

LA MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE SOCIEDAD CONYUGAL LA EXPRESIÓN DE UN CAMBIO EN LA FAMILIA

YASNA OTÁROLA ESPINOZA

Doctoranda en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile

Profesora de Derecho Civil de la Universidad Jesuita Alberto Hurtado

RESUMEN

El proyecto de ley que modifica el Código Civil y reemplaza el régimen de sociedad conyugal por el denominado comunidad de gananciales y que confiere a la mujer y al marido iguales derechos y obligaciones llama a reflexionar sobre si esta política legislativa es fruto, en efecto, de un cambio en la familia y de los principios rectores de ésta. En otras palabras, si estamos frente a una modificación que expresa la transformación patrimonial de la mujer casada y, por ende, el camino hacia el cual transita nuestro Derecho de Familia en materia de propiedad, o es el fruto de ideas preconcebidas, que quizá no representan nuestra realidad familiar-patrimonial.

§ 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Actualmente se encuentra en tramitación legislativa un proyecto de ley que modifica el Código Civil y sustituye el régimen de sociedad conyugal con administración del marido por el de comunidad de gananciales, en que cada cónyuge administra en forma independiente su patrimonio, tanto los bienes propios como aquellos que conforman la futura comunidad. Empero con grandes diferencias respecto al régimen de participación en los gananciales con modalidad crediticia vigente: en el ámbito de la libertad para enajenar y

gravar los bienes adquiridos durante el matrimonio, como asimismo en la situación que uno de los cónyuges se constituye en aval fiador o codeudor solidario de un tercero. Y también en cuanto a los poderes de la mujer, puesto que deroga su administración, tanto de los bienes reservados como de aquellos separados parcialmente, e impone la responsabilidad separada del marido y de la mujer para la administración de sus patrimonios, otorgando a ésta y a aquél iguales derechos y obligaciones.

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

Por otra parte, la "Declaración Universal de los Derechos Humanos garantiza la igualdad de derechos al hombre y a la mujer, en cuanto al matrimonio, durante éste y en caso de su disolución; la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación en contra de la Mujer, le otorga los mismos derechos a ambos cónyuges en materia de propiedad, administración, goce y disposición de los bienes;..." (Fundamentos del proyecto de ley, 1995, p. 1). Situación que constriñe –según el proyecto– a reparar la desigualdad jurídica que existe entre los cónyuges en torno a la administración de los bienes y obliga a constituir el principio normativo de la igualdad y equidad de derechos y deberes entre la mujer y el marido, a través de la referida modificación.

Frente a tal escenario, consideramos que resulta fundamental revisar si la política legislativa que se propone es, en efecto, fruto de un cambio en la familia y de los principios rectores de ésta. En otras palabras, si estamos frente a una modificación que expresa el cambio de nuestro Derecho de Familia en materia de propiedad o frente a un plagio, que demuestra la inercia por crear un sistema que represente nuestra realidad familiar-patrimonial.

§ 2. LOS CAMBIOS EN LA FAMILIA

Hoy nadie desconoce que el Derecho de Familia ha sufrido transformaciones (1) en el ámbito jurídico-patrimonial. Desde el punto de vista retrospectivo, basta recordar la ley N° 5.521 de 1934, que mejoró la situación de la mujer, incorporando la institución de los bienes reservados de ésta y permitiendo pactar el régimen de separación de bienes en las capitulaciones matrimoniales celebradas antes del matrimonio; la ley N° 7.612 de 1943, que autorizó a los cónyuges para sustituir el régimen de sociedad conyugal por el de separación de bienes; la ley N° 18.802 de 1989, que entregó plena capacidad jurídica a la mujer casada, y la ley N° 19.335 de 1994, que incorporó el régimen de participación en los gananciales y la institución de los bienes familiares. Normas de las cuales se colige un cambio, no sólo respecto de las características del Derecho de Familia, sino también de la realidad social que lo soporta.

