperativo jurídico para el legislador y los jueces a la hora de establecer el contenido, contornos y dimensiones de los derechos, deberes y obligaciones de los cónyuges.

“En materia de organización económica del matrimonio, así como en muchas otras, se ha consagrado positivamente la igualdad jurídica entre hombre y mujer. Así sucede en el plano internacional y en la gran mayoría de las legislaciones internas, que consagran la igualdad de derechos entre marido y mujer en materia de adquisición, goce, administración y liquidación de los bienes del matrimonio”.⁵⁴

En el ámbito jurídico internacional destacan las normas establecidas en diversos instrumentos normativos, tales como el artículo 16 de la **Declaración Universal de los Derechos Humanos**, que garantiza la igualdad de derechos al hombre y a la mujer para casarse, y disfrutar de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante éste y en caso de su disolución; el artículo 3 del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)**, que consagra la igualdad de hombres y mujeres en el goce de todos los derechos civiles y el artículo 26 del mismo pacto, que prohíbe todo tipo de discriminación por razón de sexo; la **Convención Americana sobre Derechos Humanos** que establece que los Estados Parte se comprometen a respetar y garantizar la igualdad ante la ley y demás derechos y libertades, sin distinción alguna (artículo 1 en relación al artículo 24); el artículo 1 de la **Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles de la Mujer** dispone que los Estados Americanos otorgarán a la mujer los mismos derechos civiles de que goza el hombre.

Ahora bien, la convención que viene a ser el fuerte y decisivo impulso para la efectiva igualdad entre hombres y mujeres la constituye la **Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)**.⁵⁵ “En nuestro país podemos encontrar numerosos antecedentes del reconocimiento de la igualdad jurídica entre hombres y

⁵⁴ LATHROP GÓMEZ, Fabiola. Discriminación contra la mujer... *op. cit.*, p. 221.

⁵⁵ Chile suscribe la Convención el 17 de julio de 1980; es aprobada por la Junta de Gobierno el 17 de octubre de 1989 y promulgada por Decreto Supremo N° 789 de 27 de octubre de 1989. Se depositó el instrumento de ratificación el 7 de diciembre de 1989 y se publicó en el Diario Oficial el 9 de diciembre del mismo año.

mujeres en la evolución que ha sufrido nuestro propio derecho nacional en los últimos cien años. Pero es difícil identificar precedentes significativos de lo que podríamos llamar una penetración programática de la igualdad en la legislación y aquí radica el interés de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer [...] Se trata ahora de un despliegue del principio de igualdad en el Derecho que responde, no ya al devenir natural del cambio cultural de un pueblo, sino al influjo de otra corriente de valor ambivalente que actúa desde fuera y hacia adentro; o desde arriba hacia abajo: desde el derecho internacional hacia los derechos internos”.⁵⁶

El contenido de la CEDAW tiene por objetivo central conseguir la efectiva igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, mediante la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Con este fin, los Estados se comprometen a consagrar el principio de la igualdad del hombre y la mujer en las constituciones y en la legislación, a adoptar medidas legislativas o de gobierno para prohibir y sancionar toda discriminación contra la mujer, a otorgar protección jurídica a la mujer contra toda forma de discriminación y a modificar o derogar la legislación que constituya discriminación contra la mujer, entre otros compromisos (artículo 2 de la CEDAW).

Consecuentemente, la CEDAW otorga los mismos derechos a ambos cónyuges en materia de propiedad, administración, goce y disposición de los bienes. “El artículo 15 de este instrumento consagra la igualdad ante la ley entre hombre y mujer, reconociendo a ésta, en su punto 2, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades que éste en el ejercicio de dicha capacidad en el ámbito civil”.⁵⁷ “En materia de matrimonio y familia, la Convención tiende a asegurar la igualdad entre el varón y la mujer: para contraer matrimonio (art. 16, 1., a); para elegir libremente la persona del contrayente y otorgar libremente el consentimiento (art. 16, 1., b); para gozar de los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con motivo de su disolución (art. 16, 1., c); para gozar de los mismos derechos y responsabilidades en relación con los hijos, cualquiera sea [el] estado civil que se tenga (art.16, 1., d) [...] para gozar de los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el

⁵⁶ RODRÍGUEZ PINTO, María. La Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW): el Principio de Igualdad Entre Hombres y mujeres. Revista de Derecho Público. Universidad de Chile. (62):206-232. 2000. p. 223.

⁵⁷ LATHROP GÓMEZ, Fabiola. Discriminación contra la mujer... *op. cit.*, p. 223.

derecho a elegir apellido, profesión y ocupación (art. 16, 1.,g); y, por último, para gozar los cónyuges de los mismos derechos en relación a sus bienes (compra, gestión, administración, goce y disposición de bienes, tanto a título gratuito como oneroso) (art. 16, 1., h)”.⁵⁸

Sin embargo, los informes recabados por el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, órgano de seguimiento y control de las responsabilidades de los Estados en el cumplimiento efectivo de la CEDAW, dan cuenta de una muy imperfecta asimilación de los principios de igualdad y no discriminación de género en el ordenamiento jurídico e institucional chileno. El informe de 13 de mayo de 2009 reconoce que ha habido avances en los derechos de las mujeres, y que el marco legislativo reconoce como principio general la igualdad de derechos y obligaciones entre hombres y mujeres dentro del matrimonio, pero, subsisten disposiciones legales que son discriminatorias contra las mujeres “tanto en la letra de la ley como en su aplicación”.⁵⁹ (Es decir, tanto en la intención de una norma como en los resultados de la aplicación de una norma. Discriminación formal y material, en definitiva).

La Comisión señala que “subsisten situaciones que sitúan a la mujer en una posición de inferioridad respecto del hombre, lo que se debe a la persistencia de normas discriminatorias en el sistema jurídico, y al hecho de que algunas iniciativas legales que apuntan a superarla, se encuentran todavía en proceso de tramitación. Asimismo, pese a los avances legislativos producidos, aún perduran en algunos casos, problemas de interpretación a nivel de los tribunales que dificultan que la norma, en su aplicación práctica, alcance plenamente los objetivos para los que fue dictada”.⁶⁰

A propósito de estas críticas y preocupaciones planteadas por el Comité, y la evidente necesidad de dar cumplimiento efectivo a los postulados de igualdad entre cónyuges, el Capítulo III de esta memoria se extenderá sobre las normas legales vigentes que rigen el estatuto matrimonial en Chile, tanto en su dimensión extrapatrimonial como en la esfera económica, realizando las críticas pertinentes a aquellas situaciones en que se manifiesta una contravención

⁵⁸ RODRÍGUEZ PINTO, María. La Convención Sobre la Eliminación... *op. cit.*, p. 225.

⁵⁹ COMITÉ para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer. Informe sobre los derechos de las mujeres en Chile: La igualdad en la familia, el trabajo y la política. [en línea] Doc. 63. 27 de marzo de 2009.<<http://www.cidh.oas.org/countryrep/ChileMujer2009sp/Chilemujer09i-iii.sp.htm>> [Consulta: 11 de abril de 2011]. p. 4.

⁶⁰ COMITÉ para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer... *op. cit.*, p. 14.

a los principios de igualdad conyugal y, especialmente, donde existe una discriminación en contra de la mujer.

2. Concepto de debilidad conyugal introducido por la Ley de Matrimonio Civil.

El artículo 3, inciso primero, de la Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil chilena dispone, expresamente, que "Las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil".

“Este principio [de protección al cónyuge más débil], singularmente elaborado y desarrollado en el derecho anglosajón, fue introducido en la discusión del Proyecto de Ley de Matrimonio Civil por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado”.⁶¹

Si bien la ley no precisa las características de la situación de debilidad o la protección pretendida, del análisis de diversas disposiciones de la misma ley se desprende que esta protección al cónyuge débil tiene como criterio fundante la disparidad en las condiciones económicas de las partes, especialmente, al término del matrimonio.

Ya en las primeras discusiones parlamentarias recaídas en el proyecto que dio origen a la Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil se hablaba del cónyuge “débil”, en contraposición al otro, que podríamos llamar “fuerte”; esto, en consideración a sus precariedades económicas y la posibilidad de ser víctima de presiones indebidas o ilegítimas por parte de su consorte. Así, por ejemplo, se dijo que “En el caso de la nulidad, el matrimonio termina, pero las mujeres y los hijos no tienen fuerza para negociar las condiciones en que quedan. En la práctica la nulidad somete al cónyuge más débil al poder económico del otro. Esto significa que, mediante el dinero, el cónyuge más fuerte podrá lograr una nulidad favorable amenazando, por ejemplo, con dejar de pagar la alimentación, la vivienda, la salud y los colegios. El resultado es que el cónyuge más

⁶¹ BARRIENTOS GRANDON, Javier; NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu. Nuevo derecho matrimonial chileno. Santiago, Chile. Ed. Lexis Nexis. 2004. p. 40.

débil se ve obligado a aceptar las condiciones de quien tiene el dinero”⁶²; o que “Además de lo fácil que resulta falsificar las causales de divorcio, sucede también que el cónyuge de mala fe las puede provocar. Por ejemplo, rompiendo la convivencia conyugal mediante el abandono del hogar, sin que la parte más débil tenga, al menos, la posibilidad de negociar condiciones más ventajosas a cambio de otorgar su consentimiento”.⁶³

Como se puede observar, la condición de fortaleza de uno de los cónyuges se conseguiría por las posibilidades patrimoniales que tenga éste a su disposición.

En la Ley de Matrimonio Civil se observa el carácter pecuniario de la protección de un cónyuge débil, en primer lugar, al contemplar la celebración de acuerdos regulatorios para el caso de separación conyugal, mediante los cuales los cónyuges podrán reglamentar, entre otras materias, un régimen de alimentos en favor del cónyuge que así lo requiera, es decir, en beneficio de aquel que se encuentra en condiciones económicas menos favorables o, derechamente, precarias. Y, es más, si la separación no es sólo de hecho, sino que es judicial, solicitada de común acuerdo por marido y mujer, el acuerdo regulatorio es obligatorio.⁶⁴

En seguida, la manifestación más clara del principio de protección al cónyuge más débil se materializa en la figura jurídica de la compensación económica. Esta institución se encuentra regulada por los artículos 61 y siguientes de la Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil.⁶⁵

El carácter eminentemente económico de esta compensación queda expresado en su sola denominación, así como en los requisitos de procedencia. Para que se conceda una compensación económica es necesario que, ante una declaración de nulidad o divorcio, se

⁶² Diputada María Antonieta Saa en discusión general en sala sobre el proyecto de Ley de Matrimonio Civil, Boletín 1759-18, Cámara de Diputados. Legislatura 334, Sesión 44. Fecha 23 de enero, 1997. Historia de la ley 19.947 [en línea] <http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/606/4/HL19947.pdf> [Consulta: 12 de mayo de 2011]. p. 117

⁶³ Diputado Ramón Elizalde en discusión general en sala sobre el proyecto de Ley de Matrimonio Civil, Boletín 1759-18, Cámara de Diputados. Legislatura 334, Sesión 44. Fecha 23 de enero, 1997. Historia de la ley 19.947 [en línea]. <http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/606/4/HL19947.pdf> [Consulta: 12 de mayo de 2011]. p. 159.

⁶⁴ Artículo 27, inciso segundo, de la Ley 19.947 sobre Matrimonio Civil.

⁶⁵ *Vid. Infra* Capítulo III, epígrafe 4.2.3., referido a la compensación económica.

compruebe que uno de los cónyuges se ha dedicado al cuidado de los hijos y/o a las labores propias del hogar común, no pudiendo, en consecuencia, desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o bien, habiendo desarrollado ese tipo de actividades, lo hubiere hecho en menor medida de lo que podía o quería. Así lo dispone el inciso primero del artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil.

3. Nuestro concepto de cónyuge débil.

El principio de protección al cónyuge más débil está consagrado en el artículo 3 de la Ley de Matrimonio Civil, estableciéndose que deberá recibir aplicación en todas las materias que trata dicha ley. Sin embargo, este cuerpo legal, pese a regular el matrimonio, no interviene en la regulación de los regímenes patrimoniales conyugales que se encuentra en el Código Civil chileno. No modifica las disposiciones que regulan la sociedad conyugal, ni se inmiscuye en la búsqueda de condiciones igualitarias para los cónyuges, sin distinción de género en estas materias. Por el contrario, sólo se ocupa de regular la celebración del matrimonio y, a continuación, las distintas situaciones de crisis y ruptura de la relación conyugal, como la separación y el divorcio.

Sin perjuicio de ello, creemos que la consagración expresa de este principio en la ley obedece a un reconocimiento de su existencia, pero no restringe su aplicación de manera exclusiva a las materias que trata la Ley de Matrimonio Civil.

A diferencia de lo circunscrito en la Ley de Matrimonio Civil, consideramos que el concepto de cónyuge débil es aplicable a la situación matrimonial de debilidad y desigualdad jurídica, experimentada tanto al término del matrimonio como durante su vigencia, lo cual se manifiesta, especialmente, cuando el régimen económico de los cónyuges es la sociedad conyugal.

Esto, lo sostenemos porque la conciencia de la idea de debilidad es la que ha permitido la aplicación de normas y criterios protectores para aquel cónyuge que resulte ser débil. Las desigualdades, hasta hoy patentes de modo destacado en el régimen jurídico de la sociedad

conyugal, no han sido zanjadas, pero sí han sido compensadas o disminuidas por la aplicación de herramientas protectoras del cónyuge en desventaja. Esta técnica jurídica, a nuestro juicio, no es otra cosa que la aplicación del principio de protección al cónyuge débil, y se trataría de un paso de transición entre la desigualdad consagrada en la legislación y la plena igualdad ansiada, proclamada e, imperativamente, establecida en los Tratados Internacionales y la Constitución Política.

Según nuestra apreciación, el principio de protección al cónyuge débil ha sido una herramienta utilizada por el legislador, desde los inicios de la historia civilista chilena, quien, en creciente medida, ha implementado normas que buscan morigerar los efectos de las desigualdades jurídicas y económicas establecidas para los cónyuges –especialmente, la mujer– en el régimen de sociedad conyugal.

Estamos convencidos que resulta procedente proteger al cónyuge débil cada vez que esta condición de debilidad se manifieste, en todos los casos en que exista una situación dominante por parte de uno de los cónyuges, ya sea durante la vigencia del matrimonio o a su término, y sea cual sea la ley formalmente involucrada.

“La aplicación del principio de protección al cónyuge más débil constituye un mecanismo de compensación, que las sociedades deben aplicar, cuando condiciones objetivas impiden concretar a cabalidad el principio esencial acerca de la igual protección jurídica a todas las personas y la exclusión de toda forma de discriminación ilegítima, es decir, que no se base en un criterio de justicia”.⁶⁶

En este sentido, concordamos con la opinión de Juan Andrés Orrego, quien señala que “...la condición de cónyuge más débil tiene una connotación que a la vez es económica y jurídica, prevaleciendo en algunas ocasiones el aspecto económico y en otras el jurídico. Así, por ejemplo, si se trata de un matrimonio cuyo régimen de bienes es el de la sociedad conyugal, las normas que morigeran o restringen las facultades de administración del marido, protegen a aquel de los cónyuges que se entiende ser más débil, cual es, en tal hipótesis la mujer, por estar inhibida, en principio, por la propia ley, para intervenir en dicha administración. Se divisa que en

⁶⁶ ORREGO ACUÑA, Juan. *Visión crítica de la sociedad conyugal... op. cit.*, p. 10.

este caso, el fundamento es estrictamente jurídico. En cambio, por ejemplo, si los cónyuges se encuentran separados de hecho, cualquiera de ellos podría demandar que un inmueble de propiedad del otro se afecte como bien familiar, si tal fuera la residencia principal de la familia, o demandar al otro el pago de una pensión de alimentos, atendidas las facultades y circunstancias domésticas del marido y de la mujer. En estos casos, el fundamento es de carácter económico”.⁶⁷

Por su parte, el profesor Carlos Pizarro también concuerda con el hecho de la existencia de normas protectoras del cónyuge más débil que tienen aplicación tanto durante la vigencia del matrimonio como a su término. Al respecto, señala que “El principio de protección del cónyuge más débil aparece en diversas instituciones en la nueva legislación. En primer lugar, la protección patrimonial que consagra la ley a favor del cónyuge más débil. El artículo 30 establece la facultad para cualquiera de los cónyuges casados bajo el régimen de sociedad conyugal para solicitar la adopción de medidas provisorias para la protección del patrimonio familiar y el bienestar de los miembros de la familia. Con la misma finalidad, en caso de divorcio por cese de la convivencia con demanda unilateral, el cónyuge demandado podrá solicitar al juez que verifique el cumplimiento por el demandante durante el cese de la convivencia de la obligación de alimentos respecto de los hijos y del cónyuge demandado; en el evento que el cónyuge demandante de manera reiterada haya incumplido con la obligación de alimentos, el juez no podrá decretar el divorcio. Otra manifestación del principio aparece en las hipótesis de separación judicial y divorcio por mutuo consentimiento. Los cónyuges, en estos casos, están obligados a acompañar con la demanda un acuerdo que regule en forma completa y suficiente las relaciones mutuas y con respecto a sus hijos. [...] En lo que nos interesa, el acuerdo es suficiente cuando “...procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges” (art. 27, inciso final y art. 55, inciso 2º)” [sic].⁶⁸

Algunas medidas establecidas en otras leyes para la protección del cónyuge más débil son, por ejemplo, el derecho que tiene la mujer casada en sociedad conyugal para que en la partición de gananciales de este régimen deduzca antes que el marido sus bienes propios y las

⁶⁷ ORREGO ACUÑA, Juan. *Visión crítica de la sociedad conyugal... op. cit.*, p. 5.

⁶⁸ PIZARRO WILSON, Carlos. La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil chilena. *Revista de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri* (3):83-104. Santiago. Diciembre de 2004. p. 92.

recompensas que le correspondan, previsto en el artículo 1773 del Código Civil, y la declaración de bien familiar, figura contemplada en los artículos 141 y siguientes del Código Civil, materias que serán tratadas en el Capítulo III de esta memoria.⁶⁹

Cabe destacar que la Ley de Matrimonio Civil prescinde de la distinción por género al referirse a la protección del cónyuge más débil y, en cambio, establece disposiciones que son aplicables a cualquiera de los cónyuges. No obstante, en la práctica, la generalidad de los casos sigue demostrando que es respecto de las mujeres donde se da la mayor aplicación de estas normas.⁷⁰

Considerando los objetivos del principio de igualdad y los propósitos del principio de protección al cónyuge débil, así como su consagración normativa, resulta que, sin duda, el principio de igualdad es superior al de protección al cónyuge débil, dado que la igualdad de marido y mujer es el fin máximo al que deben aspirar las legislaciones para dar cabal respeto a los derechos humanos de todas las personas y, por ende, a cada una de las partes del matrimonio. Más, el principio de protección conyugal viene a ser un avance en la búsqueda de este objetivo, que recibe aplicación cada vez que los escenarios jurídicos y fácticos impiden que se establezca un plano de igualdad.

En este sentido, nos parece razonable que el principio de protección al cónyuge más débil es un imperativo, tanto para el legislador como para los jueces. El legislador debe tener en consideración este principio para regular las materias matrimoniales cada vez que se encuentre con obstáculos para dar aplicación directa al principio de igualdad. El legislador estaría estableciendo mecanismos de equiparación, postergando la aplicación de la igualdad definitiva,

⁶⁹ *Vid. Infra* Capítulo III, epígrafe 3.1.6., referido a la protección de los bienes propios de la mujer frente a deudas contraídas bajo el régimen de sociedad conyugal y epígrafe 4.2.2., sobre los bienes familiares.

⁷⁰ “[S]i bien por regla general, en las naciones latinoamericanas el “cónyuge más débil” es la mujer, ello no necesariamente es así en todas las situaciones. Sobre todo, porque en la sociedad moderna, la separación de roles de la familia tradicional cede ante una realidad en la que ambos cónyuges asumen, en condiciones igualitarias, el esfuerzo económico, aunque todavía sea la mujer la que continúe asumiendo igualmente el peso de la crianza de los niños y el manejo del hogar.” ORREGO ACUÑA, Juan. *Visión crítica de la sociedad conyugal... op. cit.*, p. 7.

motivado por obstáculos materiales o jurídicos cuya alteración importaría una reforma mayor al ordenamiento jurídico o a su recepción social.⁷¹

En relación con lo que venimos diciendo, se plantean dos fenómenos sobre los cuales se está desarrollando la labor legislativa del país:

a) El **principio de la protección del cónyuge más débil** se mantiene como uno de los componentes esenciales de la configuración del estatuto matrimonial.

Cabe señalar que, como se ha descrito anteriormente, ha sido la mujer quien, a lo largo de la historia, ha sido discriminada en materia de administración patrimonial de los bienes del matrimonio y, por ello, entendemos que ella ha sido el cónyuge en situación de desventaja que requiere protección. Pero el desarrollo social y cultural de las últimas décadas ha provocado cambios en este punto. Actualmente, es posible que sea el marido quien se encuentre en situación desmedrada respecto de su cónyuge, por ejemplo, debido al aumento de las oportunidades de igualdad económica, profesional y laboral a que han podido acceder las mujeres, o por el patrimonio reservado de que puede gozar la mujer casada en régimen de

⁷¹ “Hay que evitar los peligros del ideologismo y de los voluntarismos legales: querer modelar la sociedad a punta de leyes según ideas preconcebidas de cómo deberían ser las relaciones económicas entre los cónyuges y de estos con terceros. Es inevitable que en toda regulación jurídica se trasunte una cierta concepción de la sociedad y de la familia (ideología), pero hay que precaverse contra el desbordamiento del ideologismo, en el que la ideología pasa a ocupar papel exclusivo y excluyente y no cede en sus postulados ni siquiera frente a la más palmaria realidad (en vez de pensar que la ideología debe adaptarse a la realidad, se piensa que la realidad debe ser reestructurada conforme a la ideología). Vemos un cierto peligro de ideologismo en esta materia en la exacerbación, a nuestro juicio poco sensata, del principio de igualdad ante la ley entre hombre y mujer. En efecto, nadie se opone a que la normativa sea respetuosa de este principio entendido como lo han hecho nuestros tribunales, incluido el Constitucional, como aquel que veda que se establezcan diferencias arbitrarias, es decir, no justificadas razonablemente. No es suficiente constatar una diferencia de trato para tachar una normativa de discriminatoria. Si del principio de igualdad se pasa a la igualdad según la “teoría de género” la cosa es diversa porque entonces se busca una simetría total y a ultranza, incluso cuando la diferenciación parezca aconsejable y justificada por la naturaleza misma de las cosas o las circunstancias sociales, culturales o económicas. Pensamos que con este tipo de argumentación caemos en el ideologismo que, más que buscar un régimen jurídico más justo y más adecuado, está pensando en obtener una victoria legal de simetría idéntica entre hombre y mujer. La reforma al régimen no es más que una herramienta de una política de modificación cultural de más vasto alcance”. CORRAL TALCIANI, Hernán. Reforma al régimen de bienes del matrimonio. Reflexiones críticas sobre el proyecto de ley que sustituye la sociedad conyugal como régimen legal supletorio. [en línea] Documento de Trabajo. Universidad de Los Andes. N° 66/2007. <<http://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/reformareg-bienes.pdf>> [Consulta: 12 de Diciembre de 2011]. p. 3.

sociedad conyugal. Estos hechos, y la exigencia de igualdad en el trato, han generado que la protección se estructure sobre la idea neutral del “cónyuge débil”, sin referirse directamente a la mujer.

Empero, en el capítulo tercero de esta obra veremos que, sin duda, en nuestro país sigue siendo mayormente la mujer quien se encuentra en la necesidad de ser protegida, mientras que el marido sólo se encuentra en esta situación en casos excepcionales.

b) En la nueva realidad, estimamos que **la desventaja ya no descansa esencialmente en la mentalidad cultural de la sociedad, sino que encuentra su raíz, también, en las leyes que quedaron establecidas desde el pasado** y que resultan anacrónicas a los nuevos conceptos de roles conyugales.

La exigencia de un tratamiento en igualdad de condiciones para marido y mujer, y la necesidad de protección del cónyuge que se halle en situación de desventaja, se hace patente no sólo durante la vigencia del matrimonio y la realización de sus efectos normales, sino también en la situación de ruptura de la vida común matrimonial, caso en que la legislación buscará aminorar los resultados negativos de la crisis conyugal, en la mayor medida posible.

Los jueces, por su parte, están obligados a aplicar el principio de protección al cónyuge más débil por expresa disposición legal, en todas las materias reguladas por la ley de Matrimonio Civil.

4. Protección legal al cónyuge débil a la luz de la evolución social contemporánea.

Las normas jurídicas que antes procuraron la protección de la familia y el sometimiento de sus integrantes, incluyendo a la mujer, a la potestad del marido -jefe de hogar-, en la actualidad se encuentran con un escenario en que los actores abogan por la igualdad de derechos y oportunidades para ambos cónyuges en las decisiones y actos que atañen al grupo familiar.⁷² Por

⁷² *Vid. Supra* Capítulo I, epígrafe 5., referido a la evolución de las relaciones conyugales en el mundo occidental contemporáneo.

lo tanto, el norte de las leyes ha debido acomodarse a las nuevas exigencias socio-culturales. Si bien, por un lado, se ha mantenido la importancia y sacralidad de la familia, sus integrantes tienen nuevas responsabilidades y facultades.

Ante la evidencia de esta realidad, las legislaciones de los distintos Estados del mundo occidental han reaccionado con mayor o menor agilidad e inteligencia, estableciendo disposiciones que regulan los regímenes patrimoniales del matrimonio y las distintas facultades de los cónyuges en su administración, con una destacada tendencia a reproducir en esta materia la idea de igualdad de derechos y deberes que desde antaño se ha reconocido a las relaciones personales entre marido y mujer. “La incorporación progresiva de la mujer en el trabajo fuera del hogar y su creciente participación en los distintos aspectos de la vida pública del país irán desencadenando un constante perfeccionamiento de su estatuto jurídico. Desde luego, las reformas introducidas en tal sentido no se restringirán a la mujer casada sino que abarcarán a toda mujer y a todos los aspectos en que la consideración del sexo de una persona importa para el Derecho”.⁷³

Con mayor o menor intensidad casi todos los ordenamientos jurídicos se han preocupado de reformar su legislación familiar, especialmente, a partir de la segunda mitad del siglo XX.⁷⁴

⁷³ DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. La situación de la mujer casada en el régimen patrimonial chileno: Mito o realidad. *Revista Chilena de Derecho*. 26(1):87-103, 1999. p. 89.

⁷⁴ En ese sentido, “**Alemania** concedió capacidad civil a la mujer casada en 1957. [...] **Uruguay** introdujo reformas trascendentales a su legislación de familia en 1946, por ley 10.873, otorgó plena capacidad civil a la mujer casada y entregó el ejercicio de la patria potestad en forma conjunta al padre y a la madre. **Argentina** hizo lo propio respecto de los cónyuges casados en sociedad conyugal en 1968 y en 1984 en cuanto a patria potestad. **Colombia**, por una reforma de 1974 abolió definitivamente todos los resabios de autoridad marital que aún existían en su legislación en lo relativo a la persona de la mujer casada, porque ésta en lo patrimonial tenía plena capacidad desde 1933. **Venezuela** en su reforma al Código Civil de 1982 innovó en muchos campos estableciendo la igualdad entre ambos cónyuges tanto en lo personal como en la gestión de los bienes y entregó el ejercicio conjunto de la patria potestad a ambos padres. **Perú** no modificó su Código Civil de 1936 sino que promulgó un nuevo Código Civil que rige desde 1984 y que en la legislación de familia abolió toda diferencia de derechos entre cónyuges. Así, ambos de consuno dirigen la familia, administran los bienes y ejercen la autoridad sobre sus hijos. **Costa Rica** y **Bolivia** optaron por sacar el derecho de familia del Código Civil y dictaron cada cual un “Código de Familia”. El de Bolivia, vigente desde el 26 de agosto de 1977 regula sucesivamente todas las instituciones del Derecho de familia, consagrando la plena capacidad civil de la mujer casada tanto frente al marido como frente a los hijos...” *Vid.* COMISIÓN Especial de Docentes de la Universidad Gabriela Mistral. Informe para el Proyecto de ley que modifica el Código Civil y leyes complementarias en materia de sociedad conyugal o comunidad de gananciales, otorgando a la mujer y al marido iguales derechos y obligaciones. Chile. Boletín 1707-18. [en línea] <<http://sil.congreso.cl/docsil/proy1107.doc>> [Consulta: 15 de mayo de 2011]. pp. 8-9.

La modernización de las normas jurídicas no es una labor sencilla, sino que se trata de un proceso progresivo, que sufre los vaivenes de quienes buscan innovaciones y quienes prefieren mantener lo ya establecido.

CAPÍTULO III

MATRIMONIO, IGUALDAD Y PROTECCIÓN DE LOS CÓNYUGES EN LA LEGISLACIÓN CHILENA.

1. Evolución normativa del matrimonio y del tratamiento de los cónyuges en la legislación chilena.

1.1 Legislación patria anterior a la primera ley de matrimonio civil.

La legislación sobre el matrimonio en Chile, desde la época de declaración de independencia de la República, estuvo conformada por la legislación española que se mantenía vigente, compuesta, en su esencia, por el Derecho Canónico y las disposiciones del Concilio de Trento de 1563.⁷⁵

Las fuentes normativas del Derecho Canónico estaban contenidas, por una parte, en el *Codex Iuris Canonici* y en los cánones del Concilio de Trento, que constituían derecho canónico universal; y por otra, en los cánones conciliares y las decisiones sinodales tocantes a los obispados de Santiago y Concepción, normativa que constituía derecho canónico particular.

El derecho de la Corona española, a su vez, se ocupaba de ciertas cuestiones matrimoniales conforme a la normativa de las Siete Partidas, recopilaciones y leyes reales extravagantes.⁷⁶

⁷⁵ Vid. TORREALBA RODRÍGUEZ, Marlene. Requisitos de existencia y validez del matrimonio en el Derecho chileno y Derecho comparado. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 2005. pp.1-3.

⁷⁶ BARRIENTOS GRANDON, Javier; NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu. Nuevo derecho matrimonial chileno... *op. cit.*, p. 117.

El matrimonio religioso celebrado de conformidad al Derecho Canónico era el único reconocido y aceptado por la ley chilena. Las Leyes de las Partidas I y IV reproducían las disposiciones canónicas, estableciendo que el matrimonio se celebraría ante el sacerdote de la respectiva parroquia, señalando, además, los impedimentos y prohibiciones para celebrarlo.

Asimismo, existían disposiciones de carácter local, tales como los autoacordados de la Real Audiencia de Santiago de Chile que, por ejemplo, regulaban materias como el asenso paterno para el matrimonio de los hijos de familia.⁷⁷

En 1820 se dispuso, mediante una pragmática⁷⁸ aprobada por el Senado Conservador de Chile, que era requisito para contraer matrimonio que el hombre tuviera como mínimo 24 años de edad, y la mujer, al menos 22. Si se tenía menos edad, era necesario obtener el permiso del padre y, en subsidio, el de la madre, pero siempre por escrito. La falta de cumplimiento de estos requisitos conllevaba sanciones como el destierro y separación de los cónyuges por cinco años, sin juicio previo. Esta norma, no obstante ser dictada por el legislador de nuestro país en su época ya independiente, resultó ser un reflejo con modificaciones de la pragmática dictada en 1776 por Carlos III.⁷⁹

El 24 de agosto de 1844 se dictó una ley estableciendo una forma de matrimonio para los no católicos, que admitía su matrimonio siempre que concurrieran ante el párroco y dos testigos, expresando su deseo de casarse. Sin embargo, en los hechos, la Iglesia era reacia a celebrar estos matrimonios. La ley prescribía que el cura párroco debía inscribir el matrimonio en sus registros, así como los hijos nacidos de tales matrimonios.

⁷⁷ TORREALBA RODRÍGUEZ, Marlene. *Ibidem*.

⁷⁸“Pragmática” o “real pragmática”, es un tipo de norma utilizada en los inicios del Chile republicano, como resabio de aquel tipo de ley propia de la ordenación jurídica del Antiguo Régimen en España, que debía emanar de autoridad competente, fuera el soberano u otra autoridad, cuyo objeto era disponer sobre una materia fundamental del Estado, sin que para su aprobación deba mediar el asentimiento o el beneplácito de ningún consejo o asamblea consultiva (Consejo Real, Cortes, etc.), por lo que constituía la expresión más elevada de la facultad legislativa del rey. Gran Enciclopedia de España. [en línea] <<http://www.granenciclopedia.es/>> [Consulta: 29 de mayo de 2011] s/p.

⁷⁹ Vid. ANDREUCCI AGUILERA, Rodrigo. La pragmática de Carlos III sobre el matrimonio de los hijos de familia y su pervivencia en el Derecho Chileno. *En*: Revista de estudios Histórico-Jurídicos (22):213-223. Valparaíso, Chile. 2000. p. 217.

El 1 de enero de 1857 entra en vigencia el Código Civil, que vino a contemplar la regulación del matrimonio entre sus disposiciones. En su Título Final se establecía que, desde la fecha de vigencia de dicho cuerpo legal, quedaban derogadas todas las leyes anteriores, aun en las partes que no fueren contrarias a él.

Bello “plasmó en el Código Civil chileno la realidad de la familia de aquella época: una familia fundada en el matrimonio, instalada en una sociedad eminentemente patriarcal, con una marcada división de roles, y cuya organización económica respondía a la estructura propia de un país eminentemente agrario”.⁸⁰

De conformidad a las concepciones sociales, culturales y morales de la época, los principios formativos del Derecho de Familia en el Código Civil eran:

- Matrimonio religioso e indisoluble.
- Incapacidad relativa de la mujer casada.
- Administración unitaria y concentrada en el marido de la sociedad conyugal.
- Patria potestad exclusiva y con poderes absolutos.
- Filiación matrimonial fuertemente favorecida.

Considerando estos antecedentes, no es de extrañar que la nueva legislación civil mantuviera, en los hechos, el respeto a las normas canónicas en materia de familia y matrimonio. En efecto, en cuanto al matrimonio, el Código Civil sólo se limitó a reconocer la legislación canónica como civil, expresándolo así en el propio Mensaje del Código, al decir que “...el matrimonio que es válido a los ojos de la Iglesia, lo es también ante la ley civil...”. Reflejo claro de esta decisión legislativa quedaba expresado en los artículos 117 y 103:

Artículo 117: "El matrimonio entre personas católicas se celebrará con las solemnidades prevenidas por la Iglesia, y compete a la autoridad eclesiástica velar sobre el cumplimiento de ellas".

Artículo 103: “Toca a la autoridad eclesiástica decidir sobre la validez del matrimonio que se trata de contraer o se ha contraído.

⁸⁰ LATHROP GÓMEZ, Fabiola. Discriminación contra la mujer... *op. cit.*, p. 227.

La ley civil reconoce como impedimentos para el matrimonio los que han sido declarados como tales por la Iglesia Católica; y toca a la autoridad eclesiástica decidir sobre su existencia y conceder dispensa de ello”.

Si bien se aceptó el Derecho Canónico como Civil, el legislador chileno se reservaba la facultad para reglar los efectos civiles del matrimonio, idea que se encontraba recogida en el artículo 168 del Código, el cual señalaba: “El juicio de divorcio pertenece a la autoridad eclesiástica. Los efectos civiles del divorcio, son reglados privativamente por las leyes y las judicaturas civiles”.

Don Andrés Bello tenía formación iusnaturalista, pero, principalmente, usó su sentido práctico al configurar las normas que regularon el matrimonio y así decidió que, lejos de secularizar de raíz la institución como lo había hecho el Derecho Francés, se debía admitir y acoger el respeto por el matrimonio existente en Chile que, a la sazón, era un país eminentemente católico.

Pero, además de aceptar y legitimar la legislación canónica, el Código Civil introdujo, poco a poco, disposiciones modernizadoras. En este sentido, denominó al matrimonio, en el artículo 102, como “contrato”, aunque para la Iglesia Católica fuera un sacramento, según se había instituido en el Concilio de Trento. No obstante, esta innovación conceptual coincidió con el pensamiento de algunos canonistas, para quienes el matrimonio participaba de ambos caracteres: “El matrimonio puede considerarse como contrato i como sacramento. Bajo el primer aspecto, es la unión conyugal del hombre i la mujer entre personas hábiles, que las obliga a vivir perpetuamente en la misma i única sociedad [...] Esta unión conyugal nace del pacto o contrato celebrado entre el hombre i la mujer, el cual constituye un vínculo perpetuo e indisoluble, esencial al matrimonio. La unión conyugal no puede tener lugar sino entre personas capaces de contraerla [...] debe por consiguiente conformarse a las leyes divinas, naturales i positivas; a las leyes de la Iglesia, a quien el legislador supremo ha confiado la santidad del matrimonio, i la salud de los hombres, i a las civiles en lo respectivo a los efectos temporales y civiles, tales como las convenciones matrimoniales, la communitatis de bienes, etc. [...] Considerado el matrimonio bajo la razón de sacramento [...] Elevóle Jesucristo a la dignidad de sacramento, para que los hijos nacidos de él, educados santamente en la verdadera religión, aumentasen su

reino espiritual sobre la tierra. Quiso además Jesucristo, que esta unión santa del hombre con la mujer, fuese un símbolo de la estrecha i misteriosa unión que existe entre él i su Iglesia, i como un signo sensible de su amor infinito ácia nosotros...”⁸¹

Además, el legislador estableció disposiciones especiales en diversos aspectos:

- En el artículo 104 del Código Civil, se establecía que “El matrimonio entre personas que fueran afines en cualquier grado de la línea recta no produciría efectos civiles, aunque el impedimento haya sido dispensado por la autoridad eclesiástica”. Ésta, era una excepción a la regla consignada en el inciso 2º del artículo 103 y, además, constituía el único impedimento dirimente que la ley establecía. En cambio, el Concilio de Trento tampoco permitía las nupcias entre personas que tenían parentesco por afinidad y sólo lo dispensaban a los príncipes por causas de interés político o público.

- El artículo 118 contemplaba la posibilidad de realizar y validar un matrimonio para quienes no profesaran la religión católica. Se recogió con ello, aunque imperfectamente, lo que ya se encontraba normado en la Ley de 1844.

En esta norma se dispensaba a los no católicos el observar los ritos de la Iglesia, bastándoles declarar ante el párroco católico, quien actuaba sólo como ministro de fe, y dos testigos, que su ánimo era contraer matrimonio, o que se reconocían el uno al otro como marido y mujer, pero observando los impedimentos dirimientes; permisos de ascendientes; curadores y demás requisitos; y haciéndolo así, no estarían sujetos a ninguna otra solemnidad o rito.

- Por su parte, el artículo 123 en su inciso 2º, se refería a las demás causales de disolución del matrimonio, estableciendo que correspondía a la autoridad eclesiástica juzgar estas causas, y las disoluciones pronunciadas por ésta producían los mismos efectos que la disolución por causa de muerte.

Con posterioridad, la Ley de 15 de octubre de 1875 sobre Organización y Atribución de los Tribunales introdujo algunas innovaciones al matrimonio, restringiendo la competencia de la

⁸¹ DONOSO, Justo. Instituciones de Derecho Canónico Americano... *op. cit.*, p. 112.

Iglesia católica para el reconocimiento de la validez y nulidad de matrimonios contraídos solamente entre católicos, dejando a la autoridad civil la competencia para el resto de los matrimonios (el artículo 5 número 7 inciso 2° expresaba que “El conocimiento de los asuntos que se promuevan en el orden temporal, cualquiera sea la naturaleza o calidad o estado de las personas, corresponderán a los tribunales establecidos por esta ley”).

En cuanto a relaciones entre cónyuges, las innovaciones del Código Civil no fueron muchas. Al contraer matrimonio, los cónyuges sólo podían hacerlo bajo el régimen de sociedad conyugal y la mujer sólo podía demandar la separación judicial de bienes en el caso de insolvencia o administración fraudulenta del marido, según lo expresado en el artículo 155, aunque el artículo 1720 admitía la posibilidad de estipular en las capitulaciones matrimoniales que la mujer administrara una parte de sus bienes propios o una determinada suma de dinero con independencia del marido.

Andrés Bello sostenía que la potestad marital heredada de la legislación canónica y española era necesaria, aunque requiriera de algunas correcciones. Por ello, en el Mensaje del Código Civil expresa: “Conservando la potestad marital, se ha querido precaver sus abusos y se ha mejorado la suerte de la mujer bajo muchos aspectos [...] se ha organizado y ampliado en pro de la mujer el beneficio de la separación de bienes; se ha minorado la odiosa desigualdad de los efectos civiles del divorcio entre los dos consortes; se ha regularizado la sociedad de gananciales; se han dado garantías eficaces a la conservación de los bienes raíces de la mujer en manos del marido”.

En el Código Civil de Bello, la mujer casada era derechamente calificada como relativamente incapaz, arguyendo para ello que era necesaria esta incapacidad para mantener la unidad del régimen matrimonial chileno. La mujer era incapaz no por ser mujer ni por ser casada, sino por encontrarse casada en un régimen de sociedad conyugal. El artículo 1447 del Código Civil se le consideraba relativamente incapaz, al lado de los menores adultos y de los disipadores en interdicción de administrar lo suyo.

La incapacidad de la mujer casada se extendía tanto a los actos judiciales como extrajudiciales, de manera que, para subsanarla, debía cumplir la mujer con formalidades

habilitantes, debiendo actuar representada por el marido, que era su representante legal, o autorizada por éste; o bien, contando con la autorización del juez, en caso de negativa injustificada o impedimento accidental del marido. En caso de contar con la representación marital, o su autorización, la actuación de la mujer obligaba a los bienes sociales y a los del marido, y no a los propios, salvo en cuanto la mujer le reportara algún beneficio el acto, o hubiese actuado con autorización judicial por negativa injustificada del marido.

La falta de requisitos habilitantes hacía que el acto adoleciera de nulidad relativa y “como la incapacidad de la mujer estaba establecida en beneficio de la misma mujer y del marido, ambos podían confirmar o convalidar el acto nulo en los términos de los artículos 1693 y siguientes”⁸², además de poder sanearse el vicio por el transcurso de cuatro años, según las reglas generales.

Únicamente era posible la separación total de bienes mediante la solicitud del divorcio perpetuo, con el cual la mujer recuperaba su capacidad plena; o a través de la solicitud de separación judicial de bienes, caso en que la mujer retomaba su capacidad de ejercicio, pero con limitaciones, ya que, por regla general, no podía ejercer los cargos de tutora o curadora sin autorización del marido o de la justicia en subsidio.

Aunque el Código Civil reconocía a la mujer su derecho a desarrollar un trabajo, ello era siempre bajo la atenta tutela de su marido. Así se observa en el texto originario del artículo 150 del Código, que expresaba: “Si la mujer casada ejerce públicamente una profesión o industria cualquiera, (como la de directora de colejo, maestra de escuela, actriz, obstetriz, posadera, nodriza), se presume la autorización jeneral del marido para todos los actos i contratos concernientes a su profesión o industria, mientras no intervenga reclamación o protesta de su marido, notificada de antemano al público, o especialmente al que contratare con la mujer”.

⁸² COURT MURASSO, Eduardo. Obligaciones y Contratos de la mujer casada en sociedad conyugal. Santiago, Chile. Lexis Nexis. 2006. p. 16.

