



ESTUDIOS DE DERECHO DE FAMILIA V

Facultad de Derecho de la
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Directores y editores científicos

Alejandra Illanes Valdes
Ávaro Vidal Olivares

Coordinador

Natanael Peña Calderón



tirant
lo blanch

homenajes
& congresos

La incapacidad de la mujer casada en sociedad conyugal: a 30 años de la ley 18.802

LILIAN C. SAN MARTÍN NEIRA¹

I. INTRODUCCIÓN

Es muy posible que quien lea el título de este texto piense que la autora está profundamente equivocada, que se ha perdido 30 años de historia o que simplemente no ha leído precisamente el texto legal que cita en el título, pues es bien conocido que en Chile la mujer casada, en cualquier régimen patrimonial, no se cuenta entre los incapaces. Los más versados en la historia legislativa de nuestro país, sabrán que en sus orígenes el Código Civil (en adelante, CC) sí incluía entre los incapaces relativos a la mujer casada en general, que luego se limitaría a la mujer casada en sociedad conyugal, mención que fue suprimida con la dictación de la Ley 18.802, en 1989. Esta ley, que a la fecha en que se presentó la ponencia que recoge este texto acababa de cumplir 30 años, eliminó la mención de la mujer casada en sociedad conyugal entre los incapaces relativos y reformó consecuentemente una serie de normas que se fundaban en dicha incapacidad. Asimismo, la ley introdujo una serie de cortapisas a la administración de la sociedad conyugal por parte del marido, otorgando un mayor poder de control e injerencia de la mujer en tal administración. En el plano de los efectos personales del matrimonio, la ley introdujo también importantes modificaciones, toda vez que elimina la sujeción personal de la mujer al marido, derogando todas las normas que aludían a ella².

Sin embargo, y a pesar de lo incisiva de la reforma introducida por citada ley, como se demostrará en lo sucesivo, ella no implicó la plena capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal, pues, aunque no se trata de una incapacidad a todos los efectos, sino más bien limitada, ella sigue siendo relativamente incapaz. De ello dan cuenta el hecho de que no tiene la libre administración de sus bienes y, por consiguiente, el hecho de que carece de la facultad de obligarse por sí misma sin el ministerio o autorización de su marido, lo cual, conforme a la definición de incapacidad, construida a contrario sensu a partir de la disposición del artículo 1446, la transforma legalmente en incapaz.

¹ Profesora de Derecho Civil, Universidad Alberto Hurtado. Correo electrónico: lsanmar@uahurtado.cl. Dirección postal: Pasaje Vicente Huidobro # 33, Santiago de Chile.

² Un resumen de las reformas introducidas por la ley 18.802 y su trasfondo legislativo pueden verse en ROZAS (1989), pp. 99 ss. Véase también DOMÍNGUEZ (1999), pp. 87 ss. y LEPÍN (2016), en ambos casos con abundante bibliografía sobre la evolución de la condición de la mujer en el Código Civil chileno.

En lo que sigue el texto dividirá en tres partes: I. Las principales reglas que regulan la materia. II. La incapacidad de la mujer casada en sociedad conyugal; y III. La inconstitucionalidad de la normativa actualmente vigente.

II. PRINCIPALES REGLAS QUE REGULAN LA MATERIA

Sin perjuicio de que se trata de reglas ampliamente conocidas por la doctrina y los operadores jurídicos, resulta oportuno iniciar este trabajo con la transcripción de las disposiciones más relevantes en la materia, pues este es el punto de partida del análisis más bien exegético que se hará a continuación.

Código Civil, artículo 135 (inc. 1º). “Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, y toma el marido la administración de los de la mujer, según las reglas que se expondrán en el título De la sociedad conyugal”.

Código Civil, artículo 1749. “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.

Como administrador de la sociedad conyugal, el marido ejercerá los derechos de la mujer que siendo socia de una sociedad civil o comercial se casare, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 150.

(....)”.

Código Civil artículo 1752. “La mujer por sí sola no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales durante la sociedad, salvo en los casos del artículo 145”.

Código de Comercio artículo 349. “Puede celebrar el contrato de sociedad toda persona que tenga capacidad para obligarse. El menor adulto y la mujer casada que no esté totalmente separada de bienes necesitan autorización especial para celebrar una sociedad colectiva. La autorización del menor será conferida por la justicia ordinaria, y la de la mujer casada por su marido”.

Código Civil, artículo 1754 inc. final. “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, sino en los casos de los artículos 138 y 138 bis”³.

³ Cabe hacer presente que esta norma ha sido objeto de una ardua discusión doctrinaria relativa a la sanción de ineficacia de que estarían afectos los actos que realice la mujer sin autorización del marido, cuestión que escapa a los objetivos de este texto, pero que pone en evidencia uno de los tantos inconvenientes que la actual normativa genera. Sobre esta discusión, por todos, *vid* COURT (2009), pp. 375 ss.

