



Universidad Austral de Chile
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Escuela de Derecho

LA INCAPACIDAD DE LA MUJER CASADA EN SOCIEDAD CONYUGAL

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

ALUMNO: RICARDO CARDENAS VERA
PROFESOR: IVAN HUNTER AMPUERO

VALDIVIA, ENERO DE 2008

INFORME DE MEMORIA DE PRUEBA

LA INCAPACIDAD DE LA MUJER CASADA EN SOCIEDAD

CONYUGAL RICARDO

CARDENAS VERA

En conformidad al Reglamento para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, vengo en informar la Memoria de Prueba señalada en el epígrafe.

En primer término el título con que se concibe la tesis no se encuentra bien planteado; aunque gráfica fielmente el contenido medular del trabajo de investigación y sugiere el problema propuesto por el estudiante, no describe íntegramente la hipótesis del estudiante. En efecto, el señor Cárdenas intenta dar respuesta a la interrogante acerca de la capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal, para lo cual propone la tesis de que ésta es plenamente capaz y que las objeciones planteadas por la doctrina mayoritaria carecen de una base técnico-jurídica. El problema propuesto si bien no es del todo original y de abundante tratamiento a nivel de doctrina nacional y comparada, es extremadamente pertinente en el actual Derecho de Familia y constituye quizás uno de los tópicos que más relevancia ha generado en la doctrina.

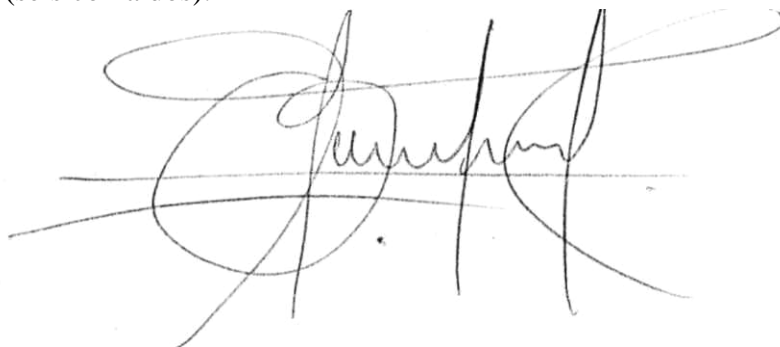
La tesis se estructura sobre la base de cuatro capítulos. En el primero el alumno explica a la luz de la doctrina nacional la situación general de la mujer casada en la sociedad conyugal, precisando su regulación legal con base histórica, el fundamento de la administración por parte del marido. En el segundo capítulo se efectúa mirada general a la capacidad de ejercicio que la ley 18.802 reconoció a la mujer casada en sociedad conyugal, abordando al final del capítulo ciertos criterios técnicos relativos a la capacidad de goce y de ejercicio. En esta parte de la tesis comienza tímidamente a insinuarse parte de la hipótesis, y el tesista realiza una buena síntesis de la principal doctrina que afirma la plena capacidad de la mujer. En cierta forma, el trabajo muestra el estado de la cuestión habiendo un constante diálogo con las doctrinas que se estiman contrarias a la posición del estudiante. En el tercer capítulo el estudiante se dedica a justificar la constitucionalidad de la norma que confiere al marido la administración de la sociedad conyugal. Esta parte de la tesis se desvía del problema planteado, sin

embargo, es un esfuerzo que todo trabajo que pretenda justificar la sociedad conyugal y su administración por parte del marido, debe necesariamente abordar, desde que la inconstitucionalidad de la sociedad conyugal se ha erguido en la bandera de lucha incuestionable de las doctrinas que abogan por su abolición. En el cuarto capítulo el tesista expone su tesis sobre la capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal. En general puede decirse que este capítulo hubiese reclamado una mayor extensión desde que compone la verdadera tesis del estudiante. No obstante, se encuentra bien definido, y ciertos argumentos empleados escapan de lo dicho clásicamente por la doctrina, lo que determina un *iter* argumentativo original.

A juicio del informante la tesis del señor Cárdenas se encuentra bien estructurada. Presenta un problema de relevancia jurídica y una hipótesis. La mayoría de sus afirmaciones se encuentran fundamentadas. La revisión bibliográfica de la doctrina nacional se encuentra saturada, es decir, difícilmente el tesista dejó de citar o revisar algún trabajo relevante sobre la materia, por lo cual, la rigurosidad con la que se abordó el tratamiento en este aspecto es notable. En cuanto a la doctrina comparada - necesariamente parcial-, se puede decir que su intensidad y utilización es la adecuada, aunque al parecer, es algo aleatoria. El lenguaje empleado es claro y la extensión del trabajo puede considerarse suficiente.

Relativo a los aspectos formales tres cuestiones se deben precisar: en primer término, el tesista presenta algunas dificultades en la redacción y claridad de sus ideas, lo que, las más de las veces, impide atender con nitidez la sólida cadena argumentativa que suele estar presente en las afirmaciones. Esta circunstancia resta mérito a su trabajo. De igual forma, en ocasiones se utilizan párrafos exageradamente largos, los que dificultan el entendimiento de las ideas y argumentos. Por último, hay ciertos rípos ortográficos y dactilográficos que son necesarios corregir.

En síntesis, y para concluir, se trata de una Memoria que aborda un problema no del todo original, pero absolutamente contingente, bien planteada, acotada, y argumentada. En mérito de las consideraciones antes expuestas, el profesor que suscribe es partidario de calificar la Tesis para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de don Ricardo Cárdenas Vera con nota 6,2 (seis coma dos).

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Ricardo Cárdenas Vera', written over a horizontal line. The signature is stylized and somewhat cursive.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
-------------------	---

PRIMER CAPITULO

LA MUJER CASADA EN SOCIEDAD CONYUGAL.

1. REGULACIÓN LEGAL.....	3
1.1. BREVE REFERENCIA A LOS REGÍMENES MATRIMONIALES.....	3
1.2. EL REGIMEN DE SOCIEDAD CONYUGAL.....	3
1.2.1. FONDO COMÚN O HABER SOCIAL.....	4
1.2.2. ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.....	4
1.2.2.1. ADMINISTRACIÓN ORDINARIA.....	5
1.2.2.2. LA ADMINISTRACIÓN AXTRAORDINARIA.....	5
2. EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO LEGAL.....	5
3. FUNDAMENTO LEGAL.....	6
3.1. EL FUNDAMENTO Y ORIGEN DE LA INCAPACIDAD DE LA MUJER.....	6
3.1.1. ORIGEN DE LA INCAPACIDAD DE LA MUJER.....	7
3.2. SITUACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO.....	8
3.2. SITUACIÓN DE LA MUJER CASADA EN SOCIEDAD CONYUGAL A CONTAR DE LA LEY 18.802.....	10

SEGUNDO CAPÍTULO

LA CAPACIDAD DE EJERCICIO QUE LA LEY 18.802 LE RECONOCE A LA MUJER CASADA EN SOCIEDAD CONYUGAL

1. OBJETIVO DE LA LEY 18.802 Y SU JUSTIFICACIÓN.....	12
2. PRINCIPALES CRÍTICAS A LA REFORMA HECHA POR LA LEY 18.802.....	14
2.1. INCOMPATIBILIDAD ENTRE LA CAPACIDAD DE LA MUJER Y EL RÉGIMEN DE SOCIEDAD CONYUGAL	14
2.2. CAPACIDAD FORMAL Y TEORICA.....	14

2.3. FALTA DE NOVEDAD Y TRASCENDENCIA DE LA REFORMA.....	15
2.4. LIMITACIÓN GENERAL.....	15
3. ANALISIS DE LAS CRÍTICAS A LA LEY 18.802.....	16
3.1. CONCEPTO DE CAPACIDAD.....	18
3.1.1. LA CAPACIDAD DE GOCE.....	18
3.2.2. LA CAPACIDAD DE EJERCICIO.....	19

TERECER CAPÍTULO

LA IGUALDAD ANTE LA LEY Y LA CAPACIDAD DE LA MUJER CASADA EN SOCIEDAD CONYUGAL

1. EL DERECHO DE IGUALDAD ANTE LA LEY.....	25
2. DEFERENCIAS ARBITRARIAS.....	25
3. CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 1754 DEL CÓDIGO CIVIL.....	26
4. PODERES DE LA MUJER CASADA EN SOCIEDAD CONYUGAL.....	28
4.1. PODERES PROPIOS DE LA MUJER.....	28
4.2. PODERES DE COADMINISTRACIÓN.....	29
4.3. PODERES SANCIONATORIOS.....	29
4.4. PODERES RESPECTO DE LOS BIENES PROPIOS.....	31
5. CONCLUSION A CERCA DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 1754	32

CAPÍTULO IV

CAPACIDAD O INCAPACIDAD DE LA MUJER CASADA EN SOCIEDAD CONYUGAL

1. POCISIÓN PERSONAL.....	35
CONCLUSIONES.....	40
BIBLIOGRAFIA.....	43

INTRODUCCIÓN

En la sociedad actual chilena es innegable que la mujer cada día tiene mayor protagonismo, su rol no sólo se reduce a la vida familiar como ocurría en tiempos no muy lejanos, sino también a la actividad productiva del país, jugando un rol fundamental en este sector. La mujer a logrado salir de las cuatro paredes de su hogar y competir mano a mano con el hombre demostrando que no existe diferencia alguna en cuanto a sus capacidades.