En una nota colocada al comienzo del título relativo a las Capitulaciones Matrimoniales y la Sociedad Conyugal del proyecto de 1853, don Andrés Bello comentó que “se ha descartado el dominio de la mujer; este dominio es una ficción que a nada conduce”.⁸³

1.2. La Ley de Matrimonio Civil de 1884 y modificaciones posteriores al estatuto de las relaciones matrimoniales.

En 1884, y a pesar de las protestas de la Iglesia y del sector político conservador, se promulgó la Ley de Matrimonio Civil, cimentando, definitivamente, la secularización de las leyes. Esta ley derogó la mayor parte de las disposiciones del Código Civil sobre la materia, suprimiendo absolutamente toda intervención de la autoridad eclesiástica. Para esos efectos, ordenaba la creación de los Oficiales de Registro Civil, que serían los únicos funcionarios autorizados por esta ley para celebrar matrimonios, y dejando en absoluta libertad a los contrayentes para sujetarse o no a los requisitos y formalidades que prescribían las religiones a las que pertenecieran, pero dejando establecido que dicha celebración carecía de valor legal. Consecuentemente, se dictó la Ley de Registro Civil, a fin de realizar en él las inscripciones de matrimonio, nacimiento y defunciones, conforme a las leyes civiles.

Pero no debe creerse que esta ley de matrimonio civil fuera absolutamente innovadora, puesto que, en realidad, el influjo del Derecho Canónico se mantenía con tal magnitud que la tarea de los legisladores bien podría describirse como una traducción o lectura del idioma canónico al lenguaje laico.⁸⁴

La ley de 1884 entregaba, expresamente, la regulación de la celebración, efectos, divorcio y nulidad del matrimonio a sus disposiciones, restando todo efecto jurídico a las normas de la Iglesia. En materia de nulidad y divorcio obligaría, incluso, a los matrimonios celebrados con anterioridad a la vigencia de esta ley.

⁸³ BELLO LÓPEZ, Andrés. Obras Completas. Santiago de Chile. 15 volúmenes. Hecha bajo la dirección del Consejo de Instrucción Pública en cumplimiento de la ley de 5 de septiembre de 1872. Impreso por Pedro G. Ramírez 1881-1893. Vol. XII, p. 445.

⁸⁴ Cfr. SALINAS ARANEDA, Carlos. Una primera lectura de las nuevas causas de nulidad del matrimonio civil a la luz del matrimonio canónico. *Revista Universidad Católica de Valparaíso*. (25):361-403. 2004. p. 362.

Las relaciones entre cónyuges no se vieron trascendentalmente alteradas por la nueva legislación matrimonial, puesto que la ley de matrimonio civil establecía, nuevamente, la potestad marital, definida en su artículo 132 como el “conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la persona y bienes de la mujer”. La referida potestad marital implicaba los siguientes efectos⁸⁵:

- La mujer casada se convertía en persona relativamente incapaz.
- El marido tenía la representación legal de la mujer.
- La mujer debía obediencia al marido.
- La mujer tenía la obligación de seguir a su marido a donde quisiera éste trasladar su residencia.
- El domicilio legal de la mujer era el del marido.
- Existía derecho del marido para oponerse a que la mujer ejerciera un determinado trabajo o industria.

Una de las causales de divorcio era el adulterio de cualquiera de los cónyuges. Sin embargo, es curioso que en esta ley se estableciera expresamente que la mujer no podría contraer matrimonio con quien hubiese sido su amante en el adulterio, pero no se decía nada en este sentido respecto del hombre que cometiera adulterio.

Debe recordarse que el divorcio, aunque fuera perpetuo, no producía la disolución del vínculo matrimonial, sino que sólo suspendía la vida común de los cónyuges. Por eso, durante décadas se acudió a la declaración de nulidad del matrimonio a través de la simulación de la falta de requisito de competencia del Oficial de Registro Civil, para lograr la disolución del vínculo matrimonial.

Otras causales de divorcio, en que tomaba relevancia la diferenciación de cónyuges, fueron: la tentativa del marido para prostituir a su mujer; la avaricia del marido, si llega hasta privar a su mujer de lo necesario para la vida, atendidas sus facultades; el negarse la mujer, sin causa legal, a seguir a su marido.

⁸⁵ Vid. DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio. La potestad marital... *op. cit.*, p. 288.

En dichas condiciones se pone de manifiesto la distinta apreciación que se tenía respecto de la mujer, sometiéndola a las decisiones del marido. En efecto, queda claro que la administración de los bienes era entregada al marido, y sólo había un límite en cuanto a la avaricia extrema que éste pudiera tener que dejara a la mujer sin los recursos necesarios para subsistir. Y, además, se expone expresamente que la mujer está obligada a seguir el domicilio del marido, salvo causas legales. A mayor abundamiento, es tal el reconocimiento que se hace a la autoridad del marido, que estas causales de divorcio sólo aplicaban para declararlo en forma temporal, esto es, que no excediera de 5 años.

El régimen de sociedad conyugal seguía siendo el sistema patrimonial dominante, ya que se conservaban las normas sobre regímenes patrimoniales existentes en el Código Civil, por lo que la sociedad conyugal no podía reemplazarse por otro sistema, ni modificarse sustancialmente, salvo en cuanto existía la posibilidad de pactar en las capitulaciones matrimoniales la administración separada de la mujer de una parte de sus bienes propios o una cierta suma de dinero.

Es así como las desigualdades entre el marido y la mujer se mantuvieron en lo que toca a derechos y deberes personales y patrimoniales hasta bien entrado el siglo XX, en que la legislación comenzó a incorporar los cambios socio-culturales que se habían ido produciendo en relación al rol y atributos de las mujeres en la comunidad.

Las principales reformas en materia de bienes matrimoniales se orientaron a mejorar la situación jurídica de la mujer, para lo cual el legislador ocupó diversos mecanismos. Lo más recurrente fue permitir que los esposos (antes de contraer matrimonio, mediante capitulaciones matrimoniales) o los cónyuges pudieran pactar la separación total de bienes, con ello la mujer obtenía la capacidad jurídica completa. Así ocurrió con el Decreto Ley 328, del año 1925, y las leyes N° 5.521, N° 7.612, y N° 10.271.

El Decreto Ley 328 introdujo en Chile, aunque sin hacer modificaciones al Código Civil, la figura del patrimonio reservado de la mujer casada, además de la posibilidad de pactar en las capitulaciones matrimoniales la separación total de bienes, mediante una escritura pública, y

permitió a la mujer servir de testigo en cualquier acto o contrato en iguales condiciones que el hombre.

La Ley N° 5.521 de 1934, que tuvo origen en una Comisión de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, presidida entonces por don Arturo Alessandri Rodríguez, derogó este Decreto Ley, pero estableció reformas al Código Civil que incorporaban a él las innovaciones que había anticipado el referido Decreto Ley y que ahora eran, además, mejoradas por esta nueva ley. A esta norma se debe la introducción del patrimonio reservado de la mujer casada en el artículo 150 del Código Civil.

Esta ley confirió, además, a la mujer separada de bienes, la plena capacidad, casi tan amplia como la de la mujer divorciada a perpetuidad.

Además, eliminó algunas normas discriminatorias que afectaban a las mujeres casadas y solteras, como aquellas que impedían ejercer la patria potestad de los hijos, aun en defecto del padre, ejercer las guardas o ser testigo en el testamento.

La ley N° 7.612 incorporó en el Código Civil, en el artículo 1723, la posibilidad de que los cónyuges pudieran sustituir, con posterioridad a la celebración del matrimonio, la sociedad conyugal por el régimen de separación total de bienes, debiendo hacerlo por escritura pública.

La ley N° 10.271, de 1952, hizo una innovación trascendental, puesto que introdujo la intervención de la mujer en la administración de los bienes sociales, que hasta ese momento ejercía libremente el marido. Básicamente, la reforma consistió en que el marido no podría ejecutar ciertos actos respecto de los bienes sociales sin la autorización de la mujer, o de la justicia, en subsidio. Además, permitió a los esposos convenir la separación total de bienes en el acto de celebración del matrimonio, bastando para ello que constara en la inscripción del matrimonio, con lo que se evitaba el trámite de la escritura pública.

Entre 1952 y 1989 se dictaron numerosas leyes especiales que confirieron capacidad a la mujer para fines específicos, hubo numerosos proyectos tendientes a sustituir el régimen de sociedad conyugal por uno de participación. Mas, la reforma de real envergadura vino a darla la

ley N° 18.802, de 1989, que otorgó plena capacidad a la mujer casada en sociedad conyugal, modificando el Código Civil mediante la supresión de la figura entre las causales de incapacidad relativa adaptando numerosas disposiciones de este cuerpo normativo al respecto, y limitando drásticamente las facultades del marido en la administración ordinaria de este régimen.

Sin embargo, la efectividad de esta plena capacidad está, hasta hoy, en entredicho, y su efectividad es duramente criticada, porque, en síntesis, la ley dejó subsistentes diversas normas del Código Civil e incorporó otras que, no obstante, resultaban inconciliables con la reforma:

- El marido, hasta nuestros días, sigue siendo jefe de la sociedad conyugal y continúa teniendo la administración ordinaria de la sociedad conyugal, de los bienes sociales y de los de su mujer, por lo que puede recibir legítimamente el pago del que sea acreedora la mujer, en estas circunstancias.
- La mujer, si bien antes no podía celebrar actos jurídicos, ahora puede hacerlo, pero con limitaciones, puesto que, de conformidad al artículo 1754 del Código Civil, no puede enajenar o gravar ni dar en arrendamiento o ceder la tenencia de los bienes de su propiedad que administre el marido, salvo en casos excepcionales determinados por la misma ley.
- De acuerdo al artículo 137 inciso 1° del Código Civil, los actos jurídicos celebrados por la mujer casada en sociedad conyugal no la obligan en sus bienes propios, sino que sólo en los bienes que administre en conformidad a los artículos 150, 166 y 167 del Código Civil, que son casos de patrimonios especiales o reservados, y que constituyen situaciones de separación parcial de bienes, ajenos a la sociedad conyugal.

Por lo tanto, la reforma introducida por la ley N° 18.802 concedió plena capacidad a la mujer casada en sociedad conyugal, pero no la dotó de los atributos necesarios para el ejercicio de ésta, limitación que se resume en que no le permitió la administración libre de sus bienes propios, sino que siguió manteniendo éstos bajo el poder del marido.

Según Gonzalo Figueroa⁸⁶, se debe entender por capacidad de ejercicio la aptitud de un sujeto para actuar obligando sus bienes, y “la capacidad o incapacidad de la mujer casada en sociedad conyugal no dice relación con la posibilidad de administrar los bienes del patrimonio reservado del artículo 150, ni los del “patrimonio separado”, que administra desde antes de la Ley N° 18.802, ni tampoco con los bienes que integran el haber social o el patrimonio propio del marido, que son ajenos a su titularidad (...) el problema de la capacidad o incapacidad de la mujer casada dice relación tan sólo con los bienes incluidos en su ‘haber propio’, esto es, con los bienes de su propiedad que no ingresan al haber social (...). En estas circunstancias, resulta que el patrimonio propio de la mujer, o ‘haber propio’, que debiera haber pasado a administrar si hubiera devenido realmente en una persona capaz, continúa siendo administrado por el marido (...)”.⁸⁷ En cambio, el marido administra los bienes sociales y los propios de la mujer, con ciertas restricciones parciales, pero administra los suyos propios con absoluta libertad.

La ley N° 19.335 incorporó un tercer régimen alternativo para los bienes matrimoniales, a saber, la participación en los gananciales, y estableció el estatuto de los bienes familiares en los artículos 141 a 149 del Código Civil, e introdujo algunas modificaciones al régimen de sociedad conyugal.

No obstante ello, la legislación chilena mantiene un tratamiento tal que la capacidad “plena” de la mujer casada en sociedad conyugal es distinta de la capacidad plena de la mujer casada con separación de bienes, o de la que contrae matrimonio bajo el régimen de participación en los gananciales, y también es distinta de la capacidad plena de la mujer separada judicialmente. Es plena la capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal sólo respecto de los bienes que no forman parte de la sociedad conyugal, por lo que si la mujer no tiene este tipo de patrimonio, simplemente no es capaz porque no puede obligar los bienes que conforman la sociedad conyugal.

Por otro lado, con ello se explica por qué la ley N° 18.802 mantuvo la suspensión de la prescripción extintiva y adquisitiva en beneficio de la mujer casada en sociedad conyugal, al

⁸⁶ Cfr. FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo. El Patrimonio. 2ª ed. actualizada con la ley N° 19.335 de 1994. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1997. pp. 382-383.

⁸⁷ FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo. El Patrimonio... *op. cit.*, p. 383.

igual que los incapaces. Y por qué el artículo 1757 del Código Civil suspende a favor de la mujer el plazo de prescripción de la acción rescisoria, en caso que el marido ejecute ciertos actos sobre bienes sociales o propios de la mujer sin cumplir con los requisitos de los artículos 1749, 1754 y 1755 del Código Civil.

1.3. La Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil.

La Ley de Matrimonio Civil de 1884 fue derogada por la ley N° 19.947, luego de un extenso proceso de proyectos y discusiones parlamentarias. El proyecto original fue ingresado para el estudio legislativo, bajo el rótulo de Boletín N° 1759-18, en noviembre de 1995 y la ley sólo fue promulgada y publicada el año 2004.

La moción parlamentaria reconocía la necesidad de introducir en Chile innovaciones a la legislación obedeciendo a los modernos conceptos de igualdad de roles y derechos y deberes entre marido y mujer. También daba cuenta de las dificultades de esta modernización, que se enfrentaría a instituciones tradicionales y conceptos arraigados en nuestro sistema.

Al respecto, la moción señalaba que “La familia constituye un lugar central y decisivo en la experiencia humana (...) A través suyo se transmiten creencias, valores, usos y costumbres. Por eso cualquier discusión sobre su evolución provoca un debate tan profundo y a veces apasionado. En la sociedad moderna las mujeres desbordan el ámbito de la vida doméstica y reclaman una división equitativa de las responsabilidades familiares; los cónyuges realizan trabajos que frecuentemente dificultan el domicilio común permanente; los hijos se emancipan a temprana edad; los lazos afectivos libremente asumidos pasan a tener un papel central en las parejas; la exaltación de la competencia choca con la gratitud del amor, la expectativa de vida aumenta y las personas deciden conscientemente el número de hijos (...)El derecho debe reconocer y encauzar en la medida de sus posibilidades esta nueva realidad. De lo contrario, ella

superará a la norma, creándose una separación peligrosa entre los valores y principios que representa la ley y la práctica social”.⁸⁸

La nueva ley de matrimonio civil contempla diversos aspectos en esta materia, pero no modifica ni establece innovaciones en lo que a régimen patrimonial se trata, los cuales siguen rigiéndose por lo establecido en el Código Civil y demás leyes pertinentes.

Haciendo una breve descripción de los temas que trata la ley de matrimonio civil de 2004, se debe señalar que ésta, en primer lugar, establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo el matrimonio su fuente principal.⁸⁹ Así, en torno al matrimonio, la ley reconoce el derecho esencial e inherente de toda persona humana a contraer matrimonio teniendo edad para ello, esto es, 16 años como mínimo.⁹⁰

La ley también establece que el Estado asume como obligación social preservar y recomponer la vida en común, cuando ésta se ve amenazada, dificultada o quebrantada. Esta obligación se cumple con la intervención del juez cuando conozca las materias de familia.⁹¹

El artículo 3 de la nueva ley de matrimonio civil dispone, expresamente, los principios formativos de protección del interés superior de los hijos y del cónyuge más débil. Aquí es donde, por primera vez en el ordenamiento jurídico nacional, se establece expresamente la preferencia a proteger al cónyuge débil o en desventaja.⁹²

A continuación, la ley regula los requisitos del matrimonio y contempla, de manera expresa, la posibilidad de celebrar el matrimonio mediante una lengua indígena. Entre los requisitos de celebración, la ley permite officiar el matrimonio ante un ministro de culto religioso,

⁸⁸Diputada María Antonieta Saa en discusión general en sala sobre el proyecto de Ley de Matrimonio Civil, Boletín 1759-18, Cámara de Diputados. Legislatura 334, Sesión 44. Fecha 23 de enero, 1997. Historia de la ley 19.947. [en línea]

<http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/606/4/HL19947.pdf>

[Consulta: 12 de mayo de 2011], p. 2521.

⁸⁹ Artículo 2 de la Ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil.

⁹⁰ Artículo 5 de la Ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil.

⁹¹ Artículo 67 y siguientes de la Ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil.

⁹² Artículo 3 de la Ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil.

cumpliendo con ciertas condiciones, el cual tendrá el mismo valor que un matrimonio celebrado ante el oficial del Registro Civil luego de ser ratificado ante esta entidad.⁹³

Luego, la ley se ocupa de las hipótesis de ruptura o término matrimonial, regulando la separación de hecho, la separación judicial y la terminación por muerte, nulidad o divorcio.⁹⁴

De manera especial, se trata la figura de la compensación económica a favor del cónyuge más débil, que consiste en una prestación que dispone el juez a favor del cónyuge económicamente más débil, con el objeto de restablecer, al término del matrimonio, el equilibrio de las condiciones económicas de las partes.⁹⁵

De acuerdo a lo expresado por Carlos Pizarro, la compensación económica se establece como resguardo a la extinción del entorno protector del matrimonio y el deber de socorro mutuo de los cónyuges, a consecuencia del fin del matrimonio.⁹⁶

La ley de matrimonio civil también contiene disposiciones sobre la conciliación entre cónyuges para buscar la superación de las diferencias y regular las relaciones mutuas y para con los hijos. También trata sobre la mediación como medio alternativo para la solución de los conflictos familiares.

Por último, la ley establece que las materias de familia, en particular los quiebres matrimoniales, serán conocidos y juzgados por tribunales de familia especializados, los cuales fueron creados y regulados orgánicamente por la ley N° 19.968, que se encuentra vigente desde el año 2005.⁹⁷

2. Descripción crítica de la situación jurídica de los cónyuges en el Derecho chileno actual.

⁹³ Artículo 4 de la Ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil.

⁹⁴ Artículo 21 y siguientes de la Ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil.

⁹⁵ Artículo 61 y siguientes de la Ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil.

⁹⁶ Cfr. PIZARRO WILSON, Carlos. La compensación económica... *op. cit.*, pp. 1-2.

⁹⁷ Artículo 87 de la Ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil.

El artículo 102 del texto actual del Código Civil expresa 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.”

Los efectos de los matrimonios celebrados en Chile se rigen por la ley chilena, aunque los contrayentes sean extranjeros y no residan en Chile, según lo establecido por el artículo 81 de la Ley de Matrimonio Civil, en concordancia con el principio general establecido en el artículo 14 del Código Civil, que dispone que todos los habitantes del territorio nacional quedan sujetos a la ley chilena, así como también quedan sujetos a la ley patria los efectos matrimoniales desde el punto de vista de los bienes y actos, de acuerdo a los artículos 16, 57 y 997 del Código Civil.

Del denominado “contrato” matrimonial derivan tres grandes efectos que dicen relación con el estatuto jurídico de los cónyuges, a saber: efectos personales, patrimoniales y en materia sucesoria.

En materia de **relaciones personales** entre marido y mujer, la tendencia suele ser que el matrimonio produzca efectos recíprocos y equivalentes entre ambos consortes, por lo que no son necesarios mecanismos de protección especial para ninguno de los cónyuges, ya que se establecen sobre un estatuto de igualdad y no discriminación. En cambio, en lo que se refiere a **cuestiones patrimoniales y económicas del matrimonio**, la ley establece diferencias, dando atribuciones preferenciales al marido y disminuyendo las facultades de la mujer, generando la necesidad de establecer normas que, de alguna manera, protejan a la cónyuge o morigeren los efectos negativos de las disposiciones legales que la perjudican y debilitan.

2.1. Derechos y deberes recíprocos de carácter personal o moral.

El Código Civil impone a los cónyuges derechos y deberes de contenido eminentemente moral, que son recíprocos para los cónyuges. Con estas disposiciones se pretende dar un trato igualitario a marido y mujer, considerándolos como personas en igualdad de condiciones, ambos dedicados a formar la comunidad de vida que constituye el matrimonio. Por ello, el artículo 131 del Código Civil establece que “Los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y

ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida. El marido y la mujer se deben respeto y protección recíprocos”.

En todos los casos, la sanción al incumplimiento queda entregada a la conciencia de las partes y, en caso de incumplimiento grave y reiterado que haga intolerable la vida en común, se configura una causal de separación judicial y de divorcio, de conformidad a los artículos 26 y 54 de la Ley de Matrimonio Civil.

Además, en relación a estos derechos y deberes de carácter moral, el Código Civil dispone una norma de protección que tiende, especialmente, a compensar las pocas atribuciones económicas de la mujer casada en sociedad conyugal, puesto que le permite pedir judicialmente la separación de bienes, es decir, cambiar el régimen matrimonial, por incumplimiento culpable del marido de los deberes de fidelidad, socorro, ayuda, respeto y protección, por faltar culpablemente a la provisión de las necesidades de la familia común, o por ausentarse por largo tiempo, de conformidad al artículo 155 del Código Civil. También expresa esta norma que la mujer podrá pedir la separación de bienes cuando el marido incurra en alguna causal que haría procedente la separación judicial, pero la norma que establece estas causales -el artículo 26 de la Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil- señala que “la separación judicial podrá ser demandada por uno de los cónyuges si mediare 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”. Esto viene a ser, en su primera parte, una reiteración agravada de los deberes ya contemplados en el artículo 155 del Código Civil, mientras que la segunda parte incorporaría como criterio para que la mujer pueda pedir la separación de bienes el incumplimiento de deberes y obligaciones del marido para con los hijos.

2.1.1. Deber de fidelidad.

El artículo 131 del Código Civil establece este deber expresando que “Los cónyuges están obligados a guardarse fe [...] en todas las circunstancias de la vida”.

La fidelidad es un deber necesario para la más plena consecución de los fines del matrimonio y la comunidad de vida conyugal que aceptaron recíprocamente marido y mujer. Por ello, la fidelidad “no sólo se estrecha en los angostos límites de la fidelidad sexual, sino que se proyecta en todos los ámbitos de la vida en común y en todas las circunstancias de la vida”.⁹⁸

La fidelidad se traduciría en lealtad ante todo acontecimiento y situación. De hecho, el artículo 132 del Código Civil establece que uno de los comportamientos fundamentales de fidelidad es la exigencia de no tener relaciones sexuales con persona distinta al cónyuge, expresando que el adulterio constituye una grave infracción al deber de fidelidad, lo que indica que no son conceptos sinónimos, sino que la exclusividad sexual es uno de los componentes de la fidelidad.

Según Bossert y Zannoni⁹⁹, la fidelidad implica un concepto amplio que socialmente incluye el deber para cada cónyuge de observar una conducta inequívoca, absteniéndose de cualquier relación que cree una apariencia comprometedora y lesiva para la dignidad del otro.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema, en fallo de 12 de marzo de 2007, expresando que “la infracción al deber de fidelidad no sólo se traduce en que uno de los cónyuges cometa adulterio, puesto que éste no es sino una forma en particular de infringir dicha obligación [...] incurre en esta infracción y, por ende, en la referida causal de divorcio, el marido o la mujer que realiza una conducta que compromete la búsqueda del bien para ambos cónyuges, entendido este último concepto en términos amplios, abarcador de todas las circunstancias de la vida conyugal, esto es, que se destruya la fe, confianza y lealtad debida manifestada ostensiblemente en el quehacer personal del cónyuge infractor. [...] el adulterio, en los términos definidos por el inciso segundo del citado artículo 132, no es la única causal de divorcio referida a la fidelidad matrimonial, como lo exigía la antigua Ley de Matrimonio Civil para el divorcio perpetuo en su artículo 21. El numeral 2º del artículo 54 de la Ley Nº 19.947 sanciona la grave y reiterada infracción al deber recíproco de guardarse fe, en el que sin duda se comprende esa

⁹⁸BARRIENTOS GRANDON, Javier; NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu. Nuevo derecho matrimonial... *op. cit.*, p. 284.

⁹⁹Cfr. BOSSERT, Gustavo; ZANNONI, Eduardo. Manual de derecho de familia. 6ª edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea. 2004. pp. 199-202.

conducta, pero también otros hechos de infidelidad conyugal de gran significación que importen un severo atentado al vínculo matrimonial”.¹⁰⁰

El deber de fidelidad constituye una norma de carácter esencialmente moral, respecto de la cual no hay forma directa de ejecución compulsiva de este deber, sino que sólo vías indirectas para sancionar la violación de la fe prometida al cónyuge.¹⁰¹

En relación a la infidelidad sexual, el artículo 132 del Código Civil establece que, en caso de cometer adulterio, el hombre o la mujer, sin distinción de intensidad de la falta, incurren en una grave infracción al deber de fidelidad y se exponen a las sanciones que contempla la ley.

Una interesante observación se puede hacer respecto a la definición que hace el Código Civil respecto al adulterio, puesto que define que comete adulterio la mujer que yace con hombre que no es su marido y el varón que yace con mujer que no es su cónyuge, pero nada dice de los supuestos de infidelidad por lesbianismo, homosexualidad, u otro tipo de situaciones. En tales casos, no hay duda que, aunque no se cumple con la figura del adulterio, hay una grave transgresión al deber de fidelidad y pueden derivar a la separación o divorcio. Esta observación confirma la apreciación de que el deber de fidelidad es más amplio que la sola idea de adulterio formalmente establecida.

2.1.2. Deber de socorro.

El deber de socorro mutuo está contemplado en el artículo 131 del Código Civil, que establece que los cónyuges están obligados a socorrerse en todas las circunstancias de la vida. El contenido de este deber se ha interpretado otorgándole rasgos preferentemente patrimoniales, implicando que marido y mujer deben proveer a la subsistencia uno del otro, y que este deber se

¹⁰⁰ *Alarcón/Ahumada* (2006): Corte Suprema. 12 de marzo 2007. (Recurso de casación Rol N° 5048-2006. Considerandos 3° y 7°.)

¹⁰¹ Cfr. TRONCOSO LARRONDE, Hernán. *Derecho de Familia*. 9ª edición. Santiago, Chile. Lexis Nexis. 2006. p.114.

mantiene vigente en los casos de separación a través de la obligación de alimentos, contemplada en el artículo 321 del Código Civil, a la cual me referiré más adelante.¹⁰²

El legislador no reglamenta el deber de socorro ni la forma de prestarlo, limitándose a establecer las situaciones en las que se debe, y que su incumplimiento da lugar al derecho a pedir alimentos.¹⁰³

Según el profesor Mauricio Tapia¹⁰⁴, en realidad, el deber de socorro es patrimonial y no personal, porque se concreta mediante el aporte pecuniario que hacen los cónyuges al mantenimiento mutuo y de la familia común; voluntariamente, en situaciones de normalidad matrimonial y, coercitivamente, en casos de crisis, mediante la obligación de alimentos.

Un fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción describe, a modo ejemplar, algunas formas en que los cónyuges proveen al sustento del otro, expresando que son actos de cumplimiento del deber de socorro el hecho que el marido haya afiliado a su cónyuge, separada de hecho, a una Institución de Salud Previsional y el constituirse en fiador solidario del pago de las rentas de arrendamiento de la casa en que habita su cónyuge.¹⁰⁵

De acuerdo al pensamiento de buena parte de la doctrina¹⁰⁶, el deber de socorro implica un derecho correlativo de carácter personalísimo, no puede sujetarse a plazos determinados sino que se cumple día a día y tiene un contenido amplio, que tiende a satisfacer todas las exigencias de la vida que las capacidades económicas de los cónyuges permitan.

Se deben alimentos al cónyuge de conformidad al artículo 321 N° 1 del Código Civil. Podrían, por tanto, darse diversas situaciones:

¹⁰² Vid. *Infra* Capítulo III, epígrafe 4.2.1., referido a la obligación de alimentos entre cónyuges.

¹⁰³ Cfr. TRONCOSO LARRONDE, Hernán. Derecho de Familia... *op. cit.*, p. 115.

¹⁰⁴ Cfr. TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. Análisis Crítico del Proyecto de Reforma a la Sociedad Conyugal y Creación del Régimen de Comunidad de gananciales. *Boletín Microjuris* (199). 2007. [En línea] <<http://cl.microjuris.com/login.jsp>> [Consulta: 20 de noviembre de 2011]. p. 6.

¹⁰⁵ *Barría/González* (2008): Corte de Apelaciones de Concepción 4 de agosto de 2000 (Rol 5498-2000, considerando 8°).

¹⁰⁶ Cfr. FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo. Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas. Código Civil y leyes complementarias. 3ª ed. Chile. Editorial Jurídica. 1999. p. 149.

a) Si los cónyuges están casados bajo sociedad conyugal y se hallan en estado de normalidad matrimonial –no separados-, es la sociedad conyugal quien debe dar mantenimiento a los cónyuges (Art. 1740 N° 5 CC), pero como es el marido quien administra la sociedad, será él quien realice la destinación de los bienes a este efecto, con cargo a la sociedad conyugal.

b) Si se encuentran casados en régimen de separación de bienes o de participación en los gananciales, los cónyuges deben proveer a las necesidades de la familia común, atendiendo a sus facultades económicas (Artículos 134 y 160 del Código Civil).

c) En los casos de separación de hecho o judicial, también los cónyuges deben proveer a las necesidades de la familia común, según sus facultades económicas lo permitan. Y en estos supuestos, además, la ley establece que la parte que lo necesite tiene derecho a demandar alimentos a su cónyuge, con lo cual se pone en funcionamiento el sistema jurisdiccional para exigir coercitivamente el cumplimiento de la obligación de aportar bienes para el sustento familiar.

Una norma especial se contempla en el artículo 175 del Código Civil, puesto que dispone que si los cónyuges están separados judicialmente el cónyuge que dio lugar a la separación por su culpa tiene derecho a que el otro le provea de lo necesario para su modesta sustentación.

2.1.3. Deber de ayuda o asistencia mutua.

El artículo 131 del Código Civil se refiere a este deber, estableciendo que los cónyuges están obligados a ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida.

La solidaridad conyugal aparece como uno de sus elementos constitutivos e impone un deber de estar al lado del otro como sostén y amparo, comprendiendo las atenciones de la salud y la enfermedad, de la fortuna y la miseria, de lo cotidiano y lo extraordinario.

Se ha señalado que este deber se materializa, especialmente, en los cuidados personales constantes que los cónyuges deben darse durante la vigencia del matrimonio.¹⁰⁷ La asistencia o ayuda consiste en los cuidados personales, en las consolaciones que uno de los cónyuges debe al otro en las enfermedades y adversidades de la vida.

2.1.4. Deber de respeto y protección recíprocos.

Antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 18.802, la norma señalaba que la mujer debía respeto a su marido y el marido debía protección a su mujer, sin embargo, con la modificación legal, hoy ambos se deben respeto y protección mutua (artículo 131 del Código Civil, parte final). El respeto consiste en que los cónyuges, en sus relaciones tanto públicas como privadas, deben guardar la consideración y el trato que corresponde a una armoniosa convivencia, mientras que la protección comprende la prestación de amparo, tanto físico como moral.¹⁰⁸

En el caso específico del divorcio, el inciso 2 del artículo 54 de la ley ha consignado dos hechos concretos que hacen incurrir a uno de los cónyuges en la causal genérica de ‘falta imputable’ que constituye una violación grave de estos deberes de respeto y protección. Tales son: a) la expresada en su número 1: Atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge; y b) Tentativa para prostituir al otro cónyuge.¹⁰⁹

2.1.5. Derecho y deber de vivir en el hogar común.

La convivencia del matrimonio exige que los cónyuges deban compartir un hogar común. El artículo 133 del Código Civil se preocupa de este punto, señalando que “Ambos cónyuges tienen el derecho y el deber de vivir en el hogar común, salvo que a alguno de ellos le asista razones graves para no hacerlo”.

¹⁰⁷Cfr. TRONCOSO LARRONDE, Hernán. Derecho de Familia... *op. cit.*, p. 116.

¹⁰⁸Cfr. TRONCOSO LARRONDE, Hernán. Derecho de Familia... *op. cit.*, p. 117.

¹⁰⁹Cfr. BARRIENTOS GRANDON, Javier; NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu. Nuevo derecho matrimonial... *op. cit.*, p. 290.

La Corte de Apelaciones de Punta Arenas, en fallo dictado el año 1990, declaró que este deber “Supone entonces el cumplimiento fiel de los deberes matrimoniales, una convivencia en normalidad, en armonía, con solidaridad y una relación física y moral coincidentes”.¹¹⁰

La Ley N° 19.947, de Matrimonio Civil, ha reglado especialmente las consecuencias del incumplimiento de este deber de hacer vida en común, tanto en cuanto a la separación como al divorcio. Así, cualquiera de los cónyuges podrá pedir al tribunal la declaración de separación cuando hubiere cesado la convivencia (artículo 27), sin perjuicio de que la causal ya estaba contemplada en el artículo 26 por incumplimiento grave de las obligaciones y deberes del matrimonio.

La excepción a este deber (“que a alguno de ellos le asistan graves razones para no hacerlo”), debe ser apreciada por el juez en cada caso.

2.1.6. Deber de cohabitación.

La doctrina¹¹¹ ha entendido que el deber de cohabitación alude a la convivencia sexual de la pareja. Este deber no se encuentra expresamente señalado en la ley, sino que se deduce del artículo 102 del Código Civil, que en la definición de matrimonio señala como uno de los fines del mismo es la procreación. Por eso se ha llamado, también, “débito conyugal” o “débito carnal”.

2.1.7. Auxilios y expensas para la litis.

El artículo 136 del Código Civil establece que “Los cónyuges serán obligados a suministrarse los auxilios que necesiten para sus acciones o defensas judiciales. El marido deberá, además, si está casado en sociedad conyugal, proveer a la mujer de las expensas para la

¹¹⁰ *García/Jarque* (1990): Corte de Apelaciones de Punta Arenas. 29 de mayo de 1990. (Rol 6.350-1990, considerando 9°).

¹¹¹ Por todos, *Vid.* BARRIENTOS GRANDON, Javier; NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu. Nuevo derecho matrimonial... *op. cit.*, pp. 291-292.

litis que ésta siga en su contra, si no tiene los bienes a que se refieren los artículos 150, 166 y 167, o ellos fueren insuficientes”.

De la norma transcrita, primero se extrae la obligación recíproca de los cónyuges de proporcionarse auxilios para sus acciones y defensas judiciales, cuya correcta interpretación incluiría ayuda en expensas para la litis (auxilios monetarios) y consejos, ayuda en la obtención de la prueba, y otras, en términos generales. La segunda parte de la norma sería una precisión que establece un deber que pesa exclusivamente sobre el marido casado bajo sociedad conyugal, y consiste en que él está obligado a proveer a su mujer de expensas cuando ésta haya ejercido una demanda en su contra. La excepción está dada cuando la mujer tiene patrimonios especiales suficientes para asumir los gastos.

2.2. Protección de un cónyuge en relación a los efectos patrimoniales del matrimonio.

2.2.1. Protección existente en los regímenes matrimoniales.

“Con la denominación de régimen económico (o económico-patrimonial) del matrimonio, se designa el conjunto de reglas que delimitan los intereses patrimoniales que se derivan del matrimonio, ya sea en las relaciones internas de los cónyuges entre sí, ya en sus relaciones externas con los demás miembros de la comunidad (los terceros)”.¹¹²

El primer y principal efecto económico del matrimonio es el establecimiento de un régimen matrimonial para los cónyuges. Este régimen es el estatuto jurídico que regla las relaciones pecuniarias de los cónyuges entre sí y respecto de terceros. En Chile se encuentran vigentes tres alternativas de regímenes patrimoniales para el matrimonio:

- Sociedad Conyugal. Es un régimen de comunidad de bienes restringida a los gananciales.

¹¹² LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. Curso de derecho civil patrimonial. Introducción al Derecho. 13ª ed. Madrid, España. Editorial Tecnos. 2007. p. 133.

- Separación de Bienes. Consiste en que el patrimonio de marido y mujer son independientes entre sí y, en consecuencia, se administran por cada quien de manera separada y autónoma.
- Participación en los gananciales. En este caso, durante la vigencia del régimen, cada cónyuge tiene su propio patrimonio, que administra con libertad. Pero, a su extinción, el cónyuge que ha adquirido bienes de mayor valor debe compensar al que ha obtenido menos.

En el régimen de separación de bienes, los cónyuges conservan todas sus facultades para administrar y disponer sobre sus patrimonios, sin afectarles restricciones de ningún tipo por el hecho del matrimonio. Por lo tanto, en este caso no hay un cónyuge en desventaja o con debilidades, de acuerdo al planteamiento que sostuvimos en los capítulos anteriores.¹¹³ Esto, es sin perjuicio que, al término del régimen, se den las circunstancias que hagan procedente una compensación económica en caso que alguno de los cónyuges tenga una situación desfavorable en su patrimonio, en comparación con su consorte –hecho que, para los términos de la ley de Matrimonio Civil¹¹⁴, lo transformaría en el cónyuge más débil-.

En el régimen de participación en los gananciales los cónyuges tampoco ven disminuidas sus facultades sobre su patrimonio, pues administran con libertad y en forma independiente del otro cónyuge. Sin embargo, al término del régimen, habría un sistema de protección al cónyuge más débil o en desventaja, porque se debe aplicar una técnica de compensación patrimonial a la hora de liquidar los gananciales y repartirlos entre marido y mujer.

Cabe señalar que este régimen ha sido utilizado muy escasamente: “Las estadísticas demuestran que menos del 3% [al año 2007] de los matrimonios que se contraen anualmente convienen en adoptar a este régimen. Esta situación se explicaría, entre otros factores, por su escasa difusión, por involucrar ciertos niveles de complejidad (como la confección de inventarios al inicio y al fin del régimen con el objeto de determinar el crédito de participación), y por el supuesto mayor arraigo social que tendría el régimen de sociedad conyugal.”¹¹⁵ De

¹¹³ *Vid. Supra* Capítulos I y II.

¹¹⁴ Artículo 61 de la Ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil.

¹¹⁵ LATHROP GÓMEZ, Fabiola. *Discriminación contra la mujer... op. cit.*, p. 234.

acuerdo a las estadísticas publicadas por el Servicio de Registro Civil e Identificación en marzo de 2011, durante el año 2010, de 62.170 matrimonios celebrados en Chile, sólo 1474 pactaron participación en los gananciales, 26.808 separación de bienes, y 33.888 sociedad conyugal, lo que equivale a un 2,3% del total.¹¹⁶

En cambio, en materia de sociedad conyugal es donde comienzan a notarse las diferencias de consideración jurídica entre marido y mujer. En la sociedad conyugal, la debilidad de un cónyuge, la mujer, encuentra sus raíces en las leyes que atan y limitan sus facultades económicas al interior de dicho régimen, tanto en lo que se refiere a disposición e injerencia en la administración de los bienes comunes o sociales como de los bienes propios.¹¹⁷

El régimen de la sociedad conyugal se ha mantenido casi inalterable desde su establecimiento, y ha sido difícil modificarlo, porque ha contado con la aprobación y respaldo de la doctrina y las vertientes conservadoras de la sociedad. Al respecto, por ejemplo, Alessandri sostenía que establecer un régimen de separación de bienes sería inconveniente, porque existirían “en el hogar dos voluntades igualmente omnipotentes, lo que obliga a recurrir al juez en casos de desacuerdo, y la intervención frecuente de éste en la vida doméstica no es muy aconsejable ni propende tampoco al mantenimiento de la tranquilidad conyugal. Tiene también el inconveniente de que como suprime entre los cónyuges todo interés común, contribuye a relajar el vínculo matrimonial ya de por sí bastante relajado”.¹¹⁸

La sociedad conyugal ha contado con gran parte de la aprobación de la doctrina y jurisprudencia. Alessandri afirmaba que el régimen de comunidad manifestado en la sociedad conyugal es “el que se armoniza mejor con la naturaleza y fines del matrimonio. Por eso, es el que cuenta con más aceptación en las legislaciones y entre los autores. Si el matrimonio crea una unión estrecha e íntima entre las personas, igual unión debe producir en los bienes; la comunidad de vida acarrea necesariamente la de intereses”.¹¹⁹

¹¹⁶ SERVICIO DE REGISTRO CIVIL E IDENTIFICACIÓN, Estadísticas con enfoque de género. [en línea] <www.registrocivil.cl/f_estadisticas_enfoque_de_genero.html> [Consulta: 09 de junio de 2011] s/p.

¹¹⁷ *Vid. Infra* Capítulo III, epígrafe 3., referido al régimen de sociedad conyugal chileno.

¹¹⁸ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. De los regímenes matrimoniales en general. Santiago de Chile. Anales de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Vol. I - Julio - Diciembre de 1935. p. 15.

¹¹⁹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. De los regímenes matrimoniales en general... *op. cit.*, p. 16.

Continúa Alessandri señalando que “...Este régimen es, además, justo y equitativo, puesto que hace comunes los bienes adquiridos durante el matrimonio y a cuya adquisición han cooperado ambos cónyuges, cada uno en la esfera de sus actividades. Si, de ordinario, es el marido quien trabaja y adquiere los bienes, hay casos en que la mujer también lo hace, sea trabajando con independencia de aquél, sea coadyuvando o colaborando a su labor. Y aunque así no suceda, no por eso deja de cooperar a ella y de ser un auxiliar del marido, porque mientras éste trabaja para ganar el sustento, la mujer está entregada a las labores domésticas indispensables para llenar los fines del matrimonio, tales como atender el menaje, la crianza y el cuidado de los hijos, etc., y que si no fueren desempeñadas por la mujer, deberían ser atendidas por el marido con las molestias y pérdidas de tiempo consiguiente. Si cada uno en su esfera de acción contribuye a crear esos bienes, es justo que ambos los compartan”.¹²⁰

Alessandri insiste en los beneficios de la sociedad conyugal, incluso con una mirada paternalista y disciplinadora del legislador y del hombre respecto de la mujer, al afirmar que “Este régimen tiene también la ventaja de interesar a la mujer en la conservación e incremento de los bienes sociales, ya que la hace copartícipe en ellos, lo cual fomentará su espíritu de ahorro y economía y la inducirá a evitar los gastos inútiles y exagerados. Por último, disminuye las ocasiones de conflictos, porque en los casos de desacuerdo, prevalece la voluntad del marido”.¹²¹

No obstante, la doctrina y los legisladores no han sido ajenos a la evolución de las concepciones culturales y a los problemas que acarrea la perpetuación de las normas de la sociedad conyugal, que incapacitan, en la práctica, a la mujer. “Es un hecho que la mujer se ha ido incorporando en los tres últimos decenios, especialmente, al mundo productivo, pero tiene ella, aún, desventajas significativas. Son muchas las mujeres que en el día de hoy, junto con realizar tareas productivas (a veces más exitosas que las del marido), deben atender de preferencia las labores del hogar. Esta realidad no tiene una expresión adecuada en la legislación vigente. Es cierto que existen instituciones discriminatorias que la favorecen, como sucede, por ejemplo, con el llamado patrimonio reservado de la mujer casada, pero éste no es suficiente. Si desde el punto de vista doctrinario podemos formular muchas críticas a esta institución (recuérdese que se confieren plenas facultades de administración a la mujer no obstante tratarse

¹²⁰ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. De los regímenes matrimoniales en general... *op. cit.*, p. 16.

