

REFORMA AL RÉGIMEN DE BIENES DEL MATRIMONIO. REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE EL PROYECTO DE LEY QUE SUSTITUYE LA SOCIEDAD CONYUGAL COMO RÉGIMEN LEGAL SUPLETORIO*

Hernán Corral Talciani
Profesor de Derecho Civil
y Decano Facultad de Derecho
Universidad de los Andes

I. IDEAS PRINCIPALES SOBRE EL RÉGIMEN DE BIENES

La especial naturaleza del régimen de bienes del matrimonio

El estatuto normativo que rige las relaciones económicas entre los cónyuges y de estos con terceros, conocido como régimen patrimonial o régimen de bienes del matrimonio, es uno de los elementos fundamentales de la regulación de la unión matrimonial, que es la base sobre la que se edifica la familia y, por ella, toda la sociedad. Si bien trata con aspectos que podrían estar más alejados de los componentes afectivos y emocionales de

las relaciones familiares y se refiere directamente a las cuestiones de índole patrimonial, es indudable que ellas influyen y, a su vez, son influidas por la relación de los cónyuges, y de éstos con sus hijos. Conformada de alguna manera un patrimonio familiar, asegura la subsistencia de los miembros de la familia, permite a los terceros contratar con los cónyuges de un modo seguro y asegura el acceso al crédito a las familias y, finalmente, determina una correcta distribución de los bienes acumulados y de las deudas contraídas, una vez finalizado el matrimonio.

Se trata de una materia que es bastante dinámica, ya que por una parte depende de las formas culturales en las que se organice la familia y el matrimonio y, por otra, de los modos de circulación de los bienes y del desarrollo social y económico del país. No es raro, por tanto, que cada cierto tiempo se sienta la urgencia de ir adaptando la regulación de los regímenes patrimoniales del

* El texto corresponde a una elaboración de la exposición realizada por el autor ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado el día 7 de enero de 2007 y, posteriormente, en el seminario "Hacia una nueva regulación de las relaciones económicas matrimoniales". SERNAM-Fundación Fueyo, realizado el 21 de junio de 2007.

matrimonio a las nuevas realidades. Así ha sucedido en Chile desde que en 1855 se aprobara el *Código Civil* (que fue una adaptación de la normativa castellana vigente en la época combinada con criterios tomados del *Código Civil* francés) hasta la ley N° 19.335, de 1994, que fue la última que modificó esta normativa, incorporando como nuevo régimen alternativo convencional el de participación en los gananciales y estableciendo la figura de los “bienes familiares” como un estatuto de protección uniforme e imperativa a la vivienda familiar.

*La propuesta de modificación
que se discute en el Senado*

202

En la actualidad se pretende nuevamente modificar el estatuto económico del matrimonio, aunque de una forma mucho más radical y global que en las reformas que se han realizado a la fecha. En síntesis, el proyecto que se discute en segundo trámite en el Senado¹, sustituye el régimen legal de sociedad conyugal por uno de participación en los gananciales al que denomina “comunidad de gananciales”. La sociedad conyugal se mantiene como régimen alternativo y convencional. El régimen que se propone como legal es diferente al introducido por la ley N° 19.335, por cuanto este último establece que las ganancias finales se distribuyen mediante la asignación de un crédito

en dinero al cónyuge que menos ganancias hubiere obtenido. En el que se propone ahora, las ganancias se consideran bienes comunes, que es necesario sujetar a una partición entre los cónyuges (o sus herederos). Se trata, según la tipificación de los regímenes en el Derecho Comparado, de uno de participación en los gananciales con comunidad diferida (retardada a la época de la disolución del matrimonio o del régimen). El vigente actualmente (en su modalidad crediticia) es suprimido.

