

LA SITUACION DE LA MUJER CASADA EN EL REGIMEN PATRIMONIAL CHILENO: MITO O REALIDAD¹

Carmen Domínguez Hidalgo

Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Civil
Facultad de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile
y Universidad de Concepción

INTRODUCCION

La dignidad de la mujer y su igualdad con el varón constituyen principios universalmente proclamados que, en los albores del siglo XXI, resultan difícilmente discutibles. Ciertamente es que en el Derecho comparado algunos sistemas jurídicos reconocen todavía excepciones importantes; sin embargo, la tendencia general en los países denominados como occidentales, en los últimos cincuenta años y en algunos hace un tiempo bastante anterior, ha evolucionado hacia la supresión de todas las disposiciones que suponían alguna forma de discriminación.

En un contexto así, casi parecería inoficioso preguntarse acerca de la situación de la mujer casada en Chile en cuanto ello revela, desde su propia formulación como sujeto de reflexión, que no existe plena igualdad en el tratamiento jurídico que le es dispensado.

Sin embargo, la reflexión resulta doblemente interesante. Por una parte, pues es evidente que la mujer no ha alcanzado una plena igualdad. Y cuando nos referimos a igualdad no queremos decir identificación absoluta entre ambos sexos, pues una aspiración de esa índole nos parece un resabio de posiciones feministas ya caducas. Queremos simplemente destacar que, después de las sucesivas reformas introducidas al Código Civil en la materia, convendría preguntarse si efectivamente los derechos y obligaciones que el ordenamiento jurídico concede e impone a la mujer casada en nuestro país son equivalentes a los del varón. No debe olvidarse que ese fue el espíritu que las impulsó.

Por otra parte, resulta especialmente importante detenernos a efectuar esta reflexión ante la afirmación reiterada de la doctrina nacional en el sentido que nuestro Derecho consagraría un sistema injusto y desigual para la mujer casada en régimen de sociedad conyugal hasta el punto que, como se ha afirmado, tiene actualmente una capacidad sin contenido. De aquí que resulte interesante preguntarnos si es efectiva esa recurrente afirmación que persiste en el presente pese a las recientes reformas antes aludidas. A contestar esa pregunta irán orientadas nuestras próximas líneas.

¹ El texto corresponde exactamente a la ponencia que presentáramos en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia realizado en Mendoza del 20 al 24 de septiembre de 1998 y al que pudimos asistir gracias al apoyo del Decano de esta Facultad, Sr. Raúl Lecaros Zegers, y a la invitación de su Presidenta Sra. Aída Kemelmajer de Carlucci, a quienes reiteramos, a través de

I. EVOLUCION DE LA SITUACION DE LA MUJER CASADA
EN EL DERECHO CHILENO: UN APUNTE GENERAL

1.1. *La situación de la mujer casada en el Código original de Bello*

Bajo la vigencia del texto original del Código Civil de la República de Chile de 1855 sólo se concebía en el Título XXII del Libro IV un régimen legal patrimonial —la sociedad conyugal— y, uno alternativo, el de separación parcial de bienes. El primero, aún vigente en tal carácter, correspondía y corresponde básicamente a un régimen de comunidad restringida de ganancias que se generaba entre los cónyuges por el solo hecho del matrimonio si no existía voluntad en contrario. La separación parcial de bienes, por su parte, podía ser pactada por los esposos respecto de algunos bienes, antes de contraer vínculo matrimonial en las capitulaciones matrimoniales y, en los restantes, subsistía el de comunidad de ganancias. Por último, sólo muy excepcionalmente, se permitía a la mujer demandar la separación judicial de bienes aunque sólo por causales taxativamente señaladas en la ley, tales como insolvencia o administración fraudulenta del marido (antiguo art. 155). Estas causales, con todo, eran más amplias que las admitidas hasta la dictación del Código, como el mismo Bello se encargara de resaltar en el Mensaje con que se acompañó el Proyecto de Código para su aprobación en el Congreso², y ello con el nítido objeto de mejorar la situación de la mujer casada.

En su regulación original, el régimen de sociedad conyugal se caracterizaba por una unidad en la gestión económica que era entregada al marido, quien poseía facultades ilimitadas en la administración de todos los bienes tanto sociales como propios de la mujer, en términos tales que esta no tenía injerencia alguna. El patrimonio común que él administraba se conformaba —y conforma— con los bienes muebles o raíces que los cónyuges adquieren durante el matrimonio a título oneroso y los frutos que tanto sus bienes propios como sociales producen.

A su vez, esa estructura determinaba la incapacidad relativa de la mujer como lo establecía el artículo 1447 inc. 3 del Código, siendo el marido su representante legal en conformidad al art. 43³. Y la situación de dependencia y subordinación de la mujer al marido se reafirmaba con la concesión a este último de la potestad marital que el art. 132 definía como “el conjunto de derechos y deberes que las leyes conceden al marido sobre la persona y bienes de la mujer”, prerrogativa que le otorgaba incluso el derecho a oponerse a que ella desempeñare un oficio o ejerciere una profesión.

Toda esa estructura no era novedosa en el concierto jurídico comparado, pues, con algunas modificaciones propias de la originalidad y genialidad de su autor, correspondía básicamente a la regulación contenida en el *Code* que, al igual que a las demás codificaciones decimonónicas, le sirvió de modelo, y en la

estas líneas, nuestros agradecimientos. Ello determina entonces que aparezcan transcritos preceptos legales de sobra conocidos en nuestro sistema jurídico, no así en otros, como es obvio.

² En el Mensaje del Ejecutivo al Congreso, que acompañó el proyecto de Código, Bello destaca expresamente que “en recompensa se ha organizado y ampliado en pro de la mujer el beneficio de la separación de bienes”.

³ El art. 43 del Código Civil, que señala algunos casos de representantes legales en el sistema chileno, incluía en la enumeración al “marido bajo cuya potestad vive”, por supuesto, la mujer.

Novísima Recopilación que, como cuerpo legal integrante de la normativa hispánica, rigió en Chile durante todo el período anterior a su estabilización jurídica iniciada con la promulgación del Código Civil.

No obstante, aunque el tratamiento dispensado a la mujer casada tenía fuerte influencia de la antigua *manus* romana, la incapacidad que le imponía fue siempre entendida como un efecto del régimen patrimonial que el matrimonio generaba y no como una consecuencia de su sexo. Como la doctrina más autorizada resaltaba, la mujer no era incapacitada por algún tipo de inferioridad intelectual, sino por el interés último de la familia común que había decidido formar. Siguiendo las palabras de Planiol, se afirmaba categóricamente que la mujer casada no era incapaz por ser mujer, sino por estar casada en régimen de sociedad conyugal⁴.

1.2. *Protección de la mujer casada: una constante en el Derecho de Familia chileno*

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. Es así como progresivamente se irán suprimiendo todas las diferencias que nuestro ordenamiento jurídico contemplaba entre mujer y varón, en términos tales que en el presente la igualdad entre ambos se encuentra reconocida en todos los textos jurídicos.