Sin embargo, la mujer sigue siendo objeto de discriminaciones las cuales le impiden competir en igualdad de oportunidades con el hombre. En este sentido, se ha planteado que una de las mayores discriminaciones se encontraría en el régimen de bienes del matrimonio, en especial, en la sociedad conyugal, el cual deja en manos del marido la administración de los bienes sociales y de los bienes propios de la mujer, sin que esta pueda disponer de dichos bienes sin su autorización.

La mujer casada en sociedad conyugal, régimen supletorio en la legislación chilena, no puede disponer de sus bienes propios pese a que la ley 18.802 estableció la plena capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal, la cual antes de dicha reforma era consideraba como incapaz relativa por la ley.

De esta manera, una persona que goza de plena capacidad de ejercicio no puede disponer libremente de sus bienes, de su patrimonio los cuales son administrados por otra persona por el solo hecho de haberse casado en sociedad conyugal. Ante tal circunstancia, la pretendida capacidad que la ley le intentó dar a la mujer no existe en términos prácticos, la mujer casada en sociedad conyugal sigue siendo incapaz, la capacidad que la ley le otorga a la mujer no es más que una incapacidad disfrazada, sin contenido. Lo cual además, vulnera el derecho de igualdad ante la ley asegurado por nuestra Constitución Política de la República, toda vez que se establece una discriminación arbitraria entre el marido y la mujer, ya que al casarse en sociedad conyugal esta última se ve privada de la administración de sus bienes y en cambio el marido puede administrar libremente los suyos, sin requerir autorización alguna para disponer de ellos, lo que ha significado que actualmente se esté tramitando en el Congreso una reforma al régimen patrimonial del matrimonio, en virtud de la cual la sociedad conyugal dejaría de ser el sistema supletorio, lugar que pasaría a ocupar el régimen de participación en los gananciales en su modalidad de comunidad final, dejando a la sociedad conyugal como un régimen optativo con una administración ordinaria que puede recaer en el marido o la mujer según como se pacte por los contrayentes.

Así en esta investigación trataremos de descubrir cuales han sido los fundamentos que se han tenido presente para consagrar la incapacidad de la mujer casada en sociedad conyugal, desde un punto de vista histórico jurídico, para determinar si existe actualmente una justificación razonable para dicho tratamiento y sin es coherente con la realidad chilena.

Para ello nos proponemos analizar los orígenes de dicha incapacidad y las razones que se daban en esas épocas para establecerla. Por otra parte, la regulación que nuestro Código Civil adoptó, abarcando también las distintas reformas que se realizaron, hasta llegar a la regulación actual en virtud de la cual la mujer es capaz de ejercicio pero, sin embargo, no tiene la administración de sus bienes, lo cual le ha significado serias críticas por parte de la doctrina nacional, las cuales analizaremos en profundidad en los capítulos Segundo y Tercero de este trabajo.

Nuestro objetivo principal y que motiva esta investigación más que lograr convencer sobre nuestra posición personal, es lograr ser un aporte a la discusión, y lograr dar las herramientas necesarias para que el lector se pueda formar su propia opinión, las cuales sin duda son múltiples y todas muy respetables, lo cual enriquece y fomenta la discusión sobre un tema tan importante como la capacidad de la mujer, más aún es necesaria, si se piensa en una posible reforma al régimen patrimonial del matrimonio como la que se propone en la actualidad.

PRIMER CAPITULO

LA MUJER CASADA EN SOCIEDAD CONYUGAL.

1. REGULACIÓN LEGAL

Al momento de contraer matrimonio los cónyuges, o más correctamente los esposos, no sólo van a tener presente el hecho que se unirán para toda la vida (al menos en principio), sino además, y aunque no lo quieran, el régimen de bienes que regulará sus relaciones económicas y con los terceros. En este sentido, no sólo se deberá tener presente en qué consiste cada régimen sino (y mas importante) su ventajas y desventajas.

Sin embargo, la realidad nos demuestra que la gran mayoría de las parejas al contraer el sagrado vínculo no toman en consideración el régimen de bienes que se adoptará y en tal caso, en virtud del artículo 135 del Código Civil rige la sociedad conyugal.

En cuanto al tratamiento legal de la mujer casada en sociedad conyugal se encuentra principalmente en el Código Civil, libro cuarto, título XXII.

1.1. BREVE REFERENCIA A LOS REGÍMENES MATRIMONIALES

Como decía un destacado profesor *“la pareja humana, conductualmente obrando en sociedad, bajo el signo ideal del matrimonio, o modernamente, sin ambages, al margen de este, se encuentra de todos modos forzada a regirse por unas normas que regulen la economía de la vida en común”*¹.

Así ante la necesidad de regular esta economía que surge en la vida en pareja el legislador establece mediante la ley distintos regímenes que regulen las relaciones patrimoniales tanto entre los cónyuges como con los terceros.

Los regímenes patrimoniales aplicables al matrimonio son diversos, algunos con una esencia propia y otros como mezcla de un régimen y otro. En la actualidad en Chile rigen tres tipos de regímenes patrimoniales. Sin embargo, estos no son el resultado de la genialidad del legislador chileno, sino una copia de los sistemas vigentes en otros países. De esta manera, en Chile tenemos: la sociedad conyugal, separación de bienes y el sistema de participación en los gananciales. El régimen de sociedad conyugal es el mas antiguo, el cual ha estado presente desde la entrada en vigencia del Código Civil² y que ha planteado mayores problemas, y en el cual se centrará esta investigación.

1.2. EL REGIMEN DE SOCIEDAD CONYUGAL

La sociedad conyugal pertenece a la familia de los regímenes de comunidad la cual puede ser definida como *“aquél régimen en que todos los bienes que los cónyuges aportan al*

¹ Fueyo F. “Problemática general del régimen patrimonial del matrimonio”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, N° 82, I parte, 1985, p. 1.

² En adelante C.C.

matrimonio, como los que adquieren durante el matrimonio, pasan a constituir una masa o fondo común que pertenece a ambos cónyuges y que se divide una vez disuelta la comunidad”³.

El régimen de comunidad puede ser: *universal o restringido*. En el primero, entran al haber común todos aquellos bienes que los cónyuges adquieren durante el matrimonio a título gratuito y oneroso y además los que tienen los cónyuges al momento de casarse. En cambio el segundo, se caracteriza porque la masa común la conforman sólo ciertos bienes que coexisten con otros bienes que se radican en el patrimonio de los cónyuges⁴. En el caso de Chile, existe un régimen de comunidad *restringida* y de *ganancias únicamente*, el cual consiste en que ingresan al haber común los bienes muebles e inmuebles adquiridos a título *oneroso* y los *frutos* tanto de los bienes propios como los comunes. Este régimen, en Chile, recibe el nombre de sociedad conyugal y constituye el *régimen legal*⁵, conforme al artículo 135 inc. 1º del C.C. y que rige desde 1855.

1.2.1. FONDO COMÚN O HABER SOCIAL

Lo característico de todo régimen de comunidad de bienes es que existe un *fondo común*, el cual, en el caso de la sociedad conyugal está compuesto por bienes muebles e inmuebles adquiridos durante la vigencia de esta y a título oneroso y los frutos percibidos tanto por esos bienes como de los propios de cada cónyuge. En cambio, los bienes inmuebles adquiridos antes de la vigencia de la sociedad conyugal y a título gratuito ingresan al haber propio de cada cónyuge.