*Criterios básicos para legislar
en esta materia*

Antes de entrar en el detalle de los comentarios a esta iniciativa, conviene determinar cuáles debieran ser los criterios fundamentales que pueden orientar correctamente la decisión de instaurar, modificar o suprimir un régimen matrimonial, teniendo en cuenta que sobre la materia no hay dogmas ni verdades absolutas, sino, más bien, consideraciones de índole práctica y funcional.

A nuestro juicio, para diseñar o reformular el régimen patrimonial del matrimonio es conveniente atender como ideas fundamentales a las siguientes:

1° La regulación jurídica debe tratar de reflejar la naturaleza del compromiso y la vida matrimonial y familiar. Es obvio que el legislador no puede desatender este objetivo prioritario, pues el régimen económico tiene como finalidad apoyar y

¹ *Boletín de Sesiones del Senado*, N° 1707-18, 4 de octubre de 1995, p. 18.

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, síquico, 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 comportamiento de la sociedad concreta en la que se va a aplicar.

*El peligro del "ideologismo":
género, igualdad y simetría*

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 éstos 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 representar un 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 aquél 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.

Por lo anterior, nos parece que fundar toda la modificación que se propone en la idea matriz de que el

régimen legal actual es discriminatorio y que lo es porque establece diferencias entre varón y mujer no puede considerarse plausible ni razonable. Parece necesario, en consecuencia, examinar mejor el régimen de sociedad conyugal para determinar si efectivamente es discriminatorio porque establece diferencias arbitrarias o es disfuncional a los objetivos generales de la familia en la cultura chilena actual.

II. SOBRE LA SOCIEDAD CONYUGAL

La sociedad conyugal y su “mala prensa”

La sociedad conyugal, en verdad, es el régimen que ha imperado en Chile por más de cuatrocientos años (al aprobarse el *Código Civil* de Andrés Bello decidió mantener en sus líneas matrices el sistema de comunidad que existía en el Derecho Castellano), pero ha sido inteligentemente adaptado para que vaya funcionando de acuerdo con la evolución de la estructura económica, educacional y social del país (DL N° 328, de 1925, leyes N° 5.521, 7612, 10.271, 18.802, 19.335).

Es cierto que tiene mala prensa y, en general, es denostado en los medios intelectuales altos. Aun así es por lejos el más recurrido por la población chilena (alrededor del 70% de las parejas que se casan lo prefieren) y el tráfico jurídico convive pacíficamente con él. Tiene escasa conflictividad litigiosa, si se

atiende a los pocos fallos judiciales que se encuentran sobre su forma de aplicación.

En su conjunto, y con las sucesivas adaptaciones que ha ido teniendo, el estatuto de la sociedad conyugal ha sido un régimen beneficioso para la estabilidad de las relaciones económicas de los cónyuges, brindando seguridad a los terceros y ha sido vanguardista en la promoción de la emancipación femenina y del ingreso de la mujer al mercado laboral, profesional y empresarial, sobre todo después de que se creara en 1925 la institución del patrimonio reservado de la mujer casada. Después de la ley N° 19.947, que consagró en el ordenamiento civil chileno el divorcio unilateral, la sociedad conyugal es una defensa contra el divorcio por mero abandono que, junto con la institución de la compensación económica, protege y tutela a la mujer y a los hijos que quedan normalmente a su cargo.

La “mala prensa” proviene de la proliferación poco meditada de muchos mitos que circulan sobre su diseño legal, sin atender al funcionamiento concreto del estatuto. Sobre este particular puede verse el estudio acucioso de la profesora de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Carmen Domínguez Hidalgo².

² “Situación de la mujer casada en el régimen patrimonial chileno: mito o realidad”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol 26, N° 1, Santiago, 1999, pp. 87-103.

Críticas usuales a la sociedad conyugal

Los principales cuestionamientos que se hacen a la sociedad conyugal son los siguientes:

- a) Sería un sistema engorroso, difícil de comprender y aplicar.
- b) 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.
- c) Aunque desaparecida formalmente el año 1989, por obra de la ley N° 18.802, 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, de sus bienes propios.
- d) 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.