III. LA INCAPACIDAD DE LA MUJER CASADA EN SOCIEDAD CONYUGAL

1. *La noción de incapacidad legal calza perfectamente con la condición actual de la mujer casada en sociedad conyugal*

Según el artículo 1445 del CC, “la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra”. Esta norma constituye una simplificación para efectos obligacionales de aquello que es la capacidad de ejercicio según la teoría general del derecho. En efecto, siguiendo a FALZEA, es posible afirmar que la capacidad de ejercicio de un sujeto consiste en la posibilidad que el derecho le reconoce para manifestarse en el mundo jurídico haciendo valer intereses, por el hecho de estar en grado de determinar, con sus propios comportamientos, la aplicación de las normas y el surgimiento de los efectos en ellas previstos. La capacidad de ejercicio concierne, justamente, a la posibilidad del sujeto de poner en práctica hechos jurídicos y provocar la constitución de efectos jurídicos, de manifestar intereses prácticos previstos por el derecho o incidir en ellos, poniendo en movimiento los mecanismos con los cuales la ley garantiza su tutela⁴.

Por su parte, la doctrina explica que la incapacidad “implica la limitación en la capacidad de obrar de la persona”⁵. En virtud de la incapacitación, el ordenamiento jurídico priva total o parcialmente de la administración de sus bienes a una persona, entregándosela a otra (su representante legal), a fin de que éste actúe en el mejor resguardo de los intereses del incapaz, en consideración a que éste no está en grado de cuidar él mismo. El grado de privación de la administración y los poderes que se le otorguen al representante dependerán del grado de deficiencia (cognitiva o de otra clase) que presente el incapaz.

En síntesis, la capacidad supone la posibilidad de llevar a cabo autónomamente actos que produzcan los efectos jurídicos previstos en la ley, lo que implica los actos de administración y gestión de los propios bienes, mientras que la incapacidad supone la privación de tal posibilidad, la cual viene entregada a un tercero que actuará en lugar y a nombre del incapacitado.

Así vistas las cosas, no cabe duda de que la mujer chilena casada en sociedad conyugal está afectada de incapacidad⁶. Al efecto basta recordar los textos de los artículos 135 y 1754 del CC. Según el primero, “por el hecho del matrimonio... toma el marido la administración de los [bienes] de la mujer”, mientras

⁴ Vid FALZEA (1960), p. 16. En derecho chileno, en términos semejantes se pronuncia DOMÍNGUEZ (2012), pp. 111 ss.

⁵ DE SALAS, (2003), p. 26.

⁶ En el mismo sentido, BUSTAMANTE (1997), p. 161.

que el artículo 1754 veda a la mujer la posibilidad de enajenar, gravar, dar en arrendamiento o ceder la tenencia de sus bienes que administre el marido. La mujer, al celebrar el matrimonio en régimen de sociedad conyugal es, por tanto, privada de la administración de sus bienes, precisamente la consecuencia más importante, y más grave, de la incapacitación. Intentando salvar la abierta contradicción que este análisis pone de manifiesto, la doctrina ha señalado que “la ley 18.802 disoció conceptualmente los términos “capacidad” y “libre administración” referidos a la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal. // La mujer casada es ahora plenamente capaz y sin embargo no tiene la libre administración de sus bienes, administración que la reforma mantuvo en poder del marido”⁷. Sin embargo, lo cierto es que el artículo 1445 no ha cambiado la definición de capacidad, con lo cual, si la mujer no puede celebrar actos y contratos en relación a sus bienes propios sin la autorización del marido es efectivamente incapaz. Ahora bien, aunque cabe reconocer que existen personas que están circunstancialmente privadas de la administración del todo o una parte de su patrimonio por razones diversas del matrimonio, en virtud de lo que son las incapacidades especiales, lo cierto es que, como la misma doctrina aclara, estas “son siempre parciales y se refieren a determinados bienes”⁸. Lo que difiere de la situación de la mujer casada en sociedad conyugal, pues esta se encuentra privada en general de la administración de sus bienes propios y de forma permanente.

En síntesis, como afirma Niño, “la mujer tiene plena capacidad, pero en la práctica los contratos que puede celebrar se reducen al de sociedad cuando aporta su trabajo personal, al mandato para la gestión de los bienes comprendidos en la separación parcial (arts. 166 y 167), al arrendamiento en que ella es arrendataria y a la compra al fiado de objetos muebles naturalmente destinados al consumo de la familia o su beneficio personal (art. 137 inc. 2º)”⁹. Todo lo demás le está vedado e incluso podría cuestionarse la posibilidad de celebrar contratos se arriendo como arrendataria, toda vez que el pago de la renta supone la administración de dinero, que si no proviene de su patrimonio reservado estará fuera de su administración¹⁰. Así las cosas, no cabe sino reconocer que la situación de la mujer casada en sociedad conyugal dista mucho de

⁷ Cfr. NIÑO (1995), p. 271. En el mismo sentido ACUÑA (2016), *passim*.

⁸ Cfr. NIÑO, (1995), pp. 271 ss. La idea de que la incapacidad de ejercicio alude a la generalidad de actos, mientras que las incapacidades especiales se refieren a actos singulares, también se encuentra en ALESSANDRI et al. (2011), vol II, pp. 252 ss.