En cuanto a los bienes muebles aportados o adquiridos durante la vigencia de la sociedad conyugal a título gratuito (no obstante su ingreso al haber social) hacen nacer para el cónyuge aportante una recompensa equivalente a su valor.

Por último, y en términos generales, (atendido a que no es el tema central de la investigación) hay que recordar que si la mujer ejerce un trabajo remunerado, separado del marido y en los términos del artículo 150 del C.C., los bienes que adquiriera con el producto de ese trabajo no ingresan al haber social sino a su *patrimonio reservado*.

1.2.2. ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

A la hora de regular el régimen de bienes aplicable al matrimonio, no sólo se debe tener en cuenta cuál será la suerte de los bienes, tanto de aquellos adquiridos antes o durante la sociedad, sino además, como será la administración de estos bienes.

Así en el régimen de sociedad conyugal se pueden diferenciar dos clases de administración: *ordinaria* y *extraordinaria*.

³ Ramos R., *Derecho de Familia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, Tomo I, p.137; igual definición realiza don Alessandri A., *Tratado práctico de las capitulaciones matrimoniales*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1935, p. 20.

⁴ Merino F., “Los Regímenes Matrimoniales en el Derecho Comparado”, en *Revista de Derecho Universidad Central*, N° 2, año III, p. 6.

⁵ Ramos R., *Op. cit.*, p.138.

1.2.2.1. ADMINISTRACIÓN ORDINARIA

Tanto la administración de los bienes sociales como los propios de la mujer corresponden al marido. Está regulada principalmente en los artículos 1749, 1750, 1752, 1754 del C.C.

El artículo 1749 en su primera parte establece que “*el marido es el jefe de la sociedad conyugal y como tal administra los bienes sociales y los propios de su mujer*”; por su parte, el artículo 1752 señala “*la mujer por sí sola no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales*”; a su vez el artículo 1750 señala expresamente que “*el marido es, respecto de terceros dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio*”; y por último, el artículo 1754 inciso final reitera la misma idea pero ahora respecto de los bienes de la mujer, así establece “*la mujer, por su parte, no podrá enajenar o gravar ni dar en arriendo 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*”⁶.

De esta manera, la mujer casada en sociedad conyugal no tiene la administración de los bienes sociales ni de los bienes de su propiedad.

1.2.2.2. LA ADMINISTRACIÓN EXTRAORDINARIA

La administración extraordinaria ha sido definida como “*la que ejerce la mujer como curadora del marido o de sus bienes por incapacidad o ausencia de este, o un tercero en los mismos casos*”⁷. A esta administración extraordinaria se refiere el artículo 138 del C.C. De esta manera, la administración extraordinaria procede en casos de incapacidad o de larga ausencia del marido, en conformidad al artículo 1.758 del C.C.

Se hace presente que como la investigación se refiere en lo principal a la administración ordinaria, cuando sea necesario explicar algo de la administración extraordinaria se hará oportunamente.

2. EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO LEGAL

El Código Civil Chileno originalmente solo regulaba el régimen de sociedad conyugal, reglamentando además lo que se llamaba la *potestad marital*⁸ en su artículo 132, que definía a la potestad marital como: “*el conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la persona y los bienes de la mujer*”. La potestad marital era ejercida por el marido sobre la persona y los bienes de la mujer.

⁶ Todos del C.C.

⁷ Alessandri A., *Tratado práctico de las capitulaciones matrimoniales*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1935, p. 454.

⁸ Merino F., “Consideraciones acerca de las reformas introducidas por la ley 18.802”, en *Cuaderno de Análisis Jurídico Universidad Diego Portales*, N° 15, 1990, p. 9; Tomasello L., *Situación jurídica de la mujer casada*, Editorial Edeval, Valparaíso, 1989, p. 84.

La potestad que el marido ejercía sobre la persona de la mujer se manifestaba principalmente en ciertos deberes que debía respetar la mujer, así por ejemplo: el deber de obediencia, la obligación que tenía la mujer de seguir al marido.

En cuanto a la potestad del marido sobre los bienes de la mujer se materializaba en la estructura misma de la sociedad conyugal⁹, siendo el marido quien administraba los bienes propios de la mujer, unido a la incapacidad relativa de la mujer, consagrado en el artículo 1447 del C.C.

Así, en un principio el Código Civil sólo consagraba el régimen de sociedad conyugal. Con el paso del tiempo se hicieron una serie de reformas que vendrían a dar mayor participación a la mujer en la administración de la sociedad y limitar los poderes del marido¹⁰, hasta llegar a la ley 18.802 que estableció la plena capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal, sin embargo, mantuvo la administración tanto de los bienes sociales como los propios de la mujer en manos del marido en conformidad a los artículos 1749, 1750, 1752, 1754 inciso final del C.C.

3. FUNDAMENTO LEGAL

La mujer, en un comienzo, mientras estuviera casada carecía de capacidad legal. Esta incapacidad era de naturaleza *relativa* ya que la autorización del marido era considerada un *permiso* para que la mujer pueda realizar el acto y no un requisito para celebrar el acto. El permiso no se exigía en consideración a la naturaleza del acto, sino el *estado o calidad* de la partes. Luego, con la entrada en vigencia de la ley 18.802 se termina con la incapacidad relativa de la mujer pero el marido sigue administrando los bienes sociales y los propios de su mujer.

Si de acuerdo a lo expresado anteriormente, la mujer casada en sociedad conyugal no podía celebrar actos jurídicos, ni administrar los bienes por sí sola, surgen de inmediato las interrogantes: ¿Cuál es la razón de semejante medida?, ¿de dónde surge?, ¿Por qué se establece?, ¿Cuál es la razón para que la mujer actualmente no administre los bienes sociales o sus bienes propios si ya no es incapaz relativa? Estas son algunas de las preguntas que se intentarán contestar.

3.1. EL FUNDAMENTO Y ORIGEN DE LA INCAPACIDAD DE LA MUJER

Antes de la ley 18.802 la regla general era la incapacidad de la mujer casada en sociedad conyugal y la potestad marital del marido.

⁹ Fueyo F., “Problemática general de régimen patrimonial del matrimonio”, *Op.cit.*, p. 230.

¹⁰ Así, en 1925 se inician las primeras reformas con el D.L. 328, cuyo artículo 8º autorizaba a los esposos para acordar la separación total de bienes en la Capitulaciones Matrimoniales. Más tarde, con la ley también 5.525 se introduce el Art. 150 del patrimonio reservado de la mujer, la ley 7.612 de 1943 que permite a los cónyuges sustituir convencionalmente la sociedad conyugal ya vigente, por el de separación de bienes, la ley 10.271 de 1952 que establece importantes límites a los poderes del marido, hasta llegar a la ley 18.802 de 1989 que establece una de las reformas más importantes en esta materia, ya que deroga la potestad marital y consagra la plena capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal en su art. 2º terminando con la incapacidad relativa de la mujer. Por último, la ley 19.335 que incorpora un nuevo régimen patrimonial, el de participación en los gananciales.

La potestad marital se ejercía sobre la *persona* y los *bienes* de la mujer. Así, por ejemplo: el marido podía pedir al juez que prohibiera a la mujer el ejercicio de un empleo, el marido podía fijar libremente el domicilio y obligar a la mujer a vivir con él. Por su parte, la mujer estaba obligada a seguirle donde quiera que se trasladara su residencia. En cuanto a los bienes de la mujer, el marido podía por medio de los derechos que la potestad marital le confería, administrar y gozar de los bienes de su mujer e incluso podía dirigir los actos que realizaba la mujer, ya que esta no podía realizarlos por sí misma por ser relativamente incapaz.

Arturo Alessandri señalaba que la incapacidad que afectaba a la mujer era uno de los *efectos* de la potestad marital sobre los bienes de la mujer y no sobre su persona y la definía como “*la imposibilidad en que aquella se encuentra de celebrar actos jurídicos válidos sin la autorización del marido o de la justicia en subsidio*”¹¹. Esta incapacidad no es originaria de Chile sino que fue creada y regulada por otros sistemas jurídicos más antiguos a los cuales Andrés Bello siguió.