Refutación o dimensionamiento real de las críticas

Las críticas, a nuestro juicio, son infundadas o al menos no de suficiente entidad para aconsejar derogar por completo el régimen. En efecto:

- a) Sobre la supuesta complejidad y dificultad de aplicación del régimen, cabe constatar en contra la escasa litigiosidad que existe

en la materia y la facilidad con la que los operadores jurídicos lo aplican en el tráfico. En cualquier caso, a nuestro juicio, de existir, ésta no es característica que pueda arrogarse sólo al régimen de sociedad conyugal. En realidad, la complejidad y dificultad de aplicación de un régimen dependen de la cuantía y composición del patrimonio de los cónyuges. Todo régimen, también el de participación en los gananciales, se torna complejo y dificultoso de aplicar cuando hay muchos bienes, adquiridos en distintas fechas y por diversas causas, deudas, cargas, frutos etcétera.

b) Sobre la discriminación de sexos se suele traer a colación aquí la denominación que da la ley al cargo de administrador ordinario de los bienes sociales: “jefe de la sociedad conyugal” (art. 1.749 del *CC*). Pero esto no deja de ser hoy una expresión meramente retórica, prácticamente sin contenido real, pues el marido no puede administrar los bienes sociales sin el concurso de la mujer en la mayor parte de los actos de cierta envergadura. En los hechos, por lo tanto, se trata de una cogestión que no discrimina a la mujer. Por cierto, se podría perfeccionar la terminología de la ley para evitar que estas denominaciones hieran la sensibilidad actual sobre igualdad

de los sexos. Hay que recordar igualmente que, en caso de imposibilidad del marido, toca a la mujer administrar los bienes sociales e, incluso, los propios de su marido.

c) En relación con la administración de los bienes propios de la mujer que, en la administración ordinaria corresponde al marido, debe en primer lugar reducirse su relevancia a sus exactas dimensiones: los llamados “bienes propios” de la mujer son los bienes raíces aportados al matrimonio (los que se tenían antes de casarse) o los heredados o recibidos en donación durante el matrimonio. En la realidad social actual chilena son escasísimos los casos en los que se dan estos supuestos de ricas herederas en fincas y haciendas. Aun así, en estos rarísimos casos, de nuevo la ley exige el consentimiento de la mujer para su enajenación y gravamen, de modo que, en verdad, el régimen dispone una cogestión de estos bienes. Es más, si la mujer niega su consentimiento, el marido no puede realizar el acto ni aun con autorización del juez (art. 1.754 del *CC*). En todo caso, tampoco parece ser esto una pieza fundamental del diseño de la sociedad conyugal, menos en la actual composición de los patrimonios de las mujeres casadas, por lo que perfectamente podría modificarse este

aspecto y otorgar a la mujer la administración de estos “bienes propios”.

- d) Cuando se sostiene que el régimen de sociedad conyugal perjudica a la mujer separada de hecho por cuanto queda sujeta a obtener el consentimiento de un marido ausente o reticente a apoyarla económicamente, debe precisarse que si esto fuera en verdad así ello no tiene por causa el régimen de sociedad conyugal, sino la falta de acceso a la justicia de familia para los sectores desposeídos. El régimen legal da una solución clara y eficaz a este problema al otorgar a la mujer varios derechos: primero pedir autorización de la justicia para realizar un acto al que el marido se niega o está imposibilitado de autorizar (arts. 138 y 138 bis del *CC*); y segundo obteniendo la separación de bienes. Para esto tiene dos caminos: o pedir la separación judicial de los cónyuges, para lo cual basta que acredite ante el juez de familia que hay cese de la convivencia (art. 34 de la *LMC*); o demandar específicamente la separación judicial de bienes, invocando como causal la separación de hecho por más de un año (art. 155 inc. 3º del *CC*).