¹²¹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *Íbidem*.

de bienes sociales, en oposición a las muchas restricciones que afectan la administración de los mismos bienes por parte del marido, sin dar a éste ni siquiera el derecho de reclamar la separación de bienes), no puede desconocerse que ella ampara una realidad que nadie puede ignorar. Es la mujer en Chile la que mejor y más efectivamente ha protegido y sostenido al grupo familiar”.¹²²

La ley ha intentado reparar y compensar la injustificada discriminación de dichas disposiciones, incorporando diversas leyes que modifican en parte las normas criticadas, como es el caso del Decreto Ley 328 y las leyes N° 5.521, N° 7.612, N° 10.271, N° 18.802. Mas, todavía es necesario una reforma profunda y efectiva. “[...]Es ya tradicional entre nosotros el esfuerzo por "parchar" la legislación para evitar un cambio abrupto de la misma. No tengo claro si esto es provechoso o perjudicial, pero lo cierto es que [...] en lo concerniente a los regímenes patrimoniales en el matrimonio, esta tendencia se ha extremado. Cabe preguntarse si no habría sido mejor encarar este tránsito social con una legislación más flexible, simple y menos ambiciosa...”¹²³

Con la innovación de estas normas correctoras se eliminó la incapacidad relativa de la mujer casada en sociedad conyugal y se le otorgaron algunas facultades y resguardos, aunque se estima que la plena capacidad sólo sería aparente, porque el marido sigue conservando una de las grandes atribuciones de antaño, esto es, la administración unitaria y concentrada de la sociedad conyugal, aunque sus facultades hayan sido atenuadas, en varias leyes, para aminorar las desventajas de la mujer.

El régimen de sociedad conyugal tendría fuertes ventajas, tales como el constituir desde el inicio una comunidad de bienes entre los cónyuges, que refuerza la idea de que el matrimonio es una unión con un proyecto de vida en común y no una asociación transitoria; da garantías a los terceros al tener una unidad de administración y reglas claras sobre la enajenación y gravamen de los principales bienes implicados en la gestión matrimonial; a la mujer que se dedica al hogar el régimen le asegura el cincuenta por ciento de los bienes que adquiera el marido a título

¹²² RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. Innovaciones en materia de regímenes patrimoniales. Revista Actualidad Jurídica (1):193-194, enero 2000. p. 194.

¹²³ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. *Ibidem*.

oneroso, y también controla la administración de éste, ya que el marido no puede enajenar o gravar bienes de envergadura sin que la mujer lo autorice (salvo autorización judicial subsidiaria).

Para la mujer que trabaja fuera del hogar, el régimen le consagra, por ese solo hecho y sin necesidad de declaración judicial, la existencia de un patrimonio reservado compuesto por todo lo que obtenga como producto de su trabajo, las adquisiciones que haga con él y los frutos de ambos tipos de bienes; conjunto dentro del cual tiene amplia libertad de gestión y disposición, sin intervención del marido ni de la justicia. Además, al finalizar el régimen ella tiene el derecho de renunciar a gananciales del marido, y conservar los bienes de su patrimonio reservado.

La mujer puede pedir (sólo ella, no el marido) la terminación de la sociedad conyugal y la separación de bienes acreditando ante el juez administración errónea, descuidada o fraudulenta.

En la liquidación que se haga de la sociedad conyugal, la mujer puede limitar su responsabilidad por las deudas sociales mediante el beneficio de emolumento, que le permite pagar sólo hasta el monto de su mitad de gananciales y, si estos no existen, los acreedores sólo podrán perseguir sus créditos en los bienes del marido.

Las disposiciones legales que procuran mejorar algunos aspectos del estatuto de la mujer en la sociedad conyugal son una manifestación del **principio de protección del cónyuge más débil**, aunque no lo digan expresamente, puesto que su espíritu no hace más que constatar la situación de desventaja o debilidad de la mujer y tender a proteger sus intereses, tanto durante la vigencia del matrimonio, como en todo lo que dice relación con su ruptura y término.¹²⁴

Más adelante, volveremos a revisar la sociedad conyugal chilena con el objeto de describir las principales normas y sus efectos, y realizar un análisis crítico desde una perspectiva de género, constitucionalidad y no discriminación.

¹²⁴ Cfr. ORREGO ACUÑA, Juan. Visión crítica de la sociedad conyugal... *op. cit.*, p. 6.

2.2.2. Otras normas protectoras en materia patrimonial.

El matrimonio genera un sinnúmero de efectos de carácter patrimonial también fuera del campo directo de funcionamiento de los distintos regímenes matrimoniales. Se pueden identificar en nuestra legislación numerosas disposiciones que, refiriéndose a actos y hechos con consecuencias patrimoniales, son también normas que cumplen con aplicar el principio de protección del cónyuge más débil.

En algunos de estos preceptos no se hace una distinción de género para determinar quién es el cónyuge en desventaja, sino que se obedece a la concepción moderna de que cualquiera, marido o mujer, pueden ser los afectados. “[S]i bien por regla general, en las naciones latinoamericanas el “cónyuge más débil” es la mujer, ello no necesariamente es así en todas las situaciones. Sobre todo, porque en la sociedad moderna, la separación de roles de la familia tradicional cede ante una realidad en la que ambos cónyuges asumen, en condiciones igualitarias, el esfuerzo económico, aunque todavía sea la mujer la que continúe asumiendo igualmente el peso de la crianza de los niños y el manejo del hogar”.¹²⁵

Algunas de estas manifestaciones de la protección al cónyuge más débil la constituyen, especialmente, las siguientes normas:

a) Aunque el artículo 134 del Código Civil comienza por establecer una exigencia igualitaria de contribución a las necesidades del matrimonio y la familia, al establecer que “El marido y la mujer deben proveer a las necesidades de la familia común...” en seguida hace una distinción que comprende las dificultades y diferencias económicas que puedan afectar a las partes, condicionando esta contribución a las “facultades económicas y al régimen de bienes que entre ellos medie”.

b) En la partición de los gananciales al disolverse la sociedad conyugal –régimen en que la mujer tiene una condición desmejorada y en desventaja en relación al marido- tendrá derecho la mujer a hacer, antes que el marido, las deducciones respecto de sus bienes propios y recompensas que le correspondan (artículo 1773 del Código Civil). Aquí, hay una diferencia

¹²⁵ ORREGO ACUÑA, Juan. Visión crítica de la sociedad conyugal... *op. cit.*, p. 7.

expresa por razón de género, puesto que el legislador es consciente de que es la mujer quien requiere protección en el régimen de sociedad conyugal y en su disolución.

c) En la sociedad conyugal, los acreedores del marido carecen de acción para perseguir los bienes de la mujer, por regla general (artículo 1750 del Código Civil). Se repite la idea de diferenciación en beneficio de la mujer, por las mismas consideraciones planteadas en el párrafo anterior.

d) En materia de prelación de créditos, conforme al artículo 2481 N° 3 del Código Civil, la mujer tiene un crédito de cuarta clase respecto de los bienes que son de su propiedad y que se encuentran bajo la administración del marido, sobre los bienes de éste, o en su caso, por los que tuvieron los cónyuges por gananciales. En virtud del artículo 2483 del Código Civil, esta preferencia se entiende constituida a favor de los bienes raíces o derechos reales en ellos, que la mujer hubiere aportado al matrimonio, y a favor de todos los bienes en que se justifique su derecho por inventarios solemnes, testamentos, actos de partición, sentencias de adjudicación, escrituras públicas de capitulaciones matrimoniales, de donación, venta, permuta u otros de igual autenticidad. Y se extiende la preferencia de cuarta clase a los derechos y acciones de la mujer contra el marido cuando administrare con culpa o dolo. Éste es otro de los casos en que se realiza una distinción de género que beneficia y protege a la cónyuge que se encuentra casada en sociedad conyugal.

Además, el artículo 2484 del Código Civil hace extensiva la preferencia por créditos a la mujer cuyo matrimonio fue celebrado en país extranjero y ha de producir efectos civiles en Chile sobre los bienes que el marido tenga en el territorio nacional.

e) Existe el “beneficio de emolumento” a favor de la mujer casada en sociedad conyugal, por el cual no se hace responsable de las deudas de la sociedad, sino hasta concurrencia de su mitad de gananciales (artículo 1777 del Código Civil).

f) La mujer casada en sociedad conyugal está facultada para aceptar o renunciar a los gananciales, conforme a los artículos 1719, 1781 y 1785 del Código Civil, y el marido no goza de tal facultad.

g) La mujer está facultada para pedir el término de la sociedad conyugal cuando se cumplen ciertas circunstancias. Así, podrá pedir al juez que se decrete la separación judicial en caso de insolvencia o administración fraudulenta del marido; en caso de incumplimiento culpable del marido de las obligaciones que le imponen los artículos 131 y 134 del Código Civil, es decir, deber de fidelidad, socorro, ayuda mutua, respeto, protección, y provisión a las necesidades de la familia; en caso de incurrir en alguna causal de separación judicial según lo dispuesto por la Ley de Matrimonio Civil; en caso de ausencia injustificada del marido por más de un año; y en caso de separación de hecho de los cónyuges.

h) Se consagra un eventual crédito de participación de ganancias en el régimen de participación de los gananciales, en beneficio del cónyuge que resulte menos favorecido al terminar el régimen. El crédito de participación en los gananciales es el que la ley otorga al cónyuge que a la expiración del régimen de participación en los gananciales, ha obtenido gananciales por un monto inferior a los del otro cónyuge, con el objeto de que este último le pague, en dinero efectivo, a título de participación, la mitad del exceso (artículos 1792-1 y siguientes del Código Civil).

3. El régimen de sociedad conyugal chileno.

La sociedad conyugal es el régimen matrimonial que la ley asigna a los matrimonios celebrados en Chile, a menos que las partes, en capitulaciones matrimoniales, opten por la separación de bienes o la participación en los gananciales (artículos 135 y 1718 del Código Civil).

También, existe la posibilidad de mutar el régimen de sociedad conyugal por separación de bienes o participación en los gananciales con posterioridad a la celebración del matrimonio (artículo 1723 del Código Civil). Sin embargo, no es posible modificar estos regímenes en el sentido inverso, es decir, cambiar el sistema desde la separación de bienes o participación en los gananciales a la sociedad conyugal.

3.1. Análisis de las normas de la sociedad conyugal bajo la perspectiva de la protección al cónyuge débil.

El régimen de sociedad conyugal contiene numerosas disposiciones que establecen diferencias en razón del género del cónyuge involucrado. Pero, a diferencia de los progresos que se constatan en legislaciones extranjeras¹²⁶, la ley chilena no se ha adaptado plenamente a las nuevas concepciones de igualdad entre marido y mujer en el ámbito económico. En el ordenamiento jurídico chileno han quedado vigentes, hasta el día de hoy, normas que resultan anacrónicas y que no se condicen con los conceptos culturales modernos. No obstante, existen y con plena obligatoriedad. "...[V]ivimos una etapa de transición, en la cual el hombre ha dejado de ser el único proveedor y la mujer la encargada de la vida doméstica del hogar. Pero aún falta mucho para lograr un equilibrio adecuado. De aquí las dificultades que asaltan al legislador en esta materia...."¹²⁷

Para comenzar el análisis normativo de la sociedad conyugal y sus dimensiones protectoras del cónyuge más débil, es necesario comprender cuál es el conjunto de bienes que están involucrados en este régimen matrimonial.

Los bienes que integran la sociedad conyugal se clasifican en bienes sociales y bienes propios. El haber social puede ser absoluto o relativo, según si los bienes ingresan de forma definitiva a la sociedad conyugal, o si lo hacen sujetos a una recompensa que podrá hacer valer el cónyuge aportante, al momento de la liquidación.

Los bienes propios, en cambio, son los inmuebles que el cónyuge tiene al momento del matrimonio, atendida la fecha del título que origina la adquisición, aunque ésta sea posterior a las nupcias¹²⁸; los bienes inmuebles adquiridos a título gratuito por uno de los cónyuges durante

¹²⁶ Vid. *Infra* Capítulo III, epígrafe 3.5., referido a los regímenes matrimoniales legales y el principio de igualdad conyugal en el Derecho Comparado

¹²⁷ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. Innovaciones en materia de regímenes patrimoniales... *op. cit.*, p. 194.

¹²⁸ Se incluyen en este tipo de bienes propios: las especies que uno de los cónyuges poseía a título de señor antes de ella, aunque la prescripción o transacción con que las haya hecho verdaderamente suyas se complete o verifique en ella (Art. 1736 N° 1 del Código Civil); los bienes raíces que los cónyuges poseían antes de ella por un título vicioso, pero cuyo vicio se ha purgado durante ella por la ratificación o por otro medio legal (Art. 1736 N° 2 del Código Civil); los bienes que vuelven a uno de los cónyuges por nulidad o

la vigencia de la sociedad conyugal; los bienes muebles que los cónyuges excluyen de la sociedad conyugal en las capitulaciones matrimoniales; créditos o recompensas que los cónyuges adquieren contra la sociedad y que pueden hacer valer al momento de la disolución; inmuebles subrogados a un inmueble propio o a valores.

Los bienes de la sociedad conyugal deben ser administrados, y para ello la ley distingue dos tipos de administración: Ordinaria y Extraordinaria.

La administración ordinaria corresponde al marido, conforme a lo dispuesto por el artículo 1749 del Código Civil, bajo el supuesto de ser plenamente capaz, y por el solo hecho del matrimonio: “El marido es jefe de la sociedad conyugal, y como tal administra los bienes sociales y los de su mujer; sujeto, empero, a las obligaciones y limitaciones que por el presente Título se le imponen y a las que haya contraído por las capitulaciones matrimoniales”.

Por tanto, la referida administración abarca no sólo los bienes sociales, sino también los propios de la mujer.

La administración extraordinaria suspende la administración del marido, entregándosela a un curador suyo o de sus bienes que, normalmente, será su mujer. Opera esta administración cuando el marido está afectado por un impedimento de larga o indefinida duración, conforme al artículo 138 inc. 1º del Código Civil, que expresa “Si por impedimento de larga o indefinida duración, como el de interdicción, el de prolongada ausencia, o desaparecimiento, se suspende la administración del marido, se observará lo dispuesto en el párrafo 4º del título De la sociedad conyugal”.

resolución de un contrato, o por haberse revocado una donación (Art. 1736 N° 3 del Código Civil); los bienes litigiosos y de que durante la sociedad ha adquirido uno de los cónyuges la posesión pacífica (Art. 1736 N° 4 del Código Civil); el derecho de usufructo sobre un bien raíz que se consolida con la propiedad que pertenece al mismo cónyuge (Art. 1736 N° 5 del Código Civil); lo que se paga (inmueble) a cualquiera de los cónyuges por capitales de créditos constituidos antes del matrimonio. Lo mismo se aplica a los intereses devengados por uno de los cónyuges antes del matrimonio y pagados después (Art. 1736 N° 6 del Código Civil); los bienes que un cónyuge adquiere durante la sociedad en virtud de un acto o contrato cuya celebración se haya prometido con anterioridad a ella, siempre que la promesa conste de un instrumento público, o de instrumento privado cuya fecha sea oponible a terceros de acuerdo con el Art. 1703 del Código Civil. Aquí lo que se ha querido es que se trate de una promesa oponible a terceros, sea por el Art. 1703 del Código Civil o por el Art. 419 del Código Orgánico de Tribunales.

Respecto a quién ejerce la administración extraordinaria, el artículo 1758 del Código Civil dispone que corresponde a quien sea curador del marido o de sus bienes, y que ese cargo lo puede ocupar la cónyuge: “La mujer que en el caso de interdicción del marido, o por larga ausencia de éste sin comunicación con su familia, hubiere sido nombrada curadora del marido, o curadora de sus bienes, tendrá por el mismo hecho la administración de la sociedad conyugal. Si por incapacidad o excusa de la mujer se encargaren estas curadurías a otra persona, dirigirá el curador la administración de la sociedad conyugal”.

Dentro de la administración ordinaria, las facultades del marido como administrador de los bienes sociales son mucho más amplias que las que tiene como administrador de los bienes propios de la mujer.

El legislador considera al marido dueño de los bienes sociales y, como tal, los administra libremente, sólo con las limitaciones que le impone la ley, referentes a los actos para los cuales el marido requiere la autorización o consentimiento de la mujer y que dicen relación principalmente con los bienes inmuebles.

Pero, respecto de los bienes propios de la mujer, sus facultades son mucho menores, es un simple administrador de ellos, sus facultades están limitadas no sólo respecto de la disposición de inmuebles sino también de la de bienes muebles (artículos 1754, 1755 y 1756 del Código Civil).

Además, en la administración de los bienes sociales, el marido solamente responde del fraude con que administre, es decir, de la intención dolosa de perjudicar a la mujer, y no tiene obligación de rendir cuenta de su administración. Muy por el contrario, en la administración de los bienes propios de la mujer responde hasta de la culpa leve. Asimismo el marido puede ser obligado a rendir cuenta de su administración.

A continuación, se describirán las normas más relevantes que, en materia de sociedad conyugal, significan restricciones a la capacidad de ejercicio de la mujer, y aquellas que, por el contrario, pretenden resguardar sus intereses y compensar los efectos de las primeras. Cabe

advertir que muchas de ellas, restrictivas y protectoras, se entrelazan entre sí, formando una misma figura jurídica o precepto.¹²⁹

3.1.1. Administración ordinaria sobre los bienes sociales y limitaciones tendientes a proteger los intereses de la mujer.

Es al marido a quien corresponde la administración de los bienes de la sociedad conyugal. Durante la vigencia de la sociedad conyugal la mujer, por sí sola, no tendrá derecho alguno sobre los bienes sociales (artículo 1752 del Código Civil). Por ello, no puede administrarlos, ni intervenir en la administración que ejerce el marido, ni pedir que se le entregue la parte que en ellos le ha de corresponder.

No obstante, existen medidas legislativas que tienden a proteger los intereses de la mujer en estas circunstancias. La ley establece limitaciones a la omnipotencia que tiene el marido en la administración de bienes sociales. Éstas pueden provenir, de acuerdo al artículo 1749 del Código Civil, de los pactos establecidos en las capitulaciones matrimoniales y de las leyes. Las primeras, por supuesto, deben ajustarse a las leyes en su forma y fondo, y ninguna estipulación podría llegar al punto de desnaturalizar el régimen, toda vez que las normas que reglan la materia son de orden público, y en ello no tiene injerencia la voluntad de los contrayentes.

“[...E]n virtud de las sucesivas modificaciones producidas a lo largo del siglo XX, la sociedad conyugal ha devenido en un sistema de administración concentrada en el marido, aunque con diversas limitaciones, al punto que se ha llegado a decir que el estatuto moderno de la sociedad conyugal reconoce más bien un modelo de cogestión”.¹³⁰

Las limitaciones que impone la ley a la administración ordinaria de los bienes sociales, establecidas para incorporar protección a los intereses de la mujer, implican que el marido

¹²⁹ Las normas que plantean atribuciones que pretenden mejorar la situación de la mujer casada en sociedad conyugal constituyen casos de falsa discriminación positiva, porque, en los resultados, no se logra la perfecta igualdad con el marido. Por eso, no son más que mecanismos de protección.

¹³⁰ LATHROP GÓMEZ, Fabiola. Discriminación contra la mujer... *op. cit.*, p. 237.

requiere autorización de la mujer, o judicial en subsidio, para celebrar los siguientes actos (Título XXII del Libro IV del Código Civil):

a) Para enajenar o gravar voluntariamente bienes raíces sociales (artículo 1749 inc.3°), sea que se trate de bienes corporales o incorporales. La autorización debe darse para la celebración del título traslativo que antecede a la tradición. La jurisprudencia ha entendido que también se requiere autorización de la mujer para la resciliación de la compraventa de este tipo de inmuebles.

La limitación solo dice relación con los bienes raíces sociales, por tanto, el marido no requiere la autorización para enajenar bienes muebles sociales, lo que resulta alertante si se considera que existen bienes muebles cuyo valor e importancia se equipara a los inmuebles o, incluso, los supera, y, por tanto, queda obsoleta e injustificada la distinción legal.¹³¹

b) Para prometer enajenar o gravar bienes raíces sociales (artículo 1749 inciso 3° del Código Civil).

c) Para enajenar o gravar voluntariamente los derechos hereditarios que correspondan a la mujer, o prometer enajenarlos o gravarlos (artículo 1749 inc.3°). Los derechos hereditarios, independientemente de si comprenden bienes muebles o inmuebles, se reputan muebles, y por ello ingresan al haber relativo de la sociedad conyugal, lo cual es administrado por el marido. Pero, si como producto de un legado, o de la partición de la herencia, la mujer adquiere un bien raíz, éste pasará a formar parte de su haber propio (artículos 1726 y 1732).

d) Para disponer por acto gratuito y entre vivos de los bienes sociales (1749 inc. 4°). Podrá, no obstante, hacer donaciones de poca monta, atendido el activo o fuerzas de la sociedad, sin la autorización de la mujer (artículo 1735).

¹³¹ Por ejemplo, el marido necesita autorización de su mujer para enajenar un predio social de 300 m² de extensión y sin edificar, y no la necesita si ha de vender acciones de empresas, también de la sociedad conyugal, cuantas veces lo quiera, por cualquier valor, aunque sea por cifras siderales.

e) Para dar en arrendamiento o cualquier acto o contrato que implique ceder la tenencia de inmuebles sociales, por periodos superiores a 5 años en el caso de predios urbanos, o más de 8 años si se trata de predios rústicos (artículo 1749 inc. 4°). Las prórrogas también deben computarse para el cálculo del plazo.

f) Para constituir avales u obligaciones accesorias para garantizar obligaciones contraídas por terceros (artículo 1749 inc. 5° y 6°). Pero no es necesaria la autorización de la mujer en los casos en que la celebración de un contrato genera, como efecto del mismo contrato, la responsabilidad solidaria o subsidiaria (Ej. endoso de la letra de cambio).

La autorización de la mujer debe reunir ciertos requisitos para ser válida. Así, debe ser específica, o sea, darse para celebrar un acto jurídico determinado, sobre un bien determinado, y en condiciones determinadas, no pudiendo ser una autorización genérica.

Debe ser solemne, pues siempre debe constar por escrito, y si el acto que se autoriza es de aquellos que exigen la celebración de una escritura pública, la autorización deberá realizarse de esa misma forma. La autorización puede darse personalmente o por un mandatario especialmente constituido para ese objeto, cuyo mandato conste por escrito y, si corresponde, por escritura pública. La autorización, en todo caso, debe otorgarse antes o en forma coetánea al acto que será su objeto.

La ley permite que la autorización de la mujer sea suplida por la de un tribunal cuando exista negativa injustificada de la mujer -la idea es que el requisito de la autorización no se transforme en un medio destinado a que la mujer entrase la administración del marido, sin causas válidas para ello-; o la afectare un impedimento y de la demora siguiere perjuicio. En la primera hipótesis, la mujer debe ser oída para dilucidar si el motivo de la negativa es justo o no.

La sanción para la falta de autorización de la mujer es, en general, la nulidad relativa (artículo 1757), pero en el caso del arriendo o cesión de tenencia de inmuebles la sanción es la inoponibilidad de la tenencia por el tiempo que exceda a los límites legales, y en el caso de las cauciones o garantías otorgadas para resguardo de obligaciones de terceros la sanción es que las garantías sólo obligarán los bienes propios del marido, y no los sociales.

La nulidad relativa o la inoponibilidad pueden hacerlas valer la mujer, sus herederos y cesionarios, disponiendo al efecto de un plazo de cuatro años. El cuadrenio para impetrar la nulidad se contará desde la disolución de la sociedad conyugal, o desde que cese la incapacidad de la mujer o de sus herederos. En ningún caso se podrá pedir a declaración de nulidad pasados diez años desde la celebración del acto o contrato.

Se plantean cuestiones importantes en cuanto a la especificidad de la autorización en relación a la hipoteca y otras cauciones con cláusula de garantía general:

- Se llama cláusula de garantía general hipotecaria aquella por la cual una hipoteca se constituye para caucionar cualquier obligación que una persona tenga en el presente o pudiere tener en el futuro, por cualquier causa, para con otra. Envuelve una hipoteca sobre obligaciones indeterminadas tanto en cuanto a su monto como en cuanto a su naturaleza. Pues bien, se ha suscitado la duda de si bastaría este tipo de cláusula como autorización general de la mujer casada en sociedad conyugal, ya que el inmueble hipotecado se encontraría individualizado.

Buena parte de la doctrina¹³² ha estado a favor de esta interpretación, porque se cumpliría con el requisito de especificidad en cuanto se sabe hasta dónde está comprometido el patrimonio familiar.

La doctrina opuesta¹³³, en cambio, sostiene que la autorización debe darse sobre un bien determinado y un acto también determinado, lo que no sería el caso de la cláusula general hipotecaria.

“Es cierto [...] que no debe confundirse la hipoteca con el contrato principal, pero no puede ignorarse que la hipoteca se encuentra tan estrechamente vinculada con el contrato principal –como obligación accesoria que es (artículos 46 y 1442)- que no

¹³² Por todos, *Vid.* ROZAS VIAL, Fernando. Análisis de las reformas que introdujo la Ley N° 18.802. Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1990. p. 53.; RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. El régimen patrimonial del matrimonio y el derecho sucesorio. Revista de Derecho, Facultad de Derecho Universidad Central. (2):1-63. [s.a.] p. 63.

¹³³ Nos referimos a RAMOS PAZOS, René. Derecho de Familia. 4ª edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. Tomo I. 2003. p. 239.

puede decirse que la autorización dada en estos casos cumple con el requisito de especificidad respecto del acto sobre que recae (la hipoteca) si no se encuentran especificadas las obligaciones principales a que accede el contrato hipotecario”.¹³⁴

- En las cauciones personales, como la fianza y la solidaridad, no existe un bien determinado afecto al cumplimiento de una obligación. Se suscita, entonces, la duda sobre si el marido puede otorgar, con autorización de la mujer, cauciones personales con cláusula de garantía general para garantizar obligaciones de terceros de acuerdo al artículo 1749 inciso 5°.

Algunos autores dicen que es posible, porque la autorización puede ser específica bastando para ello la determinación de la persona del deudor beneficiado y limitando la caución a una suma determinada.

En oposición, creemos que no es posible considerar como específica una autorización de este tipo. El límite del monto de la caución sólo pone coto a la responsabilidad, y no tiene que ver con la especificidad de la autorización. Además, la finalidad de la autorización no se restringe a saber hasta dónde se compromete el patrimonio familiar, sino que es una instancia de injerencia y conocimiento de la mujer sobre las decisiones y negocios del marido, un instrumento para que la cónyuge juzgue y aprecie en conciencia cada acto que ejerza el marido afectando los bienes sociales.

3.1.2. Situaciones de excepción en las cuales la mujer participa de la administración de los bienes sociales.

Existen ciertos casos en los cuales la mujer tiene incidencia en la administración de los bienes sociales. Estos son:

- Las compras que la mujer haga al fiado de los objetos muebles naturalmente destinados al consumo ordinario de la familia (artículo 137 del Código Civil).

¹³⁴ COURT MURASSO, Eduardo. Obligaciones y Contratos de la mujer casada... *op. cit.*, p. 65.

- La administración extraordinaria de la sociedad conyugal.
- La mujer actúa en caso de impedimento del marido que no sea de larga e indefinida duración y de la demora se siguiere perjuicio.
- La mujer puede disponer por causa de muerte de una especie cualquiera de la sociedad conyugal, conforme al artículo 1743, y el asignatario podrá perseguirla sobre la sucesión del testador siempre que la especie haya sido adjudicada a los herederos del testador en la división de los gananciales. Además, se aplicaría la norma del artículo 1107, por lo que en principio, la asignación testamentaria de una cosa ajena –social- es nula, pero vale cuando se hace a favor del cónyuge o de un descendiente.
- La mujer puede actuar con mandato general o especial del marido.

Respecto al mandato que puede otorgar el marido a la mujer, puede hacerlo sin inconvenientes porque, frente a los terceros, él es el dueño de esos bienes. Tampoco hay inconveniente para que otorgue un mandato de administración respecto de los bienes propios del marido. El mandato podría, incluso, ser general, lo cual es expresamente admitido por la ley en el artículo 1751: “Toda deuda contraída por la mujer con mandato general o especial del marido, es, respecto de terceros, deuda del marido y por consiguiente de la sociedad...”

Agrega el precepto antedicho que si la mujer mandataria contrata a su propio nombre se aplicará el artículo 2151, que señala que si el mandatario contrata a su propio nombre no obliga respecto de terceros al mandante. Por tanto, en tal caso, la mujer no obligaría al marido ni a los bienes sociales, siendo tales actos inoponibles al marido, obligando sólo los bienes del patrimonio reservado o especial de la mujer, de los artículos 150, 166 y 167 del Código Civil, por aplicación del artículo 137 inciso 1° del mismo cuerpo legal.¹³⁵

Según mi parecer, sería necesaria una mejor regulación legal de este tipo de mandato, porque, no obstante lo señalado recién, en caso que la mujer contrate a su propio nombre no puede decirse, tajantemente, que el marido y los bienes sociales no quedan obligados, ya que, de acuerdo al artículo 1740 N° 3 del Código Civil, las obligaciones personales contraídas por la mujer obligan igualmente a la sociedad conyugal para el pago de esas deudas y, ante los ojos de

¹³⁵ *Vid. Infra* Capítulo III, epígrafe 3.1.3., referido a los bienes respecto de los cuales la mujer casada en sociedad conyugal puede actuar libremente.

los acreedores, los bienes sociales y los del marido conforman un solo patrimonio sobre el cual podrían dirigirse, fundados en esta norma, pasando por alto lo dispuesto en el artículo 1751 en relación al 2151.

3.1.3. Bienes respecto de los cuales la mujer puede actuar libremente.

La regla impuesta por los artículos 1749 y 1754 del Código Civil es que el marido administra los bienes propios de la mujer, y sólo podría ella actuar respecto de esos bienes en los casos contemplados en los artículos 138 y 138 bis, es decir, en distintos casos de suspensión de la administración del marido, actuando en su lugar.

En consecuencia, no hay una administración libre de la mujer respecto de sus bienes propios que forman parte de la sociedad conyugal. En cambio, el marido puede administrar y disponer libremente de los suyos propios.

A mi juicio, la manera ideada por el legislador para otorgar libertad económica a la mujer casada en sociedad conyugal fue el establecimiento de su patrimonio reservado, que está compuesto por bienes cuya administración se realiza en forma paralela a la sociedad conyugal. Se trata de un conjunto de bienes que, no obstante ser sociales, tienen un sistema de administración distinto al resto los bienes que integran la sociedad conyugal y, en la práctica, constituyen un patrimonio aparte, pero que pasa a integrar la sociedad conyugal al momento de disolverla. “Es obvio que estos bienes son sociales, puesto que han sido adquiridos a título oneroso durante la sociedad conyugal (artículo 1725 N° 5). Sin embargo [...] ellos son administrados sin restricciones por la mujer, la cual puede gravar, enajenar, dar en arrendamiento por los plazos que estime conveniente, donar, etc., bienes raíces y bienes muebles. El marido ni siquiera puede solicitar medidas cautelares sobre ellos”.¹³⁶

El patrimonio reservado de la mujer casada está contemplado en el artículo 150 del Código Civil. Esta institución “tiene ya larga tradición y una acabada aplicación práctica que merece ser destacada. En efecto, introducida en Chile en 1925 y luego reformada en 1934 [...]

¹³⁶ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. Innovaciones en materia de regímenes patrimoniales... *op. cit.*, p. 197.

ha funcionado en la práctica con notable agilidad y sin crear serios problemas contenciosos. Ello, no obstante que la inspiración del sistema adoptado provenía de la ley francesa de 1907, donde, aun luego de las reformas que ha sufrido, se ha propugnado su supresión atendida su escasa recepción práctica debida a problemas de prueba”.¹³⁷

Los bienes que integran el patrimonio reservado sólo son aquellos que adquiriera la mujer con su trabajo, ejercido de manera separada del marido, y el patrimonio especial no comprende aquellos bienes inmuebles que la mujer poseía siendo soltera ni tampoco los que adquiriera durante el matrimonio por una donación, herencia o legado, todos los cuales serán administrados por el marido, quién, además, se hará dueño de todos los frutos que produzcan dichos bienes de la mujer, por ser titular de un usufructo legal o derecho legal de goce que le confiere la ley, alterándose el principio en virtud del cual las cosas “producen para su dueño”.

Dentro de ese contexto es que se debe entender la norma del artículo 137 inciso 1°. Ésta señala que “Los actos y contratos de la mujer casada en sociedad conyugal, sólo la obligan en los bienes que administre en conformidad a los artículos 150, 166 y 167”.

La comprensión de este precepto debe entenderse en armonía con la norma general del artículo 1749 del Código Civil. Por lo tanto, se está refiriendo a los actos y contratos que celebre la mujer libremente, pero sin obligar ni intervenir sus bienes propios. Los únicos bienes que puede afectar son los que tiene en virtud de los artículos 150, 166 y 167 del Código Civil, es decir, aquellos que administra como si fuera separada de bienes.

“Sin embargo, como por regla general las obligaciones contraídas por la mujer son personales desde el punto de vista de la contribución [a la deuda], pero sociales en cuanto a la obligación a la deuda, los acreedores podrán también perseguir los bienes sociales y del marido, sin perjuicio de las recompensas que se generen a favor de la sociedad conyugal (artículo 1740 N° 3 del Código Civil). Se trata de deudas del pasivo relativo o aparente de la sociedad conyugal”.¹³⁸

¹³⁷ DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. La situación de la mujer casada... *op. cit.*, p. 94.

¹³⁸ COURT MURASSO, Eduardo. Obligaciones y Contratos de la mujer casada... *op. cit.*, p. 102.

Cabe agregar que Lathrop expresa que “el correctivo que introduce el patrimonio reservado en el ordenamiento jurídico chileno frente a la desigualdad económica conyugal es, hasta cierto punto un mito, pues por regla general, dicho peculio es de fuerza económica inferior al de la sociedad conyugal y al patrimonio del marido, dada la vergonzosa diferencia de ingresos que aún subsiste en Chile entre hombre y mujer. En efecto, los ingresos de las mujeres continúan siendo muy inferiores a los de los hombres (en general no superan el 70% del ingreso masculino), brecha que disminuye a mayores niveles de educación y que, evidentemente, aumentan dependiendo del estrato socio-económico al que se pertenezca (aunque existe una tendencia a la equiparación en los porcentajes de profesionales)”.¹³⁹

3.1.4. Posibilidades y limitaciones de la mujer en la administración de sus bienes propios.

Antes de la reforma a la capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal, la cónyuge, como persona incapaz, podía actuar contando con las debidas formalidades habilitantes.

Pero, con la modificación introducida por la ley N° 18.802 de 1989, se otorga a la mujer casada en sociedad conyugal la plena capacidad, aunque meramente formal, porque no tiene la posibilidad de ejecutar por sí misma ciertos actos y contratos sobre sus bienes propios.

Puede decirse que la reforma, incluso, empeoró las restricciones de actuación de la mujer, porque eliminó las formalidades habilitantes que la ley establecía para la cónyuge. El marido ya no es su representante legal, tampoco puede autorizarla para sus actos judiciales y extrajudiciales. Entonces, prácticamente, la mujer ya no tiene forma de actuar sobre sus bienes propios.

Pablo Rodríguez no considera que las limitaciones respecto de los bienes propios de la mujer sean, derechamente, un aspecto negativo establecido en su contra. De acuerdo a su pensamiento “[l]as limitaciones consagradas en la ley en relación a los bienes propios de la mujer, si bien tienen carácter legal, han sido voluntariamente aceptadas por la mujer al momento

¹³⁹ LATHROP GÓMEZ, Fabiola. Discriminación contra la mujer... *op. cit.*, p. 247.

de contraer matrimonio y optar por el régimen de sociedad conyugal. Se pierde de vista, generalmente, que en la legislación chilena el régimen patrimonial es seleccionado por los esposos al celebrarse el matrimonio, sea expresa (separación total de bienes y participación en los gananciales) o tácitamente (sociedad conyugal). La sola circunstancia de contraer matrimonio sin manifestar voluntad en el sentido de adoptar un determinado régimen patrimonial, importa convenir sociedad conyugal (régimen de derecho).¹⁴⁰ A juicio de este autor, las normas en comento tampoco serían una transgresión de las garantía constitucional al derecho de propiedad, porque si se examina el problema a la luz de lo previsto en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República, se concluirá que esta limitación está fundada en el bienestar de la familia sustentada en un matrimonio regulado por el régimen de sociedad conyugal y, por ende, en la función social de la propiedad. En suma, se trataría de normas perfectamente constitucionales que no afectan ningún derecho fundamental.

Considero que la opinión de Rodríguez no se ajusta a la realidad social chilena ni proporciona una auténtica respuesta a la gran mayoría de las mujeres casadas del país que, sin conocer todas y cada una de las consecuencias, se rigen por un régimen de sociedad conyugal y se ven despojadas de las facultades esenciales del ejercicio del dominio sobre sus bienes. La comprensión de los conceptos y, en general, de las normas sólo es posible con un arduo estudio, al cual sólo tienen acceso las personas que decidan acercarse al Derecho de Familia y matrimonial chileno. La ficción legal de conocimiento de la ley establecida en el artículo 8 del Código Civil tampoco sería un justo fundamento para la supuesta elección voluntaria de todas las limitaciones que conlleva la sociedad conyugal.

“...[E]l marido es administrador de los bienes propios de la mujer por mandato de la propia ley (artículo 1749, inciso 1°) y la mujer, por sí sola, no puede, salvo excepciones, realizar los actos que la ley señala sobre los bienes de su propiedad que administra el marido. De manera que es éste quien, por regla general, debe ejecutar actos y contratos por la mujer respecto de sus bienes propios, si bien no como su representante legal, en carácter de ‘administrador por mandato legal de sus bienes propios’, lo que –a fin de cuentas- viene a ser lo mismo”.¹⁴¹

¹⁴⁰ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. Regímenes Patrimoniales. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1996. p. 126.

¹⁴¹ COURT MURASSO, Eduardo. Obligaciones y Contratos de la mujer casada... *op. cit.*, p. 51.

La reforma instaurada por la Ley N° 18.802 de 1989 es una contradicción porque pretendió mejorar la condición patrimonial de la mujer casada en sociedad conyugal, pero dejó subsistentes reglas que impiden que la mujer celebre y ejecute actos respecto de sus bienes propios por sí misma. Suprimió las antiguas formas de actuación de la mujer, pero no le permitió actuar por sí sola. Es el marido quien debe actuar por la cónyuge, y así, cada vez que ella quiera celebrar actos respecto de sus bienes propios deberá solicitar al marido que lo haga por ella – debe comparecer el marido a la celebración del respectivo acto o contrato bajo el título de “administrador por mandato legal”-.

En seguida, se sigue dificultando el que las decisiones de la mujer respecto de sus bienes propios sean ejecutadas, puesto que el marido puede modificar las condiciones del acto al realizarlo, negarse a realizarlo, o estar impedido para ello. Ante estas circunstancias, la mujer tendría que acudir a un trámite adicional y, por lo demás, engorroso, para lograr el cumplimiento de su voluntad, ya que en caso de negativa injustificada o impedimento del marido debe acudir a un juez, de modo que éste sea quien autorice a la mujer para actuar.

En efecto, en caso de impedimento accidental del marido, la mujer puede actuar en ejercicio de la administración de los bienes sociales y los suyos propios, solicitando, para ello, la autorización del juez con conocimiento de causa y cuando de la demora siguiere perjuicio, en cuyo caso “obliga al marido en sus bienes y en los sociales de la misma manera que si el acto fuera del marido; y obliga además sus bienes propios, hasta concurrencia del beneficio particular que reportare del acto” (artículo 138, inciso 3°). Asimismo, en caso de negativa injustificada del marido a celebrar o ejecutar un acto respecto de un bien propio de la mujer, ésta puede solicitar la autorización del juez para hacerlo por sí misma, autorización que se dará previa audiencia del marido. En este caso, la mujer sólo obligará los bienes propios y los bienes que administra como separada de bienes, pero no obliga los bienes sociales ni los del marido sino hasta la concurrencia del beneficio que la sociedad o el marido hubieran reportado del acto (artículo 138 bis, incisos 1° y 2°).

a) Actos patrimoniales de la mujer casada en sociedad conyugal sobre sus bienes propios.

Antes de la reforma de la ley 18.802, la mujer casada en sociedad conyugal, aun siendo incapaz, podía ejecutar ciertos actos patrimoniales libremente, como otorgar testamento, adquirir la posesión de inmuebles y recibir la remuneración que por su trabajo se le pagara.

Después de la reforma que otorgó plena capacidad a la mujer casada en sociedad conyugal, y no obstante el tenor del artículo 137 del Código Civil, la mujer casada en sociedad conyugal está sujeta a las siguientes limitaciones a la hora de ejecutar actos patrimoniales sobre sus bienes propios.

La mujer no administra sus bienes propios, porque según el artículo 1749 la administración de estos corresponde al marido en la administración ordinaria de la sociedad conyugal, sujeto a las limitaciones legales y los pactos de las capitulaciones matrimoniales para la administración y disposición de los bienes muebles e inmuebles propios de la mujer.

La mujer no puede enajenar ni gravar sus bienes propios. De acuerdo a la mayor parte de la doctrina, esta limitación se refiere al título translaticio que sirve como antecedente a la enajenación o gravamen. Alessandri expresaba que “La autorización de la mujer se requiere para el acto jurídico en virtud del cual se haga la tradición y no para ésta, es decir, para el contrato traslaticio de dominio, ya que, para que valga la tradición, se requiere de un título de esta especie (artículo 675). La tradición no es sino la consecuencia necesaria de él, la forma de hacer el pago de la obligación contraída por el marido, y como todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes contratantes, celebrado el contrato, el marido no podría eludir la tradición de la cosa sobre que versa. Es, pues, el contrato que tal efecto produce el que debe celebrarse con autorización de la mujer”.¹⁴²

En consecuencia, la mujer no puede, respecto de sus bienes propios, venderlos, permutarlos, donarlos, remitir deudas, darlos en pago, aportarlos en dominio a una sociedad,

¹⁴² ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. Reformas introducidas al Código Civil y a otras leyes por la Ley N° 10.271. Santiago, Chile. Ediar Editores Ltda. 1955. p. 97.

darlos en mutuo, darlos en cuasiusufructo, hipotecarlos, darlos en prenda, constituir sobre ellos derechos de usufructo, uso o habitación, ni servidumbres, etc. Además, tampoco podrá renunciar la prescripción que corra en su favor, ni resciliar contratos traslaticios anteriores al matrimonio.

Asimismo, la nulidad del título produce, también, la nulidad de la tradición.

Opinión contraria tiene Eduardo Niño, para quien “La compraventa, la permuta, el mutuo, la dación en pago, y la misma sociedad cuando el aporte no consista en su trabajo personal, constituyen títulos traslaticios de dominio y si bien la mujer, en principio, puede celebrar estos contratos, no podría cumplir la obligación de transferir el dominio de los bienes de su propiedad que administre el marido y comprendidos en la prohibición del inciso 4° del artículo 1754. Este precepto le quita la facultad de enajenar, con lo cual, el pago o tradición que hiciera, sería nulo atendida la exigencia del artículo 1575 inc. 2°”.¹⁴³

Tampoco puede la mujer dar en arrendamiento u otorgar cualquier título de mera tenencia respecto de sus bienes propios, muebles e inmuebles. En consecuencia, se incluye aquí, también, el depósito, el comodato, el aporte en uso, etc. “El legislador alude separadamente al contrato de arrendamiento, por ser la situación más frecuente y la que reviste mayor importancia. Pero, nótese que a diferencia de otros casos, la limitación es para dar estos bienes en arrendamiento, esto es, por cualquier plazo y no meramente una limitación para arrendarlos más allá de ciertos plazos”.¹⁴⁴

Cabe señalar que la sanción en caso de infracción a estas normas es discutida. Para algunos¹⁴⁵, lo establecido en el artículo 1754 inciso final es una disposición prohibitiva, por lo que la sanción es la nulidad absoluta del acto por objeto ilícito (por aplicación de los artículos

¹⁴³ NIÑO TEJEDA, Eduardo. Capacidad y Responsabilidad de la Mujer casada bajo régimen de sociedad conyugal. Los bienes familiares. Valparaíso, Chile. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. XVI: 271-297. 1995. p. 274.