3.1.1. ORIGEN DE LA INCAPACIDAD DE LA MUJER

Es de origen histórico¹², así en el derecho *Romano* siempre la mujer estaba sujeta a la tutela. Luego, una vez casada, el matrimonio le otorgaba la *manus* al marido, en virtud de la cual la mujer quedaba sujeta a la *dependencia* y *subordinación* de su marido. Al pasar el tiempo la mujer fue ganando derechos y así se logró que el matrimonio se celebrara *sine manus* obteniendo la mujer plena capacidad.

En cuanto al derecho *Germano* la mujer también estaba sometida a la tutela de su marido, de su padre o hermanos, lo que era conocido como el *mundium*, en virtud de ella la mujer quedaba sometida por completo al poder del marido, esto era lo que en el norte de Francia se llamaba el *mainbournie* y que también se ejercía sobre la persona y los bienes de la mujer, quedando la mujer imposibilitada de celebrar actos jurídicos sin la autorización de su marido. Pero esta autorización no era una medida para proteger a la mujer sino una consecuencia del estado de dependencia y subordinación en que se encontraba, así lo explicaba también Pothier “*la necesidad de autorización del marido, no esta fundada sino en la potestad que el marido tiene sobre la persona de la mujer y que no permite a esta hacer nada sin la voluntad de él*”.

De esta manera, en el derecho *Germano*, la incapacidad de la mujer no se debía a una medida de protección en razón de una supuesta debilidad o inexperiencia sino por la potestad del marido, es decir, la incapacidad de la mujer era un efecto del poder del marido sobre ella, de la potestad marital, de ahí que sólo el marido pudiera alegar la nulidad de los actos celebrados por su mujer sin su autorización.

¹¹ Alessandri A., *Tratado práctico de la capacidad de la mujer casada. De la mujer divorciada perpetuamente y de la mujer separada de bienes*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1940, p.18.

¹² Sobre el origen histórico de la incapacidad de la mujer casada véase Alessandri A., *Tratado práctico de la capacidad de la mujer casada. De la mujer divorciada perpetuamente y de la mujer separada de bienes*, *Op.cit.*

En el antiguo derecho *Francés* hay que distinguir dos sistemas: el *Norte de Francia* donde regía el derecho consuetudinario el cual estaba influenciado por el derecho *Germánico*, y por lo tanto, se establecía la incapacidad de la mujer casada. Por otro lado, estaba el *Sur de Francia* donde el derecho era escrito, de tradición *Romana*, y por lo tanto, la mujer tenía plena capacidad.

El *Código Civil Francés* mantuvo esta incapacidad de la mujer, sin embargo, no se apoyaba sólo en el poder del marido sino también en la idea de *protección a la mujer en razón de su debilidad e inexperiencia*. Esto queda demostrado por el hecho de que la autorización del marido podía ser suplida por el juez cuando aquél es menor y en general cada vez que esté impedido de prestarla, es decir, cuando no pueda proteger eficazmente a la mujer¹³. De esta manera, en el Código Civil Francés prevalecieron las reglas del derecho consuetudinario y germánico de la comunidad de bienes como régimen legal y de la incapacidad de la mujer, lo cual se justificaba en la idea de la potestad marital¹⁴ y también en la *inexperiencia o debilidad* de la mujer.

De lo anteriormente expuesto, se puede concluir que el Código Civil Francés no reguló la incapacidad de la mujer en función del régimen de bienes o de la sociedad conyugal, sino en virtud de la situación de dependencia y subordinación en que el matrimonio dejaba a la mujer respecto del marido y a la necesidad de proteger a la mujer, en razón de su inexperiencia o debilidad. La incapacidad de la mujer no es el producto de la comunidad de bienes, sino de la situación de la mujer en el matrimonio¹⁵. Así la incapacidad en el Código Civil Francés se extendía a toda mujer casada, la cual estaba consagrada en su artículo 1124 (la separación de bienes no cambiaba la situación), y la potestad marital aparecía en el Capítulo VI del libro I que trataba de “Los deberes y derechos respectivos de los cónyuges”.

3.2. SITUACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO

Existen diversas opiniones respecto al fundamento de la incapacidad de la mujer casada en el C.C. chileno, pero sin dudas las opiniones más autorizadas son las siguientes.

Por una parte, se ha planteado que el único fundamento a la incapacidad de la mujer casada sería la *comunidad de bienes* que crea el matrimonio¹⁶. Se debe tener presente que en un principio el único régimen patrimonial era la sociedad conyugal, solo más tarde se dio la posibilidad de pactar la separación de bienes en las capitulaciones matrimoniales y posteriormente pactar la separación de bienes celebrado el matrimonio. De esta manera, a pesar que el C.C. chileno siguió de cerca al C.C. Francés, la incapacidad de la mujer casada no tenía como fundamento la potestad marital del marido o la situación de dependencia en que quedaba la mujer a consecuencia del matrimonio, sino la sociedad de bienes que creaba el matrimonio.

¹³ *Ibid.*, p. 20.

¹⁴ *Ibid.*, p. 22.

¹⁵ Domínguez R., “Aspectos comparativos de régimen de bienes y de la capacidad de la mujer casada. Derecho Francés y Chileno”. En *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 163, 1975, p. 99.

¹⁶ Alessandri A., *Tratado práctico de la capacidad de la mujer casada. De la mujer divorciada perpetuamente y de la mujer separada de bienes*, *Op. cit.*, p. 24.

En este sentido, para asegurar la unidad y evitar conflictos en la administración de los bienes, la ley le confía al marido la administración de los bienes sociales. Y en cuanto a los bienes propios de la mujer, también se confían al marido su administración, ya que todo acto repercute en los bienes comunes. Por lo tanto, con la incapacidad de la mujer se intentan proteger los *interese familiares*.

Otra parte de la doctrina¹⁷, ha planteado que la incapacidad de la mujer no estaría fundada en el régimen patrimonial sino en la situación de *dependencia y subordinación* que el matrimonio coloca a la mujer respecto del marido y la *protección* de la mujer. Así el C.C. habría seguido el mismo fundamento que daba el C.C. Francés a la incapacidad de la mujer y el cual habría adoptado a la vez del derecho consuetudinario influenciado por el derecho germánico.

Así, al parecer lo que se intenta establecer es que la incapacidad de la mujer no se reguló en relación al régimen de bienes ya que tanto la incapacidad que establecía el artículo 1447 como la potestad marital ejercida por el marido de acuerdo al artículo 132 del C.C. chileno, se aplican a la mujer casada sin distinción del régimen en el cual se casan. De esta manera, el régimen de comunidad no hace más que agravar la incapacidad, pero la separación de bienes tampoco la suprimía. Por ello, las modificaciones en la incapacidad de la mujer, en el caso de adoptarse la separación de bienes, solo podían ser concebidos como excepciones relativas a la separación de bienes. Atendiendo a este criterio la incapacidad de la mujer no podría estar subordinada a las convenciones que celebren los esposos o cónyuges, ni tampoco modificada por las facultades que pueda ejercer la mujer en otro régimen¹⁸, la mujer era incapaz independiente del régimen matrimonial, lo que variaba era solo las facultades de la mujer.

Si bien esta segunda doctrina es más coherente con el origen de la incapacidad de la mujer casada, lo cierto es que antes de la ley 18.802 la mujer separada de bienes, de acuerdo al artículo 159 del C.C., tenía respecto de los bienes que separadamente administraba, las mismas facultades que el artículo 173 le otorgaba a la divorciada perpetuamente, y éste artículo le otorgaba a la separada en perpetuidad plena capacidad¹⁹.

Por lo tanto, se hizo necesario reformar el C.C. y en especial el artículo 1447 el cual a contar de la ley 7.612 establecía como relativamente incapaz a las mujeres “*casadas no divorciadas a perpetuidad ni separadas totalmente de bienes*”, con lo cual la incapacidad relativa solo afectaría a la mujer casada en sociedad conyugal. Con estas reformas el fundamento de la incapacidad de la mujer casada en sociedad conyugal estaría en la *comunidad de bienes* que crea éste régimen y en la *protección de la mujer*, en razón de su *inexperiencia o debilidad*.

¹⁷ Domínguez R., “Aspectos comparativos de régimen de bienes y de la capacidad de la mujer casada. Derecho Francés y Chileno”, *Op. cit.*, pp. 99 y 100.

¹⁸ Claro L., *Explicaciones del derecho civil y comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1978, Vol. I, Tomo II, p. 79.

¹⁹ Alessandri A., *Tratado práctico de la capacidad de la mujer casada. De la mujer divorciada perpetuamente y de la mujer separada de bienes*, *Op. cit.*, p. 134.