Ventajas de la sociedad conyugal

Por el contrario, el régimen de sociedad conyugal tiene fuertes ventajas,

como lo es 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 mera 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, y tutela equitativamente los derechos e intereses de las mujeres, tanto de aquéllas que prefieren dedicarse al cuidado del hogar y de los hijos, como de aquéllas que compatibilizan esta labor con un trabajo remunerado fuera del hogar.

Para la mujer que se dedica al hogar, el régimen le asegura el cincuenta por ciento de los bienes que adquiera el marido como producto de su trabajo o en general a título oneroso. 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), controla que el marido no garantice con los bienes sociales el pago de deudas de terceros y, finalmente, 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. Más aún, en la liquidación que se haga de la sociedad conyugal, la mujer puede limitar su responsabilidad por las deudas sociales, mediante el llamado beneficio de emolumento, que le permite pagar sólo hasta el monto de

su mitad de gananciales, y si éstos no existen, los acreedores sólo podrán perseguir sus créditos en los bienes del marido.

Para la mujer que trabaja fuera del hogar, el régimen le consagra, por ese sólo hecho y sin necesidad de declaración judicial, la existencia de un patrimonio reservado compuesto por todo lo que gane como producto de su trabajo, las adquisiciones que haga con él y los frutos de ambos tipos de bienes (art. 150 del *CC*). Se trata de un gran beneficio para la mujer, ya que la ley le concede amplia libertad para gestionar los bienes reservados (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 reservados. Esto tiene dos utilidades para la mujer: en primer lugar, le permite quedarse con los bienes que ella misma ha adquirido, sin tener que entrar en una comunidad, en la que después le podrán ser adjudicados bienes que ella no prefería. En segundo lugar, y quizá sea aún más importante, la libera de responder por las deudas sociales contraídas por el marido en la administración de los bienes sociales. No hay que olvidarse que a veces los gananciales son pocos o inexistentes y las deudas muchas y cuantiosas.

*El patrimonio reservado
como “discriminación positiva”*

Curiosamente los mismos que tachan al régimen de machista cuando repro-

chan que la administración ordinaria se atribuya legalmente al marido, al constatar estos beneficios para la mujer lo critican de feminista y dicen que es discriminatorio en contra del marido. Pero resulta inconsistente señalar que un régimen es a la vez discriminatorio contra la mujer y contra el marido. Más parece, en verdad, que, más allá de puntos particulares perfectibles, es un régimen equilibrado que establece razonables derechos y tutelas tanto para el marido como para la mujer, el cual logra un diseño legal que responda a las características funcionales que se precisan de este tipo de normativas.

En cualquier caso, la existencia del patrimonio reservado no es una diferencia arbitraria o injustificada, ya que ella tiene su correlato en la conformación actual de la sociedad chilena y la distribución de roles en la inmensa mayoría de los matrimonios. Podría decirse, de acuerdo con las modernas terminologías, que estamos ni más ni menos que frente a una “discriminación positiva” a favor de la mujer absolutamente legítima y conveniente en nuestras actuales circunstancias socioeconómicas.

III. EL PROYECTADO RÉGIMEN LEGAL
DE “COMUNIDAD DE GANANCIALES”

*El nuevo régimen propuesto.
Críticas de fondo*

Como ya hemos señalado, aunque el proyecto lo denomine “comunidad de gananciales”, en realidad el régi-

men propuesto es uno que el Derecho Comparado y la doctrina designan como “participación en los gananciales con comunidad diferida”.

Se conoce desde hace ya bastante tiempo (por lo menos desde las primeras décadas del siglo XX) y que en otras oportunidades se ha tratado de introducir en la legislación chilena sin éxito. No tenemos mayores cuestionamientos al régimen como tal, que bien podría añadirse a los estatutos que la ley ofrece a los esposos para que elijan al momento de casarse. Pero cosa distinta es convertirlo en el régimen legal, es decir, en el prioritario, modélico o paradigmático, el que la ley civil establece recomendable para la mayoría de las parejas chilenas y sobre todo para la de menos recursos económicos y educacionales.