En cuanto a lo primero, se ha dicho que en éste (Derecho de Familia) prevalece el interés social por sobre el individual. Sin embargo, observamos cómo poco a poco la autonomía se alista a dar libertad en la elección del régimen y en la capacidad jurídica de la mujer... E igualdad al limitar —cada vez

(1) Vid. DOMÍNGUEZ HIDALGO 2005, p. 205; RODRÍGUEZ GREZ 2004, pp. 13-15; RAMOS PAZOS 2003, p. 21, y CORRAL TALCIANI 2002, pp. 26-28.

más— la administración de la sociedad conyugal por parte del marido. En relación a lo segundo, la mujer ha ingresado al campo laboral fuera del hogar; en muchas ocasiones ha abandonado las tareas domésticas y maternas, incorporándose al proceso productor con total autonomía. Situación que es refrendada a la luz de las estadísticas del último censo (2002), que señala en su síntesis que la fuerza laboral femenina asciende a un 35,6% de la población; la participación laboral de la misma ha aumentado en 7,5 puntos porcentuales entre los años 1992 y 2002; el nivel educacional indica que de un universo de 13.965.359 habitantes, un 1.119.321 de mujeres declara poseer educación superior, 2.922.219 básica y 2.575.346 media; por último, el promedio de hijos por mujer ha descendido de 5 a 2,3 entre los años anteriores a 1960 y 2002. (2)

En consecuencia, el cambio fáctico es inocultable. Sin embargo, cabe preguntarse si realmente la mujer casada (trabajadora como no trabajadora) ha cambiado su situación patrimonial y, si de hecho ha ocurrido, ¿qué principios guarda en materia patrimonial y si son éstos los que guían la modificación de la sociedad conyugal? (3)

§ 3. PRINCIPIOS Y RÉGIMEN PATRIMONIAL

En el Código Civil original el régimen matrimonial se levantaba sobre la base de

(2) Síntesis censal (2002), pp. 19-20 y 29.

(3) El proyecto de ley sobre modificación de régimen de sociedad conyugal agrega el siguiente nuevo artículo 132: "*La mujer y el marido gozan de iguales derechos y tienen las mismas obligaciones*". Y sustituye el artículo 133 por el siguiente: "*Los cónyuges fijarán de común acuerdo el lugar de residencia de la familia*". Reemplaza el artículo 135 por el siguiente: "*Por el hecho del matrimonio se contrae el régimen de comunidad de gananciales entre los cónyuges, según las reglas que se expondrán en el título respectivo*".

los siguientes pilares: administración unitaria y concentrada en el marido de la sociedad conyugal e inmutabilidad del régimen patrimonial existente entre los cónyuges. (4)

Todo eso ha cambiado, según fundamentamos en el acápite anterior. Y trocará más, si se aprueba el proyecto que modifica el régimen de sociedad conyugal.

Por consiguiente, no queda más que descubrir a qué responde tal fenómeno. Ciertamente, al principio de igualdad entre los cónyuges en el régimen de bienes (5). En ese sentido, quienes postulan aquello han dicho, por una parte, que la igualdad está reconocida en nuestro texto constitucional, en los artículos 1º y 19 N° 2, y en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de

Discriminación contra la Mujer suscrita por nuestro país (6). Por otra parte, que la administración del marido es una expresión de la discriminación en contra de la mujer, es la mentada "discriminación de género" (7), que exige al Estado intervenir y establecer mecanismos en el ámbito patrimonial, que otor-

(4) Comparten esta misma opinión: RAMOS PAZOS 2003, p. 17; DOMÍNGUEZ HIDALGO, 2004, p. 207 y VELOSO VALENZUELA, 1998, p. 36.