⁹ Cfr. NIÑO (1995), p. 273 y 274. Nos remitimos a este autor para una desoladora lista de todos aquellos actos que la mujer casada en sociedad conyugal no puede celebrar. Vid NIÑO (1995), pp. 273 ss. En esa misma línea vid BUSTAMANTE (1997), pp. 159 ss.

¹⁰ Piénsese, por ejemplo, en una mujer que recibe como herencia dinero depositado en una cuenta corriente o en un depósito a plazo, con el cual pretende pagar el arriendo de un inmueble. Ella no podrá acceder a esos dineros, pues su administración corresponde al marido.

la situación jurídica de los plenamente capaces y, en consecuencia, está afectada de una incapacidad de ejercicio general¹¹.

2. Argumentos que la doctrina esgrime para desvirtuar la incapacidad de la mujer casada en sociedad conyugal. Su refutación

Llegados a este punto, corresponde hacerse cargo de tres argumentos que en doctrina se han esgrimido a efectos de sostener que la mujer casada en sociedad conyugal sí es plenamente capaz¹². Estos son: (i) la existencia de los artículos 136 y 150; (ii) el hecho de que la mujer debe autorizar al marido para la realización de ciertos actos con sus bienes propios y (iii) el hecho de que el marido no es su representante legal, sino que administra sus bienes en calidad de jefe de la sociedad conyugal. Como veremos, ninguno de esos argumentos derrota la premisa principal: “la mujer casada en sociedad conyugal es legalmente incapaz”.

a) Los artículos 136 y 150 son compatibles con la incapacidad, pues se condicen con reglas expresamente dadas para incapaces

En cuanto al artículo 136, según el cual “las compras que [la mujer] haga al fiado de objetos muebles naturalmente destinados al consumo ordinario de la familia, obligan al marido en sus bienes y en los de la sociedad conyugal; y obligan además los bienes propios de la mujer, hasta concurrencia del beneficio particular que ella reportare del acto, comprendiendo en este beneficio el de la familia común en la parte en que de derecho haya ella debido proveer a las necesidades de ésta”.

Esta norma denota una cierta capacidad de la mujer para obligarse, con lo cual, en principio, sería contraria a la mencionada incapacidad. Con todo, lo cierto es que esta capacidad “limitada”, no se opone al hecho de que la mujer es en general incapaz. De hecho, tal y como señala el artículo 1447 los actos de los incapaces relativos “pueden tener efectos bajo ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes”, lo que determina que el incapaz relativo pueda actuar por sí mismo en ciertos casos. Es más, la legislación chilena reconoce una capacidad limitada incluso a quienes han sido legalmente declarados incapaces por demencia. Al efecto cabe citar el inciso final del artículo 4 de la ley 18.600, que al efecto señala: “La suma de dinero que se asigne al discapacitado para sus gastos personales podrá ser fijada prudencialmente por el mismo curador, de acuerdo con su grado de discapacidad (...)”. Como

¹¹ En el mismo sentido, *vid* BUSTAMANTE (1997), pp. 161 ss., quien califica *falaz* la capacidad introducida por la ley 18.802.

¹² Por todos, *vid* DOMÍNGUEZ (1999), pp. 93 ss.

se aprecia, la posibilidad de una administración limitada no se opone a la incapacidad.

En cuanto al artículo 150, relativo al patrimonio reservado. Es cierto que en este ámbito la mujer es plenamente capaz para administrar sus bienes; sin embargo, también es cierto que no es difícil ver en este patrimonio reservado muchas semejanzas con el llamado peculio profesional o adventicio, que desde antiguo se ha reconocido a los menores de edad, precisamente una categoría de incapaces. De hecho, así lo ha reconocido expresamente la doctrina, según la cual “existen diversas disposiciones legales que asimilan la actual situación de la mujer a la del hijo de familia, en especial la regida por el artículo 253 [léase 260], referida a los actos de este último no autorizados por el padre o por la madre o por el curador adjunto, en virtud de la cual tales actos obligan al hijo de familia exclusivamente en su peculio profesional o industrial”¹³.

Por lo demás, no debe perderse de vista que la institución del patrimonio reservado surgió mucho antes de la dictación de la Ley 18.802, precisamente para salvar los inconvenientes que presentaba el hecho de que la mujer casada fuera jurídicamente incapaz, de modo que, en palabras de SOMARRIVA, el patrimonio reservado representa “un gran paliativo para el principio de incapacidad”¹⁴. El hecho de que hasta ahora se haya mantenido con igual fisonomía es un indicativo de que las cosas sustancialmente no han cambiado.

b) La autorización al marido es solo un paliativo para la incapacidad y el marido goza de un amplio margen de discrecionalidad en la administración

En cuanto al argumento de que la mujer debe autorizar al marido para la celebración de los actos jurídicos más gravosos, lo que la transformaría en una suerte de coadministradora de los bienes sociales, según dispone el artículo 1749, así como de sus bienes propios, según se desprende de los artículos 1754 a 1756. Es necesario reconocer que estas autorizaciones de la mujer implican una limitación a la libre administración que en principio competía al marido con potestades exorbitantes. Sin embargo, es también oportuno recordar que buena parte de ellas fueron introducidas con anterioridad a la Ley 18.802, para ser precisos con la Ley 10.271 de 1952, con lo cual, al igual que el patrimo-

¹³ Cfr. LARRAÍN (1995), p. 109. En concreto, la asimilación se refiere a los artículos 137, 150 y 166.