Entre ellas resalta el reconocimiento de su derecho al voto político, en cuanto constituyó una de las reivindicaciones más emblemáticas. Así, debe recordarse que hasta 1934 la mujer era considerada ciudadana de segundo orden, en cuanto no podía votar y, por tanto, participar en la vida pública ni tener injerencia en las decisiones más importantes de nuestro país. No era este un tratamiento discriminatorio restringido a la realidad chilena, sino normal para la época tanto en Latinoamérica como en otros países. Precisamente será entre los años 1929 y 1961 que 23 repúblicas latinoamericanas o del Caribe van a reconocer el voto femenino. No era esta, en cambio, una situación válida en Europa donde ya en 1850 se había iniciado en Inglaterra la lucha femenina en pro de ese reconocimiento y que dio lugar al denominado "movimiento sufragista". Por lo menos, 50 años nos separaban en esta materia con las mujeres europeas.

El giro comienza a producirse en 1934 cuando, bajo la presidencia de don Arturo Alessandri Palma, se reconoce el voto femenino, aunque limitadamente, pues se restringió a las elecciones municipales. No es sino hasta 1952 que el

⁴ Por todos, ALESSANDRI, *Tratado práctico de la capacidad de la mujer casada, de la mujer divorciada perpetuamente y de la mujer separada de bienes*, Santiago, 1940, págs. 23, 24 y 25. Especialmente evocadoras de esta fundamentación son sus palabras: "Nuestra legislación, a diferencia del Derecho Romano de los primeros tiempos, no cree, por eso, en esta supuesta inferioridad intelectual de la mujer. Muy por el contrario, la estima tan apta como el hombre para la administración de sus bienes...el verdadero y único fundamento de esta incapacidad es la *comunidad de bienes* que crea el matrimonio entre los cónyuges...Y como esa comunidad de bienes tiene por fin primordial subvenir a las necesidades de los cónyuges y de los hijos comunes, en definitiva es el interés de la familia toda el que la ley ha querido proteger con esta incapacidad".

Presidente Gabriel González Videla concede el voto pleno a las mujeres y, con ello, abre las puertas a una participación activa de la mujer en las esferas políticas o, como bien se ha afirmado, abre a la mujer "una nueva posibilidad: la de estar presente en el mundo... Al considerar a la mujer apta para la cosa pública y para el trabajo fuera del hogar, se avanzó en su valorización como persona, creada con igual dignidad que el varón"⁵.

Y el reconocimiento de la dignidad de la mujer no se limitará al Derecho Público, pues, en lo que nos interesa, la sucesiva protección dispensada a la mujer —como madre y cónyuge— se constituirá en una de las grandes líneas rectoras de las sucesivas transformaciones operadas por el Derecho de familia en Chile.

En efecto, tras la primera y trascendental reforma introducida a este ámbito del Derecho civil por las Leyes de Matrimonio Civil y de Registro Civil de 10 de enero y 17 de julio de 1884, respectivamente, que secularizaron el matrimonio, el grueso de las modificaciones introducidas con posterioridad han tendido a acercar el tratamiento otorgado por el legislador a los cónyuges o incluso a mejorar la situación de la mujer casada.

Desde luego, este era el espíritu ostensible del Decreto Ley 328 de 12 de marzo de 1925 que vino a introducir la primera gran reforma al régimen de sociedad conyugal al conceder a la mujer el derecho a formar un patrimonio reservado en el que se integraban los bienes que fueren un producto de su trabajo profesional o industrial. De esta forma, junto al patrimonio común administrado por el marido, se autorizó la creación de uno independiente, cuya administración correspondía a la mujer y que, para esos efectos, era considerada como separada de bienes⁶.

Pese al mérito innegable de este texto legal, su reforma devino rápidamente indispensable atendidos los problemas revelados tras su aplicación que hacían prácticamente simbólico el nuevo derecho instituido. Así, la libertad de ejercicio de tal derecho como de administración del patrimonio mismo no eran sino aparentes, pues directa o indirectamente requería para ello de la autorización de su marido. En efecto, la mujer no tenía derecho a elegir una profesión o industria y, en consecuencia, se encontraba supeditada en ello a la voluntad del marido. Asimismo, la capacidad reconocida como separada de bienes no era amplia en cuanto requería de la autorización de su cónyuge para celebrar actos de administración tan importantes como la enajenación o gravamen de los bienes raíces. Por último, al no haberse dispuesto un adecuado sistema probatorio de la capacidad de la mujer y del origen y dominio de los bienes, la práctica, en protección de los terceros, hizo indispensable la autorización del marido en todos los actos que la mujer pretendía realizar en ese patrimonio.

El perfeccionamiento del sistema se alcanzará con la Ley 5.521 de 19 de diciembre de 1934 que, sobre la base de un proyecto inspirado en la ley francesa de 1907, mejoró notablemente la situación de la mujer incorporando adecuadamente la institución de los bienes reservados de la mujer casada, pues estableció

⁵ ALLIENDE, Jimena, "Mujer del siglo XX. Reflexión histórica", en Revista Carisma, Santiago, 1982, pág. 6.

⁶ El art. 9 del Decreto Ley 328 expresamente disponía que: "Se considera a la mujer separada de bienes para la administración de aquellos que sean el fruto de su trabajo profesional o industrial".

un sistema probatorio simple que suprimió toda intervención del marido y sobre el que ya volveremos. Además permitió pactar el régimen de separación de bienes en las capitulaciones matrimoniales celebradas con anterioridad al matrimonio. Más tarde, la Ley 7.612 de 21 de octubre de 1943 concedería a los cónyuges el derecho a sustituir el régimen de sociedad conyugal por el de separación total de bienes.

Posteriormente, sobre la base de un proyecto largamente discutido, el 2 de abril de 1952 será publicada la Ley 10.271, de inevitable referencia en todo estudio evolutivo de nuestra legislación civil al constituir uno de los cuerpos legales que introdujo mayores reformas en el Derecho de Familia, en términos tales que prácticamente todas sus materias sufrieron alguna modificación. Merecen resaltarse, sí, las transformaciones que introdujo, por una parte, a la filiación natural al mejorar sustancialmente su estatuto⁷ y, por otra, en la administración de la sociedad conyugal que reconoció, por primera vez, alguna forma de intervención femenina. Precisamente será este último aspecto el que concitará mayor número de críticas llegándose incluso a afirmar que "por esa ley el marido pasaba a ser relativamente incapaz" al tener que contar con el consentimiento de la mujer para poder celebrar actos relativos al patrimonio social⁸.

Desde luego, el temor era excesivo, pues, por la ley aludida, la libertad omnímoda del marido para administrar los bienes sociales era restringida sólo parcialmente al imponérsele exclusivamente la necesidad de contar con la autorización de la mujer para poder enajenar voluntariamente y gravar los bienes raíces o darlos en arrendamiento por largo tiempo. Con todo, supuso un notable avance al conceder a la mujer alguna forma de participación en la gestión del patrimonio social, de ordinario el más importante para la familia.

Con notorio retraso en relación a las legislaciones pertenecientes a la familia de origen romano-germánico, sólo por Ley 18.802 de 9 de junio de 1989⁹ se conferirá plena capacidad jurídica a la mujer casada en régimen de sociedad conyugal, haciendo realidad una aspiración ya antigua¹⁰ que abogaba por la supresión de una diferencia jurídica largamente superada por la realidad fáctica.