(5) La Comisión Nacional de la Familia en su informe señala: "No existen alternativas, como se ha dicho, existe sólo un régimen patrimonial dentro del matrimonio: la alternativa es tomarlo o no tomar ninguno, porque la separación de bienes no es un régimen propio del matrimonio". Agrega que la sociedad conyugal posee "inconsistencias internas, puesto que en la actualidad, ninguno de los rasgos característicos de un régimen de comunidad se mantiene con contornos nitidos, lo que lo vuelve un sistema confuso y engorroso, aun para especialistas y mucho más para los terceros que contratan con los cónyuges o la sociedad conyugal, lo que repercute negativamente en la capacidad de crédito del matrimonio". Por último, expresa –por una parte– que en relación con la capacidad de la mujer, salvo que ésta tenga patrimonio reservado o alguno de los demás patrimonios que excepcionalmente puede administrar, resulta ilusoria en el ámbito patrimonial. Por otra, señala que las limitaciones de administración que tiene el marido respecto de los bienes de la mujer y los sociales complementan un cuadro que evidencia que el régimen de sociedad conyugal no facilita la autonomía y la capacidad de los cónyuges.

(6) En el sistema propuesto se eliminan "las actuales discriminaciones que en la sociedad conyugal se imponen a la mujer, discriminaciones que al violentar el principio de igualdad, han transformado la normativa que regula la sociedad conyugal en inconstitucional. En efecto no sólo se violenta la Carta fundamental, sino que también, entre otros pactos con jerarquía constitucional... la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, especialmente su artículo 15". SCHMIDT HOTT (2004), p. 224.

(7) Vid. FIGUEROA YAÑEZ, quien manifiesta que es muy difícil sostener la constitucionalidad de la sociedad conyugal. "En primer lugar porque de los cuatro haberes que normalmente conforman ese régimen, tres son administrados por el marido, lo que resulta claramente discriminatorio respecto de los derechos de la mujer". Asimismo, DOYHARCABAL señala que "el principio que inspiró este régimen fue el de unidad o cohesión de la familia, sometida a una voluntad rectora, que es la del marido y el padre, es decir el gran proveedor". Posteriormente expresa que "ha pasado mucho tiempo desde entonces y que hoy vivimos circunstancias muy distintas. En consecuencia, ahora este régimen es percibido como injusto, discriminatorio, contradictorio en sus propias disposiciones y anacrónico". Y, por último, GALVÁN resalta que "el régimen propuesto es más acorde con las tendencias que se advierten en el moderno Derecho de Familia de sustitución de sistemas puros de comunidad o de separación por fórmulas mixtas de participación, categoría esta última a la cual pertenece tanto el régimen de participación en los gananciales como el de comunidad. Esta evolución está inspirada (...) en el principio de igualdad o equiparación jurídica que lleva aparejada la supresión de los beneficios y prerrogativas de la mujer..." (Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, 2007).

guen autonomía individual y terminen con la desigualdad. (8)

Del mismo modo Domínguez postula que, en efecto, *"las transformaciones operadas en el Derecho de Familia han estado animadas (...) por el afán de asegurar libertad, igualdad y equidad"* (DOMÍNGUEZ HIDALGO, 2005, p. 210). Agrega que éstos están presentes en la igualación de los derechos de los cónyuges en el ámbito patrimonial y personal, en la libertad para cambiar de régimen patrimonial, con la salvedad de la sociedad conyugal que debe nacer con el matrimonio y en la protección del más débil (9). Pero no por ello deja de realizar una mirada crítica a la transformación señalando: *"El prisma desde el cual se mira a la familia ha variado, centrándose en el presente más en los individuos que la componen que en la entidad familiar misma. (...), aunque se sigue percibiendo como un conjunto de individuos unidos por ciertos vínculos, la tendencia legislativa se ha encaminado a regular sus componentes de manera separada y a tratar a los miembros de la familia como seres autónomos e independientes"* (DOMÍNGUEZ HIDALGO, 2005, p. 214).

De mismo modo, Corral coincide en relación a que *"la tendencia a la igualdad entre hombres y mujeres se ha proyectado también en el Derecho de Familia, y los cambios más importantes se han producido en las reglas que regulan el régimen de familia"*, llegando al extremo de procurar modificar el régimen de sociedad conyugal y así concluir con el patrimonio reservado de la mujer casada. Siendo que este último, desde nuestro

(8) Cfr. con la mirada de Corral, quien manifiesta que *"la teoría de la igualdad de género que supera en su radicalismo a la simple igualdad de sexos es un paso más hacia la comprensión del ser humano como un mero referente de intereses individuales"* CORRAL TALCIANI (2002), p. 29, y en CORRAL TALCIANI (2005), p. 305.