¹⁴ Cfr. SOMARRIVA (1955), p. 276. Me remito a esta obra para un excelente análisis de la evolución de la condición jurídica de la mujer en los primeros cien años de vigencia del Código Civil, con una atenta mirada al derecho extranjero. *Vid ídem*, pp. 257 ss.

nio reservado, ellas vinieron a representar “un gran paliativo para el principio de la incapacidad que aún sigue imperando en nuestro Código Civil”¹⁵.

A ello cabe sumar el hecho de que esta injerencia de la mujer en la administración no quita el hecho de que es el marido quien jurídicamente manifiesta su voluntad de realizar ese tipo de actos, ante lo cual la mujer simplemente “autoriza” o manifiesta su “voluntad” de celebrarlos. La decisión de si celebrar o no actos tanto sobre los bienes sociales como propios corresponde en principio al marido, la mujer solo podrá actuar en las circunstancias excepcionales contempladas en los artículos 138 y 138 bis, según los cuales el juez podrá autorizar a la mujer a realizar actos sobre sus bienes propios solo frente a la negativa “injustificada” del marido.

Por lo demás, en práctica las únicas limitaciones que tiene el marido dicen relación con enajenar y gravar voluntariamente bienes raíces de la mujer (artículo 1754)¹⁶, con lo cual cuenta con un amplio margen de discrecionalidad. Particularmente, en lo que respecta al dinero y bienes muebles en general, dado que no está obligado a restituirlos en especie, no tiene ninguna limitación para su administración, pudiendo gastarlo o enajenarlos según su mejor parecer y entender. Situación que se ve agravada si consideramos que, para algunos, “el marido no está obligado a rendir cuenta de su administración, ni respecto de los bienes sociales ni respecto de los bienes propios de la mujer”¹⁷.

Finalmente, cabe señalar que, en lo que respecta a los actos que el marido desee realizar sobre los bienes sociales y los derechos hereditarios de la mujer, la autorización de esta puede ser suplida por el juez, si ella se negare “sin justo motivo”. Es decir, la mujer carece de plena autonomía para otorgar o denegar la autorización en este caso, pues debe esgrimir un “justo motivo”, cuestión que no ocurre cuando se trata de los bienes propios del marido.

c) El marido obliga a la mujer como si hubiese actuado ella misma. Eso es representación

El último argumento de texto que se ha dado es el hecho de que el marido no es el representante de la mujer, sino que administra sus bienes en calidad de

¹⁵ Cfr. SOMARRIVA (1955), pp. 274 y 276.

¹⁶ Cabe agregar también la limitación en orden a los bienes que el marido esté o pueda estar obligado a restituir en especie, pero esta limitación es de escasa repercusión práctica, pues, según ha entendido la doctrina, se refiere únicamente a los muebles que la mujer aporta al matrimonio en las capitulaciones matrimoniales, y que han sido debidamente tasados, de forma tal de devolverlos en valores o en especie a elección de la mujer. Así, AEDO Y MONDACA (2016), p. 317 y RODRÍGUEZ (2017), p. 412.

¹⁷ Cfr. RODRÍGUEZ (1996), p. 110. En contra, quien afirma que, contrariamente a lo que ocurre con los bienes sociales, respecto de los bienes propios de la mujer el marido sí puede ser obligado a rendir cuenta. Vid AEDO Y MONDACA (2016), p. 316.

“jefe de la sociedad conyugal”. Efectivamente, el artículo 43 del Código Civil no enumera al marido entre los representantes legales de una persona, pues su mención fue suprimida en 1989. Empero, siguiendo a BETTI, no cabe perder de vista que la representación se produce fundamentalmente cuando una nueva situación jurídica llevada a cabo por un sustituto tiene lugar directa y exclusivamente respecto del interesado, en cuyo nombre fue ejecutado el acto. Característico de la representación, que la distingue de otras figuras afines como agencia o la mal llamada representación indirecta, es la destinación directa al tercero interesado del conjunto de intereses que constituyen el contenido preceptivo del negocio: destinación a la esfera ajena, que debe ser reconocible del hecho que el sustituto actúa *en nombre ajeno*, en lugar de en nombre propio. Por otro lado, el mismo autor señala que la representación se produce con independencia de la relación subyacente entre el sustituto (representante) y el interesado en el acto (representado)¹⁸. Este análisis es plenamente coherente con lo sostenido por el artículo 1448 C.C., que aludiendo a la representación señala: “Lo que una persona realiza a nombre de otra, estando facultada (...) por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiere contratado él mismo”.