Siguiendo con la misma lógica, se suprimirá la potestad marital que había llegado incluso considerarse y denunciarse como "una institución que legitimaba la esclavitud" al permitir que algunos seres humanos, en el caso el marido,

⁷ Conviene resaltar que el proyecto que generó finalmente la Ley 10.271 (publicada en el *Diario Oficial* el 2 de abril de 1952 y entró en vigencia noventa días después) fue el producto del acucioso estudio y discusión efectuados, por más de ocho años, en el Instituto de Estudios de Legislativos existente en esa época e integrado por connotados Profesores de Derecho civil y miembros del Colegio de abogados. Su dictación supuso un vuelco radical al estatuto jurídico del hijo natural en cuanto permitió, por primera vez, la investigación de la paternidad y maternidad y, por consiguiente, los procedimientos de reconocimiento forzado. Asimismo, mejoró sustancialmente sus derechos alimenticios y hereditarios. Una clara explicación de los distintos aspectos que resultaron alterados por esta ley y de las críticas que generó en ese entonces, puede encontrarse en ALESSANDRI, *Reformas introducidas al Código Civil y a otras leyes por la Ley N° 10.271*, Santiago, 1955.

⁸ Así lo resalta ALESSANDRI, *Reformas...*, *op. cit.*, pág. 86.

⁹ Ley N° 18.802 que modifica el Código Civil, el Código de Comercio y la Ley N° 16.618, publicada en *Diario Oficial* de 9 de junio de 1989.

¹⁰ Ya en 1940 se hacían votos porque se aboliese la incapacidad de la mujer casada, pues sólo de ese modo, según Alessandri, alcanzaría la mujer "su completa emancipación legal". ALESSANDRI, *Tratado práctico de la capacidad...*, *op. cit.*, pág. 27.

“pudieran *disponer* de la persona de otro”¹¹. Se le reconocerá además el pleno derecho a ejercer libremente el empleo, oficio, profesión o industria que estime pertinente¹², suprimiéndose la facultad que hasta ese entonces conservaba el marido de poder solicitar la prohibición judicial de que su mujer desempeñare algún empleo u oficio.

Por último, la Ley 19.335 de 12 de septiembre de 1994¹³ vendrá a completar la progresiva aproximación del tratamiento jurídico de la mujer al del varón, al suprimir, siguiendo la expresión de Ramos¹⁴, la “odiosa diferencia” que nuestra legislación mantenía en materia de adulterio entre el marido y la mujer al sancionar penalmente sólo a la mujer casada que yacía con extraño y no al marido que incurría en la misma conducta. La referida ley despenalizó el adulterio, de suerte que, en la actualidad, sólo acarrea sanciones de tipo civil. Asimismo, acercó la situación de ambos cónyuges en distintas materias tales como causales de divorcio o capacidad para adoptar.

Sin perjuicio de lo anterior, los aspectos más innovadores de la ley dicen relación con la incorporación de un nuevo régimen patrimonial —el de participación en los gananciales— y regulación de los denominados “bienes familiares”, nueva forma de protección del inmueble principal que sirve de residencia a la familia, de los muebles que lo guarnecen y de los derechos de los cónyuges en sociedades propietarias de un inmueble que sirve de residencia principal a la familia.

El régimen de participación en los gananciales, por su parte, es concebido como uno alternativo a los ya existentes que se caracteriza por una participación restringida de ganancias, entendiéndose por tales los bienes de cualquier naturaleza adquiridos a título oneroso por cualquiera de los cónyuges durante el matrimonio y que, durante la vigencia del régimen, son administrados de forma independiente por los cónyuges. A su término, genera un crédito en favor del cónyuge que obtuvo menos ganancias.

Nuestro ordenamiento reconoce entonces en el presente tres especies de regímenes patrimoniales: régimen de participación en los gananciales, de separación total o parcial de bienes y el de sociedad conyugal que constituye el legal. Tanto en el régimen de participación en los gananciales como en el de separación total o parcial de bienes, en su caso, el tratamiento jurídico otorgado a los cónyuges por el Código no reconoce diferencia alguna entre marido y mujer. Mal podría hacerlo si se tiene presente que, en el primer caso, existe plena capacidad de ambos cónyuges, quienes administran separadamente sus patrimonios durante la vigencia del régimen y sólo a su liquidación dividen los gananciales. En el caso de la separación de bienes, ni siquiera la disolución podría plantear algún tipo de conflicto, pues es completamente ajena a su esencia toda forma de división del patrimonio adquirido por cada uno de los cónyuges durante el matrimonio.

¹¹ Las opiniones pertenecen a nuestra actual Ministra de Justicia, entonces Profesora de Derecho civil. Sra. María Soledad ALVAREZ, “La mujer chilena en el Derecho civil. Distintos proyectos de modificación a la legislación familiar”, en Seminarios Instituto Chileno de Estudios Humanísticos. Santiago, 1987. pág. 9.

¹² El art. 150 inc. 1, en su texto actual, dispone que: “La mujer casada de cualquier edad podrá dedicarse libremente al ejercicio de un empleo, oficio, profesión o industria”.

¹³ Ley 19.335 fue publicada en el *Diario Oficial* N° 34.973 del 23 de septiembre de 1994.

¹⁴ RAMOS, *Participación en los gananciales y bienes familiares. La ley 19.335 y sus innovaciones*, Concepción, 1996. pág. 5.

El problema en análisis se restringe, en consecuencia, a la mujer casada en sociedad conyugal que, por el carácter legal del régimen, representa al mayor número de matrimonios en Chile.

2. LA MUJER CASADA EN REGIMEN DE SOCIEDAD CONYUGAL EN EL PRESENTE

Según lo que viene de reseñarse, la mujer casada en sociedad conyugal es plenamente capaz en el presente desde que la Ley 18.802 modificó el texto del art. 1447 inc. 3 del Código Civil que originalmente contemplaba como relativamente incapaces a los menores adultos, los disipadores en interdicción de administrar lo suyo y la mujer casada. Tras la reforma, el referido inciso sólo se refiere a los dos primeros. Hasta este punto entonces, aparentemente, no debiera existir debate alguno.

Sin embargo, a juicio de un nutrido grupo de autores, la norma referida no sería más que una mera declaración formal en cuanto la mujer, después de la reforma aludida, no ha pasado a tener verdaderamente una capacidad plena, pues no tiene el derecho a administrar ni sus bienes propios ni los sociales, en la medida en que el artículo 1749¹⁵ del Código Civil sigue considerando al marido "como jefe de la sociedad conyugal" asignándole la administración de los bienes sociales y los de su mujer. Así resultaría de la relación de esa disposición con el artículo 1750¹⁶, según el cual, "El marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales..." y con el art. 1754 inciso final, ambos del mismo cuerpo legal, que dispone que: "La mujer, por su parte, no podrá enajenar o gravar ni dar en arrendamiento o ceder la tenencia de los bienes de su propiedad que administre el marido".