3.2. SITUACIÓN DE LA MUJER CASADA EN SOCIEDAD CONYUGAL A CONTAR DE LA LEY 18.802

Con la reforma de la ley 18.802 se eliminó la potestad marital del marido y la incapacidad de la mujer declarándola plenamente capaz, dejando el marido de ser su representante legal. Dentro de las reformas más importantes de la ley 18.802 tenemos:

- Reemplaza la palabra marido por la de *cónyuge*, teniendo como objetivo clave equiparar la situación de ambos cónyuges. Sin embargo, esta equiparación no puede ser absoluta desde que la propia Carta Fundamental asegura: “*La igualdad ante la ley*”, pero agregando que ni la ley “*ni autoridad alguna podrá establecer diferencias arbitrarias*”, con lo cual se pueden establecer regímenes diferenciados siempre y cuando no sean arbitrarios²⁰.
- Modifica los derechos y deberes de los cónyuges.
- Se modifica el régimen sucesoral.
- Y por último, la reforma más importante y que guarda directa relación con esta investigación, se elimina la incapacidad de la mujer casada en sociedad conyugal, pero a la vez se mantiene la sociedad conyugal como régimen legal junto al patrimonio reservado de la mujer. Así el artículo 2° de la ley 18.802 señala: “*A contar de la entrada en vigencia de esta ley, la mujer que fue incapaz por estar casada en sociedad conyugal dejará de serlo para todos los efectos del Código Civil y demás códigos y leyes especiales y responderá de sus actos con los bienes que administre de acuerdo con los artículos 150, 166 y 167*”.

De este modo, se elimina la incapacidad de la mujer y la potestad marital del marido. Sin embargo, se mantiene la administración ordinaria de la sociedad conyugal, es decir, los bienes sociales y propios de la mujer son administrados por el marido, tal como ocurría antes de la reforma. Dicho de otro modo, a pesar que ahora la mujer es plenamente capaz, cuando está casada en sociedad conyugal no tiene la administración de los bienes sociales ni los de su propiedad.

En este sentido, el artículo 1749 del C.C. establece: “*El marido es el jefe de la sociedad conyugal, y como tal administra los bienes sociales y los de su mujer*”; por su parte, el artículo 1752 de C.C. señala: “*La mujer por sí sola no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales durante la sociedad, salvo en los casos del artículo 145*”; el artículo 1754 del C.C. añade: “*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*”; y por último, para asegurar la administración del marido en la sociedad conyugal se consagra en el artículo 1750 del C.C., que señala expresamente: “*El marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio*”.

²⁰ Domínguez R., “Reforma al Código Civil sobre la situación jurídica de la mujer casada”, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 184, 1988, p. 8.

En cuanto al fundamento de la solución seguida por el legislador de 1989, es decir, de darle a la mujer casada en sociedad conyugal plena capacidad pero sin la administración de los bienes sociales y de los propios podemos decir que se encuentra sólo en la *comunidad de bienes* que crea la sociedad conyugal, ya que la mujer deja de ser incapaz relativa.

La ley 18.802 tuvo como propósito lograr la *igualdad jurídica* entre la mujer y el hombre²¹, conservando la sociedad conyugal como *régimen legal*, la cual debe tener una administración *unitaria* para evitar posibles conflictos en la administración de la misma.

Sin embargo, no se puede negar que el nuevo tratamiento legal de la mujer casada en sociedad conyugal tiene algo de extraño, ya que ahora a una persona que es plenamente capaz se le niega la posibilidad de administrar libremente sus bienes que se van adquiriendo durante la comunidad de vida que crea el matrimonio y más aún los bienes que son de su propiedad. Esto ha llevado a que se afirme que la mujer casada en sociedad conyugal sigue siendo incapaz, a pesar que la ley declare lo contrario, lo cual estudiaremos con detalle en el capítulo siguiente, así como las razones que tubo el legislador para dar tal tratamiento a la mujer casada en sociedad conyugal.

²¹ Rivas R., “La ley N° 18.802 y su inspiración”, en *Revista de Derecho Universidad Central*, N° 2, año III, p. 9.

SEGUNDO CAPÍTULO

LA CAPACIDAD DE EJERCICIO QUE LA LEY 18.802 LE RECONOCE A LA MUJER CASADA EN SOCIEDAD CONYUGAL

La mujer casada en sociedad conyugal a contar de la ley 18.802 cuenta con plena capacidad ya que deja de ser relativamente incapaz.

Sin embargo, esta ley ha sido objeto de una serie de críticas, puesto que no se habría modificado la administración ordinaria de la sociedad conyugal y en especial, porque la administración de los bienes *proprios* de la mujer sigue estando en manos del marido, pese a que la misma ley consagra la plena capacidad de la mujer.

Desde este punto de vista el objeto de este capítulo como el de los posteriores, será analizar el verdadero alcance de la reforma establecida por la ley 18.802, es decir, determinar si a contar de la entrada en vigencia de esta ley la mujer casada en sociedad conyugal es plenamente capaz o sólo se establece una capacidad teórica sin ningún sentido práctico.

Para abordar esta tarea partiremos analizando cuál fue el objetivo perseguido por la ley 18.802 y la justificación que se dio a la capacidad de la mujer casada, cuáles han sido las principales críticas que se han formulado respecto al alcance de la capacidad que habría consagrado, determinando la exactitud o no de las críticas a partir del concepto de capacidad jurídica.

1. OBJETIVO DE LA LEY 18.802 Y SU JUSTIFICACIÓN

El gran objetivo de esta ley como se dijo anteriormente era lograr una *razonable igualdad* entre el hombre y la mujer.

Así se consideraba que la realidad había cambiado, que la mujer estaba teniendo un nuevo lugar en la sociedad, la mujer se estaba incorporando cada vez más y en mayor intensidad a las actividades que anteriormente sólo realizaba el hombre. Se consideraba que la mujer era fundamental en el desarrollo del país y de la familia.

Antes de la reforma existieron diversas comisiones y proyectos entre ellos el de don Eugenio Velasco, el de la llamada Comisión Philippi, también un proyecto redactado por la Universidad Gabriela Mistral el cual establecía un régimen legal de participación en los gananciales. Todos estos proyectos e ideas fueron estudiados para hacer la reforma de 1989.

Para hacer la reforma se puso como tarea elaborar dos proyectos: uno que establecía el régimen de participación en los gananciales como *legal* otorgándole plena capacidad a la mujer y otro proyecto, que estableciera la posibilidad de dar plena capacidad a la mujer, pero *manteniendo* el régimen de sociedad conyugal como legal.

De los dos proyectos se prefirió aquél que mantenía el régimen de sociedad conyugal y que le daba plena capacidad a la mujer, ya que se consideraba que este régimen era el que más se avenía con nuestros *principios morales y culturales*. Conforme a estos principios el matrimonio

es una *unión espiritual y material*, atendido además que un gran número de mujeres se dedicaban sólo a las labores del *hogar*, más aún cuando aquellas que realizan labores lucrativas dentro de la sociedad tienen el patrimonio reservado.

Es por ello que no se consideró obstáculo al principio de plena capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal, el mantener éste régimen y entregar la *unidad* de su administración al marido, no obstante la igualdad de derechos entre ambos cónyuges, atendida la *idiosincrasia* y *costumbres* de los chilenos²².

Se consideraba además que la sociedad conyugal era un régimen que *unía* a los cónyuges, puesto que la unión del matrimonio debe ser *integral*, por lo cual también debe incluir la situación patrimonial²³.

Por otra parte, se entendía que para que exista la sociedad conyugal los *frutos* de los bienes que cada uno de los cónyuges tienen al momento del matrimonio o que durante él adquieran, deben *pertenecer* a la sociedad conyugal, pues si ello no ocurriera, el régimen sea cual sea el nombre que se le diera, sería separación de bienes. Así, por lo tanto, al *gozar* la sociedad conyugal de los frutos de los bienes del marido y de la mujer, constituye una necesidad que tenga una autoridad que los administre y así se estimó que la autoridad debía recaer en el marido atendida la *idiosincrasia* y *costumbres* de los chilenos²⁴.

En suma se creía que el radicar la administración ordinaria de la sociedad conyugal en el marido y establecer las limitaciones de los artículos 1749, 1752 y 1754 inciso final del C.C., no era obstáculo para la plena capacidad de la mujer, toda vez que miraba un *interés superior*, cual es, el *interés de la familia* y la *protección de los terceros*, lo cual se vería afectado con una dualidad en la administración que solo ofrecería dificultades²⁵.