¹⁴⁴ COURT MURASSO, Eduardo. Obligaciones y Contratos de la mujer casada... *op. cit.*, p. 45.

¹⁴⁵ Entre otros, RAMOS PAZOS, René. Derecho de Familia... *op. cit.*, p. 217.; Véase también, ROSSEL SAAVEDRA, Enrique. Manual de Derecho de Familia, 6ª edición actualizada. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1992. pp. 157-158; SCHMIDT HOTT, Claudia. Nuevo Régimen Matrimonial: Ley 19.335 analizada y comentada. Santiago, Chile. Editorial Jurídica ConoSur. 1995. pp. 19-20.

10, 1466 y 1682 del Código Civil). Una posición minoritaria¹⁴⁶, en cambio, afirma que la norma en comento no es prohibitiva, porque no impide en forma absoluta la realización de la enajenación, gravamen, arrendamiento o cesión de tenencia de los bienes propios de la mujer, sino que admite que podrían celebrarse en los casos de los artículos 138 y 138 bis, por lo que la sanción sería la nulidad relativa, aplicando el artículo 1757, así como la regla general del artículo 1682 inciso 3°, considerando, además, que lo que se protege es un interés privado y no público. La discusión y la aclaración de este tema tienen importancia en lo que se refiere a la posibilidad de convalidar el acto y respecto de quiénes pueden solicitar la nulidad.

La mujer acreedora no puede recibir válidamente el pago de sus créditos, limitación que se encuentra en el artículo 1578 N° 1 del Código Civil. Esta última disposición declara nulo, por regla general, el pago hecho al acreedor si éste no tiene la administración de sus bienes. Entonces, el pago debe hacerse al marido para que sea válido, porque éste es quien administra los bienes de la mujer y puede recibirlo legítimamente (artículo 1579 del Código Civil).

Por otro lado, la mujer deudora no puede realizar el pago en que se deba transferir la propiedad de bienes propios, ya que quien paga debe ser dueño de la cosa y tener la facultad de enajenarla (artículo 1575 en relación al 670 del Código Civil).

A modo ejemplar, y considerando todo lo expuesto, resulta que del análisis particular de algunos contratos que podría celebrar la mujer surgen las siguientes conclusiones:

i. Compraventa: La mujer puede ser compradora, al “fiado” de bienes muebles destinados al consumo ordinario de la familia (artículo 137 inc. 2°), obligando en ello los bienes sociales y los propios del marido, y los suyos propios sólo en cuanto le reportaren beneficio.

Todo otro tipo de compraventa que realice la mujer como compradora, por sí misma y sin encontrarse ejerciendo la administración extraordinaria de la sociedad conyugal, obligan sólo a los patrimonios reservados o especiales de los artículos 150, 166 y 167.

¹⁴⁶ Vid. CORRAL TALCIANI, Hernán. Bienes Familiares y Participación en los Gananciales. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1996. p. 34.

Sin embargo, como el precio de la compraventa se paga en dinero, y éste es un bien social de acuerdo al artículo 1725 N° 3, para pagar el precio, la mujer deberá contar con el consentimiento del marido, quien tendría que proporcionarle el dinero.

Si la mujer no cumpliera con su obligación de pagar el precio, el vendedor podría hacer valer los derechos que le confiere el artículo 1873 del Código Civil, exigiendo el pago o la resolución del contrato, con indemnización de perjuicios. Para ello, el acreedor podría dirigirse contra los bienes sociales y los del marido –no los de propios de la mujer-, sin perjuicio de la recompensa que deberá la mujer, con cargo a su patrimonio reservado o especial, para la contribución a la deuda. Por otro lado, también podría demandar a la mujer directamente, pero sólo respecto de los bienes que administra como separada de bienes.

En tanto, la mujer casada en sociedad conyugal no podría vender libremente sus bienes propios, si entendemos que la prohibición de enajenar establecida en el inciso final del artículo 1754 se extiende al título que origina la tradición. Por lo tanto, en caso de verificarse una venta, sólo obligaría a los bienes que conforman sus patrimonios reservados o especiales.

ii. Permuta: A la permuta se aplican las mismas normas que a la compraventa, en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato. Entonces, no cabe hacer aquí la prevención sobre el pago del precio en dinero de la mujer compradora, porque el pago se realiza en otro tipo de bienes, a menos que una parte deba ser pagada en dinero, caso en el que rige plenamente lo expresado para la compraventa.

iii. Arrendamiento: En cuanto a este contrato, la situación es similar a la compraventa. La mujer puede tomar bienes en arrendamiento, pero como el pago del precio se hace en dinero, debe contar con la voluntad del marido, quien se lo suministra.

Si la mujer no cumpliera con su obligación de pagar el precio, el arrendador podría exigir el cumplimiento o la terminación del contrato, con indemnización de perjuicios, persiguiendo los bienes sociales y los del marido –no los de propios de la mujer-, sin

perjuicio de la recompensa que deberá la mujer, con cargo a su patrimonio reservado o especial, para la contribución a la deuda; o demandando directamente contra los bienes del patrimonio reservado o especial de la mujer.

En cambio, la mujer no puede ser arrendadora respecto de sus bienes propios (artículo 1754 inciso final).

iv. Sociedad de personas: Si la mujer era socia antes de casarse, resulta que sus derechos –como bienes muebles que son- pasarían a formar parte del haber relativo de la sociedad conyugal al contraer matrimonio regido por régimen de sociedad conyugal, pasando a ser administrado por el marido. Pero, si los socios lo prefieren, pueden pactar que se produzca la disolución en el contrato social si la mujer se casa en esas condiciones –ya que, en cierta forma, esta situación importa la incorporación de un tercero a la sociedad, sin el consentimiento de los demás socios-.

Si la mujer se hace socia de una sociedad de personas después de haberse casado bajo el régimen de sociedad conyugal, podría aportar sin inconvenientes bienes de su patrimonio reservado, pero si se obligara a aportar bienes propios, tendría que contar con el consentimiento del marido, ya que el aporte en cuestión significa transferir la propiedad o el usufructo –título de mera tenencia- y ambos actos están limitados por la ley, exigiendo que la mujer cuente con la autorización del marido para ello (artículo 1754 inciso final del Código Civil).

Si la mujer incumple con su obligación de aportar bienes o industria a la sociedad, los otros socios tendrán derecho para dar la sociedad por disuelta (artículo 2101 del Código Civil), y si retarda el cumplimiento deberá indemnizar a la sociedad todos los perjuicios ocasionados por el retardo (artículo 2083 inciso 1°).

Pero la indemnización no puede hacerse efectiva sobre sus bienes propios (artículo 137 del Código Civil).

Tampoco quedan afectos estos bienes al pago de las obligaciones que la mujer administradora de la sociedad contraiga con terceros, por haber obrado excediendo los límites legales o sus facultades de administración (artículos 2079 y 2094).

Por último, en lo que dice relación con la liquidación de la sociedad, de conformidad con el artículo 2115, se aplican a ella las reglas relativas a la partición de los bienes hereditarios (artículos 1317 y siguientes).

v. Mandato: La mujer puede ser mandataria, pero las obligaciones que contraiga para con su mandante y terceros sólo afectan los bienes de su patrimonio reservado o especial, y no a sus bienes propios. Y si las obligaciones fueron contraídas antes del matrimonio, entonces, por aplicación del derecho de prenda general, también van a verse afectados los bienes propios, pero regulando el pago dentro del régimen de sociedad conyugal

La mujer también puede ser mandante, pero no podrá conferir mandatos para actos cuya ejecución no podría ella realizar libre y personalmente. La mujer puede asumir las obligaciones que le competen como mandante de acuerdo al artículo 2158, pero su incumplimiento faculta al mandatario para desistir del encargo y la responsabilidad de la mujer por la inejecución de las obligaciones sólo puede dirigirse contra los bienes del patrimonio reservado o especial, y no sobre los bienes propios de la mujer.

vi. Transacción: Las partes de una transacción deben hacerse concesiones recíprocas, por lo que la mujer no podría celebrar un contrato de transacción que recaiga sobre sus bienes propios, ya que no puede disponer de ellos.

b) Sobre la posibilidad de que el marido otorgue un mandato a la mujer para que administre sus bienes propios.

Respecto de los bienes propios de la mujer, es discutible la posibilidad de que el marido otorgue a la cónyuge un mandato, sea general o especial, para que los administre. Antes de la

reforma que otorgó plena capacidad a la mujer, era una opción válida, entendida como mandato o como autorización especial del marido¹⁴⁷, pero ahora que se ha suprimido la autorización habilitante del marido, por no ser la mujer una persona incapaz, se presenta la duda al respecto.

“...En favor de esa posibilidad puede argumentarse que si antes de la reforma era factible esta administración delegada –vía autorización marital, que incluso podía ser general-, ahora con mayor razón debería aceptarse tal delegación, atendida la *ratio legis* de la reforma, cual fue la de mejorar la situación jurídica de la mujer casada.

Por otra parte, si el marido puede otorgar mandato a un tercero para que administre los bienes propios de su mujer [...] con mayor razón debería poder otorgarlo a favor de la mujer, ahora plenamente capaz [...]

No obstante, también es posible argumentar en contrario y sostener la ineficacia de tal mandato:

a) Porque al otorgar mandato a su mujer, el marido estaría delegando una atribución que la ley le confiere expresamente (artículo 1749).

b) La norma del artículo 1749 puede ser considerada un precepto de orden público, de manera que no podría ser alterada por los cónyuges. Se opondría el artículo 1717, según el cual las capitulaciones matrimoniales no pueden contener estipulaciones que sean en detrimento de los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge respecto del otro.

c) En este caso, el marido no es dueño de los bienes que administra, sino que precisamente sólo es administrador de los mismos.

¹⁴⁷ Así lo aceptaban Alessandri Rodríguez (ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. Tratado práctico de las Capitulaciones Matrimoniales, de la Sociedad Conyugal y de los Bienes Reservados de la Mujer Casada. Santiago, Chile. Imprenta Universitaria. 1935. pp. 69, 102 y 394); Claro Solar (CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado, De las Personas. 2ª edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1978. Tomo II. p. 98.); y Tomasello Hart (TOMASELLO HART, Leslie. Situación Jurídica de la mujer casada. La reforma de la Ley N° 18.802 al Código Civil. 2ª edición. Valparaíso, Chile. Edeval. 1989. Legislación Comentada. pp. 55-56.)

d) El mandato del marido a su mujer importaría una suerte de ‘reenvío’ a la mujer de una facultad que la ley ha conferido al marido, vulnerándose el espíritu de la misma.

e) Del artículo 1754, inciso final, se desprendería que la mujer sólo puede administrar sus bienes propios en los casos que indican los artículos 138 y 138 bis y no mediante mandato.

f) Por último, resultaría absurdo concluir que la mujer no puede administrar sus bienes por sí misma y, en cambio, puede hacerlo como mandataria de su marido”.¹⁴⁸

c) Actos de familia cuyos efectos se relacionan con los bienes propios de la mujer casada en sociedad conyugal.

Históricamente la doctrina y la legislación han reconocido bastante libertad y capacidad a la mujer casada para ejercer actos de familia que tengan relación o afecten a sus bienes propios. Hoy se mantiene esta regla general, por lo que la mujer casada en sociedad conyugal no se encuentra, en términos generales, en situación de desventaja en comparación con las facultades y libertades del marido en esta materia.

Así, por ejemplo, se le permite a la mujer casada en sociedad conyugal testar libremente (artículo 1005 del Código Civil), reconocer un hijo (artículo 187 del Código Civil), ejercer la patria potestad (artículo 243), ejercer los derechos derivados de la autoridad paterna (artículo 224 y siguientes del Código Civil), consentir en el matrimonio del hijo menor adulto (artículo 107 y siguientes del Código Civil), ser guardadora (salvo de su marido disipador, de acuerdo al artículo 450).

¹⁴⁸ COURT MURASSO, Eduardo. Obligaciones y Contratos de la mujer casada... *op. cit.*, p. 76.

La mujer casada en sociedad conyugal puede ser albacea, pero sus actos no obligan a los bienes propios, sino que sólo a los que administra como separada de bienes, pues estos actos quedan comprendidos en aquellos que contempla el inciso primero del artículo 137.¹⁴⁹

Existe discusión doctrinaria en relación a la posibilidad de que la mujer pueda aceptar o repudiar una donación, herencia o legado deferidos a ella. La norma del artículo 1225 señala que el marido requiere el consentimiento de la mujer para aceptar o repudiar una asignación deferida a ella. De esta norma algunos desprenden que no habría problema para que la mujer pueda aceptar por sí sola. Otros sostienen que la mujer requiere ser representada por el marido para ello, porque el artículo 1225 señala que es así cuando el asignatario no tiene la libre administración de sus bienes. La mujer casada en sociedad conyugal tiene capacidad pero no tiene la libre administración de sus bienes. Ésta última opinión se refuerza al considerar que el marido puede aceptar o repudiar una herencia con autorización judicial en caso de impedimento o negativa injustificada de la mujer (aplicación del artículo 1749 inciso final por remisión del artículo 1225 inciso final), por lo que el deseo de la mujer de aceptar o repudiar la donación o herencia puede ser contrariado por la decisión del marido, si cuenta con autorización judicial.

3.1.5. Consentimiento necesario de la mujer para ciertos actos de administración ordinaria sobre sus bienes propios.

La regla general es que el marido administra libremente los bienes propios de la mujer. En general el marido puede ejecutar sin limitación de ninguna especie actos de mera administración de los bienes propios de la mujer, es decir, todos aquellos actos destinados a la conservación, explotación y aprovechamiento de esos bienes.

¹⁴⁹ Antes, conforme al artículo 1273 del Código Civil, la mujer podía ser albacea si contaba con autorización del marido o del juez, y en ejercicio de esta labor sólo obligaba sus bienes propios y no los de la sociedad conyugal. Con la reforma de la ley 18.802, se suprimió el artículo 1273, por lo que la mujer ya puede ser albacea sin necesidad de autorización del marido ni de un juez, pero como los actos de albaceazgo no han sido expresamente reconocidos como parte de la actuación sobre bienes propios de la mujer, sólo cabe aplicar la regla del artículo 137, que señala que los actos de la mujer sólo la obligan en los bienes que administra como separada de bienes.

Sólo necesita consentimiento de la mujer en ciertos casos excepcionales. Y también puede el marido solicitar la autorización subsidiaria del juez, pero, como se trata de bienes propios de la mujer, entendemos que sólo procedería ésta en caso de impedimento de la cónyuge y no por su negativa.

En su administración ordinaria, el marido requiere consentimiento de la mujer para provocar la partición de bienes en que tenga interés ésta, conforme al artículo 1332 inciso 2°. La norma sólo habla de provocar la partición, es decir, para solicitar el nombramiento de partidor. El resto de gestiones de la partición no requieren la voluntad de la mujer. Por consiguiente, tampoco se necesita el consentimiento de la mujer para participar en una partición que hagan los comuneros de común acuerdo, o en aquella que haya sido iniciada por otro partícipe.

“Si el marido se niega injustificadamente a provocar la partición o a concurrir en ella en los casos en que la mujer tenga parte en la herencia, el juez, previa citación del marido, puede autorizarla para actuar por sí misma, en cuyo caso la mujer sólo obliga sus bienes propios y los activos de sus patrimonios reservados o especiales de los artículos 150, 166 y 167. Se configura en esta situación un caso de pasivo personal de la mujer, es decir, de una deuda personal en cuanto a la obligación y en cuanto a la contribución a la deuda. El haber social y los bienes propios del marido sólo resultarán obligados hasta la concurrencia del beneficio que la sociedad o el marido hubieran reportado del acto. Es lo que dispone el artículo 138 bis”.¹⁵⁰

De acuerdo al artículo 1326 inciso 2°, el marido requiere consentimiento de la mujer para el nombramiento de un juez partidor, pero también podrá suplir esta autorización por la de la justicia en caso de impedimento de la mujer.

El artículo 1756 dispone que el marido requiere consentimiento de la mujer para arrendar o ceder la tenencia de bienes raíces propios de la mujer por tiempos que excedan a plazos determinados por la ley. Así, en el caso de predios urbanos, requiere consentimiento cuando el título de tenencia se dé por más de 5 años, y si se trata de predios rurales, lo requerirá cuando el título de tenencia exceda de 8 años. Se incluyen las prórrogas para el cómputo de los plazos. La sanción a la contravención de esta norma es la inoponibilidad del acto en el exceso de tiempo.

¹⁵⁰ COURT MURASSO, Eduardo. Obligaciones y Contratos de la mujer casada... *op. cit.*, p. 56.

El artículo en comento se remite a los incisos 7° y 8° del artículo 1749 para regular la autorización de la cónyuge. Sin embargo, aunque el inciso octavo señala que la autorización judicial se puede solicitar cuando exista impedimento o negativa injustificada de la mujer, sólo cabe entender que, por tratarse de bienes propios de ésta, procede nada más en caso de afectarle un impedimento.

El marido requiere del consentimiento de la mujer para aceptar o repudiar una asignación deferida a ella, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 1225 inciso final.

Respecto a actos de disposición de bienes raíces propios de la mujer, el artículo 1754 expresa que el marido requiere consentimiento de la mujer para enajenarlos o gravarlos. Hay que notar que no se incluye aquí la promesa de enajenación o gravamen, aunque pareciera razonable extender el límite de actuación del marido también a estos actos.

La voluntad de la mujer debe ser específica, y puede ser otorgada personalmente, ya sea por escritura pública o interviniendo expresa y directamente en el acto, o a través de mandatario, cuyo mandato también deberá haber sido otorgado por escritura pública.

Los actos de disposición de bienes muebles se rigen por el artículo 1755, refiriéndose esta norma a los “otros bienes” de la mujer -como en el artículo anterior se trató a los inmuebles, lógico es pensar que estos “otros bienes” son los muebles-. Este artículo establece que para enajenar los bienes muebles que el marido esté o pueda estar obligado a restituir en especie, “basta el consentimiento de la mujer, que podrá ser suplido por el juez cuando la mujer estuviere imposibilitada de manifestar su voluntad”.

Más precisamente, la norma se está refiriendo a los bienes muebles propios de la mujer que son excluidos por los esposos de la comunidad en las capitulaciones matrimoniales (artículo 1725 número 4, inciso 2°), que son aquellos que el marido está o puede estar obligado a restituir en especie.

La limitación de esta norma es para enajenar o gravar dichos muebles, es decir, transferir su dominio o constituir otro derecho real sobre ellos, estableciendo que se requiere el

consentimiento de la mujer, de manera personal o por vía de mandatario. Y el marido, en caso de impedimento de la mujer –no de negativa-, podrá suplir su autorización por la del juez.

La sanción para la contravención de la autorización debida es la nulidad relativa¹⁵¹, salvo en el caso del arrendamiento o cesión de tenencia de inmuebles en que, como se señaló, la sanción es la inoponibilidad. La nulidad relativa podrá ser impetrada por la mujer, sus herederos o cesionarios, en un plazo de 4 años a contar desde que la sociedad conyugal se disuelve, o desde que cesa la incapacidad de la mujer o sus herederos, con un plazo máximo de 10 años contados desde la celebración del acto o contrato.

3.1.6. Protección de los bienes propios de la mujer frente a las deudas contraídas bajo el régimen de sociedad conyugal.

La ley establece que las deudas originadas en la administración ordinaria de la sociedad conyugal sólo obligan los bienes sociales y los propios del marido, salvo excepciones que dispongan lo contrario (artículos 1750 y 2365). Con esta primera prevención, se dispone que los actos del marido no afectan los bienes propios de la mujer, a menos que nos encontremos en la hipótesis del inciso segundo del artículo 1750, es decir, que se pruebe que el contrato cedió en utilidad personal de la mujer.

La administración extraordinaria ejercida por la mujer tiene casi las mismas características que la ordinaria, ya que la mujer administra con las mismas facultades del marido. Por ello, las obligaciones contraídas obligan a los bienes sociales y los del marido, y sólo afectan a los bienes propios de la mujer cuando se han hecho como negocio personal de ésta (artículo 1760).

¹⁵¹ Esta es la doctrina mayoritaria. Por todos, *Vid.* RAMOS PAZOS, René. Derecho de Familia... *op. cit.*, p. 227.; Rodríguez Grez, en cambio, ha señalado una sanción aún más grave atendiendo a que el legislador habla de que se requiere el “consentimiento” o “voluntad” de la mujer y no una simple “autorización”. Esta postura sostiene que la sanción sería la inexistencia del acto porque la voluntad de la mujer debe concurrir como elemento de la esencia del mismo. RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. Regímenes Patrimoniales... *op. cit.*, pp.133-135.

A semejanza de las limitaciones que tiene el marido en la administración ordinaria, la mujer requiere autorización judicial en su administración extraordinaria, con conocimiento de causa, para efectuar ciertos actos:

- Para enajenar o gravar voluntariamente o prometer gravar o enajenar bienes raíces sociales (Art. 1759 inc. 2° CC). En este caso, la contravención a la norma se sanciona con nulidad relativa.
- Para disponer entre vivos a título gratuito de los bienes sociales (Art. 1759 inc. 3° CC), pero no para efectuar donaciones de poca monta. Aquí también la sanción a la infracción es la nulidad relativa.
- Para otorgar cauciones respecto de terceros (Art. 1759 inc. 6° CC). En este caso la infracción de la disposición acarrea como consecuencia que sólo resultarán obligados los bienes que la mujer administra como separada de bienes, es decir, los de los artículos 150, 166 y 167.
- Para dar en arrendamiento o ceder la tenencia de bienes raíces sociales, por más de 5 u 8 años según se trate de predios urbanos o rústicos (Art. 1761 CC). La sanción a la infracción de esta norma es la inoponibilidad para el marido y los herederos.

Las deudas contraídas por la mujer en ejercicio de actos con autorización judicial por impedimento accidental del marido (artículo 138 inciso 2°) obligan al marido en sus bienes y en los sociales de la misma manera que si el acto fuera del marido, y obligan además los bienes propios de la mujer hasta concurrencia del beneficio particular que reportare del acto (artículo 138 inciso 3°).

Las deudas contraídas por la mujer sobre sus bienes propios con autorización judicial por negativa del marido, de conformidad al artículo 138 bis, obligan, precisamente, a sus bienes propios y los bienes que administra como separada de bienes, y no afecta los bienes sociales ni los propios del marido, sino hasta la concurrencia del beneficio que la sociedad o el marido hubieran reportado del acto.

Si la mujer llegase a celebrar o ejecutar actos por sí misma sin autorización judicial, habrá que distinguir:

- Si sólo se trataba de compras al fiado de objetos muebles destinados al consumo ordinario de la familia, resultan obligados los bienes sociales y del marido. Los de la mujer se afectan sólo hasta concurrencia del beneficio particular que ella reportare del acto, comprendiendo en esto aquella parte que le correspondía a la mujer para proveer a las necesidades de la familia (artículo 137 inciso 2°).
- Los demás actos de la mujer sólo obligan los bienes que le pertenecen en virtud de los artículos 150, 166 y 167, de conformidad al artículo 137 inciso 1°.

Las deudas contraídas por la mujer con mandato especial o general del marido producen los efectos propios de la representación, obligando los bienes sociales y los del marido. Excepcionalmente obliga sus bienes propios si se prueba que el contrato cedió en utilidad personal de la mujer (artículo 1750 inciso 2°).

Los contratos celebrados por el marido y la mujer de consuno afectan los bienes sociales y del marido (artículo 1751 inciso 3°), y sólo afectan los bienes propios de la mujer en el mismo caso anterior, esto es, cuando se prueba que el contrato cedió en utilidad personal de la mujer.

Las deudas que provienen de los contratos en que la mujer se obliga solidaria o subsidiariamente con el marido también afectan los bienes sociales y los del marido, y los de la mujer solamente se obligan en caso de excepción indicado en el artículo 1751 inciso 3°. “Esta norma, por ser especial, prevalece sobre las normas de la fianza y las de la solidaridad pasiva, de manera que ambas no producen el efecto deseado y propio de estas cauciones, cual es el de responsabilizar subsidiariamente o solidariamente, según el caso, a la mujer.”¹⁵² “Esta solución legal pone nuevamente de relieve que la plena capacidad que la ley predica respecto de la mujer no tiene mayor incidencia práctica en cuanto ésta carece de la libre administración de sus bienes y de la facultad de obligarlos”.¹⁵³

Los actos y contratos celebrados o ejecutados por la mujer en el giro de su patrimonio reservado del artículo 150 del Código Civil afectan sólo a este conjunto de bienes, y a los de los

¹⁵² ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. Tratado práctico de las Capitulaciones matrimoniales... *op. cit.*, p. 294.

¹⁵³ COURT MURASSO, Eduardo. Obligaciones y Contratos de la mujer casada... *op. cit.*, p. 93.

artículos 166 y 167. También se verán obligados los bienes del marido en los casos de los incisos 2° y 3° del artículo 161, es decir, cuando hubiere accedido como fiador o de otro modo a las obligaciones contraídas por la mujer, y cuando tuviere beneficio de las obligaciones contraídas por la mujer, comprendiendo aquí la parte que le correspondía aportar como provisión a las necesidades de la familia común.

En lo que respecta a las deudas contraídas por los contrayentes con anterioridad al matrimonio, una vez contraído el vínculo nupcial pasan a ser deudas sociales en cuanto a la obligación, pero son personales en cuanto a la contribución a la deuda, formando parte del pasivo relativo de la sociedad conyugal (1740 N° 3). Sin embargo, también quedan afectos los bienes propios de la mujer por sus deudas en virtud del derecho de prenda general del artículo 2465.

3.1.7. Responsabilidad extracontractual de la mujer.

La mujer casada es responsable por el hecho propio, es decir, por sus delitos y cuasidelitos civiles, porque tiene perfecta capacidad para ello. Y esta responsabilidad puede exigirse sobre sus bienes propios, porque el artículo 137 sólo se refiere a que los actos y contratos de la mujer casada en sociedad conyugal la obligan en los bienes que administra como separada de bienes, y no se refiere a los hechos ilícitos de la mujer. Además, la deuda por los daños cometidos es parte del pasivo relativo de la sociedad conyugal, por lo que el demandante también podría dirigirse contra los bienes de la sociedad y del marido, con cargo a la respectiva recompensa (artículos 1740 N° 3, 1748, 1750).

3.1.8. Capacidad procesal de la mujer casada en sociedad conyugal.

La capacidad de las partes es un requisito esencial para la validez de la relación jurídico-procesal. La capacidad procesal de la mujer casada en sociedad conyugal debe ser determinada atendiendo a la legislación de fondo, ya que no hay normas procesales que la establezcan. Por

ello, para ser capaz de comparecer judicialmente se debe ser sujeto de derecho y tener capacidad de ejercicio. Si no se tiene esta última, se debe comparecer a través del representante legal.

Si comparece un incapaz, la comparecencia es nula, y se puede reclamar mediante la excepción dilatoria del artículo 303 N°2 del Código de Procedimiento Civil.

Antes de la reforma de la ley N° 18.802, que otorgó plena capacidad a la mujer casada en sociedad conyugal, el artículo 136 del Código Civil establecía: “Sin autorización escrita del marido, no puede la mujer casada parecer en juicio, por sí, ni por procurador: sea demandando o defendiéndose.

Pero no es necesaria la autorización del marido en causa criminal o de policía en que se proceda contra la mujer, ni en los litigios de la mujer contra el marido, o del marido contra la mujer.

El marido, sin embargo, será siempre obligado a suministrar a la mujer los auxilios que necesite para su acciones y defensas judiciales”.

La doctrina justificaba la disposición en el temor de que la mujer comprometiera en el juicio sus propios intereses o los de la familia, aplicando el inciso primero con alcance general, sea que la mujer fuera demandante o demandada, ante cualquier tipo de tribunal y respecto de cualquier tipo de litigio, en todo tipo de instancia. No regía para el caso de actos judiciales no contenciosos, porque no se trata de juicios, a menos que se volvieran contenciosos por oposición de un legítimo contradictor.

A partir de la reforma de la ley N° 18.802, se eliminó la incapacidad de la mujer para comparecer judicialmente, quedando el artículo 136 como sigue: “Los cónyuges serán obligados a suministrarse los auxilios que necesiten para su acciones o defensas judiciales. El marido deberá, además, si está casado en sociedad conyugal, proveer a la mujer las expensas para la litis que ésta siga en su contra, si no tiene los bienes a que se refieren los artículos 150, 166 y 167, o ellos fueren insuficientes”.

Pero este nuevo texto no debe hacer entender que existe plena capacidad procesal para la mujer casada en sociedad conyugal, ya que la administración de sus bienes propios continúa en manos del marido. Se puede sostener que la mujer casada en sociedad conyugal puede parecer en juicio, como demandante o demandada, pero no si se trata de un juicio que verse sobre sus bienes propios, o sobre actos que digan relación con sus bienes propios. Según Figueroa, “la mujer es capaz para estar en juicio, en cuanto se refiere a los patrimonios que administra; pero sigue siendo incapaz respecto de su patrimonio propio [...] Si alguien quisiera perseguir los bienes propios de la mujer, deberá demandar al marido administrador”.¹⁵⁴ La administración que ostenta el marido “...le permite comparecer comprometiendo el patrimonio administrado, tanto en el ámbito judicial como extrajudicial. Si algún acreedor lo fuere del haber propio de la mujer, estimamos que deberá notificar la demanda respectiva al marido administrador”.¹⁵⁵

En consecuencia, actualmente la mujer casada en sociedad conyugal puede:

- Comparecer por sí misma en actos judiciales no contenciosos.
- Si el acto judicial no contencioso se vuelve contencioso, debe actuar representada o autorizada por su marido.
- La mujer puede comparecer por sí sola en juicios sobre materia penal.
- Asimismo, puede comparecer en juicios que se ventilen entre marido y mujer, tales como de divorcio, nulidad de matrimonio, separación judicial, separación de bienes, etc.
- También puede ejercer y ser objeto de otras acciones civiles que no digan relación con sus bienes propios, tales como aquellos que versan sobre materias extrapatrimoniales, o sobre los bienes que administra como separada de bienes.

Así, la acción reivindicatoria tendiente a obtener la restitución de un bien propio de la mujer debe ejercerla el marido. Lo mismo ocurre con la acción de petición de herencia de la mujer heredera, para que se le adjudique la herencia y se le restituyan las cosas hereditarias. En efecto, los derechos hereditarios de la mujer se reputan muebles, como una universalidad jurídica, por lo que, siendo bienes muebles adquiridos a título gratuito, ingresan al haber relativo de la sociedad conyugal, todo lo cual es administrado ordinariamente por el marido.

¹⁵⁴ FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo. El Patrimonio... *op. cit.*, pp. 430-431.

¹⁵⁵ FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo. *Ibidem*.

Las acciones posesorias para conservar o recuperar la posesión de bienes raíces propios de la mujer o de derechos reales constituidos en ellos deben ser entabladas por el marido y no requieren autorización de la mujer, ya que se trata de actos de simple administración (téngase presente el artículo 2132).

En lo relativo a las acciones personales de la mujer respecto de actos y contratos que digan relación con sus bienes propios administrados por el marido, su ejercicio corresponde a éste, tales como la acción para pedir la terminación de un contrato de arrendamiento sobre un bien propio de la mujer por no pago de las rentas o por otra causa –probablemente habrá sido el marido, también, quien habrá celebrado el contrato de arrendamiento en su labor administradora de los bienes de la sociedad conyugal-, las acciones restitutorias derivadas de un comodato, depósito o mutuo, las acciones de cobro de créditos en general, la acción real de desposeimiento contra el tercero poseedor de la finca hipotecada, las acciones de nulidad o de resolución de un contrato.

Las demandas que se digan relación con bienes propios de la mujer que administra el marido deben, por supuesto, dirigirse contra el marido.

3.2. El estatuto de la sociedad conyugal chilena y su vulneración a la Constitución Política de la República y los Tratados Internacionales.

El régimen de sociedad conyugal vigente en Chile, aun cuando está recubierto de disposiciones que buscan beneficiar a la mujer y proteger sus intereses frente a un estatuto discriminatorio, es tremendamente atentatorio contra la Constitución Política de la República, el principio de igualdad de las personas, hombres y mujeres, consagrado en su artículo 19 número 2, y los Tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

Estos convenios internacionales establecen y proclaman la igualdad entre hombres y mujeres en todo espectro de la vida, y tienen carácter de mandato constitucional de conformidad

al artículo 5 de la Constitución Política, por lo que la legislación chilena que no los respeta está vulnerando lo establecido en la propia Constitución.

En general, y de acuerdo a la extensa revisión que se realizó en los párrafos precedentes, las normas que regulan la sociedad conyugal en el ordenamiento jurídico chileno no respetan los postulados de igualdad y no discriminación entre personas sin distinción de sexo, porque establecen de manera expresa limitaciones y dificultades a la mujer casada en sociedad conyugal para el ejercicio de derechos sobre su patrimonio y respecto a su participación e injerencia en las decisiones de la comunidad de vida que forma el matrimonio al que pertenece.

Para concluir si una norma es constitucional o no en este sentido, se debe tener presente que, de acuerdo al concepto dado por la CEDAW, y según lo explica Lathrop, resulta que hay discriminación contra la mujer en todo tipo de “distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquiera otra esfera. Como queda claro, la discriminación contra la mujer no sólo se produce cuando existe intención de discriminar si no también cuando, por resultado, se produzca discriminación. De esta forma, una norma puede, aparentemente, proteger a la mujer pero, en su resultado, discriminarla”.¹⁵⁶ Así ocurre en muchas de las disposiciones que regulan el régimen económico de la sociedad conyugal, que en su texto aparecen como perfectamente constitucionales, pero en su aplicación y resultados arrojan un resultado que contraviene los principios de igualdad y no discriminación.

“[...] Algunas de las actuales disposiciones sobre sociedad conyugal no resisten un juicio siquiera formal de constitucionalidad. Otras, si bien es cierto son un correctivo de la situación de desigualdad creada originalmente en el Código de Bello y, en este sentido, pretenden “mejorar” la situación de la mujer casada bajo este sistema, en ningún caso,[sic] legitiman que dicha protección se efectúe limitando la capacidad de ejercicio que, como titular, le cabe desarrollar sobre su patrimonio”.¹⁵⁷

¹⁵⁶ LATHROP GÓMEZ, Fabiola. Discriminación contra la mujer... *op. cit.*, p. 245

¹⁵⁷ LATHROP GÓMEZ, Fabiola. Discriminación contra la mujer... *op. cit.*, p. 246.

En cuanto a los tratados más importantes que son vulnerados por las normas de la sociedad conyugal chilena, podemos mencionar los siguientes:

a) La “Convención Americana Sobre Derechos Humanos”, llamada también “Pacto de San José de Costa Rica”, que consagra en su artículo 1 numeral primero el principio de la no discriminación entre hombres y mujeres, en los siguientes términos: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

b) El “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, el cual reconoce que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables y, a continuación, el artículo 2 numeral segundo dispone el compromiso de los Estados partes de garantizar el ejercicio de los derechos que se enuncian en el pacto, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

c) El “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” que establece, en su artículo 3, que “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto.” En tanto, el artículo 23 número 4 señala que “Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo...”. En seguida, el artículo 26 dispone que “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o

de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

d) La “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, CEDAW, aprobada por la Resolución número 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de fecha 18 de diciembre de 1979.

La Convención surge, precisamente, por constatar que, a pesar de la existencia de otros instrumentos internacionales que abogan y declaran la igualdad de derechos y dignidad de hombres y mujeres, estas últimas siguen siendo objeto de importantes discriminaciones, hecho que “...constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad”.¹⁵⁸

Según el artículo 1 de esta Convención se entiende por discriminación “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer (...) de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”. La Convención, en su artículo tercero, pide a los Estados partes concretar la igualdad y reforzarla, al decir que tomen “en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre”.

El artículo 2, por su parte, establece expresamente que con el propósito de eliminar las discriminaciones los Estados partes se comprometen a “f) Adaptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer...”

¹⁵⁸ Preámbulo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW).

“Al respecto, cabe señalar que la Recomendación General núm. 21 del Comité de la CEDAW, de 1994, señala, en su comentario 7, que “cuando la mujer no puede celebrar un contrato en absoluto, ni pedir créditos, o sólo puede hacerlo con el consentimiento o el aval del marido o un pariente varón, se le niega su autonomía jurídica. Toda restricción de este género le impide poseer bienes como propietaria exclusiva y le imposibilita la administración legal de sus propios negocios o la celebración de cualquier otro tipo de contrato. Las restricciones de esta índole limitan seriamente su capacidad de proveer a sus necesidades o las de su familiares a cargo”.¹⁵⁹

e) La Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles de la Mujer, que establece, en su artículo 1, que los “Estados Americanos convienen en otorgar a la mujer los mismos derechos civiles de que goza el hombre”.

3.3. El caso de Sonia Arce contra el Estado chileno: cuestionamiento de la sociedad conyugal ante el Derecho Internacional.

Las importantes limitaciones que padece la mujer en la administración de los bienes conyugales y propios han sido representadas a Chile por varios organismos internacionales que dan seguimiento a los avances en materia de igualdad de derechos entre hombres y mujeres a los que Chile se ha comprometido con la firma de tratados internacionales.

El caso emblemático a este respecto, fue protagonizado por la señora Sonia Arce Esparza. El 30 de enero de 2001, la organización no gubernamental La Morada - de la cual nació Corporación Humanas, quien posteriormente tomaría el caso-, actuando en representación de la señora Arce, presentó una denuncia formal ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en contra el Estado de Chile por la violación a los derechos y garantías establecidos en los artículos 1.1., 2, 17, 21, 24 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y

¹⁵⁹ LATHROP GÓMEZ, Fabiola. Discriminación contra la mujer... *op. cit.*, p. 232.

artículos 1, 2, 5.a., 15.1, 15.2 y 16.1 letra c) de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.¹⁶⁰

En octubre del mismo año se adhirió a la representación denunciante el Centro por la Justicia y Derecho Internacional (CEJIL).

En particular, los peticionarios argumentaron que el artículo 1749 del Código Civil chileno, que autoriza al marido a actuar como único administrador de los bienes sociales y de la cónyuge, viola los derechos de la señora Arce Esparza, al igual que otros artículos del Código Civil chileno relacionados con la administración de bienes entre cónyuges, a saber, los artículos 1750, 1752 y 1754 de dicho Código.

Las circunstancias concretas que dieron origen al conflicto fueron las siguientes: Sonia Arce Esparza contrajo matrimonio el 28 de febrero de 1976 con Patricio Salinas, con lo cual se sometió a las disposiciones del Código Civil sobre la administración de los bienes entre cónyuges. En esa época y en la actualidad, el sistema económico patrimonial predeterminado en la legislación chilena estaba constituido por la sociedad conyugal con carácter legal y supletorio, y fue, por lo tanto, ese régimen el que se estableció para el matrimonio.

El 15 de abril de 1993 fallece el padre de Sonia Arce y el 24 de junio de 1994 fallece su madre. En esta sucesión, la señora Arce Esparza heredó derechos sobre un inmueble, en partes iguales con cuatro hermanos y hermanas más. Al momento de intentar vender la propiedad, el agente inmobiliario encargado de la venta se negó a concluir la transacción, puesto que, en el caso de la señora Arce, era su marido quien debía concurrir a la venta, tal como lo exige el artículo 1749 del Código Civil chileno, pudiendo ella sólo consentir en la venta, pues es el marido quien administra los bienes sociales y los propios de la mujer.

Cabe señalar que los documentos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a saber, el informe 59/03 sobre admisibilidad de la tramitación de la petición interpuesta y

¹⁶⁰ COMISIÓN Interamericana de Derechos Humanos. Informe N° 59/03 sobre admisibilidad de la Petición 71/01 “Sonia Arce Esparza/Chile. 10 de octubre de 2003. [en línea] <<http://www.cidh.org/annualrep/2003sp/chile071.01.htm>> [Consulta 12 de Diciembre de 2011].

Acuerdo de Solución Amistosa que puso término al conflicto, no dejan en claro si los bienes que dieron origen al conflicto son los derechos hereditarios o si se trata de uno o más inmuebles que habían pasado a ser propios de la mujer por ser adquiridos a consecuencia de la sucesión de sus padres. Al respecto, el mismo informe de admisibilidad confunde las normas relativas a bienes propios de la mujer y el de bienes sociales, pues señala como objeto del conflicto, tanto normas de uno como de otro estatuto. Así, expresa que “...El artículo 1754 establece que la esposa no puede administrar sus propios bienes, excepto en circunstancias extraordinarias [...] El artículo 1752 dispone expresamente que la esposa no tiene derechos sobre los bienes de la pareja [sociales] durante el matrimonio. ‘[L]a mujer por sí sola no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales durante la sociedad’. Además, el artículo 1750 del Código Civil dispone que los bienes del esposo y los bienes maritales [sociales] deben ser considerados uno a los efectos de terceros tales como los acreedores. [...]”.¹⁶¹

No obstante, aunque nuestra ley diferencia el tratamiento para bienes sociales y bienes propios, las limitaciones a la actuación de la mujer están, de todas formas, presentes en ambos estatutos: los derechos hereditarios ingresan al haber relativo de la sociedad conyugal, por lo que es el marido quien los administra libremente, sin requerir autorización de la mujer ni de la justicia, ya que se trata de bienes muebles. Pero la mujer, por sí sola, no podría efectuar acto alguno sobre tales bienes, salvo que actuase, por resolución judicial, en ejercicio de la administración extraordinaria de la sociedad conyugal o en el caso del artículo 138 inciso 2º, por impedimento del marido que no sea de larga e indefinida duración y de la demora siguiere perjuicio. Estas opciones no son realmente oportunidades de actuación libre de la mujer, ya que requieren autorización judicial previa y habilitante. Otra alternativa sería que actuase con mandato del marido, circunstancia que tampoco es libre, y dependerá de la voluntad del marido de otorgar el mandato.¹⁶²

Si se diere el caso de que la mujer hubiere adquirido un bien raíz determinado debido a la adjudicación hereditaria, este bien pasaría a formar parte de su haber propio, el cual, como vimos, también es administrado por el marido. En ambos casos, la mujer no puede enajenar ni

¹⁶¹ COMISIÓN Interamericana de Derechos Humanos. Informe N° 59/03... *op. cit.*, pr. N° 15.

¹⁶² *Vid. Supra* Capítulo III, epígrafe 3.1.2., referido a las situaciones de excepción en las cuales la mujer participa de la administración de los bienes sociales.

gravar estos bienes. De acuerdo a la mayoría de la doctrina, la mujer no puede enajenar este tipo de bienes, pero tampoco puede venderlos, porque la prohibición de enajenar establecida en el inciso final del artículo 1754 del Código Civil se extiende al título que origina la tradición¹⁶³, y la sanción sería la nulidad del acto. En cambio, el marido sí está facultado para efectuar enajenaciones, y sólo requiere para ello el consentimiento de la mujer, conforme al artículo 1754 del Código Civil.