Siguiendo con ese mismo orden de ideas, la doctrina no ha vacilado en señalar que "la capacidad que con la reforma adquirió la mujer no le sirve de mucho desde que no se le da ninguna participación ni en la administración de los bienes sociales ni en la administración de sus bienes propios. Sólo continúa con la administración de aquellos bienes que ya antes administraba. Nada ha ganado"¹⁷ o que la ley aludida no innovó realmente, pues "por muy capaz que aparezca la mujer en teoría y luego de haber sido eliminada de la lista de los relativamente incapaces del art. 1447, no tiene aptitud jurídica para administrar sus bienes propios, los cuales continúa administrando el marido, ya no como representante legal, puesto que ha dejado de serlo, sino simplemente con el título de "jefe de la sociedad conyugal". En suma, se trataría de una capacidad teórica

¹⁵ El art. 1749 del Código Civil dispone que: "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".

¹⁶ Art. 1750 inc. 1 del Código Civil: "El marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio, de manera que durante la sociedad los acreedores del marido podrán perseguir tanto los bienes de éste como los bienes sociales; sin perjuicio de los abonos o compensaciones que a consecuencia de ello deba el marido a la sociedad o la sociedad al marido".

¹⁷ RAMOS, *Derecho de Familia*, Concepción, 1992, pág. 63; también en *Participación...*, *op. cit.*, pág. 4. En el mismo sentido, TOMASELLO, *Síntesis de las principales modificaciones introducidas por la Ley 18.802 de 9 de junio de 1989, que modifica el Código Civil, el Código de Comercio y la Ley N° 16.618*. Comentario crítico, en *Familia y Personas* (obra colectiva coordinada por BARROS), Santiago, 1991, págs. 86 y 105.

o formal al no concederle un patrimonio en el cual hacer efectiva esa facultad para obligarse por sí misma.

Este último punto de vista, sin embargo, resulta más bien de un examen teórico de las normas legales que de su funcionamiento práctico. De aquí que este trabajo pretenda mostrar que, aún con sus imperfecciones, por resultar de reformas parciales y sucesivas, la situación de la mujer casada en el régimen de sociedad conyugal chileno no es tan desmedrada como se acostumbra indicar.

2.1. Los poderes de la mujer casada en régimen de sociedad conyugal: un enfoque distinto

A) Poderes propios de la mujer

Aunque el art. 1749 del Código Civil sigue atribuyendo al marido la calidad de "jefe de la sociedad conyugal" y como tal es el administrador de los bienes sociales, de los de su mujer y los suyos propios, la mujer no carece de facultades y poderes que le son propios.

Así, en primer término, tiene el poder regulado por el art. 137 del mismo cuerpo legal que, en su inciso segundo, confiere a la mujer la facultad de hacer compras al fiado de objetos muebles, naturalmente destinados al consumo de la familia, obligando al marido en sus bienes propios, en los de la sociedad conyugal y en los propios de la mujer, aunque, en este último caso, hasta concurrencia del beneficio particular que ella reportare del acto. El antiguo artículo 137, para esos mismos actos, en lugar de conferirle un poder propio, usaba la técnica de una presunción de autorización del marido. Lamentablemente olvidó conferirle un poder propio para las adquisiciones de contado para la mantención de la familia, necesario si se tiene presente que la legislación chilena no contempla, como otras, un denominado régimen primario o de base, con autonomía de los cónyuges en el manejo ordinario del hogar. Esta carencia resulta, por lo demás, curiosa en un país en que las tradiciones culturales entienden que ese manejo es el ámbito primordial de la acción de la mujer en la vida del grupo familiar.

Sin perjuicio de lo anterior, los poderes propios más importantes de la mujer dicen relación con el sistema de bienes reservados de la mujer casada que trabaja remuneradamente en forma independiente del marido. Esta institución, contenida en el actual art. 150 del Código Civil, 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 según se ha resaltado anteriormente, 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 prueba¹⁸.

Bajo este régimen, la mujer casada que trabaja con remuneración y en forma independiente del marido tiene poderes propios y amplios, comparables a los de la mujer separada totalmente de bienes, para administrar sus remuneraciones, las inversiones que con ellas haga y sus productos. Cuando se introdujo en el Código, con la Ley 5.521, los autores del texto modificatorio tuvieron el cuidado de

¹⁸ Así, SERLOOTEN, *Les biens réservés*, Paris, 1973, págs. 240 y 279 y ss.

precisar que el éxito de la institución dependía del adecuado sistema probatorio en cuanto al origen de los bienes y a la capacidad de la mujer para administrarlos y disponer de ellos¹⁹. El sistema adoptado está basado en una presunción de derecho de la capacidad de la mujer y en una regla de amparo del tercero interesado que contrató con ella, si se cumplen las formas de acreditar el ejercicio de la industria, profesión u oficio de la mujer separados del marido del modo dispuesto por el art. 150 inc. 4²⁰.

Esta institución, como venimos de señalar, ha funcionado sin inconvenientes durante más de sesenta años y ha entrado perfectamente en las costumbres y la práctica negocial sin generar ningún problema importante en la jurisprudencia, ni de interpretación ni de aplicación. Los repertorios jurisprudenciales exhiben una decena de sentencias relativas a aspectos debatidos no del sistema sino de su aplicación en casos concretos donde el debate ha sido, justamente, la amplitud de las facultades concedidas a la mujer casada debido a que, en algunos casos, los tribunales han extendido notablemente la presunción a que hemos aludido²¹.

De este modo, si se tiene en cuenta que el sistema de bienes reservados se aplica a toda mujer casada en sociedad conyugal que trabaje independientemente del marido y en forma remunerada, se observará que para un número cada vez mayor de mujeres, su situación legal respecto a sus facultades propias para dirigir su economía y negocios no es en nada inferior a la del marido. Y esa conclusión es tanto más importante cuanto el concepto de trabajo "separado" del marido ha de interpretarse, según la propia historia de la Ley 5.521, en forma amplia, aplicándose incluso si ella "sirve en el mismo negocio, industria o reparación en que trabaje el marido, siempre que, en este último caso, no haya entre ambos una relación directa, personal y privada de colaboración y ayuda solamente, sino una efectiva e independiente contratación de servicios"²².

Así entonces, las críticas que desde siempre se han hecho al régimen de sociedad conyugal en cuanto a que "la mujer queda a merced del marido" y "que la mujer no dispone para sus necesidades y las de la familia, sino de lo que el marido quiera buenamente darle"²³ dejan de tener vigencia efectiva para la mujer casada que trabaja independientemente de su marido.

¹⁹ Acta de la 8ª sesión de la Comisión redactora del proyecto, informe de la Comisión y Mensaje del Ejecutivo, en Historia de la Ley 5.521 de 19 de diciembre de 1934, págs. 32 y ss. publicadas por la Universidad de Chile, Santiago, 1935.

²⁰ El art. 150 inc. 4 del Código Civil establece que: "Los terceros que contraten con la mujer quedarán a cubierto de toda reclamación que pudieren interponer ella o el marido, sus herederos o cesionarios, fundada en la circunstancia de haber obrado la mujer fuera de los términos del presente artículo, siempre que, no tratándose de bienes comprendidos en los artículos 1754 y 1755, se haya acreditado por la mujer, mediante instrumentos públicos o privados, a los que hará referencia en el instrumento que se otorgue al efecto, que ejerce o ha ejercido un empleo, oficio, profesión o industria separados de los de su marido".