De esta manera y fundada en las razones anteriores se consagra la plena capacidad de la mujer casada, terminando con la representación legal del marido; se termina con la potestad marital del marido derogando el artículo 132 del C.C.; se modifica el artículo 1470 N° 1 del mismo código, eliminando a la mujer entre las personas que teniendo suficiente juicio y discernimiento, son, sin embargo, incapaces de obligarse según la ley. Desde ahora los actos de la mujer casada en sociedad conyugal no engendran obligaciones *naturales*, sino que siempre producen obligaciones *civiles*²⁶.

En cuanto al régimen de sociedad conyugal, como se sabe en términos generales se mantuvo igual. Sin embargo, se aumentan las *limitaciones* para la administración del marido. Así se establece que requerirá autorización de la mujer para ceder la tenencia de los bienes raíces, prometer enajenar o gravar los bienes raíces sociales, disposición entre vivos a título gratuito de los bienes sociales, en los cuales se comprenden también los bienes muebles salvo el caso del

²² Álvarez R., *Manual sobre la reforma al Código Civil (Ley 18.802)*, Impresores Ogar, Santiago, 1990, p.20.

²³ Rozas F., *Análisis de la reforma que introdujo la ley 18.802 en relación con la capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal y la salida de los menores fuera del país*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990,p.16.

²⁴ *Ibid.*, p. 26.

²⁵ *Ibid.*, p. 17.

²⁶ *Loc. cit.*, p. 26.

artículo 1735 del C.C. Por último, se agregan limitaciones en cuanto a las garantías que el marido otorgue respecto de las obligaciones contraídas por terceros²⁷.

2. PRINCIPALES CRÍTICAS A LA REFORMA HECHA POR LA LEY 18.802

Las críticas a la ley 18.802 apuntan principalmente a la capacidad que consagra en su artículo 2° respecto a la mujer casada en sociedad conyugal, en relación a la administración ordinaria de la misma, la cual sigue igual. Así se ha planteado:

2.1. INCOMPATIBILIDAD ENTRE LA CAPACIDAD DE LA MUJER Y EL RÉGIMEN DE SOCIEDAD CONYUGAL

De acuerdo a don Luíís Bustamante la *capacidad de la mujer casada es incompatible con el régimen de sociedad conyugal*, lo cual estaría confirmado por el artículo 1754 inciso final²⁸. La mujer pierde la administración de sus bienes propios en el régimen de sociedad conyugal. La justificación estaría en que si la mujer pudiera enajenar o gravar, o dar en arrendamiento o ceder la tenencia de los bienes que debe administrar el marido, cuyos *frutos* deben ser sociales, simplemente se terminaría con la sociedad conyugal²⁹.

Así para don Pablo Rodríguez la única razón que justifica esta circunstancia reside en que el marido, por el hecho del matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal, adquiere un *derecho legal de goce* respecto de todos los bienes de la mujer³⁰.

Profundizar en las consecuencias de la plena capacidad de la mujer *desvirtuaría* el régimen de sociedad conyugal, que se mantiene en carácter legal, transformándolo en uno de separación de bienes o de participación³¹.

La mujer casada en sociedad conyugal ahora es plenamente capaz pero no tiene ninguna facultad de administración y por regla general, no es necesario ni siquiera su *consentimiento*, salvo que el legislador lo establezca como un requisito del acto o contrato³².

2.2. CAPACIDAD FORMAL Y TEORICA

Por la imposibilidad en que se encuentra la mujer de administrar sus bienes propios, se ha señalado que la capacidad de ejercicio que reconoce la ley es nada más que *formal*³³ y *teórica*³⁴, la

²⁷ Se hace presente al lector, que dado a la extensión de la investigación y al objeto de la misma, sólo hemos nombrado las modificaciones que a nuestro juicio son las más importantes.

²⁸ Bustamante L., “Plena capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal. Una reforma legal por hacer”, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 200, 1996, p.159. El autor plantea que a esa conclusión puede llegarse del estudio realizado por Rozas F., *Análisis de la reforma que introdujo la ley 18.802 en relación con la capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal y la salida de los menores fuera del país*, quién fue artífice de la reforma y uno de los juristas mas versados de la época.

²⁹ Rozas F., *Análisis de la reforma que introdujo la ley 18.802 en relación con la capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal y la salida de los menores fuera del país*, *Op. cit.*, p. 57.

³⁰ Rodríguez P., *Regímenes patrimoniales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, p. 124.

³¹ Álvarez R., *Manual sobre la reforma al Código Civil (Ley 18.802)*, *Op. cit.*, p.16.

³² Bustamante L., “Plena capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal. Una reforma legal por hacer”, *Op. cit.*, p. 160.

³³ Tomasello L., *Situación jurídica de la mujer casada*, *Op. cit.*, pp. 158, 159.

³⁴ Domínguez Águila R., “Reforma del Código Civil sobre la situación jurídica de la mujer casada”, *Op. cit.*, p.9

mujer casada en sociedad conyugal sería una *incapaz encubierta*, puesto que el marido conserva la administración del haber propio o personal de la mujer.

En este sentido, se dice que si por capacidad de ejercicio se entiende la facultad que tiene un sujeto de derecho para obligar sus *bienes* por un acto de *voluntad* suyo, sin duda el concepto de capacidad debe considerarse en relación con los bienes *concretos y específicos* que podrán resultar obligados por esa declaración de voluntad. Por ello, una persona no es capaz si tiene bienes en su patrimonio y pudiendo manifestar su voluntad jurídica, que es el caso de la mujer casada en sociedad conyugal, no es apta para obligar esos bienes, mediante esa declaración de voluntad³⁵.

2.3. FALTA DE NOVEDAD Y TRASCENDENCIA DE LA REFORMA

Incluso se ha planteado que la ley 18.802 no habría cambiado en nada la situación de la mujer, ya que el hecho que pueda obligar los bienes que administra en conformidad a los artículos 150, 166 y 167 del C.C., tal como lo señala el artículo 137 inciso 1° del mismo código, no tendría ninguna trascendencia, ninguna novedad, ya que incluso antes de la reforma ya los podía administrar. Con la reforma la mujer no ha pasado a administrar ni sus bienes propios ni ha pasado a tener una injerencia importante en la administración de los bienes sociales³⁶.

Así los actos que antes le eran *prohibidos* a la mujer en razón de su incapacidad, le siguen estando prohibidos ahora que es plenamente capaz. La incapacidad tendría su fuente en la ley 18.802, que a objeto de mantener la sociedad conyugal como régimen legal, la priva de la libre administración de sus bienes³⁷.

2.4. LIMITACIÓN GENERAL

En el Código Civil, las limitaciones a las facultades de administración o de disposición que afectaban a una persona plenamente capaz son siempre *parciales* y se refieren a bienes *determinados*. Sin embargo, a contar de la ley 18.802 una persona plenamente capaz, como la mujer casada en sociedad conyugal, no tiene la libre administración de sus bienes, y esta restricción es *general* y afecta *todo* su patrimonio³⁸. Antes de la ley 18.802 los conceptos de *capacidad y libre administración se identificaban*, sin embargo, ésta ley disoció conceptualmente ambos términos, la mujer ahora es plenamente capaz pero no tiene la administración de sus bienes³⁹.

³⁵ Figueroa G., *El Patrimonio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 382.

³⁶ Ramos R., “Modificaciones introducidas por la ley 18.802 a la capacidad de la mujer casada en el Régimen Matrimonial Chileno”, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 184, 1988, p. 22.

³⁷ Álvarez R., *Manual sobre la reforma al Código Civil (Ley 18.802)*, *Op. cit.*, p.16.

³⁸ Bustamante L., “Plena capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal. Una reforma legal por hacer”, *Op. cit.*, p. 162.

³⁹ Niño E., “Capacidad y Responsabilidad de la mujer casada bajo Régimen de Sociedad Conyugal. Los Bienes Familiares”, en *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 16, 1995, p. 271, 273.

3. ANALISIS DE LAS CRÍTICAS A LA LEY 18.802

Como se dijo anteriormente se afirma que la *plena capacidad de la mujer casada es incompatible con el régimen de sociedad conyugal*, en especial por Luís Bustamante, quién se basa para ello en el estudio realizado por Fernando Rozas⁴⁰.