Ahora bien, llevado lo antes dicho a la situación de la mujer casada en sociedad conyugal, es posible advertir que, cuando el marido realiza actos de administración sobre los bienes de su mujer, ésta queda obligada a respetar esos actos, como si los hubiese efectuado ella misma. Ello con independencia del hecho de que él los ejecute en su calidad de jefe de la sociedad conyugal y no como su representante legal. Es decir, el marido actúa en lugar y a nombre de la mujer y los efectos de esa actuación se radican directamente en el patrimonio de esta, configurándose así la característica fundamental de la representación. Al igual que ocurre con la incapacidad, aunque no se le quiera llamar por su nombre, lo cierto es que aquí se observa una auténtica representación.

3. *El problema no es banal, sino todo lo contrario*

Para cerrar esta alusión a la incompatibilidad entre la plena capacidad y las normas que regulan la situación de la mujer casada en sociedad conyugal, es oportuno hacerse cargo de dos cuestiones que pueden venir a la mente de quienes analicen el argumento y que constituyen una fuerte tentación para

¹⁸ Vid BETTI (2002), p. 554 ss. La misma idea sostienen ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC, quienes, siguiendo a Colin y Capitant, afirman: “Existe representación, entonces, cuando un acto jurídico es celebrado por una persona en nombre y por cuenta de otra, en condiciones tales que los efectos se producen directa e inmediatamente para el representado, como si este mismo hubiera efectuado el acto”. Cfr. ALESSANDRI et al (2011), tomo II, p. 394.

banalizar la problemática aquí tratada¹⁹: (i) el carácter marginal del problema, atendido que solo se refiere a los bienes propios de la mujer, y (ii) el hecho de que la sociedad conyugal es solo uno de los tres regímenes matrimoniales que reconoce nuestro derecho.

a) **En la sociedad moderna, las mujeres suelen tener bienes que potencialmente integrarían el “haber propio” de casarse en régimen de sociedad conyugal**

Intentando banalizar la problemática aquí evidenciada, se ha señalado que el problema es más bien marginal pues se refiere exclusivamente a los bienes propios de la mujer, que se limitan a los que tenía antes del matrimonio y a los adquiridos a título gratuito durante el matrimonio. En este sentido, allá por el año 1999, Carmen Domínguez sostenía que esto le restaba importancia práctica al asunto, pues, por un lado, los bienes adquiridos a título gratuito son los bienes hereditarios, con lo cual no el problema es menor, y por otro lado las parejas que se casaban generalmente no tenían bienes al momento del matrimonio, sino que adquirirían los bienes con posterioridad a este²⁰. Frente a este argumento práctico cabe señalar tener en cuenta dos antecedentes de suma relevancia práctica:

- a. En primer lugar, cabe señalar el hecho de que la herencia es una cuestión que en mayor o menor medida atañe prácticamente a todos. En Chile, aunque no se trate de grandes bienes, la inmensa mayoría de las personas al momento de morir deja algún bien, generalmente la casa habitación y algún dinero de ahorro en su cuenta de la AFP²¹. En las actuales condiciones, para realizar la partición o cualquier acto de administración o disposición sobre esos bienes, es necesaria la comparecencia del marido. Es más, cabe recordar que el artículo 1225, con la modificación introducida por la ley 19.585, estableció expresamente que “el marido requerirá el consentimiento de la mujer casada en el régimen de sociedad conyugal para acepar o repudiar una asignación deferida a ella”, norma que vino a zanjar la discusión respecto de si la mujer podía o no aceptar o repudiar libremente una asignación, cuestión que está vedada a quienes no tienen la libre administración de sus bienes²².

¹⁹ A decir verdad, esto es algo que se ha intentado hacer con todo el régimen de sociedad conyugal, respecto del cual se ha dicho que es muy conveniente para la mujer y sus problemas radican más bien en la “mala prensa”. Para una aguda y lúcida respuesta a este argumento, se reenvía a ETCHEBERRY (2016), pp. 121 ss.

²⁰ DOMÍNGUEZ (1999), pp. 87 ss.

²¹ Sobre este punto reitero lo dicho respecto del dinero, pues el marido puede retirar desde la AFP los dineros heredados por su mujer y gastarlos sin ninguna repercusión.

²² Para una reseña de este problema con alusión a una propuesta legislativa de cambio, *vid* ACUÑA (2016), *passim*.

- b. En segundo lugar, está el hecho de que la edad a la cual se contrae el primer matrimonio ha aumentado considerablemente, lo cual es aún de mayor relevancia cuando se considera la cantidad de segundas (y terceras) nupcias, que a la época en que la autora citada escribía era un problema marginal atendida la ausencia de divorcio vincular²³. Este dato determina que los contrayentes ya no son personas carentes de bienes, por estar al inicio de su vida profesional. Al contrario, en muchos casos se trata de profesionales que han trabajado varios años con anterioridad al matrimonio, con lo cual la mujer tiene un patrimonio antes de casarse, de cuya administración se ve automáticamente privada por el sólo hecho de pactar la sociedad conyugal.

b) La solidaridad familiar exige una comunidad de bienes bien diseñada

La afirmación recién realizada, lleva de plano al segundo aspecto que lleva a banalizar el problema aquí planteado: el hecho de que la sociedad conyugal es solo uno de los regímenes posibles de pactar, existen otros dos. Volveré sobre esta cuestión a propósito de la inconstitucionalidad de la norma, por lo que ahora solo quiero señalar dos cuestiones muy puntuales:

- a. Las estadísticas demuestran que la sociedad conyugal sigue siendo el régimen mayoritariamente elegido por los chilenos²⁴.
- b. Las alternativas a la sociedad conyugal no están exentas de críticas. La separación total de bienes es un atentado contra la solidaridad familiar, mientras que la participación en los gananciales es engorrosa en su constitución y terminación. Así las cosas, tampoco es que existan alternativas

²³ Para un contraste de la edad de los contrayentes y la influencia de las segundas o más nupcias en el número de matrimonios, consultar las estadísticas vitales 2013-2017, disponibles en el sitio del Instituto Nacional de Estadísticas, que evidencian un aumento progresivo en la edad a la que se contrae matrimonio. Vid <https://www.inec.cl/estadisticas/sociales/demografia-y-vitales/nacimientos-matrimonios-y-defunciones>, consultado 28 de enero de 2019. Véase también el *Primer boletín de información semestral 2016 Servicio de Registro Civil e Identificación Ministerio de Justicia y Derechos Humanos*, p. 17. Disponible en https://www.registrocivil.cl/PortalOI/PDF/Boletin_Semestral_SRCel_2016_Datos.pdf. Consultado el 28 de enero de 2020.

²⁴ Vid https://www.registrocivil.cl/Estadisticas_enfoqueestadisticas.html. Consultado el 28 de enero de 2020. Véase también el *Primer boletín de información semestral 2016 Servicio de Registro Civil e Identificación Ministerio de Justicia y Derechos Humanos*, p. 18. Disponible en https://www.registrocivil.cl/PortalOI/PDF/Boletin_Semestral_SRCel_2016_Datos.pdf. Consultado el 28 de enero de 2020. Aunque no es un dato oficial, cabe señalar también, por ser más actualizado, el reportaje de La Tercera del 18 de diciembre de 2018, que da cuenta de la misma realidad. Disponible en: <https://www.latercera.com/nacional/noticia/la-institucion-del-amor-chile-matrimonios-se-mantienen-divorcios-bajan-predomina-la-sociedad-conyugal/449277/>. Consultado el 28 de enero de 2020.

que verdaderamente protejan los intereses de la mujer, sobre todo si consideramos que por razones de idiosincrasia la mujer continúa a tener un rol preponderante en el cuidado de los hijos y su nivel de ingresos suele ser menor al de los hombres, con lo cual requiere de una comunidad de bienes que haga eco del principio de solidaridad familiar.

IV. INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMATIVA ACTUALMENTE VIGENTE

De todo lo dicho, resulta que, a pesar de que han pasado 30 años desde que la ley derogó formalmente la incapacidad de la mujer casada en sociedad conyugal, lo cierto es que esta continúa siendo incapaz.

Llegados a este punto, cabe mencionar los problemas de inconstitucionalidad que esta normativa presenta. En efecto, los estudiosos de la incapacidad como institución jurídica afirman que sus fundamentos se encuentran los principios de dignidad de la persona y de igualdad, ambos principios de rango constitucional²⁵. En virtud de ambos principios, el ordenamiento jurídico debe tener en consideración la realidad de ciertas personas que, por edad o por padecer determinadas enfermedades o dolencias, tienen disminuidas sus posibilidades de actuación, y que, por tanto, requieren de una especial protección, que se consigue precisamente con su incapacitación. A lo cual agregan que "sólo la necesidad de proteger a determinadas personas en virtud de sus circunstancias personales justifica la existencia de limitaciones a la capacidad"²⁶. Resulta más bien evidente que no existe ninguna circunstancia en relación con la mujer que justifique las limitaciones que se le imponen por el solo hecho de casarse en un determinado régimen matrimonial. Con lo cual las citadas normas resultan contrarias justamente a los principios que justifican la incapacidad: dignidad e igualdad.

La constitucionalidad de estas normas ya había sido cuestionada por la doctrina²⁷, aunque hay también quienes defienden su constitucionalidad, fundándose en la voluntariedad detrás de la libre elección del régimen patrimonial y en las reglas que gobiernan la sociedad conyugal. En este último sentido, defendiendo la constitucionalidad del artículo 1754, RODRÍGUEZ GREZ afirma que "la sola circunstancia de contraer matrimonio sin manifestar la voluntad en el sentido de adoptar un determinado régimen patrimonial importa convenir sociedad conyugal (régimen de derecho). Es por ello que el régimen de

²⁵ En particular, cabe recordar que el artículo 19 N° 2 consagra expresamente la igualdad entre hombres y mujeres ante la ley.

²⁶ Cfr. DE SALAS (2003), p 26.