²¹ Así, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Pedro Aguirre Cerda de 4 de enero de 1984 sostiene que la sola circunstancia de encontrarse un vehículo automovilístico inscrito a nombre de la mujer casada en sociedad conyugal ha de hacer presumir que ese bien se encuentra regido por el art. 150 del Código Civil, pues, de otro modo, estaría inscrito a nombre del marido (Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 81, sec. 2ª, pág. 33), conclusión que es, desde luego, inexacta y criticable, pues presunciones de tal índole no son propias del sentenciador. Sin embargo, ella es reveladora de la amplitud que el sistema de bienes reservados ha adquirido en la práctica negocial.

²² Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, en Historia de la ley... *op. cit.*, pág. 123.

²³ Son los términos del Decano ALESSANDRI R., en *Tratado práctico de las capitulaciones matrimoniales, de la sociedad conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada*, Santiago, 1935, N° 19 y repetidos, de un modo u otro, por la doctrina en Chile.

B) Poderes de coadministración

Aunque se ha dicho siempre que la razón de haber dispuesto la antigua incapacidad de la mujer casada en sociedad conyugal estaba en el hecho de impedir la coadministración por requerirse de una unidad de gestión, "recuérdese que fue en función de ella que la mujer casada bajo este régimen patrimonial era relativamente incapaz, no por una inhabilidad física o intelectual, sino para asegurar que el marido pudiera administrar los bienes sociales sin su intervención"²⁴, dice un autor; es lo cierto que las sucesivas reformas que se han introducido al régimen de sociedad conyugal chileno han equilibrado en alguna medida los poderes de ambos cónyuges, permitiendo a la mujer una intervención como coadministradora en múltiples aspectos.

Desde un punto de vista puramente teórico, es verdad que la mujer no tiene poderes propios de administración y que aún, luego de la reforma introducida por la Ley 18.802 que con retardo sobre todas las legislaciones occidentales estableció la plena capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal, esa capacidad resulta desprovista de real contenido²⁵.

No obstante, bueno es observar que las sucesivas reformas han equilibrado en buena medida los poderes respectivos y si bien ellas se muestran por la doctrina como "limitaciones a los poderes de administración del marido"²⁶, en realidad y en particular luego de las reformas de la Ley 18.802 y de la Ley 19.335, a más de las que ya se contenían en la Ley 10.271, se trata de verdaderos poderes de intervención en la administración de la sociedad conyugal.

Es así como el marido no puede por sí disponer de los bienes raíces sociales, sino con la anuencia de su mujer (art. 1749 inc. 3). Más que una limitación al poder del marido, como lo indica la letra del art. 1749 del Código Civil, se trata entonces de una actuación de la mujer que permite al marido la enajenación. Es verdad que la iniciativa del negocio jurídico vendrá, al menos formalmente, de él y desde ese ángulo la mujer no coadministra; pero esa iniciativa formal, en la práctica, implicará que la decisión de enajenar o gravar deberá provenir de un previo acuerdo de ambos, lo que obligará al marido a consultar con su mujer sobre las grandes decisiones en la administración del patrimonio inmobiliario social, pues no podría este comprometer con terceros un negocio sino cuenta, de antemano, con la venia de su cónyuge que se traduzca más tarde, desde el punto de vista formal, en una voluntad manifestada por escrito y en forma específica por su mujer (art. 1749 inc. 7). Se revela aquí la diferencia que existe entre el resultado práctico de las normas y la técnica usada por el legislador, pues si bien esta se basa en una limitación a las facultades del marido, de hecho implica un poder de intervención dado a la mujer en la administración. Es en tal sentido que alguna sentencia quiso ver en la necesidad de autorización de la mujer, una

²⁴ RODRÍGUEZ, *Regímenes patrimoniales*, Santiago, 1996, pág. 8.

²⁵ Sobre ello, véase recientemente BUSTAMANTE, Plena capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal. Una reforma legal por hacer, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 1996, N° 200, págs. 59 y ss. y las citas del autor sobre las opiniones doctrinarias en torno a esa capacidad.

²⁶ "Restricciones impuestas en la ley a las facultades del marido" señala RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pág. 112.

formalidad habilitante para el marido, bajo la base que no se trataba de un poder sobre los bienes sociales, desde que la mujer no tenía dominio sobre ellos durante la sociedad²⁷.

Pero hay más: la necesidad de una coadministración es aún mayor, puesto que, luego de la reforma de la Ley 18.802 tantas veces aludida, se extiende incluso al contrato de promesa de enajenación o gravamen de bienes raíces sociales. Es bien sabido que la ampliación del poder de la mujer a esos actos provino de la experiencia práctica, en cuanto era posible y de hecho sucedió, que el marido vulnerase la obligación del asentimiento de su mujer en los actos de enajenación con la celebración de promesas, dejando más tarde sin cumplir el negocio preparatorio, de modo que el tercero con quien contrataba podía judicialmente obtener el cumplimiento forzado de la promesa, caso en el cual no se requería, en la instancia de ejecución de la sentencia, la autorización de la mujer²⁸. Pero hoy, sin duda alguna, incluso para tal contrato preparatorio —que entre nosotros tiene amplio alcance— el marido habrá de consultar a su mujer.

A lo anterior se añade, recogiendo la experiencia de la práctica judicial, en especial la ocurrida luego de la crisis económica de fines de los 70 —originada por lo demás en buena medida por ausencias de control crediticio, por las facilidades concedidas para el endeudamiento bancario e incentivado por la creencia de haber logrado un sistema económico ideal— el que la Ley 18.802 extendió el poder de intervención de la mujer para actos de garantía respecto de obligaciones de terceros que pudiera asumir la sociedad conyugal por acto del marido.

En el presente, entonces, el art. 1749 inc. 5 del Código Civil requiere la autorización de la mujer para que se obliguen los bienes sociales por avales, constitución de codeudor solidario, fiador u otra caución por obligaciones de terceros. Con ello, como se ha afirmado, “lo que se quiso fue que la familia no

²⁷ Así, C. Suprema, 2 de abril de 1962, Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 59, sec. 1ª, pág. 72.