Los peticionarios en el caso de la señora Arce Esparza consideran que los artículos impugnados violan directamente los derechos de su representada, protegidos por la Convención Americana de Derechos Humanos. En particular, sostienen que violan la igual protección y al pleno goce de su derecho a la propiedad. De acuerdo a la denuncia, la ley chilena “no ofrece alternativa real alguna a la Sra. Arce Esparza para administrar sus propios bienes. Una alternativa sería que la Sra. Arce Esparza pidiera a su esposo el consentimiento para administrar sus propios bienes. Los peticionarios argumentan que ello es imposible (puesto que el esposo de la Sra. Arce Esparza no puede ser localizado) y discriminatorio, puesto que estaría obligada a depender del consentimiento de su cónyuge. Otra alternativa sería que la Sra. Arce Esparza solicitara autorización al juez para administrar sus propios bienes, lo cual exigiría demostrar una causa especial (por ejemplo, que su esposo niega el consentimiento sin justificación). Los peticionarios consideran que tener que demostrar una causa especial limita injustificablemente el derecho de la Sra. Arce Esparza a administrar sus bienes”.¹⁶⁴

El denunciado, el Estado de Chile, antes de contestar la denuncia refiriéndose directamente al fondo de ésta, sostuvo que debía ser desestimada por no haberse agotado todos los recursos internos, cuestión que fue resuelta con posterioridad, admitiéndose, entonces, la petición a revisión por parte de la Comisión.

Con todo, el Estado de Chile sostuvo que la ley chilena se ocupa de proteger los derechos de la señora Arce Esparza y, en ese sentido, la Constitución Política asegura a todas las personas

¹⁶³ *Vid. Supra* Capítulo III, epígrafe 3.1.4., referido a las posibilidades y limitaciones de la mujer en la administración de sus bienes propios.

¹⁶⁴ COMISIÓN Interamericana de Derechos Humanos. Informe N° 59/03... *op. cit.*, pr. N° 16. La exposición vuelve a confundir las normas relativas a bienes propios y bienes sociales, porque se refiere al requerimiento del “consentimiento” del marido, situación que no es dable para actuaciones respecto de bienes propios de la mujer, pues, como vimos, tal hipótesis no está contemplada por la ley.

el derecho a la igualdad ante la ley y el derecho de todos al pleno goce de sus derechos de la propiedad. Además, agrega que toda ley anterior a la Constitución se consideraría tácitamente derogada cuando se encuentre en conflicto con las garantías constitucionales. “En este caso – dice el Estado- el artículo 1749 es anterior a la Constitución, por lo cual, no debe aplicarse. Además, el Estado sostiene que quien quiera que trate de hacer cumplir esta ley contra una persona estará violando ese derecho individual y, cuando se viola un derecho individual, la persona perjudicada tiene acceso a recursos internos efectivos”.¹⁶⁵

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos analizó las exposiciones de las partes y la concurrencia de requisitos y, en particular, revisó lo pertinente al agotamiento de recursos jurídicos internos alegado por el Estado de Chile como argumento para desestimar la petición. Al respecto, la Comisión observó que “la jurisprudencia del sistema confirma que las distinciones de la ley basadas en una condición personal pueden, de por sí, sin que medie acción alguna de aplicación, dar lugar a responsabilidad de parte del Estado por no observar las obligaciones respecto de la igualdad y la no discriminación”.¹⁶⁶ En consecuencia, se estimó que los recursos internos disponibles son inadecuados, porque para poder ser ejercidos deberían ser adecuados y efectivos para reparar la situación denunciada, lo que en este caso no ocurre, ya que la infracción a los derechos invocados se produciría por la sola vigencia de las normas legales citadas. “...[L]a Comisión desea reiterar que la existencia de una legislación que incluya distinciones basadas en la condición personal puede de por sí caracterizar una posible violación”.¹⁶⁷

¹⁶⁵ COMISIÓN Interamericana de Derechos Humanos. Informe N° 59/03... *op. cit.*, pr. N° 21. El Estado de Chile también argumentó que la señora Arce Esparza tenía dos vías para impugnar la aplicación del artículo 1749: por un lado, a través de un recurso de protección por aplicación ilegal de la ley, y el recurso de inaplicabilidad de la ley, atendido el razonamiento expuesto. Sin embargo, las peticionarias esgrimieron que para ejercer tales acciones será necesario que hubiera un pronunciamiento judicial previo que impugnar, lo que no se da en este caso, por lo que los recursos no son procedentes.

¹⁶⁶ COMISIÓN Interamericana de Derechos Humanos. Informe N° 59/03... *op. cit.*, pr. N° 27; Véase también, COMISIÓN Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 4/01, Caso 11.625, María Eugenia Morales de Sierra (Guatemala), 19 de enero de 2001, en general y en el pr. N° 39; CORTE Interamericana de Derechos Humanos, Responsabilidad internacional por la promulgación y aplicación de leyes en violación de la Convención (Arts. 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994, Ser. A N° 14, pr. N° 43.

¹⁶⁷ COMISIÓN Interamericana de Derechos Humanos. Informe N° 59/03... *op. cit.*, pr. N° 33.

Por lo tanto, la Comisión declaró admisible el caso para evaluar la violación de los derechos reconocidos en los artículos 1, 2, 17, 21, 24 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, mediante el informe N° 59/03 de 10 de octubre de 2003.¹⁶⁸

El texto de las disposiciones referidas es el siguiente:

“Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.”

“Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”

“Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

¹⁶⁸ COMISIÓN Interamericana de Derechos Humanos. Informe N° 59/03... *op. cit.*, pr. N° 35.

4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.”

“Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.”

“Artículo 24. Igualdad ante la Ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”

“Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

El caso Arce Esparza/Chile se registró con el número 12.433, y luego del desarrollo de un proceso de solución amistosa entre las partes, iniciado formalmente el 18 de octubre de 2005, se arribó a un Acuerdo de Solución Amistosa firmado el 5 de marzo de 2007, el cual contempla los siguientes puntos:

En primer lugar, se establecen “garantías de no repetición” de la discriminación legal identificada en las normas objetadas por la peticionaria. El Estado de Chile, luego de reconocer la inconstitucionalidad de las normas discriminatorias, por medio del acuerdo acepta que no basta la aplicación de una derogación meramente tácita de tales disposiciones por supremacía y posterioridad de la Constitución Política, sino que es necesario hacer realidad una reforma legislativa que derogue las normas discriminatorias de la sociedad conyugal.

Por ello, y teniendo presente que existe desde el año 1995 un proyecto legislativo en tramitación, destinado a la modificación del Código Civil y de las leyes complementarias en materia de sociedad conyugal o comunidad de gananciales con el propósito de otorgar a la mujer y el marido iguales derechos y obligaciones (Boletín N° 1707-18), el Estado de Chile se comprometió a dotar –en forma inmediata- de la urgencia que se estime adecuada a la tramitación de este proyecto, con el objeto de terminar con la discriminación legal implícita del actual régimen de sociedad conyugal.

“Para fundamentar la urgencia que se dará al referido proyecto de ley, el Estado se basará en la obligación de adecuar su legislación interna a los estándares de derechos humanos establecidos en los tratados internacionales vigentes, con particular referencia al principio de igualdad y no discriminación”.¹⁶⁹

No obstante, el mencionado proyecto se encuentra hasta hoy en tramitación y, de acuerdo a la información disponible en el portal de tramitación de proyectos del Congreso Nacional

¹⁶⁹ ACUERDO DE SOLUCIÓN AMISTOSA, Caso N° 12.433 Sonia Arce Esparza v. Chile. Diario Oficial, 3 de mayo de 2008, cláusula primera, letra a.

chileno - www.bcn.cl -, actualmente se halla en su segundo trámite constitucional, sin urgencia.¹⁷⁰

Posiblemente, la gestión en el parlamento, a su respecto, no arroje mayores avances, ya que las discusiones se han entrabado en críticas sin solución y, es más, ya existe un nuevo y diferente proyecto de ley impulsado por el gobierno del Presidente Piñera, el cual ingresó a la Cámara de Diputados el 5 de abril de 2011, y al cual me referiré más adelante.¹⁷¹

En seguida, el acuerdo establece que, junto con la derogación de las normas discriminatorias contra la mujer en cuestión, se deben erradicar “las prácticas instaladas en organismos públicos y privados basadas en esta discriminación histórica y que incluso carecen actualmente de sustento legal. Para ello el Estado de Chile se compromete -dentro de los 3 meses siguientes a la promulgación de la ley que reforma el régimen de sociedad conyugal- a:

a) Elaborar y distribuir en forma permanente a la ciudadanía, folletos que informen sobre los distintos regímenes patrimoniales en el matrimonio, los cuales se entregaran a todas las personas que concurran al Registro Civil a realizar el trámite de manifestación (comunicación de intención de celebrar matrimonio).

b) Elaborar e implementar un programa de capacitación dirigido a los/as funcionarios/as de todas las oficinas del Servicio de Registro Civil del país sobre el mismo tema”.¹⁷²

En segundo lugar, el acuerdo suscrito establece compromisos de difusión del mismo. Para ello, se estipula que cuando sea promulgada la ley modificatoria del régimen de sociedad conyugal el Estado realizará un acto público al cual estarán invitadas las organizaciones peticionarias del caso Arce Esparza/Estado de Chile, representantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y, en especial, doña Sonia Arce Esparza.

¹⁷⁰ La última urgencia ingresada cesó el 23 de diciembre del año 2008.

¹⁷¹ *Vid. Infra* Capítulo III, epígrafe 3.4.2., referido al proyecto de reforma a la sociedad conyugal. Boletín N° 7567-2011.

¹⁷² ACUERDO DE SOLUCIÓN AMISTOSA, Caso N° 12.433 Sonia Arce Esparza v. Chile... *op. cit.*, cláusula primera, letra b.

Además, “el Estado se compromete a publicar por una vez en el Diario Oficial un recuadro publicitando la aprobación del informe de Solución Amistosa homologado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”¹⁷³ y a publicar “el texto íntegro de informe de Solución Amistosa homologado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en las páginas web del Servicio Nacional de la Mujer y del Ministerio de Relaciones Exteriores, haciéndolo visible en la portada de apertura y permaneciendo en ellas por un período de por lo menos tres meses”.¹⁷⁴

Cabe notar que los últimos compromisos enunciados no están sujetos, como el anterior, a cumplirse en cuanto se efectúe la promulgación de la ley modificatoria que se encuentra en tramitación en el Congreso.

En tercer lugar, el acuerdo se refiere al derecho de la señora Arce Esparza a reclamar para sí una reparación pecuniaria, consignando que doña Sonia Arce Esparza renuncia a su derecho a indemnización, “[c]on el único fin de facilitar el arribo a una solución amistosa en el presente caso y alcanzar —por esa vía— una solución para todas las mujeres chilenas...”¹⁷⁵ Sin perjuicio de ello, el Estado de Chile se compromete a invitar especialmente a la señora Arce al acto de promulgación de la ley reformativa, como medida de reparación simbólica, de conformidad a la cláusula segunda del acuerdo y, en dicha ocasión, se deberá hacer una mención de su caso como uno emblemático de discriminación provocada por la legislación vigente hasta entonces.

En cuarto lugar, las partes hacen una solicitud conjunta a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para que ésta elabore un análisis jurídico de la compatibilidad de prácticas de violencia económica contra mujeres por su condición de tales con lo establecido por la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención de Belem do Pará.

La cláusula quinta del acuerdo establece que se debe constituir una comisión de seguimiento del cumplimiento del acuerdo, que forme parte del Ministerio de Relaciones

¹⁷³ ACUERDO DE SOLUCIÓN AMISTOSA, Caso N° 12.433 Sonia Arce Esparza v. Chile... *op. cit.*, cláusula segunda.

¹⁷⁴ *Ídem.*

¹⁷⁵ ACUERDO DE SOLUCIÓN AMISTOSA, Caso N° 12.433 Sonia Arce Esparza v. Chile... *op. cit.*, cláusula tercera.

Exteriores del Estado de Chile. Dicha comisión deberá trabajar en forma coordinada con un representante de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los representantes de la peticionaria.

Dicho esto, cabe señalar que mientras no entre en vigencia la reforma legislativa en estudio en el Congreso no se estaría dando cumplimiento al acuerdo en términos reales. Los propósitos del convenio se quedan en meras palabras, faltando un compromiso esencial en éste para su total efectividad, consistente en establecer mecanismos, plazos y medidas concretas y prontas tendientes a llevar adelante la promulgación y publicación de las nuevas leyes reformadoras del régimen de sociedad conyugal.

Por último, es importante observar que, en el caso concreto de doña Sonia Arce Esparza, fue ella quien tuvo la calidad de cónyuge más débil, y las normas de la sociedad conyugal, lejos de proteger sus intereses, causaron problemas para la decisión de sus actuaciones y para el manejo de sus bienes, sumándose a la desagradable situación de encontrarse casada con un marido inubicable.

3.4. Derecho proyectado para la modificación de la sociedad conyugal: Boletines N° 1708-18 de 1995 y N° 7567-07 de 2011.

Para diseñar o reformular el régimen de la sociedad conyugal del matrimonio, Hernán Corral propone tener presente las siguientes ideas fundamentales:

“1º) La regulación jurídica debe tratar de reflejar la naturaleza del compromiso y la vida matrimonial y familiar [...considerando...] que el régimen económico tiene como finalidad apoyar y proteger al matrimonio. Esto, es todavía más importante cuando se trata de decidir el régimen supletorio legal, ya que será el que la ley recomiende a todas las parejas que se casan, sin perjuicio de su libertad para elegir otros que crean más adecuados a sus peculiares características.

2º) La normativa debe tratar de combinar la autonomía individual de los cónyuges y la equiparidad de sus poderes, derechos y deberes, con la protección del interés o bien común de la familia como un todo. La familia fundada en el matrimonio es más que una mera asociación civil o sociedad contractual en que sólo se persigue la maximización de la utilidad individual de cada miembro. Es una comunidad inter y transpersonal, en la que el bienestar particular (espiritual, psíquico, físico y económico) se logra como desarrollo y cultivo de una complementación global que tiene sus propias exigencias e intereses, que es necesario cuidar y tutelar.

3º) Por lo mismo, el régimen debe coordinar adecuadamente la libertad de gestión y emprendimiento de los cónyuges con la comunidad de intereses y la solidaridad que implica el matrimonio.

4º) Asimismo, la regulación debe ser eficiente en procurar garantías y certezas a los terceros que se relacionen económicamente con los cónyuges, ya sea contratando con ellos, otorgándoles créditos, recibiendo garantías, etc. Una regulación que introduzca excesivas trabas a los cónyuges para disponer y administrar el patrimonio familiar o plantee incertidumbres sobre las titularidades y poderes de administración conspira contra el mismo desarrollo del bienestar económico de la familia.

5º) Por último el régimen, sobre todo el legal, debe responder a las necesidades sociales y económicas reales de las familias que va a regir más que seguir dogmas o principios jurídicos teóricos. Por ello, debe estar basado en la mentalidad, cultura, tradición y modos de comportarse de la sociedad concreta en la que se va a aplicar”.¹⁷⁶

Tapia estima que, para dilucidar qué régimen matrimonial resulta más adecuado a nuestra sociedad, es necesario realizar, primero, una evaluación de los tipos o modelos de familia existentes en la sociedad chilena actual. Este autor, sobre la base del Censo 2002, expresa que existen dos modelos de familia matrimonial: “i) Si se estima que sólo cerca de la mitad de las mujeres casadas trabaja, puede sostenerse que una parte importante de la población chilena [...] tiene una estructura muy similar a aquella que inspiró la creación de la sociedad conyugal: un marido proveedor, frente a una madre dedicada principalmente a los hijos y el hogar común. En

¹⁷⁶ CORRAL TALCIANI, Hernán. Reforma al régimen de bienes del matrimonio... *op. cit.*, pp. 2-3.

este modelo podemos, naturalmente, encontrar varios matices. Un ejemplo es el caso en que la mujer ejerce, al mismo tiempo de ocuparse de los hijos y del hogar común, un trabajo remunerado a tiempo parcial (dependiente o independiente) para contribuir a la familia común. Otro ejemplo, es cuando los roles aparecen invertidos, pues un número no menor de hogares se encuentra a cargo de la mujer en Chile. **ii)** Un segundo modelo, es el de los cónyuges que ejercen ambos trabajos remunerados, a tiempo completo, y que se reparten las responsabilidades respecto de los hijos y del hogar, o encargan esta tarea a terceros [...] En este modelo existen también matices, como aquellos que provienen de familias en que en verdad la mujer no renuncia a ocuparse del hogar y de los hijos, y efectúa al mismo tiempo una actividad remunerada [...] Otro matiz importante, viene dado también del caso en que uno de los cónyuges [...] cuenta con una fortuna propia anterior al matrimonio, que los cónyuges deciden, sin embargo, dejarla al margen de su comunidad de bienes”.¹⁷⁷

Considerando estos modelos de familia, este autor estima que la sociedad conyugal sigue siendo el sistema adecuado al primero de ellos y sus necesidades, claro que efectuando los correctivos apropiados para ajustarse al principio de igualdad (esencialmente, establecer administración ordinaria alternativa y reforzar la administración separada de algunos bienes por el cónyuge no administrador). En cambio, para el segundo modelo de familia sería aconsejable un régimen de comunidad de gananciales.

Además, considerando que el juicio de legitimidad y constitucionalidad de una norma no debe reducirse a un examen meramente formal de ésta, sino que se deben evaluar sus consecuencias, de modo que no se contravenga el principio de no discriminación contra ninguno de los cónyuges por los propósitos de la norma ni por sus resultados concretos, se debería considerar algunos mecanismos adoptados en Derecho Comparado, “que van más allá de la regulación legal del sistema de bienes del matrimonio; se trata de fórmulas encaminadas a lograr una verdadera igualdad material. Así, en el sistema norteamericano, se prevén algunos factores tendientes a reforzar las condiciones de igualdad entre los cónyuges una vez surgida la crisis matrimonial y, liquidado el régimen de bienes, la posibilidad de generación de ingresos; prestación de servicios en el hogar; la duración del matrimonio; edad y salud de las partes, etc.

¹⁷⁷ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. Análisis Crítico del Proyecto de Reforma... *op. cit.*, pp. 6-7.

Por otro lado, a propósito del caso argentino, se ha señalado que, desde el momento que las pensiones de jubilación son generadas por el trabajo realizado durante el matrimonio, debieran ser computados como bienes comunes y no como propios”.¹⁷⁸

3.4.1. El proyecto de la comunidad de gananciales, Boletín N° 1708-18.

Este proyecto de reforma legislativa fue presentado por un grupo de parlamentarios a tramitación en el Congreso el 4 de octubre de 1995 y, hasta el día de hoy, se encuentra en estado de tramitación, específicamente, en el segundo trámite constitucional, desde diciembre de 2005.¹⁷⁹

En su esencia, el proyecto reconoce la evolución cultural sobre la cual se asientan las normas de la sociedad conyugal y la necesidad de modificarlas ante la realidad actual de los roles y funciones de marido y mujer y el nuevo escenario socio-económico. “La transformación socioeconómica implicó un incremento del sector urbano-industrial, el que ha significado una incorporación de la mujer en el mundo laboral, así como su ascenso hacia posiciones ejecutivas, aunque en una menor proporción que el hombre, tuvo como consecuencia un cambio conductual en orden a compartir ambos cónyuges el rol profesional y el doméstico, proceso generalizado en los países occidentales, en un mayor grado Anglo-América y Europa, y en forma más gradual América Latina incluido Chile”.

Es importante destacar que, entre sus fundamentos, el proyecto reconoce que el Estado de Chile debe ajustarse a las normas internacionales establecidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación en contra de la Mujer. La primera, garantiza la igualdad de derechos al hombre y a la mujer en cuanto al matrimonio, durante éste y en caso de su disolución; la segunda, otorga los mismos derechos a ambos cónyuges en materia de propiedad, administración, goce y disposición de los bienes.

¹⁷⁸ LATHROP GÓMEZ, Fabiola. Discriminación contra la mujer... *op. cit.*, p. 246.

¹⁷⁹ La última urgencia ingresada cesó el 23 de diciembre del año 2008.

Por lo tanto, es necesario establecer como norma general la igualdad de derechos y deberes entre la mujer y el marido, lo cual significa reconocer explícitamente el principio de igualdad y el rechazo a las discriminaciones. El sistema propuesto se cimenta sobre dos principios inseparables, cuales son la “comunidad de intereses” que implica la vida matrimonial y el respeto de la “personalidad individual” de cada cónyuge.

La moción inicialmente propuso establecer como régimen legal y supletorio un régimen de comunidad con participación en los gananciales, denominándolo Comunidad de Gananciales (éste constituye una fórmula que se encuentra a medio camino entre los sistemas comunitarios y los de separación de bienes, y es distinto al régimen de participación en los gananciales establecido por la ley N° 19.335). El actual régimen de sociedad conyugal sería suprimido por la nueva ley, en tanto, la participación en los gananciales se mantendría como régimen alternativo y convencional.

Pero, en su tramitación, el proyecto ha sido objeto de profundas discusiones y críticas. Desde ya, debe advertirse que se ha descartado la idea de establecer la comunidad de gananciales como régimen legal.

Exponiendo brevemente el contenido del proyecto, se debe señalar que en la comunidad de gananciales propuesta hay lo que, en doctrina comparada, se denomina una participación en los gananciales con comunidad diferida, en que las ganancias se consideran bienes comunes a la época de disolución del régimen, que es necesario repartir entre los cónyuges o sus herederos.¹⁸⁰ Por regla general, los bienes comunes se dividirían por mitades y la partición se debería realizar por un juez partidor, lo cual constituiría una garantía para los cónyuges.

¹⁸⁰ Al momento de disolver el régimen y liquidarlo se formaría obligatoriamente una comunidad entre los cónyuges, o entre un cónyuge y los herederos del otro, cuyo activo se conformaría según lo establecido en el artículo 1725 propuesto por el proyecto:

- a) Todos los bienes actuales, cualquiera sea su naturaleza, que hayan sido adquiridos por los cónyuges durante el matrimonio, a título oneroso.
- b) Los frutos pendientes y percibidos y todos los actuales réditos, pensiones, intereses, honorarios y lucros de cualquier naturaleza, que provengan, sea de los bienes comunes, sea de los bienes propios de cada uno de los cónyuges, sea de su trabajo conjunto o separado, y
- c) Los bienes que, adquiridos por cualquiera de los cónyuges durante el matrimonio a título oneroso, han sido enajenados en fraude de los derechos del otro. Si un bien no pudiera recuperarse legalmente, se apreciará por su valor actual. Con todo, la acción no procederá contra terceros adquirentes de buena fe.

Durante la vigencia del nuevo régimen propuesto se distinguen únicamente dos patrimonios; el del marido y el de la mujer. En el patrimonio de cada cónyuge se encontrarían todos sus bienes, sin distinguir si han sido adquiridos a título oneroso o a título gratuito, si se trata de bienes muebles o inmuebles, o si fueron aportados por uno de los cónyuges o adquiridos durante el matrimonio. Cada cónyuge administraría en forma independiente su patrimonio, tanto los bienes propios como aquellos que conforman la futura comunidad. También, se propuso mantener y ampliar los resguardos en interés de ambos cónyuges y de la familia común, exigiéndose el consentimiento de ambos para enajenar o gravar o prometer enajenar o gravar bienes inmuebles, agregando, además, los bienes muebles estimados importantes como, por ejemplo, los vehículos motorizados de uso personal o familiar y las acciones de sociedades anónimas, todos ellos adquiridos a título oneroso durante la vigencia del régimen matrimonial, por ser producto del esfuerzo común de los cónyuges. Tampoco podrían arrendar los bienes raíces por más de cinco años si son urbanos, ni más de ocho si son rústicos, sin autorización del otro cónyuge, y la misma exigencia se impondría cuando uno de los cónyuges se constituyera en aval, fiador o codeudor solidario de un tercero.

Cabe destacar, también, que el sistema económico del proyecto valoriza el trabajo doméstico realizado por cualquiera de los cónyuges, considerándolo una forma de proveer a las necesidades de la familia común.

Como consecuencia de la equiparación de los cónyuges y sus facultades, se eliminaría la condición de debilidad o desventaja de la mujer y, por ende, ya no sería necesario mantener normas proteccionistas especiales para ella. Por consiguiente, además, se alteraría la responsabilidad de la mujer, siendo plenamente capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones en igual forma que el marido.

Sin embargo, no es posible concluir que la igualdad sea alcanzada de manera óptima y eficaz cuando se hace una revisión crítica del sistema y se analizan los resultados adversos que éste podría acarrear, según veremos, someramente, a continuación.

El análisis crítico al proyecto supera con creces los propósitos de este trabajo, sin embargo, resulta interesante conocer los reparos que se han presentado contra este proyecto, los

cuales se han referido tanto a tecnicismos como al fondo mismo de la discriminación y la igualdad entre marido y mujer. En este último aspecto, se ha señalado que de nada sirve establecer reformas legales que se quedan en lo teórico si la idiosincrasia del país no admite las reformas. “Nada obtiene el legislador con instaurar regímenes que, en su letra y en su técnica, atribuyan igualdad de poderes al hombre y la mujer si ésta, por razones culturales, no quiere ejercitarlos. En otros términos, para que ellos funcionen realmente se requiere un cambio de mentalidad en conformidad al cual la mujer tenga conciencia de sus facultades, quiera intervenir y ejerza la igualdad en la armonía matrimonial”.¹⁸¹

Desde luego, la siguiente pregunta fundamental apunta a descubrir si realmente es necesario establecer un régimen económico legal y supletorio del matrimonio y, en tal caso, si es necesario sustituir el régimen legal de la sociedad conyugal. La discusión parlamentaria ha descartado ya la opción de instaurar el régimen de comunidad de gananciales como legal, pero no se ha establecido si es conveniente mantener la sociedad conyugal o formular otra alternativa como régimen legal. En tanto, los parlamentarios han estudiado las adecuaciones que requeriría la sociedad conyugal para adaptarla al principio de igualdad y a los cánones internacionales.

“Originalmente, esta propuesta pretendía eliminar la sociedad conyugal y establecer como régimen legal y supletorio la participación en los gananciales en su modalidad de comunidad diferida. Sin embargo, el estado de su discusión a la fecha, parece indicar que se descartaría la eliminación de la sociedad conyugal para seguir introduciéndole ciertos correctivos (como ha sido la tendencia histórica del legislador en esta materia); esta vez, en lo que respecta a la administración de la misma y a la disposición de los bienes propios por parte de la mujer, con el objeto de igualar jurídicamente sus derechos frente al marido. Asimismo, se estaría reevaluando la posibilidad de transformar la comunidad diferida de gananciales con administración separada, originalmente prevista, a una comunidad actual de bienes con co-administración, es decir, un sistema similar a la sociedad conyugal (aunque respetando el principio de igualdad conyugal), no obstante la permanencia de ésta última como régimen alternativo”.¹⁸²

¹⁸¹ CENTRO UC de la Familia. Minuta de observaciones al proyecto de ley que reforma la sociedad conyugal. Valparaíso, Chile. 4 de septiembre de 2007. p. 2.

¹⁸² LATHROP GÓMEZ, Fabiola. Discriminación contra la mujer... *op. cit.*, p. 234.

El régimen de comunidad de gananciales originalmente propuesto en el proyecto no es un régimen de comunidad de bienes, sino, un régimen de separación, que pone más énfasis en la independencia y autonomía de gestión de los cónyuges más que en el interés colectivo y la solidaridad familiar. Durante todo el matrimonio los cónyuges se consideran y se les trata como separados de bienes, no existen bienes comunes, sólo hay bienes del marido o de la mujer y cada uno administra su patrimonio de acuerdo a sus propios intereses. La comunidad surge sólo al término del régimen. Por su parte, la autorización conjunta que se exigiría para realizar ciertos actos de gestión no es más que una consecuencia de la administración separada pero restringida.

En consecuencia, no se estaría reforzando la comunidad de vida del matrimonio ni el principio de “comunidad de intereses” sobre el cual el proyecto dice cimentarse.

En cambio, el régimen de comunidad restringido a gananciales establecido, por ejemplo, en España, distingue la existencia de patrimonio propio del marido y de la mujer, los cuales administran separadamente, y un patrimonio social, en que se exige la administración conjunta, con algunas excepciones.¹⁸³

El régimen de participación en los gananciales, en cualquiera de sus modalidades, es extraño a la tradición chilena acostumbrada a un régimen comunitario y no separatista. “[E]l gran éxito que se auguraba al nuevo régimen (el de participación en los gananciales introducido por la ley N° 19.335) se convirtió en un fiasco, tanto que ahora en este nuevo proyecto se propone su derogación pura y simple.

Lo curioso es que el mismo proyecto que deroga por falta de arraigo social este régimen de participación, pretende instaurar otro régimen de participación, pero ahora impuesto como legal. Es cierto que, el que ahora se postula, es de comunidad diferida o no crediticia, pero se trata de una diferencia técnica que difícilmente será perceptible por la población en general.

¹⁸³ *Vid. Supra* Capítulo III, epígrafe 3.5.1., referido al matrimonio y régimen de bienes en la legislación española.

¿Porqué, entonces, un tipo de régimen que ha sido rechazado por la sociedad chilena tendría ahora que convertirse en el régimen legal?”.¹⁸⁴

Otro retroceso que se puede identificar en el proyecto es que limita el libre ejercicio de una actividad económica, ya que, restringe las posibilidades de administración de lo que se obtenga como producto de ella, tanto al hombre como a la mujer, porque la administración de bienes raíces y algunos muebles se sujeta a contar con la autorización del otro cónyuge.¹⁸⁵ En cambio, en la sociedad conyugal, al menos la mujer tenía independencia y libertad para gestionar su patrimonio reservado sin limitaciones.

3.4.2. Proyecto de reforma a la sociedad conyugal, Boletín N° 7567-07 de 2011.

El proyecto consignado en el Boletín N° 7567-07, fue ingresado a tramitación en la Cámara de Diputados el día 5 de abril de 2011, siendo su propuesta fundamental la de conservar el régimen de sociedad conyugal como legal y supletorio de la voluntad de las partes, pero introduciendo una serie de modificaciones a su regulación. Este proyecto “descansa sobre la lógica de la comunidad actual de bienes”¹⁸⁶, superando las críticas que se efectuaban al proyecto anterior, de corte separatista. A diferencia de aquella indicación sustitutiva, el nuevo proyecto posee la “ventaja de reforzar la solidaridad económica familiar: a) al establecer una comunidad actual de bienes; b) al permitir la coadministración de los bienes sociales”¹⁸⁷, además de otorgar “mayor libertad a los cónyuges en el aspecto patrimonial, en cuanto pueden pactar sociedad conyugal si se están separando convencionalmente (artículo 166 del Código Civil propuesto), o bien, conforme al pacto de sustitución de régimen de bienes general del artículo 1723 [del Código Civil] propuesto (esta norma contempla ahora un inciso final que lo permite), lo que

¹⁸⁴ CORRAL TALCIANI, Hernán. Reforma al régimen de bienes del matrimonio... *op. cit.*, p. 8.

¹⁸⁵ Recordemos que se exige el consentimiento de ambos para enajenar o gravar o prometer enajenar o gravar bienes inmuebles, agregando, además, los muebles estimados importantes, o sea, los vehículos motorizados de uso personal o familiar, y las acciones de sociedades anónimas, todos ellos adquiridos a título oneroso durante la vigencia del régimen matrimonial, por ser producto del esfuerzo común de los cónyuges.

¹⁸⁶ LATHROP GÓMEZ, Fabiola. Comentarios al Mensaje con el que se inicia un Proyecto de Ley que modifica el Código Civil y otras leyes, regulando el régimen patrimonial de sociedad conyugal (Boletín N° 7567-07). Por publicar. 2011. p. 2.

¹⁸⁷ LATHROP GÓMEZ, Fabiola. *Ibidem*.

constituye una gran modificación respecto al estado actual de la legislación, en que la sociedad conyugal no tiene origen consensual”.¹⁸⁸

El mensaje presidencial del proyecto, considera el hecho de que la tasa de empleo de mujeres en Chile es muy inferior a la de los hombres -un 45% de participación laboral femenina frente a un 72% de los hombres- lo que hace necesario mantener la sociedad conyugal, puesto que implica proteger a la mujer y reconocer el aporte de ellas en el desarrollo de los hijos, el marido y su hogar. Así, la sociedad conyugal “contempla ciertos beneficios favorables para aquellas mujeres que más tiempo han destinado al cuidado de los hijos y a las labores del hogar y que, por lo mismo, han reunido menores ingresos que el marido.” Este argumento, reproduce de manera casi idéntica los fundamentos de la compensación económica de la Ley de Matrimonio Civil.

Continúa el mensaje con la enumeración de las ventajas que se observan en la sociedad conyugal en beneficio de la mujer, tales como el hecho de que este régimen reconoce igual valor al trabajo de ambos cónyuges, al repartir por mitades las ganancias del matrimonio, valorando el aporte de quien dedica más tiempo al cuidado de los hijos y del hogar. Destaca, también, la facultad de la mujer de administrar libremente su patrimonio reservado; el derecho que tiene la mujer para optar por el patrimonio más abundante al momento de la liquidación de la sociedad conyugal, es decir, la posibilidad de elegir su patrimonio reservado o la mitad de los gananciales; la posibilidad de pactar capitulaciones matrimoniales para la administración de ciertos bienes; el derecho a pedir la separación de bienes por administración fraudulenta o descuidada del marido; el beneficio de emolumento al disolverse la sociedad conyugal (el mensaje explica, erróneamente, que la mujer responderá de las deudas sociales sólo “hasta la mitad de lo que haya recibido como gananciales”, como si tuviera a salvo para sí el 25% de los gananciales totales); el derecho a pagarse las recompensas con preferencia al marido; y la posibilidad que tienen los cónyuges de pactar separación de bienes o participación en los gananciales.

¹⁸⁸ LATHROP GÓMEZ, Fabiola. Comentarios al Mensaje con el que se inicia un Proyecto de Ley... *op. cit.*, p. 2.

El proyecto, seguramente, será objeto de profundas discusiones y modificaciones, porque en una primera impresión y sin pretender hacer un análisis acabado, nos parece merecedor de importantes críticas.

El proyecto de ley se fundamenta en tres principios esenciales, a saber, igualdad ante la ley del marido y la mujer, plena capacidad de ambos cónyuges y la protección económica del cónyuge que se ha dedicado al cuidado de los hijos o del hogar, o que ha trabajado en menor medida de lo que hubiese querido o podido por estas causas, y su propósito es que, mediante las modificaciones legales que introduce, se establezca el respeto pleno de la sociedad conyugal a estos principios. Sin embargo, a juicio de Lathrop “en el Proyecto del Mensaje sigue existiendo un concepto errado de igualdad y, en este sentido, no destierra totalmente las discriminaciones que hoy establece la sociedad conyugal en contra de la mujer y del marido [...] En efecto, se concibe el régimen de comunidad de bienes como un estatuto protector de la mujer, al considerarla el sujeto “débil” de la relación matrimonial”.¹⁸⁹ Desde esta perspectiva, el Mensaje de S.E. el Presidente de la República se muestra excesivamente paternalista, perseverando en las medidas por años incorporadas a la clásica sociedad conyugal para compensar las limitaciones de la mujer casada en este régimen, sin evolucionar en la concepción anacrónica de considerar a la mujer en el ámbito privado de la familia y del cuidado de los hijos y al marido en el mundo público, laboral y económico. Por el contrario, el proyecto reafirma y consolida estas ideas, “lo cual constituye una discriminación arbitraria por razón de género. Una norma discrimina a la mujer cuando tiene no solo por ‘objeto’ menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos, sino también cuando lo tiene por ‘resultado’ en las más diversas esferas”.¹⁹⁰

Para efectos de propender a la igualdad el proyecto eliminaría el concepto de “jefe de la sociedad conyugal” y la administración ordinaria corresponderá a cualquiera de los cónyuges, según lo pacten antes, durante, o después de celebrar el matrimonio, pudiendo modificarlo cuando lo deseen. A falta de acuerdo, la administración sería ejercida por ambos cónyuges, conjuntamente.

¹⁸⁹ LATHROP GÓMEZ, Fabiola. Comentarios al Mensaje con el que se inicia un Proyecto de Ley... *op. cit.*, p. 3.

¹⁹⁰ LATHROP GÓMEZ, Fabiola. Comentarios al Mensaje con el que se inicia un Proyecto de Ley... *op. cit.*, p. 4.

Pues bien, si existe coadministración entre los cónyuges, ésta se verifica en que deben concurrir ambos para:

- La enajenación o gravamen voluntario de los bienes raíces sociales
- La promesa de enajenación o gravamen de los bienes raíces sociales
- La disposición entre vivos a título gratuito de los bienes sociales, salvo el caso del artículo 1735 del Código Civil, es decir, las de poca monta atendida la fuerza del haber social
- El arrendamiento o cesión de tenencia de los bienes raíces sociales urbanos por más de cinco años, y de los rústicos por más de ocho, incluidas las prórrogas que se hubieren pactado
- La constitución de aval, codeudor solidario, fiador u otorgamiento de cualquier caución respecto de obligaciones contraídas por terceros que involucren bienes sociales.

En el resto de los casos se presume que los actos realizados por uno de los cónyuges cuentan con la autorización del otro, presumiendo la coadministración (por ejemplo, en actos de mera administración o relativos a bienes muebles).

En caso de designarse a uno de los cónyuges como administrador, deberá anotarse al margen de la inscripción de matrimonio esta circunstancia, con señalamiento de quién tendrá la administración.

Nos parece un gran error el pretender que, a falta de acuerdo de los cónyuges, la administración deba ser conjunta. La falta de acuerdo se manifestará al momento de designar administrador en la celebración del matrimonio, pues, en las otras oportunidades, para cambiar el administrador, siempre debe concurrir el pacto de las partes. Pues bien, lo que podrá ocurrir es que las parejas se rijan por la norma supletoria, confiando en que, probablemente, sea la más adecuada (así como hoy rige la sociedad conyugal, como norma supletoria, sin que los cónyuges sepan, realmente, de qué se trata). Siguiendo el pensamiento de Lathrop, consideramos que la principal falencia del proyecto de ley es no prever ni resolver los posibles conflictos entre los coadministradores. ¿Qué pasará cuando los cónyuges, no puedan llegar a acuerdo sobre el destino de un determinado bien? ¿Deberán recurrir al juez cada vez que no puedan alcanzar un

acuerdo? ¿Qué ocurrirá cuando uno de los cónyuges abandone el hogar? ¿Seguirá teniendo injerencia en las decisiones patrimoniales del otro? ¿Y si, como en el caso de “Arce contra Estado de Chile”, uno de los cónyuges se encuentra inubicable?. “El Mensaje soluciona los casos de negativa del cónyuge no administrador, es decir, cuando no hay coadministración (artículo 1749 CC nuevo), pero no en los de conflicto entre coadministradores”.¹⁹¹

Tampoco creemos que una solución sea cambiar la administración unilateralmente, ya que se podría prestar para abusos de parte de cualquiera de los cónyuges. Entonces, nos parece que la admisión de una norma supletoria de coadministración podría provocar más y peores problemas de los que hay en la actualidad. “[P]ara que este sistema de gestión conjunta sea funcional y operativo no debiera ser necesaria una actuación mancomunada de los cónyuges, sino permitirse la actuación individual en ciertos casos. En este sentido, debiera reconocerse libre iniciativa de cada cónyuge en determinadas situaciones, la posibilidad de solicitar la intervención judicial supletoria y el reconocimiento de esferas de actuación y gestión preferente. La igualdad tiene como finalidad erradicar la tradicional gestión unilateral excluyente, no la imposición de una coparticipación de ambos cónyuges en todas las actuaciones que afecten al patrimonio común. Sostener esta hipótesis no sólo perjudica la fluidez de las relaciones jurídicas sino que, además, supone inseguridad en el tráfico jurídico”.¹⁹²

Por otro lado, si, basados en esta norma, las partes entregan la administración a uno solo de los cónyuges –seguramente, por tradición, al marido-, se reproducirán los problemas ya existentes en la administración ordinaria de la sociedad conyugal hoy vigente, a los cuales nos remitimos.

“Surge también la duda acerca de si puede dejar de ejercerse el cargo unilateralmente y qué ocurre si, así sucediendo, el otro no quiere asumir la administración [...] En cuanto a la posibilidad de modificar la titularidad de la administración, se entiende que no existe límite para ello, lo que puede crear problemas frente a la seguridad jurídica y protección de terceros”.¹⁹³

¹⁹¹ LATHROP GÓMEZ, Fabiola. Comentarios al Mensaje con el que se inicia un Proyecto de Ley... *op. cit.*, p. 10.

¹⁹² LATHROP GÓMEZ, Fabiola. *Ibidem.*

¹⁹³ *Ídem.*

Otro aspecto curioso consiste en que en los artículos transitorios del proyecto en comento se señala que los actualmente casados en sociedad conyugal también pueden pactar la sustitución del administrador de acuerdo al artículo 1723 del Código Civil, pero no se refiere a si pueden convenir la coadministración. Pensamos que, probablemente, fue una inadvertencia del redactor de la indicación sustitutiva.

El proyecto distingue sólo dos tipos de bienes: los sociales y los propios. Se eliminaría el haber relativo, para simplificar el estatuto del régimen matrimonial, pasando los bienes que lo componen a acumularse a los bienes propios. Como contrapartida, el cónyuge no administrador que goce de patrimonio reservado, deberá destinar una proporción de éste a los bienes sociales, a fin de satisfacer las necesidades de la familia común.

En seguida, se mantendrían las limitaciones a la administración de la sociedad conyugal, como la prohibición de enajenar o gravar voluntariamente o prometer enajenar o gravar los bienes raíces sociales sin autorización del cónyuge no administrador, entre otras.

“Contradictoriamente, por otra parte, y diluyéndose también el principio de la solidaridad conyugal, al eliminarse el haber relativo de la sociedad conyugal se restringe al mínimo el ámbito de los bienes sociales gestionados por el cónyuge administrador. En los supuestos en que el cónyuge no administrador realice un trabajo remunerado y tenga, en consecuencia, su patrimonio reservado, el cónyuge administrador de la sociedad conyugal, en realidad, administrará, principalmente, sus bienes propios y el fruto de su propio trabajo, replicándose la administración desequilibrada de la sociedad conyugal. Recordemos, además, que el cónyuge no administrador solo responde de las deudas sociales hasta la mitad de sus gananciales”.¹⁹⁴

Los bienes propios serían administrados libremente por cada cónyuge. Se mantiene, además, la figura del patrimonio reservado, en beneficio del cónyuge no administrador, lo que resulta curioso porque las legislaciones en Derecho Comparado que han aceptado la coadministración del patrimonio matrimonial no han previsto un conjunto de bienes reservados o

¹⁹⁴ LATHROP GÓMEZ, Fabiola. Comentarios al Mensaje con el que se inicia un Proyecto de Ley... *op. cit.*, p. 11.

especial, de manera que nuestro ordenamiento contaría con una institución, en términos de Lathrop, exótica y sui generis.

Nos parece curioso que, por un lado, se trate de simplificar la sociedad conyugal eliminando el haber relativo, mientras que, por otro lado, se haga más complejo el sistema de los bienes propios, permitiendo que, en forma paralela a ellos, respecto de los cuales se gozaría de plena administración, exista también un patrimonio reservado. El patrimonio reservado, recordemos, se justificaba por la imposibilidad de la mujer de decidir y negociar con sus bienes propios. Entonces, ¿Cuál es el propósito de habilitar dos conjuntos de bienes de libre administración para el cónyuge no administrador?