(9) DOMÍNGUEZ, HIDALGO (2005), p. 214.

punto de vista, es un sistema que se ajusta perfectamente al matrimonio, puesto que resguarda los derechos de los cónyuges, ya sea que la mujer trabaje y, particularmente si no lo hace, salvaguarda el equilibrio entre marido y mujer, al permitir la administración del marido de la sociedad conyugal, la gestión de la mujer de sus bienes, sin perjuicio de la existencia de un patrimonio de responsabilidad para enfrentar esta última. (10)

Ello sin considerar la realidad que indica que al año 2002, de un total de 4.141.427 hogares, 3.708.224 son propietarios de una vivienda; 308.828 poseen dos viviendas; 82.935 son propietarios de tres, y sólo 41.440 es dueño de cuatro o más (11). Resulta, entonces, que la situación patrimonial no justifica abandonar la sociedad conyugal como una opción para aquellas mujeres que no poseen instrucción, como tampoco patrimonio propio. Y, por lo tanto, no es razonable que

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

(11) Síntesis censal (2002), p. 41.

en pos de una igualdad a ultranza renunciemos a los beneficios de la mujer casada en sociedad conyugal y la existencia de un sistema que todavía se aviene con la realidad de nuestras familias.

En conclusión, si se trata de aplicar el principio de igualdad jurídica, ciertamente no podemos establecer excepciones que excluyan a unos de lo que concedemos a otros en iguales circunstancias, como tampoco establecer estatutos legales con derechos y obligaciones diferentes, según sexo, etnia, creencia, etcétera. Por lo tanto, debemos generalizar. Sin embargo, el legislador igualmente establece diferencias: ellas son movidas por razones de interés común, social y familiar; en otras palabras, de justicia. Y no por ello vulnera la igualdad.

En síntesis, las diferencias deben fundarse en la razón, cuestión que implica contemplar en la creación y aplicación normativa la existencia de distinciones razonables entre quienes se encuentran en las mismas condiciones y quienes no.

Criterio último que debe ser considerado a la hora de tomar la decisión de eliminar el régimen de sociedad conyugal, más todavía cuando el valor de la justicia y el interés de la familia llaman a lo contrario.

Luego, entonces, el objetivo no es regular un cambio social, tampoco otorgar igualdad en el ámbito patrimonial, ni menos romper con la discriminación de género, sino llevar planificadamente al Derecho de Familia por el camino de la posmodernidad, oponer a lo general lo particular, reivindicar el pluralismo y la heterogeneidad (12); revelar la injusticia que guarda el régimen de sociedad conyugal; dar atención a la individualidad y a

la diferencia (13), y alterar "aquella comunidad basada en la asociación permanente de un hombre y una mujer (...), integrada por personas que conviven bajo la autoridad directiva o las atribuciones de poder concedidas a una o más de ellas, que adjuntan sus esfuerzos para lograr el sustento propio y el desarrollo económico del grupo (...)" (CORRAL TALCIANI [2005], p. 32). Teñirlo de principios que no han nacido en nuestra cultura jurídica, ni menos de nuestra realidad patrimonial-familiar (14). De esta manera, todavía, no es posible implantar la igualdad, ni menos considerar adquirido este principio en materia patrimonial.

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

(13) "La legislación, influida por sutiles ideologías de inspiración individualista, pareciera estar verdaderamente de-construyendo, 'socavando', la institución familiar. O bien (...) la legislación ya no se interesaría por la familia en sí misma, sino casi exclusivamente por sus miembros individuales..." RODRIGUEZ PINTO (1998), p. 592.