²⁷ Vid SCHMIDT (2005), pp. 1235 ss.

comunidad tiene un antecedente convencional, lo cual significa reconocer que todas las restricciones establecidas en la ley han sido voluntariamente aceptadas y convenidas por los cónyuges²⁸. Es decir, para este autor la inconstitucionalidad de la norma se salva por el hecho de existir regímenes alternativos que los cónyuges pueden convenir libremente, excluyendo así la aplicación de este régimen. Con todo, no puede perderse de vista el dato ya apuntado antes, en relación con que los regímenes alternativos no son en ningún caso opciones reales para una familia fundada en la idea de solidaridad familiar y protección al cónyuge más débil²⁹, pues uno supone total ausencia de solidaridad familiar y el otro es engorroso en su establecimiento y término³⁰. De esta manera, en lugar de eliminar la inconstitucionalidad de la norma, con esa explicación el problema se agudiza, pues, debiendo el Estado propender al fortalecimiento de la familia y a la eliminación de toda desigualdad entre los cónyuges³¹, introduce normas que van exactamente en la dirección contraria.

Por otro lado, el mismo Rodríguez Grez apunta otra justificación para el hecho de que la mujer sea privada de la administración de sus bienes propios al contraer matrimonio en sociedad conyugal, que también le daría carácter constitucional. Se trata del derecho de usufructo legal del marido sobre los frutos de tales bienes, que le es concedido para “soportar las cargas del matrimonio” (artículo 1753)³². Lo cierto es que, en la actualidad, la conservación de esta especie de usufructo carece de todo sentido habida cuenta del artículo 134, que impone a ambos cónyuges el deber de proveer a las necesidades de la familia común. No sólo el marido soporta las cargas del matrimonio, con lo cual nada impide que la mujer administre sus bienes propios haciéndose, como es natural, dueña de sus frutos, con la carga legal de proveer a la familia común que el artículo 134 ya le impone. En relación con este punto, el argumento que sí puede tener cierto peso práctico, es el hecho de que, según las reglas de la sociedad conyugal, los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros de cualquier naturaleza que provengan de los bienes propios de los cónyuges ingresan al haber social, cuya administración compete al marido³³. Sin embargo, al igual que

²⁸ Cfr. RODRÍGUEZ (1996), p. 124.

²⁹ Si bien concordamos con LEPÍN en que el cónyuge más débil económicamente del matrimonio no tiene por qué ser la mujer, de hecho, hoy en día frecuentemente no lo es, con lo cual la normativa que regule los regímenes matrimoniales tiene que estar necesariamente basada en la igualdad de derechos y obligaciones para ambos cónyuges: hombre y mujer. Igualdad que viene matizada por el principio de protección al cónyuge más débil, sea hombre o mujer. Vid LEPÍN (2013), pp. 513 ss., especialmente p. 524.

³⁰ *Vid supra*.

³¹ Sobre la igualdad como principio del derecho de familia, *vid* LEPÍN (2014), pp. 24 ss.

³² RODRÍGUEZ (1996), p. 124.

³³ De hecho, esta es precisamente la justificación que se dio desde la dictación de la ley 18.802. Al efecto señala ROZAS que “la mujer no puede enajenar los bienes de su propiedad mientras lo administre el marido. // Si pudiese hacerlo se terminaría con la sociedad conyugal y

ocurre con la libertad de elección de régimen, este argumento es más bien una agravante de la inconstitucionalidad de la norma, toda vez que el hecho de que la administración de la sociedad competa directamente al marido, por el solo hecho de ser hombre, introduce una discriminación de género que constituye un flagrante atentado contra el principio de igualdad³⁴. Así las cosas, lo cierto es que no solo el artículo 1754 es inconstitucional, sino que todo el sistema de administración de la sociedad conyugal lo es.

Para cerrar esta idea, solo cabe recordar que el Estado chileno ratificó la Convención sobre la Eliminación de Todas Formas de Discriminación contra la Mujer, cuyo artículo primero señala: “A los efectos de la presente Convención, la expresión ‘discriminación contra la mujer’ denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”. Con todo lo dicho hasta aquí, no cabe sino observar que esta normativa no se está cumpliendo.

Esta situación es aún más grave si se tiene en consideración que, a raíz de la petición formulada por doña Sonia Arce Esparza ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Estado de Chile se comprometió formalmente, en un acuerdo de solución amistosa, a derogar “las normas de que establecen la discriminación de las mujeres en el régimen económico de sociedad conyugal”. Este acuerdo data del 3 de mayo de 2008 y todavía no se ha cumplido³⁵.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Para concluir esta reseña, parece oportuno recordar que en la actualidad está en boga la idea de que el “lenguaje construye realidades”. Sin embargo, no basta con decir que la mujer casada en sociedad conyugal es plenamente capaz para que efectivamente lo sea, pues las innumerables limitaciones a que está sujeta llevan a que la realidad se imponga y termine por aflorar la efectiva incapacidad legal a que de hecho está afecta.

De ahí que me parezca más oportuno llamar a las cosas por su nombre y hablar abiertamente de la incapacidad de la mujer casada en sociedad conyugal,

el patrimonio familiar, desde el momento que los frutos de esos bienes, tal como los frutos de los del marido, constituyen algunos de los bienes sociales y, por consiguiente, del patrimonio familiar”. Cfr. ROZAS (1989), p. 104.

³⁴ En el mismo sentido, LEFÍN (2014), p. 28.