Lathrop agrega que “[e]n este juego de disposiciones protectoras es donde se diluye la solidaridad patrimonial que inspira el Proyecto del Mensaje y que constituye, como decía, su elemento distintivo y positivo frente a iniciativas anteriores. La existencia del patrimonio reservado y la posibilidad del cónyuge no administrador (que en el espíritu del Mensaje tiene rostro femenino) de renunciar a los gananciales antes del matrimonio o después de la disolución de la sociedad (del mismo modo que hoy se prevé en el artículo 1719 [del Código Civil]), hacen desaparecer el carácter comunitario del régimen propuesto. Además, en caso de existir este patrimonio reservado, se hace más engorroso el funcionamiento del régimen tanto durante como al momento de la disolución”.¹⁹⁵

El proyecto establece que, en caso que el cónyuge administrador esté dedicado exclusivamente al cuidado de los hijos y del hogar común, el cónyuge no administrador carecerá de la facultad de renunciar a los gananciales, debiendo compartir éstos con el cónyuge administrador, en reconocimiento al aporte no avaluado que éste realizó durante la vigencia del régimen. Sin duda, esta medida es una muestra más de la protección especial dada a la mujer, pero constituye, a juicio de Lathrop, “un excesivo paternalismo, que no es congruente, por lo demás, con la posibilidad actual de renunciar a la compensación económica en ciertos casos”¹⁹⁶, arriesgando la posibilidad de producirse colisiones y confusiones con esta última institución,

¹⁹⁵ LATHROP GÓMEZ, Fabiola. Comentarios al Mensaje con el que se inicia un Proyecto de Ley... *op. cit.*, p. 6.

¹⁹⁶ LATHROP GÓMEZ, Fabiola. Comentarios al Mensaje con el que se inicia un Proyecto de Ley... *op. cit.*, p. 5.

porque, en ambos casos, el objetivo es proteger al cónyuge que se ha dedicado principalmente al cuidado de los hijos y del hogar.

Apreciamos que, en nombre de la igualdad real, se permita que sea administrador quien ejerce una labor doméstica no remunerada, y que pueda gozar, de todas formas, de los gananciales del trabajo lucrativo del otro cónyuge al término del régimen. Pero, por otra parte, estimamos que durante la vigencia del régimen, la administración podría llegar a ser un nombramiento meramente formal, puesto que el cónyuge proveedor de bienes puede, perfectamente, decidir las gestiones de administración mediante el control de los recursos. Además, ¿qué ocurrirá, durante la vigencia del régimen, si el cónyuge no administrador decide no entregar los bienes suficientes para la subsistencia de la familia? ¿O si, usando diversos mecanismos, distrae o esconde bienes y se limita a cumplir con una mínima porción de aporte?

La confluencia de las normas antedichas puede generar una serie de situaciones confusas y discutibles. El régimen del patrimonio reservado no se justifica y discrimina a los cónyuges. Para el cónyuge administrador este régimen es de comunidad; en cambio, para el cónyuge no administrador se trata de un híbrido entre comunidad y separación de bienes. Si al cónyuge no administrador no le conviene la administración del cónyuge administrador, puede renunciar a los gananciales y quedarse con lo que haya obtenido del trabajo separado. El cónyuge no administrador, salvo la hipótesis mencionada antes que se asemeja a los presupuestos de la compensación económica, siempre puede quedarse con los bienes que administra separadamente, por lo que para él no es un régimen de comunidad, sino de separación. En este sentido, si le conviene la administración del socio administrador no renuncia a los gananciales y si le conviene quedarse con lo que haya administrado separadamente, entonces, renuncia a los gananciales y se queda con lo que ha administrado en forma separada. Éste era un mecanismo planteado para proteger a la mujer casada en sociedad conyugal, pero no puede justificarse en el régimen actual; menos aun en el caso que los cónyuges opten por la administración, que debe actuar mediante mecanismos que hacen la administración prácticamente conjunta.¹⁹⁷

¹⁹⁷ Este párrafo está tomado de BARCIA LEHMANN, Rodrigo. Presentación sobre la regulación de la sociedad conyugal en el Derecho comparado y el Proyecto de reforma a ella en la legislación chilena. En: Charla sobre Sociedad Conyugal realizada el 19 de mayo de 2011 en la Universidad Finis Terrae, [En línea] <http://altar.uft.cl/email/2011/mayo/documentos/sociedad-conyugal.pdf> [Consulta: 12 de julio de 2011]. p. 22.

El proyecto también contempla la posibilidad de establecer una administración extraordinaria de la sociedad conyugal en caso de interdicción o ausencia del administrador, la cual será asumida por el otro cónyuge si es nombrado curador de su consorte. Este sistema, sin embargo, resulta engorroso, según lo expone Lathrop: Son supuestos de esta administración que el administrador sea declarado interdicto o se encuentre ausente -es decir, se desconozca su paradero o haya dejado de comunicarse con su familia originando perjuicios a ella o a terceros-; y se establece como requisitos de procedencia que el cónyuge no administrador sea nombrado curador del interdicto o ausente, obteniendo autorización judicial.

Además, el juez puede autorizar al cónyuge no administrador, provisoriamente, para disponer de los bienes por sí mismo si de la demora siguieren perjuicios -para el cónyuge, la familia y/o terceros, pues la ley no especifica- o si se otorga garantía real o personal. Esta administración provisoria debe subinscribirse.

A juicio de Lathrop, “la curaduría debiera ser opcional. Parece excesivo que deba obtenerse primero la curaduría, además de probar la existencia de perjuicio”.¹⁹⁸

Aquel de los cónyuges que tenga la administración extraordinaria de la sociedad conyugal podrá ejecutar por sí solo los actos para cuya validez el cónyuge administrador necesitaba el consentimiento del cónyuge no administrador, respecto de los bienes sociales, y en su calidad de curador está habilitado para administrar los bienes propios de su cónyuge.

Se mantiene la administración especial del inciso segundo del artículo 138 del Código Civil, habilitando al cónyuge no administrador a ejercer actos sobre los bienes del cónyuge administrador, y ciertos actos respecto de los bienes sociales, con autorización del juez, con conocimiento de causa, para evitar perjuicios por la demora de dichas actuaciones.

Pero hay un conjunto de casos que quedan en la zona de intersección de estas normas, porque “si se trata de actos en que normalmente no se requiere la autorización de ambos cónyuges, quien administre “especialmente” la sociedad conyugal no requiere autorización

¹⁹⁸ LATHROP GÓMEZ, Fabiola. Comentarios al Mensaje con el que se inicia un Proyecto de Ley... *op. cit.*, p. 14.

judicial, aunque sí se exige el requisito de que de la demora se siguiere perjuicio. Es decir, si el administrador se niega a realizar un acto individual, aislado, sobre un bien mueble, ¿esta sería la norma a aplicar? ¿Qué pasa en situaciones de separación de hecho donde sigue habiendo contacto entre los cónyuges, es decir, el impedimento no es de larga e indefinida duración? ¿Se aplica esta norma? ¿O tiene solo la posibilidad de pedir separación de bienes de los artículos 155 y siguientes?”.¹⁹⁹

El proyecto propone, para el artículo 1724 bis del Código Civil, una hipótesis nueva, diversa de la administración extraordinaria y de la administración especial. Se trata de que, en caso de insolvencia, administración fraudulenta o mal estado de los negocios por administración errónea o descuidada del cónyuge administrador, siempre que no exista acuerdo entre ambos, podrá el cónyuge no administrador solicitar judicialmente ejercer la administración de la sociedad.

“Este caso es diverso de la administración especial [...] en cuanto se refiere a los bienes de la sociedad y no a los propios del administrador. No hace mención al impedimento de no larga e indefinida duración, ni tampoco se requiere el conocimiento de causa del juez ni que de la demora se siguiere perjuicio. Se trata, en suma, de una administración de carácter más general, en cuanto no exige la autorización del juez para aquellos actos en que fuere necesario que concurrieren ambos cónyuges (como sí lo exige en el caso de la administración especial)[...] La ubicación de esta norma, alejada del Libro I CC en donde están las dos administraciones mencionadas, da lugar a confusiones”.²⁰⁰

Se plantea, también, la posibilidad de que el cónyuge no administrador solicite la separación de bienes si la administración es fraudulenta, si hay insolvencia, si se han vulnerado los artículos 131 (deber de guardarse fe, socorro, ayuda mutua, respeto y protección recíproca) y 134 (proveer a las necesidades de la familia) del Código Civil, si se incurre en causal de separación judicial, ausencia injustificada por más de un año, o si ha habido mala fe en la administración del cónyuge administrador respecto de sus bienes propios (llama la atención que

¹⁹⁹ LATHROP GÓMEZ, Fabiola. Comentarios al Mensaje con el que se inicia un Proyecto de Ley... *op. cit.*, pp. 15-16.

²⁰⁰ LATHROP GÓMEZ, Fabiola. Comentarios al Mensaje con el que se inicia un Proyecto de Ley... *op. cit.*, p. 16.

se exija la mala fe respecto de sus propios bienes y que la exigencia no se refiera únicamente a los bienes de carácter social).

“Algunas de estas hipótesis caen en el mencionado artículo 1724 bis del Código Civil, por lo que, en estas situaciones, existirá el derecho alternativo a solicitar judicialmente la administración, o bien, a solicitar la separación de bienes”.²⁰¹

Sobre estas cuatro instituciones -administración extraordinaria, especial, del 1724 bis y causal de pedir separación judicial-, Lathrop concluye que la dispersión de normas y el hecho de que los supuestos de procedencia de estas cuatro figuras sean similares, puede prestarse para confusiones.²⁰²

La doctora Lathrop también destaca el hecho que en el proyecto propuesto por el Presidente de la República no se contemplan las innovaciones legislativas que se habían planteado a los Bienes Familiares en el anterior proyecto sobre “comunidad de gananciales”, y apunta que sería conveniente incluir algunos tópicos, porque, por un lado, esta institución permitiría suplir la coadministración y superar las inconveniencias de los regímenes separatistas y la falta de solidaridad familiar; y, por otro, porque “[l]as reformas que introducía el anterior Proyecto corregían un sinnúmero de deficiencias de la regulación de los bienes familiares, posibilitando y facilitando notablemente el acceso y la constitución de los bienes familiares, de manera que este instituto podía llegar a transformarse en una herramienta útil, eficaz y, por qué no, indispensable, cualquiera fuera el régimen de bienes del matrimonio que se adopte”.²⁰³

3.5. Regímenes matrimoniales legales y principio de igualdad conyugal en Derecho Comparado.

²⁰¹ LATHROP GÓMEZ, Fabiola. Comentarios al Mensaje con el que se inicia un Proyecto de Ley... *op. cit.*, p. 17.

²⁰² LATHROP GÓMEZ, Fabiola. *Ibidem.*

²⁰³ LATHROP GÓMEZ, Fabiola. Comentarios al Mensaje con el que se inicia un Proyecto de Ley... *op. cit.*, p. 18.

El principio de igualdad entre marido y mujer, en el aspecto económico, alcanza su máxima expresión cuando los sistemas jurídicos admiten igualdad de facultades y atribuciones patrimoniales a marido y mujer en los regímenes matrimoniales de separación de bienes. En ellos, sin duda, se manifiesta la igualdad de tratamiento, de atribuciones, de derechos y obligaciones para ambos cónyuges. Por lo tanto, no se requieren especiales medidas de protección, ya que no hay situaciones de desventaja para el marido ni la mujer.

Los sistemas matrimoniales de comunidad de bienes, por su parte, tienen diversos matices en las distintas legislaciones extranjeras en cuanto a la determinación de las facultades patrimoniales y de administración de bienes atribuidas a cada cónyuge. En estos sistemas es donde pueden producirse situaciones de desigualdad o desequilibrio en desmedro de uno de los consortes. Sin embargo, en el Derecho Comparado existe inclinación hacia la igualdad de derechos y obligaciones para ambos consortes.

“La tendencia en el Derecho comparado era, hasta hace poco tiempo atrás, la administración conjunta, por regla general, e indistinta, de forma excepcional. Sin embargo, esta fuerte inclinación a favor de la administración conjunta en el Derecho Europeo se revirtió en los años setenta y la tendencia actual es el establecimiento de una actuación indistinta, como regla general, y conjunta respecto de los actos patrimoniales más relevantes. En efecto, el criterio general en materia de coparticipación es que ella se requiere para los actos de administración extraordinaria, es decir, aquellos que implican un mayor peligro o repercusión para la economía de la familia”.²⁰⁴

A continuación, se expone una selección de sistemas de regímenes matrimoniales de comunidad desarrollados en el extranjero, que tienen como característica común la consideración igualitaria de los derechos y deberes de ambos cónyuges. “[T]odas ellas son legislaciones que se han diseñado o sufrido importantes reformas en la segunda mitad del siglo XX, básicamente para dar un mayor respaldo normativo al principio de igualdad entre varones y mujeres”.²⁰⁵

²⁰⁴ LATHROP GÓMEZ, Fabiola. Comentarios al Mensaje con el que se inicia un Proyecto de Ley... *op. cit.*, p. 12.

²⁰⁵ CORRAL TALCIANI, Hernán. Alternativas de Administración de bienes matrimoniales en el derecho comparado. Contribución al estudio de la reforma al régimen económico del matrimonio. *Gaceta Jurídica* (340):28-36. Santiago, Chile. Octubre 2008. p. 28.

Estos sistemas normativos, en consecuencia, no consideran la existencia de un cónyuge en desventaja y, por ende, no se requieren disposiciones protectoras especiales para ninguno de ellos. Por el contrario, se puede sostener que la protección de intereses y la imposición de responsabilidades es equitativa para marido y mujer.

En todos estos sistemas, se contemplan, al menos, dos fórmulas de administración. Una ordinaria, es decir, aquella que reglamenta la gestión de bienes en la vida cotidiana y normal de los cónyuges, y otra extraordinaria, que consiste en aquella ejercida cuando, por diversas razones, es necesario aplicar normas especiales, más o menos transitorias, que se imponen por sobre las que regulan la gestión ordinaria.

3.5.1. Matrimonio y régimen de comunidad de bienes en la legislación española.

Para analizar la cuestión de los regímenes económicos matrimoniales, se debe tener en cuenta que esta materia tiene una regulación distinta según la persona esté sujeta al derecho civil común, al especial o al foral, es decir, la legislación autonómica que corresponda a determinada comunidad autónoma española. A falta de esta última, rige plenamente la legislación común.

La legislación común del matrimonio en España está conformada por las normas de su Código Civil, específicamente el Libro I “De las personas”, artículos 42 y siguientes.

Las principales reformas legislativas al matrimonio en este cuerpo legal en las épocas recientes, dicen relación con la despenalización del adulterio en 1978, la aprobación de la ley de divorcio en 1981, la eliminación de cualquier discriminación por razón de sexo en 1990 y, lo más reciente, la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo en 2005.

El Estado español reconoce un solo tipo de matrimonio, el que puede ser contraído por todo hombre y mujer, ya sea de manera heterosexual o entre personas del mismo sexo, salvo casos de impedimentos específicos por minoría de edad o vínculo matrimonial no disuelto. El matrimonio debe celebrarse ante el juez, alcalde o funcionario público autorizado, en presencia

de dos testigos mayores de edad, o conforme al rito religioso que corresponda, y, en ambos casos, debe inscribirse en el Registro Civil.

El Código Civil español regula, entre los efectos generales del matrimonio civil, los siguientes: los cónyuges son iguales en derechos y deberes, deberán respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia, están obligados a vivir juntos y a guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente.

El Código Civil español regula el régimen económico matrimonial en su Libro IV Título III, artículos 1315 y siguientes. Desde tiempos de la codificación y hasta la reforma de 1990, esta materia ha experimentado diversos cambios, yendo desde el control absoluto de los bienes por parte del marido a la igualdad de derechos para ambos cónyuges.²⁰⁶

Puntualmente, de acuerdo a lo reseñado por Alarcón Palacio²⁰⁷, el régimen jurídico anterior al actual estatuto patrimonial contemplaba como régimen legal y supletorio la sociedad de gananciales, siendo el marido su administrador; poder que era absoluto, apareciendo como dueño de todos los bienes matrimoniales.

Continúa la autora señalando que convivía el régimen de sociedad de gananciales con un sistema de bienes dotales (consistente en una donación que la mujer aporta al marido para soportar las cargas del matrimonio) y parafernales (que son aquellos bienes que la mujer aporta al matrimonio sin incluir en la dote y los que adquiere después de constituida ésta, sin agregarlos a ella). La mujer era dueña y administradora de los bienes parafernales, pero podía encomendar su administración al marido; esto, de manera solemne, ante notario y debiendo, el marido, constituir hipoteca legal a su favor.

El marido era el administrador de la sociedad de gananciales, y ejercía esta facultad sobre todos los bienes del matrimonio, es decir, los privativos, los gananciales, los dotales y, también,

²⁰⁶ En toda esta parte, *Vid.* ALARCÓN PALACIO, Yadira. Régimen económico del matrimonio español desde la codificación hasta la reforma de 1981. Revista de Derecho Universidad del Norte (25):80-124. Barranquilla, Colombia. 2006.

²⁰⁷ Cfr. ALARCÓN PALACIO, Yadira. Régimen económico del matrimonio español... *op. cit.*, p. 88.

los parafernales cuando la mujer se lo encomendaba. En ejercicio de sus amplias atribuciones, podía enajenar y obligar a título oneroso los bienes, sin el consentimiento de la mujer.

En cambio, la mujer sólo podía obligar los bienes sociales con consentimiento del marido, salvo contadas excepciones calificadas por la ley.

Existía, no obstante, la posibilidad de que fuera la mujer quien administrase la sociedad de gananciales, lo cual debían acordar las partes en las capitulaciones matrimoniales, las que sólo tenían cabida antes de la celebración del matrimonio.

Las reformas legislativas posteriores buscaron, paulatinamente, la igualdad de los cónyuges. El régimen actual reporta el mayor avance en la materia. Entre las más importantes innovaciones, se cuenta la eliminación de los bienes dotales y parafernales, junto a la igualdad jurídica de los cónyuges como gestores de la sociedad de gananciales.

De acuerdo a las normas actualmente vigentes, los cónyuges tienen la posibilidad de elegir libremente la configuración del régimen patrimonial que los regirá y, a falta de estipulación, la regla general y supletoria es el régimen de comunidad restringida de gananciales con administración conjunta, de acuerdo a lo establecido en el Código Civil español a partir de la reforma de 1981.

Hasta antes del año 1975, regía en España el principio de inmutabilidad del régimen económico del matrimonio pero, luego de la reforma establecida ese año, los cónyuges cuentan con la más amplia libertad para otorgar y modificar, en las capitulaciones matrimoniales, el estatuto que los rige. De acuerdo al artículo 1325 de dicho cuerpo legal, en las capitulaciones se podrá estipular, modificar o sustituir el régimen económico del matrimonio o cualesquiera otras disposiciones relacionadas, debiendo constar estas en escritura pública. Las capitulaciones pueden otorgarse antes o después de celebrado el matrimonio.

Mediante el régimen de comunidad de gananciales vigente actualmente en el sistema jurídico español, denominado “sociedad de gananciales”, se hacen comunes para el marido y la mujer las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, los que serán

atribuidos por mitad al disolverse la comunidad. Entre los bienes privativos de los cónyuges, están aquellos que ya les pertenecían antes de iniciar la sociedad de gananciales y los que adquieran después gratuitamente. Entre los bienes gananciales, están los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquier cónyuge, los frutos, rentas o intereses que produzcan los bienes privativos y los gananciales, los adquiridos a costa del caudal común, etc. La sociedad de gananciales se hará cargo del sostenimiento de la familia, de la adquisición, tenencia y disfrute de bienes comunes, de la administración ordinaria de los bienes privativos de cada cónyuge, etc., así como de las deudas contraídas por un cónyuge o por los dos.

Conforme a este sistema, y salvo que existan pactos en las capitulaciones matrimoniales que dispongan otra cosa, ambos cónyuges administran los bienes de la comunidad conyugal concurriendo de consuno a la decisión respecto del destino de los bienes sociales o gananciales y cada cónyuge administra sus bienes propios en forma independiente (artículo 1375).

Es necesario que marido y mujer presten su consentimiento para la administración de los bienes sociales, pero esta regla tiene excepciones, contemplándose varios supuestos en que se permite a uno de los cónyuges gestionar los bienes sociales sin concurrencia de la voluntad del otro, a saber:

- i.** Son válidos los actos de administración de bienes y de disposición de dinero o títulos valores realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren (artículo 1384).
- ii.** Cualquier cónyuge puede hacer liberalidades de uso sin el asenso del otro (artículo 1378).
- iii.** Cada cónyuge puede tomar como anticipo dinero ganancial para ejercicio de la profesión o la administración ordinaria de sus bienes (artículo 1382).
- iv.** Cada cónyuge puede disponer de los frutos y productos de sus bienes propios para efectos de la administración ordinaria de estos últimos (artículo 1381).
- v.** Cualquier cónyuge puede realizar gastos urgentes de carácter necesario (artículo 1386).²⁰⁸

²⁰⁸ Cfr. ALARCÓN PALACIO, Yadira. Régimen económico del matrimonio español... *op. cit.*, p. 88.

En opinión de Manuel Albaladejo, en los casos en que la ley autoriza a uno sólo de los cónyuges a actuar, el negocio jurídico es válido, pero “sin perjuicio de que en las relaciones entre ambos esposos el que no actuó pueda exigir al que lo hizo el reembolso, reposición o responsabilidad que proceda, si lo hecho no se ajustó verdaderamente al fin de atender la necesidad cuya atención debe ser cubierta con bienes gananciales”.²⁰⁹

Ante la ocurrencia de circunstancias extraordinarias que impidan el buen funcionamiento del sistema normal de administración de bienes, ésta se reúne en manos de uno solo de los cónyuges, ejerciendo, en tal caso, una administración de bienes extraordinaria. Eso ocurre si un cónyuge pasa a ser tutor o representante legal del otro (artículo 1387) o con autorización judicial, en casos de imposibilidad de prestar consentimiento, abandono de familia o separación de hecho (artículos 1376 y 1377). Si existe negativa injustificada, también podrá solicitarse autorización judicial para actuar en forma independiente si se trata de actos a título oneroso. En caso de actos a título gratuito, siempre debe haber la concurrencia de voluntades del marido y la mujer (artículo 1378).

3.5.2. La comunidad de bienes conyugales en la legislación francesa.

Colomer²¹⁰ explica que el régimen matrimonial del Código Civil francés de 1804, vigente hasta 1965, contemplaba que, en materia de gestión y disposición de bienes matrimoniales, el marido era el administrador único de los bienes del matrimonio y, por tanto, su patrimonio y el común se confundían frente a terceros. La mujer no podía intervenir en la gestión de la comunidad ni controlar la ejercida por el marido (salvo en caso de fraude). Pero, si bien era cierto que la casi totalidad de los poderes se encontraban concentrados en las manos del marido, tales poderes se encontraban equilibrados por toda una serie de garantías reservadas a la mujer.

²⁰⁹ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia. 9ª edición. Barcelona, España. Ed. Bosch. 2002. p.166.

²¹⁰ Cfr. COLOMER, André. *Droit Civil. Régimen matrimoniaux*, 9ª edición. París, Francia. Litec. 1998. pp.1-3.

Francia reformó su legislación sobre el matrimonio y las relaciones entre cónyuges en varias leyes sucesivas. Así, la ley de 13 de julio de 1965 disminuyó los poderes del marido y la mujer adquirió la administración de sus bienes propios; al mismo tiempo promovió la igualdad jurídica de los cónyuges y permitió a la mujer ejercer una profesión separada de su marido libremente, perdiendo este último el derecho de oponerse. La ley de 4 de junio de 1970 suprimió la calidad que tenía el marido de jefe de familia y, la dirección de ésta, fue asumida por ambos cónyuges, conjuntamente. La obligación de la mujer de seguir al marido fue reemplazada por la obligación de hacer vida común. Innovación fundamental de esta ley fue entregar la autoridad sobre los hijos a ambos padres. La ley de 11 de julio de 1975 borró otras manifestaciones de dependencia de la mujer casada, contrarias a la igualdad de los cónyuges. Así, la mujer tuvo derecho a tener su propio domicilio, se dispuso que ambos cónyuges debían contribuir a mantener el hogar común y ambos decidirían donde fijar el domicilio conyugal. La ley 85-1372 de 23 de diciembre de 1985, hizo desaparecer los últimos resabios de desigualdad y reequilibró las facultades de ambos cónyuges.

El régimen legal de bienes del matrimonio en Francia también consiste en un sistema de comunidad restringida de ganancias, de acuerdo a la ley N° 85-1372 de 1985. En este régimen, los bienes propios son gestionados por cada cónyuge de manera independiente al otro y la misma fórmula se aplica para los bienes comunes (artículo 1421 del Código Civil francés). Son administrados, indistintamente, por cualquiera de los cónyuges, actuando de manera individual, sin perjuicio de responder por las negligencias en que incurran en su gestión.

Se rompe la regla general en ciertos casos, exigiendo la ley que concurra el consentimiento conjunto de marido y mujer. Así ocurre en los actos de disposición entre vivos a título gratuito de bienes de la comunidad (artículo 1422 del Código Civil francés); en los actos de enajenación o gravamen con derechos reales de inmuebles, fondos de comercio y explotaciones pertenecientes a la comunidad, así como de los derechos sociales no negociables y de los muebles corporales cuya enajenación sea sometida a publicidad, y la percepción de los capitales provenientes de tales operaciones (artículo 1424 del Código Civil francés); en caso de arriendos de un predio rural o de un inmueble para uso comercial, industrial o artesanal –los demás arriendos de bienes comunes puede hacerlos un solo cónyuge y quedan sometidos a las reglas de los arriendos constituidos por el usufructuario (artículo 1425 del Código Civil francés);

los cónyuges no pueden disponer sin la voluntad del otro de los derechos que aseguran la vivienda de la familia, ni los muebles que la guarnecen (artículo 215 inciso 3° del Código Civil francés).

Procede la administración extraordinaria de la comunidad de bienes en virtud de autorización judicial, cuando uno de los cónyuges se encuentra de manera duradera fuera del estado de manifestar su voluntad, o si su gestión de la comunidad revela ineptitud o fraude. En estos casos, el cónyuge habilitado requiere la autorización de la justicia para los actos que necesitan el consentimiento conjunto (artículo 1426 del Código Civil Francés), también puede administrar los bienes propios del otro cónyuge si hay peligro para los intereses de la familia (artículo 1429 del Código Civil Francés).

3.5.3. La comunidad de bienes conyugales en la legislación italiana.²¹¹

En Italia, la Constitución de 1° de julio de 1945 había establecido la igualdad de derechos de ambos sexos y, hasta 1975, el régimen legal de bienes en el matrimonio fue el de separación de bienes. La reforma más importante que en esta materia se realiza al Código Civil italiano, se lleva a cabo por la ley N° 15, de 19 de mayo de 1975, que estableció como regla general de régimen matrimonial el de comunidad restringida de ganancias, en el que cada cónyuge puede administrar y disponer de los bienes sociales de manera independiente e indistinta (artículos 159 y 180 del Código Civil italiano). Los esposos pueden, sin embargo, declarar que eligen el régimen de la separación en el acto de celebración del matrimonio (artículo 162, párrafo 2°).²¹²

Las excepciones implican que se exija actuación conjunta de marido y mujer para ciertos actos, como ocurre en los supuestos de administración extraordinaria, en la estipulación de contratos en que se conceda o adquieran derechos personales de goce y la representación en juicio para las correspondientes acciones. En caso de negativa, lo que procede es la autorización judicial supletoria (artículo 181 del Código Civil italiano). En estas circunstancias, la falta de la

²¹¹ Vid. CORRAL TALCIANI, Hernán. Alternativas de Administración de bienes... *op. cit.*, p. 32.

²¹² Cfr. BRULLIARD, Germain. *La réforme du droit de la famille en Italie. Revue internationale de Droit Comparé*. Año 27° (3):645-660. París, Francia. 1975. p. 656.

voluntad de uno de los consortes se sanciona con la anulabilidad, si se trata de bienes raíces o muebles sujetos a publicidad, y con la obligación de recomponer la comunidad al estado en que estaba antes del acto o pagar su equivalencia si se trata de otros bienes.

La administración extraordinaria en el sistema italiano prevé que, en caso de alejamiento u otro impedimento de uno de los cónyuges, a falta de mandatario, el otro consorte puede proceder a la administración de bienes de manera individual, pero con autorización judicial (artículo 182 del Código Civil italiano). También, se puede solicitar la administración individual por exclusión judicial del otro cónyuge en caso de minoría de edad, interdicción, mala administración o falta de ésta (artículo 183 del Código Civil italiano).

3.5.4. Matrimonio y régimen patrimonial en la legislación alemana.²¹³

El matrimonio en Alemania se rige por su Código Civil (*Bürgerliches Gesetzbuch*) y exige, para contraerlo, que las partes tengan mayoría de edad, capacidad jurídica, no tener otro vínculo matrimonial, no tener relación familiar con el otro contrayente y acreditar la soltería.

Alemania concedió capacidad civil a la mujer casada en 1957.

Los contrayentes han de declarar en persona, y simultáneamente ante el funcionario del Registro Civil correspondiente, su voluntad de querer contraer matrimonio entre sí, pudiendo asistir a la ceremonia uno o dos testigos si los cónyuges así lo desean. El funcionario no puede negarse a declarar la unión matrimonial si se ha constatado que concurren todos los requisitos legales.

Se entenderá que el matrimonio se ha contraído, válidamente, una vez el funcionario lo haya inscrito en el Registro o en el Libro de Familia.

Entre los efectos generales del matrimonio, la legislación alemana dispone que el vínculo se contrae de por vida y obliga a los cónyuges a la convivencia matrimonial, los cónyuges

²¹³ Vid. CORRAL TALCIANI, Hernán. Alternativas de Administración de bienes... *op. cit.*, p. 31.

pueden elegir el apellido de cualquiera de ellos como apellido familiar (si no lo hacen cada uno sigue llevando el suyo), y la gestión presupuestaria y financiera de la casa pueden llevarla ambos cónyuges de mutuo acuerdo o uno de ellos bajo su propia responsabilidad.

El régimen económico legal, supletorio de la voluntad de las partes expresada en capitulaciones matrimoniales, es la compensación de ganancias patrimoniales (*Zugewinnausgleich*), que importa una técnica de protección conyugal cuando se verifican desigualdades económicas al terminar el régimen.

Según este régimen, cada cónyuge conserva su patrimonio anterior al matrimonio, que consiste en el patrimonio neto del cónyuge al inicio de este régimen económico matrimonial una vez restadas las obligaciones existentes.

Aquel patrimonio anterior de cada cónyuge y el patrimonio que cada uno de ellos adquiera tras el matrimonio por vía de sucesiones y/o donaciones, no se convierten en “patrimonio común”.

Cada cónyuge administra su patrimonio de manera independiente, con la salvedad de que cada cónyuge necesita la conformidad del otro para cualquier acto de disposición de la totalidad de su propio patrimonio. Hasta que el otro cónyuge preste su consentimiento, el tercero afectado podrá revocar las actuaciones. A falta de conformidad, el acto de disposición será ineficaz.

El patrimonio que pertenece a un cónyuge al finalizar este régimen es el resultado de haber añadido, al patrimonio inicial, las adquisiciones habidas durante la vigencia del régimen, una vez descontadas las obligaciones existentes.

Al finalizar el régimen, se pone en práctica una técnica de protección del cónyuge que, por diversas razones, se encuentre con un cúmulo de bienes inferior al del otro consorte. Para ello, se cuantifican las ganancias patrimoniales de cada cónyuge, una vez descontadas las obligaciones existentes. Si las ganancias de un cónyuge son superiores a las del otro, el cónyuge con menos ganancias -o cónyuge acreedor- tendrá derecho a percibir del otro cónyuge la mitad del exceso, a través de la demanda de compensación de ganancias.

El derecho del cónyuge acreedor surge con la finalización del régimen, es hereditario y transmisible; prescribe a los tres años, no obstante que puede demandar la compensación de las ganancias con anterioridad a dicha finalización, si el otro cónyuge no ha cumplido a tiempo con sus obligaciones económicas derivadas de la convivencia matrimonial; cuando ha concluido un contrato sin la conformidad del otro; cuando ha reducido su patrimonio de manera contraria a los mandatos de la buena convivencia matrimonial; o cuando le niega la información sobre su patrimonio.

Los cónyuges, sin embargo, pueden haber convenido otro régimen de bienes para el matrimonio, decidiendo si la administración será individual o conjunta. En caso de optarse por el régimen de comunidad, los cónyuges determinarán si la comunidad será administrada por el marido, la mujer o por ambos conjuntamente. A falta de declaración, se entiende que la administración será conjunta (§ 1422).

Sea que se haya decidido que la administración corresponderá sólo al marido o sólo a la mujer, la ley exige, de todas formas, consentimiento conjunto para ciertos actos. A saber, para disponer del patrimonio común en su conjunto (§ 1423); para disponer u obligarse a disponer de inmuebles o embarcaciones (§ 1424); para donar bienes comunes, salvo donaciones realizadas para dar cumplimiento a una obligación consuetudinaria o moral (§ 1425).

Finalmente, se establece que si el cónyuge administrador del patrimonio común hubiere consentido que el otro ejerciera una actividad comercial independiente, su consentimiento no es necesario para los negocios o conflictos jurídicos derivados de dicha actividad comercial. El silencio se mira como aceptación (§ 1431).

3.5.5. Régimen de bienes para el matrimonio según la legislación brasileña.²¹⁴

El Código Civil de Brasil es interesante en esta materia por su reciente data, habiendo sido dictado el año 2002. El sistema de administración de bienes matrimoniales instaurado en este cuerpo legal plantea, en primer lugar, que los cónyuges tienen libertad para estipular el régimen

²¹⁴ Vid. CORRAL TALCIANI, Hernán. Alternativas de Administración de bienes... *op. cit.*, p. 34.

que deseen a través de capitulaciones matrimoniales, señalando, para ello, las alternativas posibles, como la comunidad parcial, la comunidad universal, la participación en los gananciales (con comunidad diferida) y la separación de bienes.

El régimen legal supletorio es el de comunidad parcial, regulado en el artículo 1640 del Código Civil, y consiste en un régimen de comunidad restringido de ganancias. En éste, los bienes propios de cada cónyuge son administrados por su propietario, a menos que hayan convenido lo contrario en las capitulaciones prenupciales, mientras que los bienes comunes son administrados por cualquiera de los cónyuges, independientemente (artículo 1663).

No obstante ello, existen situaciones en que los bienes comunes deben ser administrados con la concurrencia de voluntades de marido y mujer: cuando se trate de actos a título gratuito que impliquen cesión del uso o del goce de los bienes comunes; cuando se trate de enajenar o gravar bienes raíces; cuando se actúe judicialmente, como demandado o demandante respecto de sus bienes; cuando haya de prestar fianza o ser aval; cuando otorgue una donación de bienes comunes no remuneratoria.

3.5.6. Régimen de bienes para el matrimonio según la legislación Argentina.²¹⁵

En el caso de Argentina, la administración de los bienes comunes también se hace en forma separada e independiente por cada cónyuge. El régimen legal imperativo del Código Civil argentino se denomina “sociedad conyugal”, consistente en un sistema de comunidad restringida de gananciales en que la administración se realiza por cada uno de los cónyuges, teniendo la administración y disposición de sus bienes propios y de los gananciales adquiridos con su trabajo personal o por cualquier título legítimo (artículo 1276.1).

Fuera de esta regla general, existen casos especiales en que se exige la administración conjunta por los cónyuges:

²¹⁵ Vid. CORRAL TALCIANI, Hernán. Alternativas de Administración de bienes... *op. cit.*, p. 35

- i. Cuando el acto concierna a bienes de origen incierto o dudoso, cuya administración debiera ser conjunta. A falta de acuerdo, deberá someterse el conflicto a decisión de un tribunal.
- ii. Cuando se trate de disponer o gravar bienes gananciales inmuebles, o bienes muebles registrables, aportes de dominio o uso de dichos bienes a sociedades y, tratándose de sociedades de personas, la transformación y fusión de éstas. En caso de negativa, procede autorización judicial supletoria.
- iii. Cuando se trate de disponer de un inmueble propio en que está radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces, salvo autorización judicial.

4. Protección del cónyuge más débil ante la crisis y ruptura matrimonial.

En este apartado revisaremos los mecanismos que contempla nuestra legislación para dar protección a los cónyuges, especialmente a aquel que, habiéndose dañado la relación matrimonial, ha resultado con mayores perjuicios actuales o tiene peores condiciones para subsistir por sí mismo en el nivel de vida que tendría, razonablemente, si el matrimonio hubiese seguido vigente y con un curso normal.

Pero antes de adentrarnos a las instituciones chilenas, examinaremos los más importantes modelos de protección al cónyuge débil que, en esta materia, ofrece el Derecho Comparado.

4.1. Modelos de Derecho Comparado de protección jurídica del cónyuge débil ante la ruptura matrimonial.

Los antecedentes empíricos a lo largo del mundo occidental revelan que, una vez producida la ruptura matrimonial, sea por divorcio, separación u otra alternativa, se genera un impacto económico negativo en la calidad de vida de los miembros de la familia, sobre todo en la del cónyuge que se

halle en situación de debilidad o desventaja económica, porque sufre los efectos perjudiciales de la extinción del estatuto protector del matrimonio.²¹⁶

Los Estados han asumido una función normativa también en estas circunstancias, regulando de distintas maneras las consecuencias del quiebre conyugal y la protección del cónyuge más vulnerable. La estrategia jurídica en esta materia busca conjugar el principio de autorresponsabilidad, que compele a cada parte a velar por la propia subsistencia una vez terminada la esfera de protección matrimonial, y el principio de solidaridad postconyugal, que impone el deber de asistencia, al menos transitoria, a aquel cónyuge que se encuentre en menor capacidad de procurar su bienestar por sí mismo -y que nosotros llamaríamos “débil”-, asignándosele, de paso, distinta naturaleza jurídica a las prestaciones creadas, sea asistencial o alimenticia, reparatoria de daños o, incluso, compensatoria de un enriquecimiento injusto.²¹⁷

Se debe añadir a las consideraciones, además, un factor de hecho relevante, y es que con frecuencia este cónyuge que requiere asistencia para subsistir, también ha quedado a cargo de los hijos matrimoniales y, por ende, su situación de vulnerabilidad y necesidad se acentúa, ya que también debe velar por la subsistencia y bienestar de la prole.

En este contexto, se han planteado, fundamentalmente, dos modelos en el Derecho Comparado:

- El modelo de obligación alimenticia post-matrimonial, y

²¹⁶ “...Ver, por ejemplo, en materia de impacto económico al cónyuge débil un informe de la Unidad de Apoyo al Proceso Legislativo, en alusión a *Historical Statistic of the United States* del U.S. Department of Commerce Bureau of the Census, que hace referencia a una estadística realizada a familias estadounidenses, que mostró que el divorcio tiene un impacto peor en las familias de los padres custodios, es decir, de aquellos que se ocupan del cuidado personal de los hijos tras la separación, que el que produjo la Gran Depresión de 1929 (Diario de sesiones del Senado, sesión 11ª [anexo de documentos], p. 2085 y siguientes). Además, véase FACULTAD de Ciencias Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Informe en respuesta a oficio L-Nº 136/01 de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, sobre los efectos producidos por el divorcio vincular en los países que lo han establecido (Diario de sesiones del Senado, sesión 11ª [anexo de documentos], p. 2029 y siguientes.)” ARTHUR DE LA MAZA, Guillermo. Revisión crítica de la compensación económica. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago de Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 2006. Profesor guía: Mauricio Tapia Rodríguez. p. 3.

²¹⁷ Cfr. TURNER SAELZER, Susan. Las prestaciones económicas entre cónyuges divorciados en la nueva ley de matrimonio civil. *Revista de Derecho*. 16:83-104. [en línea]. Valdivia, Chile. <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-9502004000100004&lng=es&nrm=iso>. [Consulta: 15 de Diciembre de 2010]. p. 87.

- El modelo de prestación compensatoria.

El primero, es característico de la legislación alemana. El segundo, se contempla con diversos matices en los ordenamientos de España, Francia y Suiza, entre otros.

4.1.1. Modelo de obligación alimenticia postmatrimonial.²¹⁸

En este modelo jurídico, se concede al cónyuge más débil (o perjudicado) el derecho a solicitar alimentos del otro en ciertos casos calificados, a partir de la declaración del divorcio o nulidad del matrimonio.

En consecuencia, la obligación alimenticia, que era eminentemente matrimonial, queda subsistente luego de la extinción de este vínculo; perdura, aunque ha desaparecido su fuente.

La obligación de alimentos postmatrimoniales se fundamenta en un supuesto objetivo para su procedencia, que es la situación de perjuicio sufrida por el cónyuge afectado, sin valorar las causas de dicho perjuicio.

Como se trata de una obligación de carácter alimenticia, es susceptible de ser revisada y modificada si las circunstancias de las partes cambian, lo que hace que la obligación, además de ser permanente o indefinida, sea volátil y tenga un destino relativamente incierto.

La prestación alimenticia debe satisfacer todas las necesidades vitales del alimentario y puede denegarse, reducirse o limitarse por razones de equidad; por ejemplo, por la corta duración del matrimonio.

Se critica a este modelo, por un lado, el hecho de obviar que la fuente de esta obligación es eminentemente matrimonial, derivada del deber de socorro recíproco entre cónyuges y, por otro, el hecho de impedir la consolidación patrimonial de las partes, ex cónyuges, en su nuevo

²¹⁸ En esta parte, se sigue a ARTHUR DE LA MAZA, Guillermo. Revisión crítica de la compensación económica... *op. cit.*, pp. 4-6.

estado de vida. Por último, la obligación alimenticia mantiene una fuente de conflictos entre los ex cónyuges, lo que es opuesto al propósito mismo del término de la comunidad de vida, esto es, terminar con sus desavenencias.

El Derecho italiano adopta este sistema de pensión alimenticia, así como también lo hace el Derecho alemán. Al respecto, el Código Civil alemán recoge esta figura concediendo al cónyuge divorciado el derecho a solicitar alimentos del otro cuando “no pudiere procurarse sustento tras el divorcio” (§ 1569), estando en situación que haga atendible la protección, que puede ser el hecho de estar impedido o limitado para ejercer una actividad comercial por estar dedicado al cuidado de los hijos comunes, o por razón de su edad, enfermedad u otros males; o por no encontrar en el nuevo estado una adecuada actividad comercial de acuerdo a su formación, capacidades, edad, estado de salud y condiciones de la vida conyugal; por tener recursos insuficientes para una adecuada subsistencia, caso en el que la prestación alimenticia compensará la diferencia o le permitirá adquirir educación y formación para desempeñarse en una actividad comercial adecuada en el futuro; etc.

Cabe señalar que, el sistema alemán, contempla este régimen, pero no en forma absoluta y excluyente, porque también contempla la posibilidad de acceder a una prestación compensatoria.

4.1.2. Modelo de prestación compensatoria.²¹⁹

En este modelo, se concede al cónyuge más débil el derecho a solicitar que se establezca la obligación, al otro cónyuge, de otorgar una prestación económica en su beneficio, acotada en el tiempo y en su monto, con el propósito de disminuir los efectos perjudiciales que provoca para el solicitante la disolución del matrimonio.

A diferencia del modelo de obligación alimenticia, en este caso no se interfiere con el proceso de separación o disolución del vínculo de los cónyuges y la escisión de los enlaces

²¹⁹ En esta parte, se sigue a ARTHUR DE LA MAZA, Guillermo. Revisión crítica de la compensación económica... *op. cit.*, pp. 6-9.

patrimoniales. En este caso, se trata de una prestación de carácter inmutable, con un monto determinado y a ser pagada de una sola vez o en otra forma previamente establecida.