Sin embargo, del estudio realizado por Fernando Rozas, en ningún caso puede llegarse a tal conclusión. Muy por el contrario, el mismo autor señala que no resulta obstáculo para la plena capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal, las aparentes limitaciones contenidas en el inciso 1º del artículo 1749, en el artículo 1752 y el inciso final del artículo 1754, las cuales son necesarias toda vez que miran el interés de la familia y de los terceros⁴¹.

Al analizar los objetivos de la ley 18.802 vimos como en los creadores de la ley jamás estuvo la idea de que la mantención de la sociedad conyugal como régimen legal podía constituir un obstáculo a la plena capacidad de la mujer.

Consideramos que afirmar que la plena capacidad es incompatible con la mantención del régimen de sociedad conyugal, significaría que el legislador crea una norma a sabiendas de que no produciría ningún efecto. Como decía Ramón Domínguez, quién criticando esta posición señalaba que ésta se basa en el más simple silogismo: la mujer y el hombre son iguales, el régimen de sociedad conyugal impone una desigualdad entre el hombre y la mujer, ya que la administración de sus bienes propios los tiene el marido. Por lo tanto, si se pretende establecer la igualdad es necesario terminar con la sociedad conyugal⁴².

En cuanto a la afirmación de que mantención de la administración de los bienes propios de la mujer en manos del marido significaría la mantención de la incapacidad de la mujer, se podría argumentar que si así fuera, la reforma no produciría efecto alguno, es decir, la mujer casada en sociedad conyugal seguiría siendo incapaz a pesar de que la ley dice expresamente lo contrario, lo cual sería un absurdo. La ley 18.802 establece expresamente que la mujer casada en sociedad conyugal es plenamente capaz e incluso se modifica el artículo 1470 N° 1 del C.C. para que de este modo las obligaciones de la mujer produzcan siempre obligaciones civiles.

Es este sentido para don Pablo Rodríguez la mujer casada en sociedad conyugal a contar de la ley 18.802 es plenamente capaz, sin embargo, tiene algunas *limitaciones* en cuanto a la libre administración de su bienes y en razón del régimen de bienes en el cual se casó⁴³.

Ahora estas limitaciones encontrarían su justificación en el hecho de que la sociedad conyugal se hace dueña tanto de los frutos de los bienes sociales como de los frutos de los bienes propios de cada cónyuge. En este sentido, tal como se dijo anteriormente, dado que la sociedad conyugal tiene estos derechos sobre los frutos, constituye una necesidad que tenga una autoridad

⁴⁰ Bustamante L., "Plena capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal. Una reforma legal por hacer", *Op.cit.*, p. 159.

⁴¹ Rozas F., *Análisis de la reforma que introdujo la ley 18.802 en relación con la capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal y la salida de los menores fuera del país*, *Op. cit.*, p. 17.

⁴² Domínguez Águila R., "Aspectos comparativos del Régimen de Bienes y de la Capacidad de la mujer casada. Derecho Francés y Chileno", *Op. cit.*, p. 97; si bien la idea del autor fue modificada, ya que en ese tiempo se hablaba de la incapacidad de la mujer, sirve para entender aún la posición de los detractores de la sociedad conyugal.

⁴³ Rodríguez P., *Regímenes patrimoniales*, *Op. cit.*, p.141.

que los administre, estimándose que dado a la idiosincrasia y costumbres de los chilenos debía recaer en el marido.

El hecho de haber conservado el artículo 816 y 2466 del C.C. vendría a confirmar que la sociedad conyugal tiene un derecho legal de goce sobre los frutos de los bienes de los cónyuges. Pese a que dichos artículos se refieren el mal llamado “*usufructo del marido sobre los bienes de la mujer*”, debemos entender, como dice don Gonzalo Figueroa, que no es, ni un derecho de “*usufructo*”, ni se ejerce solamente “*sobre los bienes de la mujer*”⁴⁴.

En efecto, no es el marido quién se beneficia con estos derechos, sino el patrimonio social. Por otra parte, el derecho referido no se ejerce sólo sobre los bienes de la mujer, sino que se refiere a los frutos de los bienes propios de ambos cónyuges. Tampoco se trata de una especie de derecho real de usufructo conforme al artículo 764, puesto que el titular no tiene derecho a perseguirlo después que el bien haya abandonado el patrimonio social. Por lo tanto, más que de un derecho de usufructo se trataría de un derecho legal de goce que tiene el patrimonio social sobre los frutos producidos por los bienes propios de cada cónyuge, y, en consecuencia, el modo de adquirirlo sería la ley⁴⁵.

Por lo tanto, la sociedad conyugal tiene un derecho legal de goce sobre los frutos de los bienes propios de cada cónyuge, los cuales junto a los demás bienes sociales pasarían a formar un patrimonio familiar. Así también lo entiende Pablo Rodríguez para quién la única justificación para mantener la administración de los bienes propios de la mujer en manos del marido es el “*propósito del legislador de asegurar que los gastos de la familia común sean sufragados por la sociedad conyugal y que ella disponga de recursos suficientes para enfrentarlos*”⁴⁶.

Por otra parte, también se ha dicho que la mujer *no tendría ninguna facultad de administración y que por regla general no sería ni siquiera necesario su consentimiento*, lo cual a nuestro parecer es del todo falso e injusto, ya que no se ajusta a la realidad y no tiene en cuenta las sucesivas reformas que se han hecho sobre la materia.

Con las distintas reformas que se han realizado sobre la sociedad conyugal se han establecido diversos límites a la administración del marido, los cuales se fundan en la necesidad de reconocer un papel más activo de la mujer en la administración de los bienes comunes, al extremo de que hoy en día no es exagerado afirmar que existe una verdadera *coadministración* entre el marido y la mujer⁴⁷.

Estas modificaciones a la sociedad conyugal han venido a equilibrar los poderes, así más que limitaciones a los poderes de administración del marido, se trataría de verdaderos poderes de intervención de la mujer en la administración de la sociedad conyugal, un cambio en el

⁴⁴ Figueroa G., *El Patrimonio, Op. cit.*, p. 389.

⁴⁵ Figueroa G., *El Patrimonio, Ibid.*, p. 390.

⁴⁶ Rodríguez P., “El régimen patrimonial del matrimonio y el derecho sucesorio”, en *Revista de Derecho Universidad Central*, N° 2, año III, p. 26.

⁴⁷ Rodríguez P., “Los regímenes patrimoniales”, en *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*, N° 3, año III, p. 160.

paradigma o manera de ver el problema. Esta intervención de la mujer es lo que Carmen Domínguez llama “*poderes de administración de la mujer*”⁴⁸ y que abordaremos más adelante.

Por otra parte se dice que la *capacidad de ejercicio que se le reconoce a la mujer casada en sociedad conyugal sería nada más que formal y teórica*. Para objeto del debido análisis de esta crítica es necesario precisar el concepto de capacidad, ya que al parecer se basa en un concepto de capacidad más práctico que formal.

3.1. CONCEPTO DE CAPACIDAD

Tradicionalmente por la doctrina se ha definido a la capacidad como: “*la aptitud legal de una persona para adquirir derechos civiles y poder ejercerlos por sí mismos*”.

Así, se distinguen dos clases de capacidad según el propio concepto: la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio.

La capacidad de *gocce o adquisitiva* es la aptitud legal para adquirir derechos, para ser su titular. Quién carece de ella no puede incorporar él o los derechos a su patrimonio.

La capacidad de *ejercicio* es la aptitud legal de una persona para ejercer personalmente los derechos que le competen⁴⁹.

Por su parte, Claro Solar sostiene que “la capacidad consiste en la aptitud legal de las personas para el goce y el ejercicio de los derechos civiles”⁵⁰.

3.1.1. LA CAPACIDAD DE GOCE

Como se dijo la capacidad de goce es la aptitud para adquirir derechos, para ser su titular. Se dice que la capacidad de goce es un *atributo de la personalidad*, puesto que toda persona por el sólo hecho de ser tal, está investido de ella. La personalidad, sea natural o jurídica, consiste precisamente en ser *sujeto de derecho*⁵¹. Persona es todo ente dotado de capacidad de goce y es un atributo exclusivo y característico de las personas. Por lo mismo, no existen personas desprovistas en absoluto de capacidad de goce, es decir, no existen incapacidades de goce generales⁵².