Frente a ello tenemos varias críticas que formular:

- a) En primer lugar, no es un régimen de comunidad de bienes, sino uno separatista (pertenece a la familia de los regímenes de separación), que pone más énfasis en la independencia y autonomía de gestión de los cónyuges 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, cada uno administra su patrimonio (tanto bienes adquiridos a título gratuito como oneroso, antes o durante el matrimonio) de acuerdo con sus propios intereses. Sólo

cuando fenece el régimen surge la comunidad restringida a las adquisiciones a título oneroso.

Si bien se contempla la autorización conjunta para realizar ciertos actos de gestión, éstos aparecen en la ley como restricciones a la administración separada y no como una expresión de un derecho común que tendrían los cónyuges sobre esos bienes. Por ello el proyecto evita absolutamente hablar de bienes sociales o conyugales durante la vigencia del régimen. Durante el matrimonio, no existen bienes comunes, sólo hay bienes del marido o de la mujer.

Siendo así, no parece ser éste el régimen más concordante con el concepto de matrimonio y la comunidad de vida que éste implica, tal como aparece diseñado en el *Código Civil* y en la LMC, como para que se lo establezca como el régimen legal. Son mucho más congruentes con esta imagen solidaria del matrimonio los regímenes de comunidad actual (no diferida).

- b) Lo anterior se ratifica si se observa el panorama de la legislación comparada, incluso después de que los países han introducido reformas para asegurar la igualdad entre hombres y mujeres. Se prefiere por abrumadora mayoría el régimen de comunidad. La participación en los gananciales sigue siendo exótico y minoritario. Sólo los países nórdicos y Alemania lo han

instaurado como régimen legal. Francia, Italia, España, Portugal y en general en Latinoamérica (salvo, quizá, Colombia) no lo contemplan. Algunos lo regulan como régimen opcional, pero sin que la doctrina ni la población lo hayan favorecido (así, Francia y España). Cuba, Brasil, México, Paraguay, Perú, Argentina, Uruguay y Venezuela establecen como régimen legal el de comunidad de bienes o sociedad conyugal³.

- c) Si el régimen de participación es extraño a la general experiencia comparada, tenemos que decir que más extraño es a la tradición chilena que, como dijimos, tiene más de cuatrocientos años de adhesión a un régimen comunitario y no separatista. La experiencia de la ley N° 19.335, de 1994, que también inicialmente quiso introducir como régimen legal el sistema de participación en los gananciales (en su modalidad crediticia) y finalmente se decantó por ofrecerlo como alternativo a la sociedad conyugal, debería hacernos meditar sobre los peligros de querer imponer modelos teóricos que no se condicen con la ideosincracia y la cultura de la sociedad. Los resultados están a la vista: el gran éxito que se auguraba al nuevo régimen 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 crédito, pero se trata de una diferencia técnica que difícilmente será perceptible por la población en general. ¿Por qué, entonces, un tipo de régimen que ha sido rechazado por la sociedad chilena tendría ahora que convertirse en el régimen legal?

- d) A todo lo anterior, hay que añadir que el diseño que presenta el régimen de participación propuesto introduce evidentes perjuicios para la mujer. En primer término, se elimina el beneficio de emolumento que la ley actual concede sólo a la mujer, para establecer uniformemente que el “cónyuge” que no contrajo la deuda sólo responde por las deudas comunes hasta la mitad de los gananciales. Es un retroceso, pues actualmente la mujer limita su responsabilidad ante cualquier deuda social, y no sólo a las contraídas por el marido. Otro perjuicio de mayor relieve que se infiere al estatuto actual de la mujer es la limitación que el proyecto le impone para administrar sus gananciales (los bienes que adquiera como