Para evaluar la procedencia de la compensación, se observa la situación perjudicial objetiva que afecta a uno de los cónyuges, sin detenerse a escudriñar las causas de ésta.

Este tipo de prestación ha recibido distintos nombres en el Derecho Comparado, y cada legislación introduce, también, matices a su estatuto jurídico. El Código Civil Español recoge este modelo, concediendo el derecho a una pensión al cónyuge a quien “la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio” (artículo 97). En el Código Civil Suizo, se exige que se dé una contribución equitativa cuando no pueda esperarse “que un cónyuge pueda por sí mismo mantenerse convenientemente” (artículo 125). En Francia, el Código Civil otorga una “prestación destinada a compensar, tanto como sea posible, la disparidad que la ruptura del matrimonio cree en las condiciones de vida respectivas” (artículo 270). El BGB alemán, en tanto, impone que se entregue una pensión compensatoria si durante el matrimonio se hubieran constituido o mantenido para ambos cónyuges, o para uno de ellos, “esperanzas de derecho o expectativas de un futuro pago de una pensión por causa de edad o de incapacidad laboral o profesional” (§ 1587.1).

4.2. Instituciones del estatuto matrimonial chileno que protegen al cónyuge débil ante la crisis o ruptura matrimonial.

El Derecho, y especialmente la Ley de Matrimonio Civil, comprenden que la unión matrimonial no necesariamente cumple rigurosamente con ser “para toda la vida”, según reza el Código Civil. Como se señaló anteriormente, esta expectativa de perpetuidad era entre los romanos un propósito de los cónyuges, no una obligación o una necesidad, y fue el Derecho Canónico quien vino a imprimirle caracteres de perpetuidad y eternidad al elevar el matrimonio al grado de sacramento.²²⁰

²²⁰ *Vid. Supra* Capítulo I, epígrafe 2., referido a la influencia de la Iglesia Católica y el Derecho Canónico en las relaciones matrimoniales.

Nuestro Código Civil plasmó la concepción canónica en el artículo 102, señalando que marido y mujer se unen indisolublemente y para toda la vida. Pero, con la Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil, se incorporó el divorcio con disolución de vínculo, por lo que la idea de perpetuidad del vínculo nupcial ha vuelto a tomar el carácter de compromiso y propósito conyugal que, ante situaciones de crisis matrimonial, puede romperse.

Más allá del debate que se ha suscitado en torno a la indisolubilidad del matrimonio, importa acá revisar las técnicas jurídicas que ha implementado el legislador para responder a las necesidades del cónyuge que resulta más débil cuando existe una crisis o ruptura matrimonial.

Existe crisis o ruptura matrimonial cuando ocurre la separación de la vida común de los cónyuges (judicialmente declarada o sólo de hecho) o cuando opera el divorcio.

Una situación especial ocurre con la nulidad del matrimonio, porque, en rigor, no ocurre como resultado de la crisis de la pareja ni constituye, propiamente, una ruptura o término de la relación matrimonial, ya que nunca la hubo formalmente. La nulidad es una sanción jurídica que procede por la falta de concurrencia de requisitos establecidos en la ley para la celebración del matrimonio. Por lo tanto, esta sanción se aplica sin considerar el estado de buena o mala relación de convivencia que tenga la pareja en un momento determinado, aunque, hasta antes de la dictación de la Ley N° 19.947, la nulidad era el recurso usado por los cónyuges para romper o poner fin al vínculo nupcial ante situaciones de crisis irreparables -era el “divorcio a la chilena”-.

La protección del cónyuge más débil se encuentra expresamente regulada en la Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil, en su artículo 3°, que en su tenor literal señala "Las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés [...] del cónyuge más débil".²²¹ Con posterioridad, esta ley se ocupa, detalladamente, de regular aspectos relacionados con la separación de hecho y normar la separación judicial, el divorcio y la nulidad. En todos estos casos, existen disposiciones que dicen relación con la aplicación del principio de protección del cónyuge más débil. En armonía con estos preceptos, se deben aplicar otros que se encuentran contenidos en otras leyes, como el Código Civil y la Ley N° 14.908 sobre Abandono de familia y pago de pensiones alimenticias.

²²¹ *Vid. Supra* Capítulo II, relativo al cónyuge débil y su protección jurídica.

4.2.1. Obligación de alimentos entre cónyuges.

El deber de socorro emanado del matrimonio se mantiene inalterado cuando marido y mujer se encuentran viviendo separados, ya sea porque así lo han decidido de hecho, o bien, la separación ha sido declarada judicialmente. Pero en estas circunstancias de cese de la convivencia, el socorro se traduce en la obligación legal de alimentos entre cónyuges.

Es el artículo 102 del Código Civil el que establece el deber de socorro matrimonial, mientras que el artículo 321 del Código Civil establece que uno de los beneficiarios de la obligación de alimentos es el cónyuge –sea el marido o la mujer-. Por su parte, y de manera expresa, la ley de Matrimonio Civil establece la subsistencia de la obligación alimenticia a propósito de la separación de hecho, al señalar, en el artículo 21, que “[s]i los cónyuges se separaren de hecho, podrán, de común acuerdo, regular sus relaciones mutuas, especialmente los alimentos que se deban...”, y luego, en torno a la separación judicial, el artículo 35, inciso 2º, indica que la obligación alimenticia entre los cónyuges se rige por las reglas especiales contempladas en el Párrafo V del Título VI del Libro Primero del Código Civil, en concreto, los artículos 174, 175 y 177 del mencionado cuerpo legal.

Existe, en consecuencia, la posibilidad de que las partes, de mutuo acuerdo, regulen la cuantía y modalidad de la obligación de alimentos, o bien, que soliciten su establecimiento ante un tribunal.

Para determinar judicialmente la cuantía y forma de la obligación de alimentos entre los cónyuges, en primer lugar, se deberá establecer su procedencia, aplicando las normas generales establecidas en los artículos 321 y siguientes del Código Civil, además, se hará considerando que los alimentos deben habilitar al alimentario para subsistir modestamente, de un modo correspondiente a su posición social comprendiendo, a lo menos, el sustento, habitación, vestidos, salud, movilización y la enseñanza y aprendizaje de alguna profesión u oficio en caso necesario.²²² Con respecto a comprender la educación formal del alimentario en los alimentos debidos, creo que su consideración puede ser muy discutible, ya que si se acredita su existencia, realización y necesidad alimentaria al respecto, habría motivos fundados para considerarla como

²²² Cfr. RAMOS PAZOS, René. Derecho de Familia.... *op. cit.*, p. 207.

un “ítem” en los alimentos que, eventualmente, se decreten en beneficio del cónyuge que los requiere y, lo así resuelto, estaría ajustado a derecho mientras continúen las circunstancias que legitimaron la demanda, tal y como versa el artículo 331 del Código Civil. Por supuesto que, en definitiva, la necesidad de comprender y cubrir cada una de estas necesidades materiales, o sólo algunas de ellas, deberá ser apreciado prudencialmente por el juez en cada caso.

Luego de haberse determinado la obligación y las partes deudora y acreedora, corresponde aplicar las normas a que se refiere el artículo 35 inciso 2° de la ley de Matrimonio Civil: El artículo 174 dispone que el cónyuge que no haya dado causa a la separación tendrá derecho a que el otro lo provea de alimentos según las reglas generales y, en cambio, conforme al artículo 175, al cónyuge culpable de la separación se le fijarán los alimentos teniendo en especial consideración la conducta que haya observado el alimentario antes del juicio respectivo, durante su desarrollo o con posterioridad a él. Sin embargo, los efectos de la culpabilidad del cónyuge que dio lugar a la separación podrán ser morigerados por circunstancias graves en la conducta del solicitante (artículo 177 del Código Civil).

De esta manera, la ley establece un sistema de protección alimenticia del cónyuge que es más débil económicamente, pero, en seguida, la ley dispone que también se debe atender a las conductas subjetivas de cada cónyuge, a su culpabilidad y responsabilidad en la separación y en la relación de convivencia, para determinar la fijación de los alimentos.

Se ha criticado, no obstante, el hecho de que la ley incluya la apreciación de culpabilidad en el establecimiento de la obligación de alimentos para cónyuges separados, porque no parece acertado mezclar las instituciones jurídicas y terminar aplicando una especie de sanción al cónyuge deudor: De un lado, se trata de la obligación de socorro expresada pecuniariamente como obligación alimenticia, natural efecto del matrimonio y, de otro lado, de la crisis matrimonial y las causas de la separación. “Los alimentos no constituyen ni una suerte de multa aplicada a uno de los cónyuges por su actuar culpable ni una forma de reparación de los perjuicios sufridos por alguno de ellos. Por el contrario, su tratamiento normativo debiera reflejar el carácter asistencial que los caracteriza, como una respuesta a la concurrencia de condiciones objetivas de necesidad con una finalidad de supervivencia. Desde ese punto de vista, carece de justificación el hecho que en la vía de la separación-sanción el juez esté facultado para

alterar el monto de los alimentos, aplicando incluso una especie de compensación de culpas pues las consideraciones en torno a la causa de la separación no corresponden ser evaluadas ni en el elemento de la necesidad del alimentario ni en el de la capacidad económica del alimentante”.²²³

Cuando el matrimonio se extingue por divorcio, o se decreta su nulidad, la obligación alimenticia entre los ahora ex - cónyuges se extingue, ya que, desaparece su fundamento y fuente legal.

4.2.2. Los bienes familiares.

Los bienes pueden ser declarados como familiares para asegurar a la familia un hogar físico estable donde sus integrantes puedan desarrollar la vida con normalidad. La declaración de un bien como familiar se debe realizar durante la vigencia del matrimonio, pero esta condición perdura incluso después de disuelto el matrimonio, porque el hecho de que el matrimonio se extinga no produce la desafectación de pleno derecho del bien familiar, sino que esta designación subsiste.

Según el artículo 141 inciso 1° del Código Civil, los bienes familiares tienen cabida cualquiera sea el régimen matrimonial, y sus normas son de orden público, por lo que la voluntad de los cónyuges no las puede modificar o derogar (artículo 149 del Código Civil: “Es nula cualquiera estipulación que contravenga las disposiciones de este párrafo”).

Se puede declarar como bien familiar el inmueble de propiedad de cualquiera de los cónyuges, con tal que sirva de residencia principal de la familia (artículo 141), así como a los muebles que guarnece el hogar, siempre que sean de propiedad de uno o ambos cónyuges. También, se puede declarar como bien familiar los derechos o acciones que los cónyuges tengan en sociedades propietarias del inmueble que sea residencia principal de la familia (artículo 146).

²²³ TURNER SAELZER, Susan. Las prestaciones económicas entre cónyuges divorciados en la nueva ley de matrimonio civil. *Revista de Derecho*. 16:83-104. [en línea]. Valdivia, Chile. <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-9502004000100004&lng=es&nrm=iso>. [Consulta: 15 de Diciembre de 2010]. p. 88.

Con la declaración de bien familiar se logra proteger al cónyuge más débil y al resto de la familia si existen hijos y otros integrantes de ésta, porque se garantizan los bienes principales del establecimiento del hogar, impidiendo que el cónyuge beneficiado y el resto de la familia sean despojados de tales bienes, o que no les sean proporcionados en buena y suficiente forma. Para ello, se limita la facultad de disposición del propietario del bien, otorgando, además, un beneficio de excusión al cónyuge beneficiado.

En efecto, el cónyuge propietario no podrá enajenar o gravar el bien familiar voluntariamente, sino que deberá pedir autorización al cónyuge propietario para ello. La misma exigencia se da para la promesa de enajenar o gravar, y para la celebración de contratos de arrendamiento a su respecto, o de comodato, o cualquiera que conceda derechos personales de uso o goce sobre el bien familiar.

Cuando se trata de acciones o derechos sobre la sociedad propietaria, cualquier acto como socio o accionista que tenga relación con el bien familiar deberá realizarse con la voluntad de ambos cónyuges, y no se podrá disponer de los derechos o acciones en la sociedad sino con autorización del otro cónyuge.

La autorización del cónyuge no propietario debe ser específica y otorgada por escrito o por escritura pública si el acto requiere esa solemnidad, o interviniendo este cónyuge expresa y directamente de cualquier modo en el acto que se autoriza. Puede prestarse la autorización, también, por mandato especial y solemne (artículo 142 inc. 2°).

En subsidio, se puede contar con autorización judicial, en caso de imposibilidad o negativa del cónyuge beneficiado que no se funde en el interés de la familia (artículo 144).

Si no se cumple con los requisitos establecidos por la ley para realizar los actos mencionados, éstos adolecerán de nulidad relativa, y el titular de la acción rescisoria es el cónyuge no propietario que había sido beneficiado con la declaración de bien familiar. Para efectos restitutorios, respecto del bien raíz, los terceros adquirentes se consideran como de mala fe.

El artículo 148 del Código Civil otorga a ambos cónyuges reconvenidos el beneficio de excusión, pudiendo cualquiera de ellos exigir que, antes de proceder contra los bienes familiares, se persiga el crédito en otros bienes del cónyuge deudor. Se aplicarán las normas de la fianza para estos efectos, en lo que corresponda.

Otra arista de los bienes familiares consiste en que el juez puede constituir derechos de usufructo, uso o habitación sobre los bienes familiares, en beneficio del cónyuge no propietario (estos gravámenes no son propiamente una obligación alimenticia, pero tienen una naturaleza alimenticia, porque el juez debe considerar las fuerzas patrimoniales al determinarlo, y los acreedores del cónyuge beneficiado no los puede embargar).

Se ha criticado el estatuto jurídico de los bienes familiares desde distintos puntos de vista, los que exceden los objetivos de este trabajo, por lo que sólo los enunciaremos sucintamente, especialmente en aquello que resulta pertinente a la protección del cónyuge débil.

En primer lugar, el espectro de bienes susceptibles de ser afectados como bienes familiares es muy restringido, y casi se reducen al lugar físico que sirva como hogar familiar, mientras que sería aconsejable incluir también los bienes que puedan servir como sustento para la familia, y que no son necesariamente el lugar de residencia. Así ocurre en Derecho comparado, en casos como los de la legislación argentina (artículo 34 de la Ley N° 14.394)²²⁴ y peruana (artículo 489 del Código Civil de Perú).²²⁵

De acuerdo al pensamiento de Lathrop, el instituto de los bienes familiares estimularía la protección de la familia al poder entrar en funcionamiento no sólo cuando hay crisis entre los cónyuges, sino, también, como producto del acuerdo de éstos. Por ello, se ha criticado el hecho de que la declaración de un bien como familiar requiera de un procedimiento judicial contencioso cuando los cónyuges se encuentren de acuerdo en ello. La voluntad de los cónyuges se ve obstaculizada por la necesidad de requerir una declaración judicial, en circunstancias que

²²⁴ “Toda persona puede constituir en bien de familia un inmueble urbano o rural de su propiedad cuyo valor no exceda las necesidades del sustento y vivienda de su familia”.

²²⁵ “Puede ser objeto del patrimonio familiar: 1) La casa habitación de la familia; 2) Un predio destinado a la agricultura, la artesanía, la industria o el comercio [...] El patrimonio familiar no puede exceder de lo necesario para la morada o el sustento de los beneficiarios”.

sería aconsejable posibilitar que la declaración de bien familiar se hiciera mediante escritura pública, por mutuo acuerdo de marido y mujer, sin necesidad de someterse a la simulación de un juicio para lograr su objetivo.²²⁶

Otra circunstancia que merece críticas ocurre por deficiencias en la ley en cuanto al procedimiento de declaración de bien familiar, que admite que con el mérito de la sola presentación de la demanda se pueda afectar el bien como familiar. “Actualmente, para constituir provisionalmente un bien en familiar basta la sola presentación de la demanda, realidad que ha producido dos efectos no deseados: en primer lugar, se han producido abusos por la escasa publicidad que este acto reviste frente a terceros y, en segundo lugar, se ha hecho inútil la consecución del juicio pues la finalidad que con éste se persigue se alcanza con la sola declaración de carácter provisorio”.²²⁷

En cuanto al primer efecto negativo, resultan ejemplares las medidas adoptadas en legislaciones extranjeras como la de Argentina, Uruguay, Perú y Bolivia²²⁸, en que se han adoptado mecanismos de inscripción de la declaración de bien familiar para la publicidad de la afectación del bien, lo cual es necesario para la seguridad de los terceros y del cónyuge afectado.

La necesidad de una inscripción o anotación al margen de la afectación del bien como familiar es, también, un mecanismo útil para poner término al segundo efecto no deseado que hemos mencionado, pues no es posible que baste la declaración provisional del bien familiar para perpetuar sus efectos, tanto respecto de terceros como del otro cónyuge y la familia. La publicidad debida acreditaría a los interesados el hecho de ser la declaración de bien familiar un acto definitivo o no, implicando la validez y eficacia de los actos jurídicos celebrados a su respecto, por lo que instaría al cónyuge solicitante a continuar con el procedimiento judicial

²²⁶ Cfr. LATHROP GÓMEZ, Fabiola. Modificaciones en materia de bienes familiares. Santiago. Chile. Leves y Sentencias, Puntolex. (70):74-79. Octubre 2008. p. 75.

²²⁷ LATHROP GÓMEZ, Fabiola. Modificaciones en materia de bienes familiares... *op. cit.*, p. 76.

²²⁸ En Argentina, el artículo 34 de la Ley N° 14.394 dispone que: "La constitución del bien familiar produce efectos a partir de su inscripción en el Registro Inmobiliario correspondiente", constituyendo la inscripción un requisito de validez; En Uruguay, el artículo 8 del D.L. N° 15.597 señala que la falta de publicación e inscripción hará inoponible la afectación a terceros; En Perú, según el artículo 496 n° 6) del Código Civil, la inscripción en el registro respectivo es un requisito de validez de la constitución del patrimonio familiar; en Bolivia se exige no sólo la inscripción en el registro de derechos reales sino también la publicación, todo ello, con el fin de poner esta medida en conocimiento de terceros.

hasta lograr su objetivo mediante la declaración definitiva del bien como familiar por parte del Tribunal.

Otro punto criticable tiene que ver con los actos jurídicos que la ley admite ejecutar sobre el bien familiar. El artículo 142 del Código Civil establece que para la enajenación, gravamen o promesa de enajenación o gravamen, se requerirá autorización del cónyuge no propietario, y se exige la misma autorización para la celebración de contratos de arrendamiento, de comodato o de otro tipo de contratos que concedan derechos personales de uso o de goce sobre algún bien familiar. En rigor, resulta que todos estos actos jurídicos contravienen el fundamento de la institución del bien familiar, que busca garantizar la residencia principal de la familia, es decir, un hogar físico estable para que la familia se desenvuelva normalmente y sus integrantes puedan cumplir sus roles y funciones. De acuerdo a la doctrina²²⁹, dicho fin desaparece o se torna, al menos, dificultoso, si se otorga un contrato que concede derechos personales de uso o de goce respecto del bien familiar a terceros y, a nuestro juicio, ocurre el mismo contrasentido si el bien se enajena, se grava, o se promete enajenar o gravar, porque nada asegura que el producto de la enajenación sea destinado a una nueva residencia principal de la familia, ni que el gravamen sea tal que no interfiera con ésta.

Pensamos en dos opciones para salvar estas contradicciones. Una interpretación podría entender que los bienes que se pueden enajenar, gravar, prometer enajenar o gravar, o respecto de los cuales se puede conceder derechos personales de uso o goce son los muebles que guarnecen la residencia principal de la familia, y no el bien raíz mismo. Otra alternativa sería reconocer que en nuestro Derecho el bien familiar no sólo tiene por objetivo asegurar el hogar de residencia de la familia, sino que también se referiría a inmuebles que pueden servir para el sustento de ésta. Sin embargo, consideramos que la incertidumbre legal requiere una aclaración y modificación expresa.

En otro ámbito, se ha considerado que la protección legal del bien familiar frente a las demandas de terceros es insuficiente, porque con la declaración de bien familiar éste no deviene en inembargable, con lo que el beneficio de excusión especial que se otorga a los cónyuges

²²⁹ Cfr. LATHROP GÓMEZ, Fabiola. Modificaciones en materia de bienes familiares... *op. cit.*, p. 77.

(artículo 148 del Código Civil) sólo retrasa la posibilidad de embargo respecto de ese bien, subsistiendo la posibilidad de que sea embargado con posterioridad.²³⁰

4.2.3. Compensación económica.

Según el artículo 61 de la ley de Matrimonio Civil "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." Esta disposición incorpora al ordenamiento jurídico la institución de la compensación económica, consistente en una prestación pecuniaria, procedente en caso de declararse el divorcio o la nulidad, destinada a compensar un menoscabo económico sufrido por uno de los cónyuges durante el matrimonio.

La compensación económica así establecida es el medio que el legislador concibió como conveniente para proteger al cónyuge más débil por los efectos patrimoniales negativos que pudiera acarrear el divorcio o la nulidad del matrimonio. "En este precepto encuentra su más potente manifestación el principio de la protección del interés del cónyuge más débil consagrado por el artículo 3 de la ley y que, para estos efectos, es el que por dedicarse al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común no pudo desarrollar una actividad remunerada durante el matrimonio o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería".²³¹

Esta institución es nueva en nuestro ordenamiento jurídico y, aunque el legislador tuvo como modelo diversos mecanismos de Derecho Comparado, ninguno de ellos fue adoptado totalmente. Así, se ha señalado que nuestra compensación económica tuvo como paradigmas a

²³⁰ Cfr. LATHROP GÓMEZ, Fabiola. Modificaciones en materia de bienes familiares... *op. cit.* p. 77.

²³¹ VIDAL OLIVARES, Álvaro. La compensación económica en la ley de Matrimonio Civil. ¿Un nuevo régimen de responsabilidad civil extracontractual? Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, (215-216): 265-287, enero 2004. p. 266.

los modelos del Derecho Civil francés y del Derecho Civil español, los cuales corresponden a sistemas de prestación compensatoria, según vimos al iniciar este apartado.²³²

La compensación económica procede cualquiera sea el régimen matrimonial que hayan tenido los cónyuges. No pretende distribuir los gananciales de la comunidad de vida, sino que compensar a aquel cónyuge que sufra un menoscabo económico específico tras la disolución del matrimonio por divorcio o nulidad.

Al establecer esta compensación, el legislador tuvo por propósito la idea de que ninguno de los cónyuges vea empeorada su posición económica o quede impedido de rehacer su vida autónomamente, a causa de haber postergado su provecho personal en beneficio de la comunidad de vida, su consorte, o la familia común. “La disparidad o desequilibrio económico resulta más patente si se tienen en cuenta los efectos patrimoniales derivados de la disolución del vínculo, como la pérdida de las expectativas sucesorias”.²³³

En el caso de la compensación económica, el reconocimiento de la existencia de una comunidad de vida previa, que motivó el desarrollo profesional o laboral de un cónyuge y la dependencia económica del otro, hace imperativo que, una vez disuelta, el primero colabore con el posicionamiento económico del segundo. En palabras de la profesora Susan Turner, dicho reconocimiento “exige, como criterio mínimo de justicia material, que aquel [cónyuge] que se hizo dependiente del otro en razón del matrimonio, reciba un monto de dinero que le permita iniciar o retomar, según el caso, su vida laboral”.²³⁴

Una sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua expone que, con el instituto de la compensación económica establecido en el artículo 61 de la Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil, “...Se ha buscado [...] reparar el desequilibrio económico que se puede originar luego del quiebre matrimonial, al cesar la obligación de socorro que tenían los cónyuges entre sí,

²³² *Vid. Supra* Capítulo III, epígrafe 4.1., referido a los modelos de Derecho Comparado de protección jurídica al cónyuge débil ante la ruptura matrimonial.

²³³ VIDAL OLIVARES, Álvaro. La compensación económica en la ley de Matrimonio Civil... *op. cit.*, p. 266.

²³⁴ TURNER SAELZER, Susan. Las circunstancias del artículo 62 de la nueva ley de matrimonio civil: naturaleza y función. *En*: Estudios de Derecho Civil Universidad Austral de Chile. Coordinación: VARAS BRAUN, Juan y TURNER SAELZER, Susan. Valdivia, Chile. Lexis Nexis, 2005. p. 491.

protegiendo así al cónyuge más débil. En efecto, es común que uno de los cónyuges logre una situación económica más expectable que el otro, debido justamente al apoyo que recibió del cónyuge más débil, por lo que este último deberá ser compensado”.²³⁵ Aunque la jurisprudencia recién citada tiende a otorgar un carácter indemnizatorio o resarcitorio a la compensación económica, la verdad es que es discutible su naturaleza jurídica.²³⁶ La doctrina está conteste en que no se trata de una obligación con carácter alimenticio, pero difiere en cuanto a ser una indemnización de perjuicios²³⁷, una restitución por enriquecimiento sin causa²³⁸, una compensación de naturaleza funcional y variable²³⁹ o una figura sui generis²⁴⁰.

A propósito de este tema y del trabajo de Barrientos y Novales, debemos hacer un par de observaciones. Los autores referidos sostienen que, entre los fundamentos que harían procedente una compensación económica, se encontrarían la necesidad de remuneración equitativa de la prestación de servicios que realizó el cónyuge que se dedicó a las labores del hogar y al cuidado de los hijos; a la necesidad de reparar o indemnizar los daños sufridos durante el matrimonio por hechos ilícitos del otro cónyuge; por el lucro cesante acontecido con ocasión de haber destinado su trabajo a labores domésticas y de cuidado familiar; por concepto de costo de oportunidad derivado de lo mismo; y por el daño moral causado durante el matrimonio o en su ruptura.²⁴¹

A nuestro juicio, en cambio, no resulta conveniente identificar la compensación económica con supuestos de remuneración por servicios domésticos o de cuidado de los hijos, ya

²³⁵ *Ortiz/Contreras* (2007): Corte de Apelaciones de Rancagua. 26 de noviembre de 2007. (Recurso de apelación Rol 247-2007. Considerando 8°).

²³⁶ Cfr. VIDAL OLIVARES, Álvaro. La compensación económica en la ley de Matrimonio Civil... *op. cit.*, p. 266.

²³⁷ Cfr. TURNER SAELZER, Susan. Las prestaciones económicas entre cónyuges... *op. cit.* pp. 102-103.

²³⁸ Cfr. COURT MURASSO, Eduardo. Nueva Ley de Matrimonio Civil. Ley 19.947 de 2004 analizada y comentada. Bogotá, Colombia. Editorial Legis. 2004. pp. 98-99. COURT hace un distingo acerca de la naturaleza jurídica de la compensación económica, según la causal en virtud de la cual se decreta: estima que constituye una verdadera indemnización de perjuicios fundada en el enriquecimiento sin causa, en especial, si se otorga tomando en cuenta la duración de la vida en común de los cónyuges; pero, si la compensación se concede únicamente en atención a la edad, estado de salud y situación previsional del cónyuge, tendría más bien un carácter asistencial.

²³⁹ Cfr. TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. La compensación económica en la Ley de Divorcio. La Semana Jurídica (247):4-5. Enero 2006. Santiago, Chile. Lexis Nexis. 2006. p. 4.

²⁴⁰ Cfr. VELOSO VALENZUELA, Paulina. Algunas reflexiones sobre la compensación económica. Actualidad Jurídica Universidad del Desarrollo. Año VII (13):171-ss. Santiago-Concepción. Enero 2006. pp. 186-187.

²⁴¹ Cfr. BARRIENTOS GRANDON, Javier; NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu. Nuevo derecho matrimonial chileno... *op. cit.*, pp. 405-410.

que la falta de valorización pecuniaria de éstos no significa que no correspondan a la manera que tiene este cónyuge de cumplir con su deber de proveer a las necesidades de la familia. Por lo demás, resultaría muy difícil cuantificar la remuneración para este conjunto de labores. Y en cuanto a las hipótesis de indemnización por daños, discrepamos que la compensación económica venga a ser una forma de pago de dichas indemnizaciones que, en caso de ser procedentes, constituyen un ítem aparte y paralelo a la compensación. Consideramos que la compensación económica no excluye el ejercicio de la acción indemnizatoria por el daño aquiliano producido por el otro cónyuge, o por la infracción de deberes y obligaciones propios del matrimonio.

“El menoscabo económico no se traduce en un daño sino en un desequilibrio o disparidad económica entre los dos cónyuges que impide que ambos rehagan su vida separada en un plano de igualdad”.²⁴²

En virtud del artículo 61 de la ley de Matrimonio Civil, para que proceda la compensación económica, se requiere:

- i) Que el matrimonio se disuelva por divorcio o nulidad: El solicitante de la compensación económica puede ser el demandante o el demandado en juicio de nulidad o divorcio.
- ii) Que uno de los cónyuges se haya dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común: Respecto a este requisito, el artículo 61 de la ley de Matrimonio Civil adolece de varias omisiones. En primer lugar, no especifica en qué tiempo deben desarrollarse estas labores para que proceda la compensación económica. Dado que la ley no contiene restricciones, puede concluirse que el cuidado de los hijos puede haberse ejercido en cualquier tiempo, antes o después de la separación de hecho, mientras que las labores propias del hogar común, pueden haberse realizado en cualquier momento, siempre y cuando el hogar haya sido común (compartido), es decir, antes de la separación de hecho: la norma habla del hogar “común”, refiriéndose al periodo de convivencia de marido y mujer; el menoscabo económico se funda en la distribución de roles del

²⁴² VIDAL OLIVARES, Álvaro. La compensación económica en la ley de Matrimonio Civil... *op. cit.*, p. 267.

matrimonio en que un cónyuge cede su posibilidad de desarrollo profesional y económico a favor del desarrollo del otro –claro, ambos con miras al progreso de la familia común-, por lo que las actividades que realice cada cual luego de separarse es un tema distinto, y no incide en el menoscabo que la compensación pretende paliar.

La ley de Matrimonio Civil tampoco se ocupó de precisar qué debe entenderse por "cuidado de los hijos" y por "labores propias del hogar común". A nuestro juicio, el cuidado de los hijos podemos entenderlo como la labor tendiente a velar por la educación, crianza y establecimiento de los hijos comunes; y, las labores propias del hogar común corresponderían al trabajo necesario para la mantención y desarrollo del hogar y de la familia.

iii) Que a causa de ello, ese cónyuge no haya podido desarrollar una actividad lucrativa o remunerada o lo haya hecho en menor medida de lo que podía y quería: La ley N° 19.947 no especificó lo que debía entenderse por "actividad lucrativa o remunerada". Según el uso corriente de estos términos, se trata de aquellas actividades cuya realización importa la percepción de beneficios económicos correlativos, que pueden consistir en remuneraciones, rentas, dividendos o algún otro ingreso semejante. El cónyuge solicitante deberá probar la restricción de ejercicio lucrativo o remunerado que le provocó el dedicarse al cuidado de los hijos y del hogar y probar, también, el estándar de desarrollo que se reclama perdido, siendo relevantes para estos efectos los antecedentes que el solicitante acompañe en relación a su cualificación profesional y su experiencia laboral. Debe advertirse, también, que no basta con que el estándar perdido se haya podido desarrollar, sino que además se requiere que se haya “querido” desarrollar, cuestión que en los hechos es realmente discutible y difícil de probar.

“¿Qué debemos entender por trabajar “en menor medida de lo que podía y quería”? Esta fórmula implica fijar un máximo posible para cada caso tanto en el aspecto del poder como del querer, cuestión que, por ejemplo, en mercados laborales cambiantes y cuando se trate de matrimonios de larga data es muy difícil. Pero, aun asumiendo que estas fórmulas abiertas empleadas para configurar el menoscabo no sitúan al juez en un escenario más dificultoso que aquel en que se encuentra en todos los procesos en que

debe tasar los perjuicios sufridos por una de las partes, en mi opinión la situación en la compensación económica se presenta agravada por cuanto la distribución de tareas dentro del matrimonio, remuneradas o no, surgieron del acuerdo privado de los cónyuges. En este sentido, parece más legítima la intervención judicial destinada a precaver situaciones perjudiciales futuras que aquella dirigida a una revisión de los roles asumidos por los cónyuges –recordemos que la protección de los intereses de los hijos está excluida de la compensación económica– durante el matrimonio”.²⁴³

iv) Que, en definitiva, la concurrencia de lo anterior le haya provocado un menoscabo económico: De acuerdo a la historia fidedigna de la ley, el menoscabo económico corresponde al impacto negativo que la disolución del matrimonio genera en las condiciones generales de vida de los cónyuges y en sus expectativas de vida futura. Por lo tanto, la ley distingue que habrá ocasiones en que la falta de ejercicio de actividad lucrativa o remunerada por la dedicación a las labores del hogar común y el cuidado de los hijos no implica, necesariamente, un efecto negativo para el cónyuge afectado, por lo que se debe acreditar la existencia de un menoscabo y, en caso contrario, no procedería la compensación económica.

Por la concurrencia de todos estos requisitos, resulta que el derecho a tener una compensación económica viene a ser el método de protección del cónyuge que fue más débil durante la vigencia de la unión nupcial. La compensación económica reconoce expresamente que el cónyuge que pretende proteger no pudo desarrollarse económicamente durante el matrimonio, y ya que el estatuto protector del vínculo conyugal desaparece, la compensación se propone, tal como su nombre lo dice, paliar y compensar la debilidad económica sufrida.²⁴⁴

²⁴³ TURNER SAELZER, Susan. Las prestaciones económicas entre cónyuges... *op. cit.*, p. 105.

²⁴⁴ El profesor Corral ha identificado dos hipótesis que no tendrían espacio para la compensación económica, lo que implicaría un vacío legal: el de un cónyuge que se dedicó libremente a las tareas del hogar pudiendo trabajar; y, el de otro que no se dedicó a esas labores ni a desarrollar una actividad lucrativa por estar afectado por una enfermedad inhabilitante. CORRAL TALCIANI, Hernán, Ley 19.947: Una ley de paradojas. Comentario a la nueva ley de matrimonio civil. Revista Chilena de Derecho Privado (2):259-272, Santiago, Diciembre 2004. p. 267.

Discrepamos de tal apreciación porque, en el primer caso, se excluye un requisito de la compensación económica, esto es, el “querer” desarrollar una actividad remunerada o lucrativa, y en el segundo caso se excluye el “poder” realizarla.

El artículo 63 establece que la procedencia de la compensación económica, su monto y su forma de pago podrán ser convenidos por los cónyuges mayores de edad, a través de la celebración de una escritura pública o acta de avenimiento, debidamente aprobada por el tribunal, o bien, quedará a cargo de este último establecer si procede o no dicha compensación y cuál sería su monto y forma de cumplimiento (artículo 64).

Para los casos en que el juez debe determinar la compensación económica, el artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil contempla elementos para la determinación del menoscabo y la compensación económica que se deben tomar en cuenta “especialmente” y, en todo caso, de manera no taxativa. Así, establece que se debe considerar la duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges, el estado patrimonial actual de las partes, la buena o mala fe de los cónyuges –lo que viene a ser un análisis de comportamientos y responsabilidades en todo ámbito, porque no se refiere a aspectos específicos²⁴⁵-, la edad y estado de salud del solicitante, su situación en materia de beneficios profesionales y de salud, su cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral y la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge.

En opinión de la profesora Paulina Veloso, de la lectura del artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil “se puede concluir que algunos de los criterios allí establecidos miran el pasado, más específicamente a la causa del menoscabo. Ellos son: la duración del matrimonio; de la vida en común; y la colaboración en la actividad lucrativa. Otros se refieren al presente, esto es: la situación patrimonial de ambos cónyuges y sus facultades y necesidades económicas. En efecto, tales son: la situación patrimonial (artículo 66); la edad del cónyuge beneficiario (obviamente también del cónyuge deudor); el estado de salud del cónyuge beneficiario (también del cónyuge deudor); y la materia de beneficios de previsión y salud. Puede agregarse la labor de educación y crianza de los hijos aún menores. Por último, hay criterios que apuntan al futuro y conllevan el análisis de la probable inserción del cónyuge beneficiario en el mercado de

²⁴⁵ En este sentido, el senador José Antonio Viera Gallo sostuvo que este criterio podría llevar a la apreciación de hechos de otra naturaleza, que nada tienen que ver con el fundamento y naturaleza de la compensación económica. Diario de Sesiones del Senado, sesión 33a, 21 de enero de 2004, p. 4773.

trabajo y sus ingresos futuros. Esto es, las posibilidades de acceso al mercado de trabajo, la cualificación profesional y también la probable pensión de vejez”.²⁴⁶

El inciso segundo del mismo artículo expresa que, en caso de decretarse el divorcio por falta imputable a uno de los cónyuges 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, haciendo intolerable la vida en común, el juez podrá denegar la compensación económica que habría correspondido al cónyuge culpable, o disminuir prudencialmente su monto.

En la práctica, la solicitud de divorcio o nulidad no coincide, necesariamente, con el término de la convivencia de las partes, o bien, la dedicación a las labores del hogar o el cuidado de la familia (entendida ampliamente, pero, sin pretender dar un concepto acabado de ésta) no se identifica estrictamente con el tiempo de duración del matrimonio. Así, por ejemplo, podría ocurrir que la separación haya ocurrido hace muchos años y las condiciones económicas de los cónyuges hayan variado como consecuencia de sus circunstancias inmediatas, en que nada tenga que ver el vínculo matrimonial y la forma en que se realizó la convivencia y la distribución de roles; o también sería posible, por el contrario, que una pareja haya mantenido una unión de hecho por largos años, y luego de casarse el matrimonio haya durado muy poco tiempo, situación en la que, más que mirar el tiempo en que vivieron como casados, sería justo atender al largo periodo en que tuvieron una situación de convivencia. En este sentido, el profesor Mauricio Tapia advierte que existe un grave riesgo de que los tribunales comiencen a "efectuar una aplicación automática de los criterios de procedencia y cuantía de la compensación económica y a justificarla en tales argumentos formales sin apreciar con detención el modelo de relación que antecedió a la ruptura".²⁴⁷ El juez debe, en primer lugar, apreciar minuciosamente la realidad de vida pasada de los cónyuges y, enseguida, aplicar los criterios que sean congruentes con esa realidad.²⁴⁸

También, es necesario dejar en claro que, si bien el impacto negativo en las condiciones de vida de un cónyuge constituye un presupuesto de procedencia de la compensación económica, en ningún caso ésta pretende mantener perpetuamente las condiciones de vida del matrimonio, sino

²⁴⁶ VELOSO VALENZUELA, Paulina. Algunas reflexiones sobre la compensación económica... *op. cit.*, p. 130.

²⁴⁷ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. La compensación económica en la Ley de Divorcio... *op. cit.*, p. 4.

²⁴⁸ Cfr. TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. *Ibidem*.

que simplemente corregir la desventaja que tiene, con respecto al otro, aquel cónyuge que se dedicó a los hijos o al hogar, y que deberá enfrentar su vida separadamente.

“Otro aspecto de la compensación económica que, a mi juicio, merece una consideración crítica es su deficiente regulación temporal, manifestada en la ausencia de un plazo máximo para su pago y en la falta de claridad en cuanto al momento en que debe apreciarse el menoscabo económico. Las modalidades de pago contempladas en el art. 65 –entrega de una suma de dinero, acciones u otros bienes o constitución de derechos de usufructo, uso o habitación– y la forma supletoria de pago en cuotas del art. 66, no contienen límite temporal alguno. De esta forma, y sin que se contemplen vías para solicitar la reducción o extinción de la compensación, la parte deudora podría quedar vinculada económicamente durante años con quien la ley declaró ya no ser su cónyuge, sin consideración alguna de las variaciones que pueda sufrir su capacidad económica o la situación patrimonial de la parte acreedora. Ello, además de constituir un desincentivo al trabajo tanto del cónyuge beneficiario como del cónyuge deudor, importa un tal desincentivo a la obtención de acuerdos en materia de compensaciones económicas”.²⁴⁹

La compensación económica puede ser solicitada como punto accesorio a la nulidad o divorcio, pero también puede ser establecida por voluntad de las partes. El artículo 63 de la ley de Matrimonio Civil dispuso que la compensación económica, su monto y forma de pago, pueden ser convenidos por los cónyuges, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: que ambos sean mayores de edad; y, que el acuerdo conste por escritura pública o en avenimiento aprobado por el tribunal.

Las alternativas que plantea la vida real son infinitas, por lo que la determinación de la procedencia de la compensación económica y su cuantía van a tener que ser minuciosamente estudiadas para cada uno de los casos, atendiendo a innumerables factores, y no sólo haciendo una aplicación automática de los requisitos y elementos legales en abstracto.²⁵⁰ Pero se puede sostener que el principio general, orientador, y que jamás podrá desatenderse, es la protección del cónyuge más débil.

²⁴⁹ TURNER SAELZER, Susan. Las prestaciones económicas entre cónyuges... *op. cit.*, p. 127.

²⁵⁰ Para un análisis extenso sobre la compensación económica, *Vid.* PIZARRO WILSON, Carlos; VIDAL OLIVARES, Álvaro. La Compensación Económica por Divorcio o Nulidad Matrimonial. Santiago de Chile. Editorial Legal Publishing. 2010. pp. 491-498.

La compensación consiste en una suma de dinero o prestación única a pagarse en la modalidad que el juez, conforme a la ley, disponga. Con ello, se busca “poner fin de una sola vez al problema de los efectos patrimoniales del divorcio, evitando perpetuar en el tiempo la discusión y conflictos entre los ex cónyuges”.²⁵¹

4.2.4. El acuerdo completo y suficiente en caso de separación y divorcio.

La Ley de Matrimonio Civil establece imperativamente que deberá acompañarse un convenio regulador de las relaciones familiares –entre cónyuges y para con los hijos- para efectos de llevarse a cabo con posterioridad a la sentencia judicial que establezca las nuevas situaciones jurídicas de separación judicial y divorcio. En tanto, esta clase de acuerdos es facultativa para los casos de separación de hecho.

El artículo 21 de la Ley de Matrimonio Civil establece que los cónyuges que vivan separados de hecho podrán, de común acuerdo, regular sus relaciones mutuas, especialmente aquellas relacionadas con los alimentos (artículo 321 del Código Civil) y las cuestiones relativas al régimen de bienes del matrimonio, y las relaciones con respecto a los hijos. Y en caso de falta de acuerdo, la ley faculta a cualquiera de los cónyuges para solicitar la regulación de estas materias judicialmente (artículo 23 Ley de Matrimonio Civil).

Cuando los cónyuges piden que se decrete su separación judicial, deben acompañar un acuerdo que regule las materias señaladas por el artículo 21 recién mencionado y, aún más, el artículo 27 de la ley establece expresamente que el acuerdo deberá procurar aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establecer relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuya separación se solicita. El hecho de que el acuerdo sea suficiente, de conformidad a los parámetros legales, será evaluado por el juez y, en caso necesario, subsanará las deficiencias que observe o lo modificará totalmente (artículo 31 de la misma ley).

²⁵¹ VIDAL OLIVARES, Álvaro. La compensación económica en la ley de Matrimonio Civil... *op. cit.*, p. 269.

Casi el mismo texto normativo anterior es el que reproduce el artículo 55 de la ley de Matrimonio Civil, pero, esta vez, en relación a la solicitud de divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges. Junto a la petición de divorcio las partes deben acompañar un acuerdo completo y suficiente, que regule las materias contempladas en el artículo 21, es decir, las relaciones entre ellos y para con los hijos, y en especial, que procure aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura, así como establecer relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuyo divorcio se solicita (artículos 27 inc. 2° y 55 inc. 2° de la Ley de Matrimonio Civil).