²⁸ La necesidad de obtener el consentimiento de la mujer para la promesa de compraventa de bienes raíces sociales originó, antes de la reforma de la Ley 18.802, una variada jurisprudencia. Mientras en sentencia de 2 de abril de 1962 (Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 59, sec. 1ª, pág. 72, nota en contra de Fueyo L.) la Corte Suprema sostuvo la necesidad de la autorización de la mujer por tratarse de un principio de enajenación, acompañada a veces de sentencias de Cortes de Apelación (por ejemplo, Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de octubre de 1961, Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 59, sec. 1ª, pág. 72), en sentencia de 30 de noviembre de 1973 (Fallos del Mes, 181, sent. 3, pág. 234) la misma Corte entendió que la autorización de la mujer no era necesaria y que si al momento de tener que cumplir lo prometido la mujer negaba su autorización, el marido podría obtener la autorización judicial supletoria conforme al art. 1749 inc. final. Pero en decisión de 26 de julio de 1974 (Fallos del Mes 188, sent. 9, pág. 121) la solución de la Corte Suprema era más matizada, pues si bien no exigía la autorización de la mujer para la promesa, sí la exigía para el cumplimiento del contrato al celebrarse la compraventa prometida y ello aunque se quisiese obtener ese cumplimiento por vía forzada, pues, de otro modo, se sostenía, sería fácil para el marido vulnerar la exigencia del consentimiento de la mujer para la enajenación de bienes raíces sociales en forma voluntaria. Se seguía así la doctrina de ALESSANDRI, *Reformas introducidas al Código Civil y otras leyes por la Ley N° 10.271*, Santiago, 1955, N° 99. En otras decisiones se llegó a admitir que el tercero, promitente comprador, pudiese obtener el consentimiento judicial supletorio, a pesar que resultaba claro del tenor del art. 1749 inc. final y de la historia de la Ley 10.271 que, siendo la autorización de la mujer una exigencia para que el marido contratase, era este el titular de la acción para obtener la autorización supletoria (Así, Corte Suprema, 6 de noviembre 1975, Fallos del Mes, 204, sent. 4, pág. 238).

se viera privada de su patrimonio por los "servicios" a que son tan aficionados los chilenos. Por eso, lo que se protege es el patrimonio familiar, es decir, el social, respecto del cual las mujeres son más conservadoras"²⁹. El marido, una vez más, para poder otorgar cauciones en favor de terceros, requerirá el previo asentimiento y consulta de su mujer. Si se tiene presente que esos terceros pueden estar constituidos por las propias sociedades en las que el marido sea socio o tenga interés y por medio de las cuales desarrolla sus negocios, se comprenderá que, en la práctica, la intervención de la mujer como coadministradora es amplísima. Así, ningún banco otorga crédito a una sociedad de personas sin que los socios se constituyan a la vez en codeudores solidarios. Esta exigencia es de la práctica común y hace que, bajo tal respecto, la supuesta limitación a la responsabilidad que implican las sociedades colectivas de responsabilidad limitada sea meramente teórica. En lo que nos interesa, como ningún banco admitirá al socio, casado en sociedad conyugal, constituirse en tal codeudor sin autorización de su mujer, la necesidad de convenir con esta la decisión al respecto se hace evidente.

Tampoco puede el marido, en conformidad al art. 1749 inc. 4 del tantas veces referido cuerpo legal, dar en arrendamiento o ceder la tenencia de bienes raíces sociales por más de cinco años si son urbanos u ocho si son rústicos, incluyendo las prórrogas que pactare el marido, de suerte que el poder de la mujer para coadministrar ha resultado ampliado. El concepto de cesión de tenencia es genérico y, por lo mismo, abarcará cualquier título que la otorgue, como un comodato. Si se agrega que no puede sin autorización de la mujer disponer a título gratuito de ningún bien social raíz o mueble, sin esa autorización, salvo las hipótesis de donaciones de poca monta (art. 1735 Código Civil), la intervención de la mujer es necesaria para todo acto o negocio jurídico de alguna trascendencia en el patrimonio familiar.

Se observa entonces que en el sistema actual del régimen legal de bienes en Chile, los poderes aparecen en la administración ordinaria con relativo y práctico equilibrio, puesto que para celebrar los actos y negocios jurídicos más esenciales, el marido deberá contar necesariamente con la participación de la mujer. Ciertamente es que esa participación aparece formalmente como un simple requisito consistente en una autorización. Pero, al exigirla, precisamente se está obligando al marido a discutir previamente con su mujer la conveniencia de la celebración de aquellos actos. Y esta necesidad se ve reforzada desde el momento que, luego de la reforma introducida por la Ley 18.802, el marido tampoco puede usar de su influencia o autoridad para lograr una autorización genérica, debido a que se exige una autorización "específica", lo que, de acuerdo a la doctrina común,

²⁹ RÓZAS, *Análisis de las reformas que introdujo la Ley 18.802*, Santiago, 1990, pág. 51. Como no existe historia fidedigna de la Ley 18.802, atendido el sistema legislativo de la época, no es posible saber el origen de la regla. No obstante, nos consta que, en su oportunidad, sometido el Proyecto de reforma a la opinión de varias Facultades de Derecho, el Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Concepción mencionó la reforma referida porque se había observado, justamente, la facilidad con que algunos maridos constituían cauciones en favor de terceros, en especial de sociedades comerciales formadas por ellos mismos, con posterior perjuicio para los bienes sociales, al embargarse estos por incumplimiento de las obligaciones caucionadas y sin que la obligación hubiese significado beneficio para la familia. Así, al exigirse la autorización de la mujer, el marido no puede afectar ni siquiera los bienes sociales por deudas de terceros, sin previa consulta con su mujer.

implica otorgarla para cada acto que se celebra. En otras palabras, como se ha afirmado en términos rotundos, “ella no puede ser genérica ni manifestarse la voluntad sin describir e individualizar el acto que se ejecutará”³⁰.

C) Poderes sancionatorios

A todo lo anterior se añaden poderes más drásticos de los que dispone la mujer, como son los que le permiten lograr la sanción por los excesos del marido en la administración de la sociedad conyugal. Estos poderes aparecen nítidos en las causales por las cuales la mujer puede demandar la separación judicial de bienes, en especial luego de las reformas que introdujera la Ley 18.802.

Desde luego, la administración fraudulenta y aun la descuidada o simplemente errónea pero que conduzcan a la insolvencia, permiten a la mujer demandar aquella separación. Existe, por tanto, la facultad de impetrar una sanción por el fraude y de evitar, en alguna medida, las consecuencias de la insolvencia del marido. Así, entonces, la administración que haga el marido no depende de poderes tan omnímodos como siempre se ha enseñado para criticar al régimen de sociedad conyugal. Si bien el art. 1749 señala que el marido administra como jefe de la sociedad conyugal y el art. 1750 lo considera frente a terceros como dueño de los bienes sociales, no se repara que —en las relaciones entre los cónyuges— ese carácter desaparece o está muy disminuido porque la administración que ha de hacer el marido no es la propia de un dueño que dispone de lo suyo con poder absoluto. Por el contrario, se asemeja más bien a la administración que ha de hacer un responsable gerente de una empresa en que existen intereses ajenos, en la medida en que su fraude puede ser sancionado. Es evidente que el fraude puede concebirse solamente allí donde ha de responderse a terceros y donde no se dispone de facultades absolutas ajenas a todo tipo de control. Otro tanto puede decirse de la insolvencia, como factor que demuestra una incapacidad administrativa del marido.

Por otra parte, también se sancionan las especulaciones aventuradas que conducen al mal estado de los negocios del marido (art. 155 inc. final³¹) y ha de anotarse que la ley no exige que ello se refleje en los bienes sociales, sino que le basta que los negocios del marido estén en mal estado. Así, si de hecho, el marido mantiene separadas la gestión de los bienes sociales y la de sus bienes propios o sus negocios personales, bastará el mal estado en esto últimos para justificar la separación de bienes, porque la finalidad de la regla es incluso adelantarse a los perniciosos resultados que ese mal estado puede acarrear a los bienes sociales.