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

(12) HESPANHA (2002), p. 249.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BARRIENTOS GRANDÓN, JAVIER y NOVALES ALQUÉZAR, ARANZAZU (2004): *Nuevo Derecho Matrimonial chileno* (2ª edición, Chile, Editorial LexisNexis) 472 pp.
- CELIS RODRÍGUEZ, RUBÉN (2004): *Regímenes matrimoniales* (actualizado por Carlos López Díaz, Chile, Universidad Central de Chile) 181 pp.
- CORRAL TALCIANI, HERNÁN (2005): *Derecho y derechos de la familia* (Perú, Editorial Grijley) 329 pp.
- CORRAL TALCIANI, HERNÁN (2002): "Claves para entender el Derecho de Familia contemporáneo", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 29 (Nº 1): pp. 25-34.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, CARMEN (1999): "La situación de la mujer casada en el régimen patrimonial chileno: mito o realidad", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 26 (Nº 1): pp. 87-103.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, CARMEN (2005): "Los principios que informan el Derecho de Familia chileno: su formación clásica y su revisión moderna", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 32 (Nº 2): pp. 205-218.
- FRIGERIO CASTALDI, CÉSAR (1995): *Regímenes patrimoniales* (Chile, Editorial ConoSur) 235 pp.
- HESPANHA, ANTONIO (2002): *Cultura jurídica europea, síntesis de un milenio* (traducción Isabel Soler y Concepción Valera, Madrid, Editorial Tecnos) 277 pp.
- RAMOS PAZOS, RENÉ (2003): *Derecho de Familia* (Chile, Editorial Jurídica de Chile), tomo I.
- RODRÍGUEZ GREZ, PABLO (2004): "Matrimonio y divorcio vincular", en *Actualidad Jurídica, Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo*, Año V (Nº 9): pp. 11-36.
- RODRÍGUEZ GREZ, PABLO (2006): "Hacia un nuevo Derecho de Familia", en *Actualidad Jurídica, Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo*, Año VII (Nº 13): pp. 117-136.
- RODRÍGUEZ PINTO, MARÍA (1998): "Familia y legislación: entre protección y socavamiento", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 25 (Nº 2): pp. 591-603.
- SCHMIDT HOTT, CLAUDIA (2004): "El régimen matrimonial y la autonomía de la voluntad", URREJOLA SCOLARI, Bárbara (editora), *Instituciones de Derecho de Familia*, Santiago, LexisNexis, pp. 215-225.
- SILVA ABBOTT, MAX (2004): "Ley de divorcio: ¿sigue siendo el Derecho de Familia de orden público? En *Actualidad Jurídica, Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo*, año V (Nº 9): pp. 83-109.
- VELOSO VALENZUELA, PAULINA (1998): "Nuevos principios del Derecho de Familia en función, principalmente, de la normativa internacional que emana de los tratados de derechos humanos", *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* (Nº 19): pp. 35-56.
- VELOSO VALENZUELA, PAULINA (2006): "Algunas reflexiones sobre la compensación económica", *Actualidad Jurídica, Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo*, año VII (Nº 13): pp. 171-187.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS (2002). Síntesis de resultados [en línea]: [fecha de consulta: 14 de noviembre de 2006]. Disponible en <http://www.ine.cl/cd2002/sintesis_censal.pdf>.
- Proyecto de Ley que modifica el Código Civil y leyes complementarias en materia de sociedad conyugal o comunidad de ganancia-

les otorgando a la mujer y el marido iguales derechos y obligaciones. Boletín N° 1707-18 [en línea]: [fecha de consulta: 13 de noviembre de 2006]. Disponible en <<http://www.bcn.cl>>

Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído

en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica el Código Civil y otras leyes complementarias en materia de sociedad conyugal o comunidad de gananciales. Boletín N° 1707-18[en línea]: [fecha de consulta: 2 de mayo de 2007]. Disponible en <<http://www.bcn.cl>>

11-
(2006):
"Familia", en
Derecho de
VII (N° 13):

IA (1998):
"Protección y
de Derecho,

(2004): "El
comia de la
para (edito-
de Familia,
5.

"Ley de di-
de Familia
urídica, Re-
dad del De-
l.

PAULINA
Derecho de
e, de la nor-
de los trata-
ista de De-
a de Valpa-

PAULINA
ore la com-
ad Jurídica,
ersidad del
71-187.

ICAS (2002).
: [fecha de
106]. Dispo-
202 síntesis

a el Código
materia de
e ganancia-