Tanto el artículo 27 como el 55 de la Ley de Matrimonio Civil establecen un requerimiento de protección de los cónyuges y, aunque no se precisa la existencia de una “debilidad” o desventaja, sí invita a las partes a prevenir esta circunstancia por iniciativa propia. Estas normas pretenden que las partes sean conscientes de las consecuencias negativas que podría causar la separación o el divorcio y que, a la vez, traten de plantear soluciones a ellas. No obstante, siempre queda a salvo la intervención del juez para calificar que sea completo y suficiente el acuerdo que propongan los cónyuges y para modificarlo adecuándolo al espíritu de la ley y, en especial, al principio de protección del cónyuge más débil, de conformidad al artículo 3 de la Ley de Matrimonio Civil.

En los siete años que han transcurrido de vigencia de la Ley de Matrimonio Civil, no se ha desarrollado abundante jurisprudencia ni doctrina respecto a la figura de este acuerdo. Respecto a la naturaleza jurídica que reviste, la profesora Lathrop²⁵² ha elaborado un estudio de las distintas calificaciones que se le podrían atribuir, basándose, principalmente, en bibliografía y Derecho español por ser éste la fuente de la normativa chilena en la materia. Lathrop considera que “la postura más acertada es la que, sin negar el carácter negocial de este acto jurídico familiar, logra distinguir dos cuestiones que aparecen claras en la ley; esto es, lo atinente a las relaciones económicas entre cónyuges y las relaciones parentales”.²⁵³ La regulación de las cuestiones económicas entre los cónyuges, que versará sobre el régimen de bienes y los alimentos o la compensación económica, constituiría una verdadera transacción judicial, frente a

²⁵² Cfr. LATHROP GÓMEZ, Fabiola. Naturaleza jurídica del acuerdo regulador de la crisis matrimonial. *Gaceta Jurídica*, (333):20-37. Marzo, 2008. p. 20.

²⁵³ LATHROP GÓMEZ, Fabiola. Naturaleza jurídica del acuerdo regulador... *op. cit.*, p. 32.

la cual el juez decidirá la homologación o no de su contenido. En tanto, en lo que se refiere a las relaciones paterno-materno-filiales no sería posible hablar de transacción ni contrato, ya que no se trata de actos de disposición de derechos propios, sino del cumplimiento de deberes de orden público establecidos en interés de los hijos, y por ello el juez debe ejercer un control sobre el convenio, que analice el acuerdo a la luz del interés superior del niño, pudiendo recabar todos los antecedentes que estime necesarios para su correcta decisión.

En lo que respecta a la homologación que debe efectuar el juez respecto de las convenciones sobre relaciones económicas entre cónyuges, se debe destacar y precisar que la labor del tribunal en este punto no se reduce a una revisión meramente formal, que entregue a la autonomía de las partes la totalidad de las decisiones económicas sustantivas, pues, el juez deberá efectuar un control de legalidad del acuerdo y lo estimará suficiente si, junto con cumplir con el contenido esencial, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges, teniendo siempre presente la protección al interés del cónyuge más débil.

4.2.5. Oposición al divorcio por deuda de alimentos.

La sentencia de divorcio genera el término de las obligaciones recíprocas del matrimonio, y acaba con el estatuto protector que esta institución otorga a los cónyuges y a la familia. El divorcio termina, por ejemplo, con la obligación de alimentos, y aunque sería posible demandar el cumplimiento de los alimentos ya devengados, la ley ha establecido una herramienta adicional de protección al cónyuge más débil que no ha percibido las pensiones de alimentos decretadas en su beneficio, o a favor de los hijos que están bajo su cuidado en tiempo y forma. Este cónyuge puede oponerse a que se decrete el divorcio demandado por el cónyuge deudor, de conformidad al artículo 55 inciso tercero, acreditando que el demandante “no ha dado cumplimiento, reiterado, a su obligación de alimentos respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes, pudiendo hacerlo.” Resulta, así, una suerte de apremio para el cónyuge demandante deudor que desea obtener el divorcio, para que cumpla con su obligación, y también es una forma de asegurar al cónyuge demandado la mantención del estatuto protector del matrimonio mientras se encuentre en esta situación de dependencia económica.

Si ocurre, en cambio, que el cónyuge demandado, acreedor de la obligación de alimentos, no es, precisamente, “débil” económicamente, sino que ha logrado consolidar su situación patrimonial, lo procedente será que el otro cónyuge solicite al tribunal la modificación o cese de la obligación de alimentos, por el cambio de circunstancias que corresponda, regularice, en seguida, la deuda de alimentos ya devengados, y luego solicite el divorcio.

4.2.6. Protección en la mediación.²⁵⁴

La ley N° 19.968 que establece los Tribunales de Familia, dispone que las causas relativas al derecho de alimentos, cuidado personal y relación directa y regular que se ventilen independientemente o como parte de un procedimiento de divorcio o separación judicial, deberán someterse a un procedimiento de mediación previo a la interposición de la demanda. Si bien se trata de acciones que no afectan directamente a las relaciones entre cónyuges, tienen que ver con éstas y con la existencia de un cónyuge más débil, a la hora de la negociación del acuerdo en la etapa de mediación. Por ello, el artículo 105 letra a) de la misma ley establece que el “...mediador se cerciorará de que los participantes se encuentren en igualdad de condiciones para adoptar acuerdos. Si no fuere así, propondrá o adoptará, en su caso, las medidas necesarias para que se obtenga ese equilibrio. De no ser ello posible, declarará terminada la mediación.” En este caso, se puede entender que la protección al cónyuge más débil alcanza aspectos más allá que los meramente económicos, porque el mediador deberá equilibrar las posiciones de las partes en todo sentido, incluso emocionalmente, con miras a un objetivo final de alcanzar un acuerdo que solucione el conflicto entre las partes.

²⁵⁴ “[S]e entiende por mediación aquel sistema de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial, sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos, mediante acuerdos.” Artículo 103 de la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia.

CONCLUSIONES.

1. En nuestro sistema jurídico subsisten normas que otorgan un tratamiento desigual a marido y mujer, especialmente en lo que a régimen patrimonial respecta y, específicamente, en la sociedad conyugal. En materia jurídica y económica se manifiestan numerosos casos de desequilibrio o discriminación entre cónyuges, los cuales exigen corrección para lograr la anhelada igualdad.

2. Al término del matrimonio, la condición de debilidad de un cónyuge respecto del otro se debe, principalmente, a las distintas situaciones patrimoniales en que se encuentra cada uno de ellos, lo que explica la existencia de mayores posibilidades de desarrollo patrimonial y personal para uno de los consortes, en comparación con el otro. Esta debilidad ha sido expresamente tratada por la Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil al consagrar la institución de la compensación económica, que viene a ser un mecanismo de protección para el cónyuge débil o en desventaja.

3. Durante la vigencia del matrimonio se evidencia que las desigualdades jurídicamente establecidas en el régimen matrimonial de la sociedad conyugal han provocado una situación de debilidad para aquel de los cónyuges que tiene menos atribuciones en la administración y disposición de bienes sociales y propios. Y, a pesar de las medidas que el propio legislador ha tomado para remediar esto, los resultados no siempre son reflejo fiel del principio de igualdad, sino que, en los hechos, no son más que una forma de discriminación inversa o “maquillada”. Sin embargo, es loable la intención de buscar mecanismos de protección que beneficien al cónyuge en desventaja. Esto, en mayor o menor medida, permite avanzar en el camino hacia la plena igualdad entre marido y mujer.

4. La identificación de la debilidad del cónyuge, tanto durante la vigencia del matrimonio como a su término, es importante porque permite que el principio de protección al cónyuge más débil sea aplicado a lo largo de todo el desarrollo de la relación conyugal, esto es, desde su constitución y hasta su término. Este principio viene a ser un mecanismo de corrección en aquellos casos en que la ley no alcanza a dar plena aplicación al principio de igualdad. A su vez, es una herramienta útil para el juez cada vez que, según las circunstancias del caso, deba

dilucidar en qué forma deberá administrarse el caudal patrimonial del matrimonio o alguno de sus bienes, y determinar la distribución del patrimonio común y las compensaciones económicas que procedan entre los cónyuges.

5. La sociedad conyugal es, sin duda, el centro de las críticas a la luz del análisis jurídico que venimos haciendo, enfrentándola a los principios de igualdad y protección al cónyuge débil. Sucintamente, este régimen matrimonial es cuestionable en los siguientes puntos:

- Sería un sistema engorroso, difícil de comprender y aplicar;
- Se trataría de un estatuto que contraviene el principio de igualdad de sexos al discriminar a la mujer y ponerla en una posición de inferioridad frente al marido.
- La normativa de la sociedad conyugal perpetuaría la incapacidad de la mujer casada, ya que se la priva de la administración no sólo de los bienes sociales, sino incluso la de sus bienes propios.
- En el caso de adquisición de bienes raíces a título oneroso, también se discrimina al marido al no permitírsele tener un patrimonio reservado, del cual sí goza la mujer. Ésta puede elegir que tales bien ingresen a su patrimonio reservado o al haber social, pero el marido no tiene esa posibilidad, por lo que, aun cuando se encuentre separado de hecho de la mujer, los bienes raíces que adquiriera a título oneroso, siempre ingresarán al haber social.
- La sociedad conyugal no funcionaría bien en caso de separación de hecho de los cónyuges, ya que la mujer quedaría sin posibilidad de gestionar los bienes sociales a pesar de vivir separada de su marido, y las alternativas de administración extraordinaria o especial implican la realización de trámites habilitantes y requisitos previos que vuelven excesivamente compleja la realización de actos que, en el tráfico jurídico actual, exigen agilidad y sencillez.

6. De lo expuesto, no cabe menos que sostener que resulta imperativo establecer en el Código Civil chileno una reforma al sistema de la sociedad conyugal que armonice la ley con las exigencias sociales, jurídicas y económicas de la actualidad. Se requiere que se consagre un sistema de administración equitativa de los bienes propios y sociales que armonice con la solidaridad conyugal y con el respeto a la individualidad personal de cada consorte. Un comienzo podría ser facultar a ambos cónyuges la administración libre de sus bienes propios.

También sería un buen paso el establecer la obligación de rendir cuentas entre cónyuges para determinados casos.

Asimismo, creemos que debería formularse un sistema en el que ambos cónyuges -como ocurre en toda comunidad en la que dos o más personas comparten el dominio de unos mismos bienes-, puedan administrar conjuntamente o separadamente, con iguales facultades y siempre con un adecuado sistema de limitaciones que propenda al cuidado del patrimonio familiar, sin afectar, con esto, la eficiencia en la gestión de estos bienes. Así, debería exigirse el consentimiento de ambos cónyuges para ciertos actos jurídicos, como los hoy enumerados en el artículo 1749 del Código Civil, facultando, asimismo, a cualquiera de ellos para ejercer el derecho a veto o “*ius prohibendi*”.

7. Estimamos que merece mayor consideración por los legisladores la opinión de Fabiola Lathrop, quien pone de relieve la importancia y utilidad de la institución de los Bienes Familiares como una buena herramienta para complementar las normas sobre regímenes matrimoniales y paliar las críticas dirigidas a aquellos regímenes de corte separatista que no promueven una comunidad de bienes. Según Lathrop, la aplicación de un mejorado sistema de bienes familiares permitiría corregir la falta de reunión de intereses económicos en los sistemas separatistas, equilibrando y estabilizando la economía conyugal, protegiendo la vivienda familiar y los bienes que la sustentan.²⁵⁵

8. En caso que la ley llegase a corregir todas y cada una de las discriminaciones o desigualdades que pueda contener, siempre habrá espacio para que la realidad supere a la teoría y, es por eso, que el principio de “protección del cónyuge más débil” no puede desaparecer. Por el contrario, deberá estar siempre presente en la labor legislativa y en la judicial. El principio de “protección al cónyuge más débil” es un principio fundamental de nuestro Derecho de Familia, que los jueces deberán tener presente cuando se enfrenten a casos en que estén comprometidos los intereses contrapuestos de ambos cónyuges. Como principio fundamental que es, forma parte del “espíritu general de la legislación”, consagrado en el artículo 24 del Código Civil, constituyendo, por esto, una regla a la que puede recurrir el juez para interpretar los pasajes oscuros o

²⁵⁵ Cfr. LATHROP GÓMEZ, Fabiola. Modificaciones en materia de bienes familiares. Santiago. Chile. Leyes y Sentencias, Puntolex. (70):74-79. Octubre 2008.

contradictorios de un precepto legal y para fundamentar su sentencia conforme a la equidad, según lo establecido en el artículo 170 número 5 del Código de Procedimiento Civil.

9. No podemos cerrar esta investigación sin una última observación importante que dice relación con los argumentos que se han esgrimido para mantener la sociedad conyugal actualmente vigente. Si bien reconocemos que el régimen en comento tiene ventajas objetivas, son llamativas algunas de las justificaciones dadas para ello. La sola apreciación de ciertos argumentos denota una cultura chilena de discriminación que la ley, por sí sola, no podría erradicar, sino que requiere de un cambio de mentalidad social y una modificación estructural de sistemas y aspectos de diversa índole. Ocurre así, por ejemplo, cuando se sostiene que es inconveniente modificar la sociedad conyugal, hoy vigente, porque las mujeres no son realmente conscientes de las limitaciones que les plantea la sociedad conyugal y, por ende, no necesitarían un cambio; o que “la cuestión general de los regímenes matrimoniales es un problema de quienes tienen bienes, más aún, adquiere importancia real cuando se trata de personas con muchos bienes lo que, por un lado, es una excepción en Chile y, por otro, en la mayor parte de los casos tampoco implica a la sociedad conyugal porque están casados en separación de bienes...”²⁵⁶, lo que, en consecuencia, demostraría que la sociedad conyugal sólo se aplica en los estratos sociales bajos y, por lo tanto, no habría limitaciones a la administración de los bienes propios de la mujer, ya que ellas, simplemente, no suelen tener bienes.

Y la perspectiva anotada continúa, sosteniendo que el tema no es una prioridad para las mujeres chilenas ni para la agenda del país; que tal vez lo sea para las mujeres que trabajan, ya que uno de los principales puntos de los reformistas se enfoca en el ingreso de las mujeres al campo laboral, pero esto no adquiere gran relevancia si se considera que sólo un 41,7% de la fuerza laboral del país está conformado por mujeres.²⁵⁷

Para no abundar, terminaremos señalando que tales argumentos también se basan en que la administración concentrada en el marido tampoco sería algo inconstitucional y discriminatorio.

²⁵⁶ CENTRO UC de la Familia. Minuta de observaciones al proyecto de ley que reforma la sociedad conyugal. Valparaíso, Chile. 4 de septiembre de 2007. p. 5.

²⁵⁷ INSTITUTO Nacional de Estadísticas. Compendio de estadísticas de género 2010. [En línea] <http://www.ine.cl/canales/menu/publicaciones/calendario_de_publicaciones/pdf/010411/comgen_10010411.pdf> [Consulta: 21 de Octubre de 2011]. s/p.

Esto, porque la mujer ha elegido voluntariamente someterse a tal régimen, y el que una sola persona administre es perfectamente concordante con la Constitución, ya que en toda sociedad no todos administran, sino que sólo unos pocos, según decida el conjunto.

11. Estos razonamientos nos parecen obtusos e injustos. Especialmente, considerando que el sometimiento económico de la mujer, permitido por la ley a través de la sociedad conyugal, puede terminar acarreando episodios de violencia intrafamiliar -como suele ocurrir en los estratos sociales bajos- porque dependencia económica, desigualdad, pobreza y marginación aumentan los comportamientos violentos y delictivos contra la mujer. El hecho de que estas cosas ocurran en silencio, en la privacidad de la pareja y la familia, no significa que la ley esté funcionando bien.²⁵⁸

12. Finalmente, baste recordar el caso de Sonia Arce Esparza para ver que la posibilidad de conflicto está mucho más presente de lo que algunos teóricos creen, con mayores consecuencias e implicaciones en el ámbito práctico y jurídico. Por ello, la actual legislación sobre regímenes matrimoniales merece un estudio acucioso que tienda a corregir las falencias.

²⁵⁸ El hecho de que los conflictos de las mujeres afectadas no sean pública y frecuentemente visibles no significa que no existan. Por ejemplo, el que no exista una alta tasa de demandas ante tribunales puede deberse a varias razones, y no necesariamente a que la sociedad conyugal funcione bien. En primer lugar, es posible que los conflictos durante la vigencia del régimen se estén resolviendo fuera de tribunales, ya que el acceso a la justicia en estas condiciones –sin bienes y sin apoyo familiar, en medio de un ambiente comúnmente marginado, y con preocupaciones mucho mayores como el cuidado de los hijos o la obtención de una pensión de alimentos- no es una opción realmente concreta y viable, y menos en un sistema judicial de lato conocimiento. Las mujeres afectadas optarán por las alternativas más prácticas, recurriendo a otros medios para gestionar sus bienes y, posiblemente, muchos de ellos estarán al margen de la ley, pero nadie intentará ni recordará impugnarlos.

En segundo lugar, las demandas judiciales o formales no se inician ni prosperan para quienes tienen menos capacidad económica porque frente a los conflictos presentados ante una disolución de la sociedad conyugal la falta de acuerdo se debería suplir con un juicio llevado a cabo ante un juez árbitro, lo cual es conocidamente costoso y poco conveniente para la mayoría de las familias chilenas.

Por último, usualmente se llega a liquidaciones negociadas por el temor del marido de que en tribunales le obliguen a entregar más bienes o le puedan probar la existencia de bienes que ha ocultado a la mujer (depósitos, fondos mutuos, inversiones varias).

BIBLIOGRAFÍA

TEXTOS.

- 1) ALARCÓN Palacio, Yadira. Régimen económico del matrimonio español desde la codificación hasta la reforma de 1981. Revista de Derecho Universidad del Norte (25):80-124. Barranquilla, Colombia. 2006.
- 2) ALBALADEJO García, Manuel. Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia. 9ª edición. Barcelona, España. Ed. Bosch. 2002.
- 3) ALESSANDRI Rodríguez, Arturo. De los regímenes matrimoniales en general. Santiago de Chile. Anales de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Vol. I - Julio - Diciembre de 1935.
- 4) ALESSANDRI Rodríguez, Arturo. Tratado práctico de las Capitulaciones Matrimoniales, de la Sociedad Conyugal y de los Bienes Reservados de la Mujer Casada. Santiago, Chile. Imprenta Universitaria. 1935.
- 5) ALESSANDRI Rodríguez, Arturo. Reformas introducidas al Código Civil y a otras leyes por la Ley N° 10.271. Santiago, Chile. Ediar Editores Ltda. 1955.
- 6) ANDREUCCI Aguilera, Rodrigo. La pragmática de Carlos III sobre el matrimonio de los hijos de familia y su pervivencia en el Derecho Chileno. Revista de estudios Histórico-Jurídicos (22):213-223. Valparaíso, Chile. 2000.
- 7) ARISTÓTELES. La Política. Vol. II. Espasa Calpe. Madrid, España. 1985.
- 8) ARTHUR De la Maza, Guillermo. Revisión crítica de la compensación económica. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago de

Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 2006. Profesor guía: Mauricio Tapia Rodríguez.

- 9) ASTELARRA, Judith. El feminismo como perspectiva histórica y como práctica política. Santo Domingo, República Dominicana. Centro de Investigación para la acción femenina. 1981. Colección Teoría.
- 10) AZNAR Gil, Federico. El matrimonio en Indias: Recepción de las decretales X 4.19.7-8. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XI:13-42. 1986.
- 11) BARCIA Lehmann, Rodrigo. Presentación sobre la regulación de la sociedad conyugal en el Derecho comparado y el Proyecto de reforma a ella en la legislación chilena. En: Charla sobre Sociedad Conyugal realizada el 19 de mayo de 2011 en la Universidad Finis Terrae, p.22 [En línea] <http://altar.uft.cl/email/2011/mayo/documentos/sociedad-conyugal.pdf> [Consulta: 12 de julio de 2011].
- 12) BAREIRO, Line. Las recién llegadas. Mujer y participación política. Asunción, Paraguay. Centro de Documentación y Estudios. 1998.
- 13) BARRIENTOS Grandón, Javier; NOVALES Alquézar, Aránzazu. Nuevo derecho matrimonial chileno. Santiago, Chile. Ed. Lexis Nexis. 2004.
- 14) BARRIENTOS Grandón, Javier. Uniones de Hecho. En: Seminario Las grandes reformas al Derecho de Familia chileno: a diez años de la Ley de filiación (1º, 29 de octubre de 2008, Universidad Finis Terrae, Facultad de Derecho. Santiago, Chile).
- 15) BELLO López, Andrés. Obras Completas. Santiago de Chile. 15 volúmenes. Hecha bajo la dirección del Consejo de Instrucción Pública en cumplimiento de la lei de 5 de septiembre de 1872. Impreso por Pedro G. Ramirez 1881-1893. V. XII.

- 16) BOSSERT, Gustavo; ZANNONI, Eduardo. Manual de derecho de familia. 6ª edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea. 2004.
- 17) BRULLIARD, Germain. *La réforme du droit de la famille en Italie*. *Revue internationale de Droit Comparé*. Año 27° (3):645-660. París, Francia. 1975.
- 18) BRUNDAGE, James A. La ley, el sexo y la sociedad cristiana en la Europa medieval. (En español) México. Fondo de cultura económica. 2000.
- 19) CAPLOW, Theodore; DEL CAMPO, Salustiano. La familia en EEUU y en la Unión Europea [en línea] España. 2006.
<<http://www.frdepino.es/documentos/CONFERENCIASYENCUENTROS/Reuniones%20de%20expertos/Quijote/LA%20FAMILIA%20EN%20EEUU%20Y%20EN%20LA%20UNION%20EUROPEA.pdf>> [Consulta: 20 de Noviembre 2011].
- 20) CENTRO UC de la Familia. Minuta de observaciones al proyecto de ley que reforma la sociedad conyugal. Valparaíso, Chile. 4 de septiembre de 2007.
- 21) CHINCHILLA, Nuria; LEÓN, Consuelo. La ambición femenina. Cómo reconciliar trabajo y familia. Chile. Aguilar Chilena de Ediciones S.A. 2004.
- 22) CLARO Solar, Luis. Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado, De las Personas. 2ª edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1978.
- 23) COLOMER, André. *Droit Civil. Régimen matrimoniaux*, 9ª edición. París, Francia. Litec. 1998.
- 24) COMITÉ para la eliminación de la discriminación contra la mujer. Informe sobre los derechos de las mujeres en Chile: La igualdad en la familia, el trabajo y la política. [en línea] Doc.63.27 de marzo de 2009.
<<http://www.cidh.oas.org/countryrep/ChileMujer2009sp/Chilemujer09i-iii.sp.htm>>
[Consulta: 11 de abril de 2011].

- 25) CONCILIO Ecuménico de Trento. Documentos del Concilio Ecuménico de Trento. Doctrina sobre el Sacramento del Matrimonio.
- 26) COONTZ, Stephanie. Historia del Matrimonio. Barcelona, España. Editorial Gedisa S.A. 2006.
- 27) CORRAL Talciani, Hernán. Bienes Familiares y Participación en los Gananciales. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1996.
- 28) CORRAL Talciani, Hernán, Ley 19.947: Una ley de paradojas. Comentario a la nueva ley de matrimonio civil. Revista Chilena de Derecho Privado. (2):259-272, Santiago, Chile. Diciembre 2004.
- 29) CORRAL Talciani, Hernán. Reforma al régimen de bienes del matrimonio. Reflexiones críticas sobre el proyecto de ley que sustituye la sociedad conyugal como régimen legal supletorio. [en línea] Documento de Trabajo. Universidad de Los Andes. N° 66/2007. <<http://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/reformareg-bienes.pdf>> [Consulta: 12 de Diciembre de 2011]
- 30) CORRAL Talciani, Hernán. Alternativas de Administración de bienes matrimoniales en el derecho comparado. Contribución al estudio de la reforma al régimen económico del matrimonio. Gaceta Jurídica (340):28-36. Santiago, Chile. Octubre 2008.
- 31) CORTE Interamericana de Derechos Humanos, Responsabilidad internacional por la promulgación y aplicación de leyes en violación de la Convención (Arts. 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994.
- 32) COURT Murasso, Eduardo. Nueva Ley de Matrimonio Civil. Ley 19.947 de 2004 analizada y comentada. Bogotá, Colombia. Editorial Legis. 2004.

- 33) COURT Murasso, Eduardo. Obligaciones y Contratos de la mujer casada en sociedad conyugal. Santiago, Chile. Lexis Nexis. 2006.
- 34) DOMÍNGUEZ Hidalgo, Carmen. La situación de la mujer casada en el régimen patrimonial chileno: Mito o realidad. Revista Chilena de Derecho. 26:87-103. Santiago, Chile. 1999.
- 35) DONOSO, Justo. Instituciones de Derecho Canónico Americano. [en línea] Valparaíso, Chile. Imprenta y Librería del Mercurio. 1848. <http://books.google.cl/books?id=d2AtAAAAYAAJ&printsec=frontcover&dq=instituciones+justo+donoso&source=gbs_book_other_versions_r&cad=2#v=onepage&q=&f=false> [Consulta: 03 de Noviembre de 2011].
- 36) DOUGNAC Rodríguez, Antonio. La potestad marital y los derechos de la mujer casada en el sistema jurídico indiano. Revista chilena de historia del derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 1990/1991 (16):269-299.
- 37) DOUGNAC Rodríguez, Antonio. Esquema de derecho de familia indiano. [en línea] Santiago, Chile. Instituto de Historia del Derecho Juan Solórzano y Pereyra. 2003. <http://www.google.cl/url?sa=t&source=web&cd=5&ved=0CEMQFjAE&url=http%3A%2F%2Fwww.larramendi.es%2F18n%2Fcatalogo_imagenes%2Fgrupo.cmd%3Fpath%3D1000175&ei=rqr6TJOXDYPGIQeymDMDA&usq=AFQjCNEHOGkFiiMeesar9q1S1t4vb3oWmw> [Consulta: 04 de Diciembre de 2011]
- 38) FIGUEROA Yáñez, Gonzalo. El Patrimonio. 2ª ed. actualizada con la ley N° 19.335 de 1994. Santiago, Chile. Ed. Jurídica de Chile. 1997.
- 39) FIGUEROA Yáñez, Gonzalo. Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas. Código Civil y leyes complementarias. 3ª ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica. 1999.
- 40) GUZMÁN Brito, Alejandro. Derecho Privado Romano. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1996.

- 41) HACKE Encinas, Carlos. De las guardas en el derecho romano. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile. 1949.
- 42) INSTITUTO Nacional de Estadísticas. Compendio de estadísticas de género 2010. [En línea]
<http://www.ine.cl/canales/menu/publicaciones/calendario_de_publicaciones/pdf/010411/omgen_10010411.pdf> [Consulta: 21 de Octubre de 2011]
- 43) LASARTE Álvarez, Carlos. Curso de derecho civil patrimonial. Introducción al Derecho. 13ª ed. Madrid, España. Ed. Tecnos. 2007.
- 44) LATHROP Gómez, Fabiola. Discriminación contra la mujer en los regímenes de bienes del matrimonio. El caso chileno. En: FIGUERUELO Burrieza, Ángela. Estudios Interdisciplinarios sobre igualdad y violencia de género. Granada, España. Ed. Comares. 2008. pp.221-248.
- 45) LATHROP Gómez, Fabiola. Naturaleza jurídica del acuerdo regulador de la crisis matrimonial. Santiago, Chile. Gaceta Jurídica. (333):20-37. Marzo 2008.
- 46) LATHROP Gómez, Fabiola. Modificaciones en materia de bienes familiares. Santiago, Chile. Leyes y Sentencias, Puntotex. (70):74-79. Octubre 2008.
- 47) LATHROP Gómez, Fabiola. Comentarios al Mensaje con el que se inicia un Proyecto de Ley que modifica el Código Civil y otras leyes, regulando el régimen patrimonial de sociedad conyugal (Boletín N° 7567-07). Por publicar. 2011.
- 48) LORTZ, Joseph. Historia de la Iglesia II. 2da Edición. Madrid, España. Ediciones Cristiandad. Traducido por Agustín Andreu Rodrigo. 2008.
- 49) MENDRAS, Henri. *La France Que Je Vois*. Paris, Francia. Editions Autremont. 2002.

- 50) NIÑO Tejeda, Eduardo. Capacidad y Responsabilidad de la Mujer casada bajo régimen de sociedad conyugal. Los bienes familiares. Valparaíso, Chile. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. XVI:271-297. 1995.
- 51) ORREGO Acuña, Juan. Visión crítica de la sociedad conyugal y algunos fundamentos del principio de protección al cónyuge más débil. En: GUZMÁN Brito, Alejandro. Estudios de Derecho civil III. Jornadas nacionales de Derecho Civil (V, 28 a 30 de junio 2007). Santiago de Chile. Editorial Legal Publishing. 2008. pp. 85-98.
- 52) PIZARRO Wilson, Carlos. La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil chilena. Santiago. Chile. Revista de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri (3):83-104. Diciembre de 2004.
- 53) PIZARRO Wilson, Carlos; VIDAL Olivares, Álvaro. La Compensación Económica por Divorcio o Nulidad Matrimonial. Santiago de Chile. Editorial Legal Publishing. 2010.
- 54) RAMOS Pazos, René. Derecho de Familia. 4ª edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2003.
- 55) RODRÍGUEZ Grez, Pablo. El régimen patrimonial del matrimonio y el derecho sucesorio. Revista de Derecho, Facultad de Derecho Universidad Central. Año III(2): 63. [s.a.]
- 56) RODRÍGUEZ Grez, Pablo. Regímenes Patrimoniales. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1996.
- 57) RODRÍGUEZ Grez, Pablo. Innovaciones en materia de regímenes patrimoniales. Santiago, Chile. Revista Actualidad Jurídica (1):193-ss, enero 2000.
- 58) RODRÍGUEZ Pinto, María. La Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW): el Principio de Igualdad Entre Hombres y mujeres. Revista de Derecho Público. Universidad de Chile. (62):206-232. 2000.

- 59) ROJAS Donat, Luis. Para una historia del matrimonio occidental. La sociedad romano-germánica. Siglos VI-XI. Theoría. Ciencia, Arte y Humanidades. 14(001):47-57. Chile. Universidad del Bío-Bío. 2005.
- 60) ROSSEL Saavedra, Enrique. Manual de Derecho de Familia, 6ª edición actualizada. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1992.
- 61) ROZAS Vial, Fernando. Análisis de las reformas que introdujo la Ley N° 18.802. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1990.
- 62) SALINAS Araneda, Carlos. Una primera lectura de las nuevas causas de nulidad del matrimonio civil a la luz del matrimonio canónico. Revista UCV. Valparaíso, Chile. (25):362-362. 2004.
- 63) SCHMIDT Hott, Claudia. Nuevo Régimen Matrimonial: Ley 19.335 analizada y comentada. Santiago, Chile. Editorial Jurídica ConoSur. 1995.
- 64) TAPIA Rodríguez, Mauricio. La compensación económica en la Ley de Divorcio. La Semana Jurídica (271):4-5. Enero 2006. Santiago, Chile. Lexis Nexis, 2006.
- 65) TAPIA Rodríguez, Mauricio. Análisis Crítico del Proyecto de Reforma a la Sociedad Conyugal y Creación del Régimen de Comunidad de gananciales. Santiago, Chile. Boletín Microjuris (199). 2007.
- 66) TOMASELLO Hart, Leslie. Situación Jurídica de la mujer casada. La reforma de la Ley N° 18.802 al Código Civil. 2ª edición. Valparaíso, Chile. Edeval. 1989. Legislación Comentada.
- 67) TORREALBA Rodríguez, Marlene. Requisitos de existencia y validez del matrimonio en el Derecho chileno y Derecho comparado. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 2005.

- 68) TRONCOSO Larronde, Hernán. Derecho de Familia. 9ª edición. Santiago, Chile. Lexis Nexis. 2006.
- 69) TURNER Saelzer, Susan. Las prestaciones económicas entre cónyuges divorciados en la nueva ley de matrimonio civil. Revista de Derecho. 16:83-104. [en línea]. Valdivia, Chile. <http://www.scielo.bcl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S07189502004000100004&lng=es&nrm=iso>. [Consulta: 15 de Diciembre de 2011].
- 70) TURNER Saelzer, Susan. Las circunstancias del artículo 62 de la nueva ley de matrimonio civil: naturaleza y función. En: Estudios de Derecho Civil Universidad Austral de Chile. Coordinación: VARAS, Juan Andrés y TURNER, Susan. Valdivia, Chile. Lexis Nexis, 2005.
- 71) VELOSO Valenzuela, Paulina. Algunas reflexiones sobre la compensación económica. Actualidad Jurídica Universidad del Desarrollo. Año VII (13):171-ss. Santiago-Concepción. Enero 2006.
- 72) VIDAL Olivares, Álvaro. La compensación económica en la ley de Matrimonio Civil. ¿Un nuevo régimen de responsabilidad civil extracontractual? Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, Vol. 215-216, 2004.
- 73) WESTEN, Peter. *Speaking of Equality: An Analysis of the Rethorical Force of "Equality" in Moral and Legal Discourse*. Princeton, Nueva Jersey, Estados Unidos. Princeton University Press. 1990.

OTROS DOCUMENTOS.

- 1) ACUERDO de Solución Amistosa Caso nº 12.433 Sonia Arce Esparza v. Chile. Washington. 2007.

- 2) COMISIÓN de constitución, legislación, y justicia. Informe recaído en el proyecto de ley que modifica el Código Civil y leyes complementarias en materia de sociedad conyugal o comunidad de gananciales otorgando a la mujer y al marido iguales derechos y obligaciones, Boletín 1707-18. 7 de Septiembre de 2005.
- 3) COMISIÓN Especial de Docentes de la Universidad Gabriela Mistral. Informe para el Proyecto de ley que modifica el Código Civil y leyes complementarias en materia de sociedad conyugal o comunidad de gananciales, otorgando a la mujer y al marido iguales derechos y obligaciones. Chile. Boletín 1707-18. [en línea] <http://sil.congreso.cl/docsil/proy1107.doc> [Consulta: 15 de mayo de 2011]
- 4) COMISIÓN Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 4/01, Caso 11.625, María Eugenia Morales de Sierra (Guatemala), 19 de enero de 2001, en general y en el pr. 39;
- 5) COMISIÓN Interamericana de Derechos Humanos. Informe N° 59/03 sobre admisibilidad de la Petición 71/01 “Sonia Arce Esparza/Chile. 10 de octubre de 2003. [en línea] <<http://www.cidh.org/annualrep/2003sp/chile071.01.htm>> [Consulta 12 de Diciembre de 2011].
- 6) HISTORIA de la ley 19.947 [en línea] <<http://www.bcn.cl/obtenearchivo?id=recursolegales/10221.3/606/4/HL19947.pdf>> [Consulta: 12 de mayo de 2011]
- 7) MOCIÓN parlamentaria Boletín N° 1707-18. 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.
- 8) SERVICIO DE REGISTRO CIVIL E IDENTIFICACIÓN, Estadísticas con enfoque de género. [en línea] <www.registrocivil.cl/f_estadisticas_enfoque_de_genero.html> [Consulta: 09 de junio de 2011]

NORMAS JURÍDICAS.

- 1) Código Civil de Chile. Santiago, Chile. Chile. 1855. 19a. ed. oficial, aprobada por Decreto N° 391, de 27 de enero de 2009, del Ministerio de Justicia. Editorial Jurídica de Chile. 2011.
- 2) Constitución Política de la República de Chile. Diario Oficial. Chile. 1980. 14a. ed., aprobada por Decreto no. 416, de 22 de enero de 2010, del Ministerio de Justicia. Editorial Jurídica de Chile. 2011.
- 3) Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Organización de Estados Americanos. San José de Costa Rica. 22 de noviembre de 1969).
- 4) Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles de la Mujer. (Organización de Estados Americanos, 1948).
- 5) Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Asamblea General de Naciones Unidas, 1979.
- 6) Declaración Universal de los Derechos Humanos. Asamblea General de Naciones Unidas. París. 10 de diciembre de 1948.
- 7) Declaración Sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer. Asamblea General de Naciones Unidas. 20 de diciembre de 1993.
- 8) Ley N° 7.612 que introduce diversas modificaciones al Código Civil. Diario Oficial. Chile. 21 de octubre de 1943.
- 9) Ley N° 10.271 que introduce diversas modificaciones en el Código Civil. Diario Oficial. Chile. 20 de abril de 1952.
- 10) Ley N° 18.802 que modifica el Código Civil, el Código de Comercio y la ley 16.618. Diario Oficial. Chile. 9 de junio de 1989.

- 11) Ley N° 19.335 que establece el régimen de participación en los gananciales. Diario Oficial. Chile. 23 de septiembre de 1994.
- 12) Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil. Diario Oficial. Chile. 17 de mayo de 2004.
- 13) Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia. Diario Oficial. Chile. 30 de agosto de 2004.
- 14) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asamblea General de Naciones Unidas. 16 de diciembre de 1966.
- 15) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Asamblea General de Naciones Unidas. 16 de diciembre de 1966.

SENTENCIAS

- 1) *García/Jarque* (1990): Corte de Apelaciones de Punta Arenas. 29 de mayo de 1990. (Rol 6.350).
- 2) *Alarcón/Ahumada* (2006): Corte Suprema. 12 de marzo 2007. (Recurso de casación Rol N° 5048-2006.)
- 3) *Barría/González* (2008): Corte de Apelaciones de Concepción 4 de agosto de 2000 (Rol 5498-2000).
- 4) *Ortiz/Contreras* (2007): Corte de Apelaciones de Rancagua. 26 de noviembre de 2007. (Recurso de apelación Rol 247-2007).

ANEXO

“ACUERDO DE SOLUCIÓN AMISTOSA Caso n° 12.433. Sonia Arce Esparza v. Chile.

El 30 de enero de 2001 las peticionarias, en representación de Sonia Arce Esparza, presentaron una denuncia formal contra el Estado de Chile por la violación a los derechos y garantías establecidos en los artículos 1.1., 2, 17, 21, 24 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y artículos 1, 2, 5.a., 15.1, 15.2 y 16.1 letra c) de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Luego de iniciado el trámite respectivo ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 10 de octubre de 2003, la CIDH, en su informe n° 59/03, de conformidad con lo normado en los artículos 46 y 47 de la Convención Americana, declaró admisible el caso para evaluar la violación de los derechos reconocidos en los artículos 1, 2, 17, 21, 24 y 25 de la Convención Americana.

El 18 de octubre de 2005 se inició formalmente el proceso de solución amistosa entre las partes. En tales condiciones, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1°, 2° y 48° 1.f. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 41° del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, las partes arribaron al siguiente acuerdo en el caso n° 12.433:

Primero: Garantías de no repetición

a. Derogación de las normas que establecen la discriminación de las mujeres en el régimen de sociedad conyugal

Para poner término a la discriminación legal implícita en el actual régimen de sociedad conyugal en Chile, y que ha motivado el inicio de este caso, el Estado de Chile se compromete a dotar -en forma inmediata- de la *urgencia* que se estime adecuada a la tramitación legislativa del

Proyecto de Ley que modifica el Código Civil y leyes complementarias en materia de sociedad conyugal o comunidad de gananciales –en los términos de redacción en los que se encuentra-, otorgando a la mujer y al marido iguales derechos y obligaciones (Boletín N.º 1707-18).

Para fundamentar la urgencia que se dará al referido proyecto de ley, el Estado se basará en la obligación de adecuar su legislación interna a los estándares de derechos humanos establecidos en los tratados internacionales vigentes, con particular referencia al principio de igualdad y no discriminación.

b. Modificación de las prácticas instaladas en base a la histórica discriminación legal de las mujeres casadas en sociedad conyugal

Junto con la derogación de las normas que expresamente establecen esta forma de discriminación contra la mujer, es preciso erradicar las prácticas instaladas en organismos públicos y privados basadas en esta discriminación histórica y que incluso carecen actualmente de sustento legal. Para ello el Estado de Chile se compromete —dentro de los 3 meses siguientes a la promulgación de la ley que reforma el régimen de sociedad conyugal— a:

a) Elaborar y distribuir en forma permanente a la ciudadanía, folletos que informen sobre los distintos regímenes patrimoniales en el matrimonio, los cuales se entregaran a todas las personas que concurran al Registro Civil a realizar el trámite de manifestación (comunicación de intención de celebrar matrimonio)

b) Elaborar e implementar un programa de capacitación dirigido a los/as funcionarios/as de todas las oficinas del Servicio de Registro Civil del país sobre el mismo tema.

Segundo: Difusión del acuerdo de solución amistosa en el caso n° 12.433, ante la CIDH

En el momento de la promulgación de la ley referida, el Estado se compromete a la realización de un acto público al cual estarán invitadas las organizaciones peticionarias, representantes de la CIDH y, en forma especial, doña Sonia Arce Esparza.

Finalmente, el Estado se compromete a publicar por una vez en el Diario Oficial un recuadro publicitando la aprobación del informe de Solución Amistosa homologado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Adicionalmente, publicará el texto íntegro de informe de Solución Amistosa homologado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en las páginas web del Servicio Nacional de la Mujer y del Ministerio de Relaciones Exteriores, haciéndolo visible en la portada de apertura y permaneciendo en ellas por un período de por lo menos tres meses.

Tercero: Reparación económica

Con el único fin de facilitar el arribo a una solución amistosa en el presente caso y alcanzar —por esa vía— una solución para todas las mujeres chilenas, la Sra. Sonia Arce Esparza, manifiesta su disponibilidad a renunciar a su derecho a una indemnización pecuniaria.

Sin perjuicio de ello, y como medida de reparación simbólica a la víctima, el Estado se compromete a que la Sra. Sonia Arce sea invitada en forma especial al acto de promulgación de la ley de reforma, ocasión en la que su caso deberá ser mencionado como uno emblemático de discriminación como consecuencia de la legislación vigente en el país hasta entonces (ver cláusula segunda).

Cuarto: Solicitud conjunta del Estado de Chile y de los peticionarios a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Teniendo como base la Convención Americana de Derechos Humanos y también la Convención Belem do Pará, y el antecedente de estudio especial de la Comisión Interamericana “*Consideraciones sobre la Compatibilidad de las medidas de Acción Afirmativa concebidas para Promover la Participación Política de la Mujer con los Principios de Igualdad y No Discriminación*”, las partes solicitan a la Ilustre Comisión Interamericana la elaboración de un análisis jurídico que a la luz —especialmente— de la Convención Americana y la Convención de Belem do Pará analicen la compatibilidad de prácticas de violencia económica contra mujeres

por su condición de tales —incluyendo las diversas restricciones al derecho de propiedad— con los referidos instrumentos internacionales.

Quinto: Mecanismo de seguimiento

Se constituya en el marco del Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado de Chile, una comisión encargada de realizar el seguimiento del cumplimiento de las medidas acordadas. Esta oficina deberá trabajar en coordinación con un representante de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los representantes de las víctimas.

Sexto: Interpretación

El sentido y alcances del presente Acuerdo se interpretan de conformidad a los artículos 29 y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en lo que sea pertinente y al principio de buena fe. En caso de duda o desavenencia entre las partes sobre el contenido del presente Acuerdo, será la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la que decidirá sobre su interpretación. También le corresponde verificar su cumplimiento.

Séptimo: Homologación

El Estado de Chile y las peticionarias presentarán ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la presente solución amistosa para su homologación y ubicación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 41.5 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.