Asimismo, como la finalidad principal de la administración del marido ha de ser la de proporcionar a la familia lo necesario para sus necesidades, el incumplimiento de este fin por parte del marido, permite también demandar la separación judicial según resulta de los arts. 155 inc. 2 y 134. Como “las necesidades” de la familia común también han de entenderse en su sentido amplio,

³⁰ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pág. 113.

³¹ Art. 155 inc. final del Código Civil: “Si los negocios del marido se hallan en mal estado, por consecuencia de especulaciones aventuradas, o de una administración errónea o descuidada, o hay riesgo inminente de ello, podrá oponerse a la separación, prestando fianza o hipotecas que aseguren suficientemente los intereses de la mujer”.

relacionándolas con las facultades económicas o fuerzas del patrimonio común (art. 134³²), el poder sancionatorio concedido a la mujer resulta extenso porque dentro de tales necesidades habrá de comprenderse las de alimentación, vestuario, educación de los hijos, esparcimiento necesario a la vida familiar y toda otra que, teniendo en cuenta los hábitos familiares y la situación social del grupo familiar, se consideren requeridos para la mantención y progreso de la familia. Conviene recordar, además, que la Ley 14.908 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias³³ permite, además, en el texto vigente de su art. 19, demandar la separación judicial de bienes si, condenado el marido a pagar pensiones alimenticias en favor de la mujer o de sus hijos comunes, hubiere sido apremiado por dos veces para ese pago.

Pero la Ley 18.802 extendió el poder sancionatorio de la mujer ya no sólo a las formas de administración económica de la sociedad conyugal, sino al cumplimiento, por una parte, de los deberes personales que impone el matrimonio por el art. 131 del Código Civil³⁴, de fidelidad, socorro y ayuda mutua y, por otra, de las formas de conducta propias del buen padre de familia, puesto que su incumplimiento también le confiere acción para demandar la separación judicial de bienes, en conformidad al art. 155 inc. 2. Así se desprende de la remisión que hace ese precepto legal a ciertas causales que conducen al divorcio perpetuo, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 21 de la Ley de Matrimonio Civil: malos tratamientos de obra inferidos a los hijos, si pusieren en peligro su vida o tentativa para corromper a los hijos o complicidad en su corrupción.

Por último, la Ley 19.335, al modificar el art. 155 inciso 3 del Código Civil, introdujo un nuevo poder para la mujer separada de hecho de su marido, ya que luego de un año de esa separación, puede, por esa sola circunstancia, demandar la separación judicial de bienes. Es evidente que, en ese estado, ella podrá tomar decisiones de vida de manera independiente incluso en lo económico, sin tener que depender de la conducta de su marido.

D) Poderes respecto de sus bienes propios

Sin embargo, a pesar de las reformas introducidas en el régimen legal de bienes, se sigue manteniendo en pie la crítica que se hace al sistema chileno de sociedad conyugal, en cuanto a que el marido sigue administrando los bienes propios de la mujer, tanto los que hubiere tenido antes del matrimonio como los que durante él adquiere a título gratuito, lo que se traduce en una situación de desigualdad, impropia de la exigencia constitucional de igualdad ante la ley garantizada en el art. 19 N° 2 de la Constitución Política de 1980³⁵.

³² El art. 134 inc. 1 del Código Civil establece que: "El marido y la mujer deben proveer a las necesidades de la familia común, atendiendo a sus facultades económicas y al régimen de bienes que medie entre ellos".

³³ Ley 14.908 fija el texto definitivo de la Ley N° 5.750, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, publicada en el *Diario Oficial* de 5 de octubre de 1962.

³⁴ Art. 131 del Código Civil: "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".

³⁵ Así se pronuncian, entre otros, TOMASELLO, *Situación jurídica de la mujer casada. La reforma de la Ley 18.802 al Código Civil*, Valparaíso, 1989, pág. 113; FIGUEROA, *Persona, pareja y familia*, Santiago, 1995, págs. 30 y 82 y ss.

Formalmente, la crítica es exacta, en cuanto a pesar de la reforma de la Ley 18.802, se mantuvo el estatuto jurídico de los bienes propios de la mujer, que se entregan a la administración del marido en el art. 1749. Desde luego, bueno es observar que la situación se refiere a casos que cada vez son más excepcionales, puesto que las hipótesis de bienes propios de la mujer no son de común ocurrencia. En la inmensa generalidad de los matrimonios chilenos los cónyuges contraen matrimonio sin tener bienes, los que adquieren sólo durante el matrimonio bajo el estatuto de los bienes sociales. La hipótesis de bienes de alguna importancia adquiridos a título gratuito durante el matrimonio quedan reducidas a las herencias que lleguen a la mujer y es evidente que, en Chile, tales casos son de reducido número.

No obstante, si se observa bien el funcionamiento de las reglas legales, la apariencia de un poder del marido cede frente a los poderes que a la mujer se entregan para la administración de sus bienes. Una vez más, esos poderes no aparecen evidentes, puesto que quedan cubiertos por la técnica de limitaciones hechas por la ley a las facultades del marido, como resulta del texto del art. 1749 antes transcrito. En el fondo, como puede constatare, esas limitaciones determinan la necesaria intervención de la mujer en la decisión que haya de tomarse para los actos esenciales de disposición y gravamen de sus bienes propios, de forma que si ella emplea adecuadamente sus poderes, la intervención del marido se limitará a la actuación formal en el acto dispositivo, habiéndose tomado la decisión de celebrarlo al menos con asentimiento de la mujer.

Así, el art. 1754 del Código Civil impide al marido enajenar y gravar los bienes raíces de su mujer sino con voluntad de esta, específica y solemne. Si además se tiene presente que la Ley 18.802 eliminó la necesidad de una previa autorización judicial, la celebración del negocio dispositivo requiere de la participación esencial de la mujer. Si esta niega al marido su voluntad, el acto no podrá celebrarse y entonces el poder del marido de nada sirve. Más aún, el juicio de oportunidad de la enajenación o gravamen puede quedar entregado sólo a la mujer, aunque exista oposición del marido, desde que la Ley 19.335 introdujo el nuevo art. 138 bis, que permite a la mujer obtener la autorización judicial para celebrar el acto, si el marido se niega injustificadamente a ejecutar un acto o celebrar un contrato respecto de un bien propio de la mujer. De ese modo, puede ella tomar la iniciativa y decisión respecto de sus propios bienes y pasar por sobre la voluntad del marido si este no quiere realizar el negocio dispositivo o aun de simple administración, pues el art. 138 bis no distingue. Ello rige, además, trátese de un bien raíz o mueble, desde que tampoco la regla contiene distinción en cuanto a la naturaleza del bien. Asimismo, puede la mujer participar en el nombramiento de un partidario, provocar la partición e intervenir en ella respecto de sus derechos hereditarios (art. 138 bis, *in fine*).