³ Cfr. Eduardo SAMBRIZZI, *Régimen de bienes en el matrimonio*, Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 50 y ss.

producto de su trabajo); en la sociedad conyugal la mujer los gestiona con total independencia, mientras que en el nuevo proyecto necesita autorización del marido para disponer de bienes raíces y otros actos de administración. A todo ello, se agrega que la mujer pierde el derecho que tiene actualmente de renunciar a participar de los gananciales del marido, y así conservar los bienes que ella ha adquirido (sin entregarlos a una partición de resultado incierto) y, además, eximirse de responder por las deudas contraídas por él. Una conquista lograda por la mujer el año 1925 (el patrimonio reservado de la mujer casada), sería cercenada en el año 2007 bajo la idea de que se está tratando de buscar una mayor paridad para la mujer.

Cuestionamientos de técnica legislativa

Más allá de estos cuestionamientos de fondo, observamos también serios problemas de técnica legislativa. Por ejemplo, está muy mal regulado el pasivo y su distribución, tanto durante el régimen como con posterioridad a él. No hay normas claras sobre el cobro de deudas contraídas por un cónyuge en el patrimonio ganancial del otro, antes de que se inicie la comunidad. No existe la institución de las “recompensas”, cuando éstas son indispensables para restaurar equilibrios patrimoniales rotos durante la vigencia del régimen. Por poner un solo caso: si un cónyuge

acepta una herencia con bienes y deudas, resulta que los bienes hereditarios no entrarán en la comunidad, pero las deudas las pagará con gananciales, y el otro cónyuge no tiene manera de evitar ese perjuicio. Incluso, si se pretende que éste sea un régimen alternativo convencional, sería deseable estudiar mejor la normativa para perfeccionar y corregir los errores técnicos que se advierten.

IV. SOBRE LA COEXISTENCIA DE VARIOS REGÍMENES

La proposición de mantener la sociedad conyugal como régimen alternativo

El proyecto aprobado por la Cámara de Diputados plantea que junto al régimen legal de participación que se propone (llamado “comunidad de gananciales”) se mantenga la sociedad conyugal y la separación total de bienes como regímenes opcionales.

Desde instancias gubernamentales se ha objetado esta diversidad de opciones por considerar que ella haría más confuso el sistema en general. La argumentación no nos resulta convincente, es cierto que la coexistencia de varios regímenes puede complicar el tráfico jurídico. Pero ello sucederá sólo si las reglas no son claras y si no hay mecanismos de certeza jurídica para que los terceros certifiquen el tipo de régimen que se aplica a sus cocontratantes.

*Tendencia internacional:
libertad de opción de los cónyuges*

La tendencia mundial es favorecer la libertad de los cónyuges y establecer una pluralidad de estatutos matrimoniales e, incluso, dejar que sean los mismos esposos los que diseñen su régimen en capitulaciones antenupticiales. Puede verse, por ejemplo, el nuevo *Código Civil* de Brasil del año 2002, que parte dejando libertad a los cónyuges para dictar sus reglas y luego establece como régimen legal el de comunidad parcial, pero se proponen como opcionales el de comunidad total, el de separación y el de participación con comunidad diferida (art. 1.639 y ss.).

No parece que haya inconvenientes en que convivan en la legislación chilena el régimen de participación, sociedad conyugal y separación de bienes. De hecho es lo que hoy existe, sólo que la participación es de crédito y no de comunidad. Lo que hay que meditar bien es cuál de ellos debe ser propuesto por la ley como el régimen legal.