³⁵ Vid Acuerdo de Solución Amistosa. Disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=270873>. Consultado el 29 de enero de 2020.

pues solo así habrá conciencia de que se trata de una realidad cuyo cambio no puede esperar.

Ciertamente, el paso deseable es la reforma completa al sistema de sociedad conyugal, que actualmente no refleja la realidad y necesidades de la sociedad chilena, pero, atendido que no se le ve como una reforma urgente, vale la pena plantearse la oportunidad de un cambio parcial, que cuando menos otorgue capacidad efectiva a la mujer. En este sentido, cabe mencionar que ya existe un proyecto de ley en este sentido, que propone modificar el artículo 1749, en cuanto concede la administración de los bienes propios de la mujer al marido, y eliminar el inciso final del artículo 1754³⁶. Sin embargo, esta modificación resulta ser insuficiente, toda vez que los frutos de tales bienes continuarán entrando al haber social y, como tal, su administración corresponde al marido, quien tiene, además, un derecho legal de goce sobre los mismos. Por consiguiente, la reforma debería incluir también una modificación a los artículos 1725 N° 2 y 1753.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela (2016). "Aceptación o repudio de las asignaciones deferidas a la mujer casada en sociedad conyugal". El Mercurio Legal, viernes 28 de octubre de 2016. Disponible en <https://www.elmercurio.com/legal/noticias/analisis-juridico/2016/10/28/aceptacion-o-repudio-de-las-asignaciones-deferidas-a-la-mujer-casada-en-sociedad-conyugal.aspx?disp=1>. Consultado el 29 de enero de 2020.
- AEDO BARRENA, Cristian, MONDACA, Alexis (2016). "Régimen económico del matrimonio", en Jorge DEL PICÓ RUBIO (director). Derecho de familia. Santiago: Thomson Reuters.
- ALESSANDRI R. Arturo et al. (2011). Tratado de derecho civil. Partes preliminar y general, 7ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BETTI, Emilio (2002). Teoria generale del negozio giuridico. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- BUSTAMANTE SALAZAR, Luis (1997). "Plena capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal. Una reforma legal por hacer". Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, N° 201, pp. 159-170.
- COURT MURASSO, Eduardo (2009). "Sanción en el caso de infracción de la norma del inciso final del artículo 1754 del Código Civil", en Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Concepción (coordinador). Estudios de Derecho civil V. Santiago: AbeledoPerrot – Legal Publishing, pp. 375-382.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2012). Teoría general del negocio jurídico. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

³⁶ Boletín Legislativo N° 11313-18, disponible en: <https://www.senado.cl/appsenado/temas/tramitacion/index.php>. Consultado el 29 de enero de 2020. Con todo, cabe señalar que no ha pasado del primer trámite constitucional y se encuentra en ese estado de 2017.

- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (1999). "La situación de la mujer casada en el régimen patrimonial chileno: mito o realidad". *Revista Chilena de Derecho*. Vol 26, N° 1, pp. 87-103.
- ETCHEBERRY COURT, Leonor (2016). "Hacia un nuevo régimen de patrimonial del matrimonio", en Cristián LEPÍN MOLINA y Maricruz GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS (coordinadores). *Estudios de Derecho Familiar*, I. Santiago: Thomson Reuters, pp. 121-130.
- FALZEA, Angelo (1960). "Capacità. Teoria generale". *Enciclopedia del Diritto*, vol VI. Milán: Giuffrè, pp. 8-47.
- LARRAÍN RÍOS, Hernán (1995). "Situación de la mujer casada al enajenar bienes raíces propios". *Temas de Derecho*, año X, N° ½. Santiago: Universidad Gabriela Mistral, pp. 109-123.
- LEPÍN MOLINA, Cristián (2013). "El principio de protección del cónyuge más débil en el moderno derecho de familia". *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 40, N° 2, pp. 513-548.
- LEPÍN MOLINA, Cristián (2014). "Los nuevos principios del derecho de familia". *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 23, pp. 9-55.
- LEPÍN MOLINA, Cristián (2016). "Evolución de los derechos civiles de la mujer en la legislación chilena (1855-2015)". *Revista Boliviana de Derecho*, N° 21, pp. 74-93.
- NIÑO TEJEDA, Eduardo (1995). "Capacidad y responsabilidad de la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal. Los bienes familiares". *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XVI, pp. 271-284.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (1996). *Regímenes matrimoniales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ROZAS VIAL, Fernando (1989). "Consideraciones sobre las modificaciones que la Ley N° 18.902 introduce al código civil". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 16, pp. 99-110.
- SCHMIDT HOTT, Claudia (2005). "La constitucionalización del derecho de familia", en MARTINIC G., María Dora, y TAPIA R., Mauricio (directores). *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*. Santiago: Lexis Nexis, pp. 1235-1244.
- SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel (1955). *Evolución del código civil chileno. Homenaje al centenario de su promulgación*. Santiago: Editorial Nascimento.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (1996). *Regímenes patrimoniales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- RODRÍGUEZ PINTO, María Sara (2017). *Manual de Derecho de Familia*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.