Es sólo entonces de modo muy limitado que el marido tiene la administración de los bienes propios de su mujer y aun para actos de pura administración como, entre otros, el arrendamiento de inmuebles, requiere de la voluntad de de su mujer, si ellos son de larga duración (art. 1756).

CONCLUSIONES

Del breve examen del estado actual del régimen legal de bienes en el Derecho chileno, surgen algunas conclusiones que determinan la necesidad de juz-

gar las instituciones y su eficacia, no sólo por la apariencia que surge de su pura letra y ni siquiera por la técnica jurídica adoptada para obtener los fines perseguidos, sino por la realidad obtenida de su aplicación. Esto es evidente en ese régimen debido a que la crítica doctrinaria se ha centrado, aún después de la sucesivas reformas, en el hecho de no haberse conferido a la mujer poderes propios, en que el marido sigue siendo proclamado por el Código como el "jefe" de la sociedad conyugal y, por tanto, en el hecho de que él dispone de los poderes de administración e incluso de disposición de los bienes. La capacidad de la mujer casada bajo la sociedad conyugal resulta ilusoria y sin contenido, como antes se ha resaltado.

No obstante, si se observa el estado en que queda el real funcionamiento del régimen legal, la situación es muy distinta. Los supuestos poderes del marido no caben en la común acepción que el término tiene, según la cual consiste en "ejercitar sus propios derechos (ordinariamente denominada capacidad de ejercicio) en los casos en que su titular es miembro de una sociedad (o sujeto a un régimen matrimonial)"³⁶. Más bien calza con su acepción más estrecha de aptitud que corresponde más que a un derecho de actuar, al cumplimiento de una misión, implicando el deber de actuar con diligencia y cuidado³⁷ y sujeto al control de su mujer. Resultan así poderes recíprocos bastante equilibrados que se acercan más a la noción de coadministración que a la de un simple poder con algunas limitaciones.

Cierto es que el funcionamiento adecuado de los diversos poderes que la ley ha ido entregando a la mujer en estas materias requiere además que ella tenga cierta aptitud cultural que le permita tener conciencia de los mismos y que quiera ejercerlos en bien del interés común de la familia. Nada obtiene el legislador con instaurar regímenes que, en su letra y técnica, atribuyan igualdad de poderes al hombre y la mujer si esta, por razones culturales, no quiere ejercerlos. En otros términos, para que ellos funcionen realmente se requiere un cambio de mentalidad en conformidad a la cual la mujer tenga conciencia de sus facultades, quiera intervenir y ejerza la igualdad en la armonía matrimonial. Nos tememos que esa no ha sido la situación en la tradición chilena y de allí que el régimen de bienes aparezca con una desequilibrada preeminencia del marido. Con todo, bastaría una mujer que conozca sus poderes legales y que exija su intervención en el manejo de la economía familiar para que apareciera la realidad efectiva del sistema existente.

Es verdad que mejor sería avanzar hacia la consagración de una real administración común de la sociedad de bienes, como se ha hecho, por lo demás, en otros derechos. El ejemplo del Derecho francés, que tanto ha servido en Chile para las sucesivas reformas del sistema de bienes del matrimonio, es esclarecedor, pues allí se ha avanzado hasta dotar a ambos cónyuges del poder de administración de los bienes comunes y de una intervención conjunta en los negocios dispositivos y aun simplemente administrativos de mayor relevancia³⁸.

³⁶ Es una de las acepciones del término según el *Vocabulaire juridique* de la Association Henri Capitant, bajo la dirección de CORNU, PUF, 5ª edic., Paris, 1996.

³⁷ Es otra de las acepciones que da al término el *Vocabulaire juridique*, *loc. cit.*

³⁸ *Vid.*, en tal sentido, arts. 1321 y ss. del Código Civil francés reformados por la Ley 85-1372 de 23 de diciembre de 1985.

La necesidad de entregar la administración exclusivamente al marido, que tradicionalmente era considerada como necesaria para evitar conflictos en la administración³⁹, aparece hoy en día como injustificada, no sólo por la diversa realidad cultural y económica en que se encuentra la mujer, sino también porque resulta absurdo sostener que puedan existir sociedades comerciales con dirección a cargo de órganos colegiados, que manejan grandes capitales y mueven enormes intereses económicos, integrados a veces por directivos que representan grupos diversos y no pueda concebirse una dirección conjunta del patrimonio familiar entre dos personas que, además, han decidido unirse por el matrimonio. Las dificultades eventuales que en determinadas situaciones, por lo demás excepcionales, pudieran producirse no son argumento para impedir esa coadministración. Jamás las dificultades que puedan surgir en casos de conflicto pueden constituir argumentos para adoptar determinadas instituciones jurídicas que, fuera de ellos, funcionan sin dificultad. Para estas bastan los remedios que la propia intervención judicial supone en cada caso. Por lo demás, esa intervención está actualmente prevista cuando la mujer quiere hacer oposición a los actos que considera inconvenientes del marido. Por su parte, este último puede recurrir a ella si la mujer le niega sin justo motivo la autorización para aquellos negocios relativos a bienes sociales en que es necesaria la voluntad de la mujer, como lo permite el art. 1749 inc. final del Código Civil.

De este modo, un juicio más sereno y objetivo, ateniéndose a la real situación que genera el estado actual del Derecho chileno en materia de sociedad conyugal, determina que se ha avanzado en la igual repartición de poderes entre los cónyuges. Que es posible mejorar aun para llegar a la igualdad, es evidente; pero las críticas que se han formulado a las sucesivas reformas no se atienen a la verdadera realidad creada, sino que siguen basadas más en la observación teórica del problema y en la letra de los textos que acuden a fórmulas técnicas que no revelan necesariamente la situación que realmente se genera. No basta entonces con centrar la crítica en circunstancias como el que el art. 1749 califica al marido de "jefe" de la sociedad conyugal, o que este administra como tal los bienes sociales y los de su mujer, sin observar que, de hecho, tales poderes aparecen debidamente equiparados por los que, bajo la noción de autorización o voluntad de la mujer, se confieren realmente a la mujer.

Hay quienes, en aras de la igualdad teórica, prefieren la introducción de un régimen como el de participación en los gananciales⁴⁰. Su consagración como régimen opcional en la Ley 19.335 ha demostrado, hasta ahora, que su recepción práctica ha sido nula. Resulta difícil conciliar la tradición comunitaria que para muchos es inherente a la idea misma de matrimonio con regímenes de concepción separatista y de engorroso funcionamiento. Por ello, lo lógico debería ser, en un nuevo paso, perfeccionar el régimen de sociedad conyugal en el sentido que se ha señalado más arriba. Mientras tanto, deberá juzgarse la situación chilena con mayor equidad que la que ha tenido la doctrina en el juicio de las sucesivas reformas.

³⁹ ALESSANDRI, *Tratado práctico de las capitulaciones matrimoniales...*, op. cit., N° 18.

⁴⁰ Es la tesis que han defendido, entre otros, TOMASELLO, *Situación...*, op. cit., pág. 114, y BARROS, Proyecto para introducir en Chile la participación en los gananciales como régimen de bienes normal del matrimonio, en *Familia y Personas*, op. cit., págs. 121 y ss.