V. NUESTRA PROPUESTA

*Un régimen de comunidad actual
como régimen legal.
Modificaciones a la sociedad conyugal*

Nos parece que lo más prudente es mantener el régimen de comunidad actual (sociedad conyugal), con algunas modificaciones, como las siguientes:

- a) Suprimir la denominación de “jefe de la sociedad conyugal”.
- b) Suprimir la figura del haber relativo de la sociedad conyugal, disponiendo que dichos bienes sean propios.
- c) Establecer que cada cónyuge administra sus bienes propios, con algunas restricciones en cuanto a la enajenación y gravamen de algunos de ellos de especial relevancia.
- d) Establecer la posibilidad de que los cónyuges decidan sobre la gestión de los bienes sociales, ya sea encargando a uno de ellos la administración de los bienes (con restricciones respecto de ciertos actos) o acordando una gestión conjunta (que habría que diseñar bien para evitar que se produzcan incertidumbres respecto de terceros).
- e) Mantener la figura del patrimonio reservado para los casos en los que la mujer no haya sido la administradora de los bienes sociales.

Junto a la sociedad conyugal se podrían dejar los regímenes de participación y de separación como opcionales. Incluso, no vemos problema en mantener el régimen de participación con modalidad de crédito.

*Propuesta subsidiaria:
elección previa imperativa*

Ahora bien, si lo anterior se rechaza y si insiste en eliminar como régimen legal el de sociedad conyugal, porque, incluso, con las modificaciones que se

propician seguiría siendo “discriminatorio” puesto que la única igualdad que se admite es la completa indistinción entre marido y mujer en el matrimonio, quizá lo más coherente fuera establecer como legal el régimen de separación legal, para dejar a los cónyuges la completa libertad de regular sus relaciones por el Derecho Común: comunidades, sociedades, etc. Se contemplarían así como opciones equivalentes los regímenes de participación y de sociedad conyugal. Los cónyuges elegirían según sus preferencias y su libre decisión. Para evitar que los cónyuges resulten afectados por un régimen que no decidieron, se podría establecer una obligación del oficial del Registro Civil de requerir una voluntad expresa de los cónyuges en forma previa al matrimonio (en la manifestación, por ejemplo) bajo sanción de no celebrar el matrimonio. Quede claro que ésta no es la solución que nos parece más adecuada, pero ante el ideologismo de la igualdad de género nos parece más libertario e igualitario este sistema que el proponer como régimen legal la participación con la única alternativa de pactar separación total de bienes, como parece reclamarse por ciertas instancias políticas.

VI. NECESIDAD DE UN ESTUDIO TÉCNICO ACUCIOSO

Otros temas que merecen estudio

No nos pronunciamos sobre los numerosos preceptos que pueden presentar

dificultades de redacción y comprensión y de los cambios estructurales que se proponen para el *Código Civil*. No nos detenemos tampoco en las modificaciones que trasuntan el ideologismo de la teoría de género, como la estólida supresión de la expresión “buen padre de familia”. Tampoco nos ocupamos aquí de los cambios a la institución de los bienes familiares, que también merecerían algún reproche como, por ejemplo, declarar la inembargabilidad de los bienes familiares.

Propuesta de comité técnico asesor

Nos parece que debiera evitarse la precipitación en estas materias tan delicadas y que reclaman de una técnica jurídica muy perfeccionada. Un cambio de tanta trascendencia para el Derecho Civil y el Derecho de Familia debiera estar precedido de un estudio riguroso y serio de las distintas opciones. Por ello, sugerimos en su momento (sesión de 7 de enero de 2007) a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado que solicitara informes a las facultades de Derecho y ponderara luego la posibilidad de encomendar a un comité técnico de profesores y expertos la redacción más depurada de los textos, manteniendo, por cierto, la decisión final y la definición de las políticas de fondo que sólo corresponden al legislador. Creemos que esta proposición sigue teniendo validez.

BIBLIOGRAFÍA

Boletín de Sesiones del Senado, N° 1707-18,
4 de octubre de 1995.

DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, “Situación de la mujer casada en el régi-

men patrimonial chileno: mito o realidad”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26, N° 1, Santiago, 1999.

SAMBRIZZI, Eduardo, *Régimen de bienes en el matrimonio*, Buenos Aires, La Ley, 2007.