La mujer por su parte por ser persona goza de capacidad para adquirir derechos, al igual que el hombre, es decir, tiene capacidad de goce, ya que ésta sería un atributo de la personalidad. Esto se debe a que la persona y capacidad de goce se autoimplican, no puede haber persona que no tenga dicha capacidad, pues se incurriría en un contrasentido al afirmar que existe una persona

⁴⁸ Domínguez C., “La situación de la mujer casada en el régimen de patrimonial chileno: mito o realidad”, en *Revista Chilena de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, Vol. 26, Nº 1, 1999, p. 96.

⁴⁹ Alessandri A., *De los contratos*, Editorial Jurídica de Chile, pp. 45, 46; igual definición da don Avelino León, *Voluntad y capacidad en los actos jurídicos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990, pp. 291, 292.

⁵⁰ Claro L., *Explicaciones del derecho civil chileno y comparado*, *Op.cit.*, p. 22.

⁵¹ Alessandri A., *De los contratos*, *Op. cit.*, p. 47.

⁵² Alessandri A., *Tratado de derecho civil; parte preliminar y general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, Tomo I, p. 404.

que no es capaz⁵³. De acuerdo al artículo 55 del C.C. tanto el hombre como la mujer tendrían personalidad y capacidad de goce.

3.2.2. LA CAPACIDAD DE EJERCICIO

La capacidad de ejercicio se define como la aptitud para ejercer derechos, es la aptitud para ejercer derechos por sí mismo o como dice el artículo 1445 inciso 2 del C.C. “*el poder obligarse por sí mismo y sin el ministerio o autorización de otro*”. La ley establece que toda persona es legalmente capaz excepto aquellas que la ley declare incapaz, por lo tanto, la regla general es la capacidad y la incapacidad la excepción.

En cuanto a la incapacidad, esta puede ser *absoluta o relativa*.

Como se sabe antes de la ley 18.802 la mujer casada en sociedad conyugal era relativamente incapaz. Sin embargo, esta ley termina con dicha incapacidad y con la representación legal del marido ya que al ser plenamente capaz no necesita representante legal, además se termina con la potestad marital, se modifica el artículo 1470 N° 1 del C.C. con lo cual la mujer genera obligaciones civiles y no naturales.

También se modifica el artículo 137 C.C. el cual coherente con la incapacidad de la mujer establecía que ésta no podía, sin autorización del marido, celebrar contrato alguno, ni desistir de un contrato anterior, ni remitir una deuda, ni aceptar o repudiar una donación, herencia o legado, ni adquirir, enajenar o gravar, o ejercer los cargos de tutora o curadora, salvo que se tratara de ejercer estos cargos respecto de su marido demente, sordomudo o ausente, o respecto de los hijos comunes.

La mujer casada no podía obligarse cuando la fuente de la obligación era un contrato⁵⁴, lo cual se debía a que no contaba con la capacidad de ejercicio necesaria para contratar.

Fernando Rozas señala que la ley 18.802 termina con la incapacidad de la mujer casada en sociedad conyugal, la cual pasa ahora a ser plenamente capaz. Los actos de la mujer son válidos sin que se requiera autorización del marido ni de la justicia en subsidio. La mujer al contratar obliga su patrimonio reservado y los bienes que administre como separada parcialmente de bienes según los artículos 166, 167, y 1720 inciso final del C.C., en conformidad al artículo 137 inciso primero del mismo código. Así señala este autor, que los terceros que contraten con ella no correrán el riesgo de que se pida la nulidad de los contratos celebrados, pero deberán cerciorarse de que la mujer tenga bienes reservados o separados parcialmente, pues en caso contrario podrían no tener en que hacer efectivos sus créditos. Es lo mismo que cuando se contrata con personas que carecen de bienes⁵⁵.

⁵³ Corral H., “Mujer e igualdad jurídica”, en *Temas de Derecho Universidad Gabriela Mistral*, Vol. IX, N° 2, 1994, p. 79.

⁵⁴ Figueroa G., *El Patrimonio*, *Op.cit.*, p. 431; como dice este autor cuando se trataba de un cuasicontrato, de un delito o de un cuasidelito, o de una obligación emanada de la ley, la mujer no necesitaba autorización marital para obligarse.

⁵⁵ Rozas F., *Análisis de la reforma que introdujo la ley 18.802 en relación con la capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal y la salida de los menores fuera del país*, *Op. cit.*, p. 25.

Sin embargo, el hecho que la mujer de acuerdo al artículo 1749 inciso final del C.C. no pueda administrar libremente sus bienes a significado que la capacidad que le declara la ley sea tachada de formal y teórica, sin contenido. Al parecer estas posiciones tienen en vista un aspecto más práctico que teórico.

Así don Gonzalo Figueroa señala que si se entiende por “*capacidad de ejercicio*” la facultad que tiene un sujeto de derecho para obligar sus bienes por un acto voluntario suyo, esto es, para manifestar voluntad vinculante, el concepto de “*capacidad*” no puede considerarse dentro de un *limbo abstracto*, sino precisamente en relación a los bienes concretos y específicos que podrían resultar obligados por medio de esa declaración de voluntad. Una persona *no es capaz* si –teniendo bienes en su patrimonio y pudiendo manifestar su voluntad jurídica- no es apta para obligar esos bienes con esa manifestación de voluntad⁵⁶.

Así, por lo tanto, desde este punto de vista, de la óptica de un concepto de capacidad de ejercicio que se relaciona directamente con los bienes que podrían resultar obligados, la mujer casada en sociedad conyugal, a pesar de que la ley expresamente consagra su capacidad, en realidad seguiría siendo *incapaz* ya que no puede disponer de sus bienes, de los bienes que tiene en su patrimonio a pesar de que cuenta con la facultad para manifestar su voluntad.

Sin embargo, si consideramos como verdadero que una persona no es capaz si teniendo bienes en su patrimonio y pudiendo manifestar su voluntad jurídica no puede obligar esos bienes con esa declaración de voluntad, ya que la capacidad debe considerarse en relación a los bienes concretos, ¿en que situación quedaría aquella persona que no lo afecta ninguna incapacidad y que es propietario de un bien raíz y dicho bien raíz se encuentra afectado por una prohibición de enajenar? Tendríamos que considerarlo incapaz?. O piénsese en otro ejemplo en que una persona que puede manifestar su voluntad jurídica y teniendo bienes en su patrimonio, no los puede obligar por esa manifestación de voluntad.

Cuando la ley establece las incapacidades atiende a otros criterios como por ejemplo: la edad, el discernimiento etc. En este sentido, las incapacidades son una medida de protección para estas personas. Puede que esas personas tengan o no bienes en su patrimonio. El hecho que una persona no pueda disponer libremente de sus bienes no significa necesariamente que sea incapaz de ejercicio, puesto que el legislador una incapacidad evalúa la necesidad de protección de dicha persona.

La mujer casada en sociedad conyugal conforme a la ley 18.802 tiene plena capacidad, sin embargo con algunos límites, como dice Pablo Rodríguez “*en cuanto a la libre administración*”. Pero estos límites no dicen relación con su capacidad, es decir, no se establecen en razón de que la mujer no pueda manifestar libremente su voluntad, sino por el régimen de bienes en el cual se casa.

Como vimos anteriormente, para los creadores de la ley no era obstáculo para la plena capacidad de la mujer el hecho que se establecieran estos límites en cuanto a la administración de

⁵⁶ Figueroa G., *El Patrimonio, Op. cit.*, p. 382.

sus bienes propios, es decir, el que sus bienes estén administrados por el marido no afectaba la capacidad de ejercicio que consagraba la ley 18.802. Al parecer para el legislador la mujer casada en sociedad conyugal a partir de la vigencia de esta ley sí tendría plena capacidad y libre administración de sus bienes, aunque esta última con algunas limitaciones, las cuales en su época estaban justificadas.

Como decía un autor “los actos que la mujer realice o celebre con ocasión de la capacidad que la ley le reconoce, sólo obligan los bienes de su patrimonio reservado y los que administra separadamente del marido. Carece de facultades para obligar los bienes sociales, los del marido y los de ella misma que administra el marido. Pero esto es, *entiéndase bien*, una carencia de facultades como la de cualquier socio que *no administra*. No de capacidad”⁵⁷.

También se ha planteado que la reforma no tendría ninguna novedad, *que no habría cambiado en nada la situación de la mujer*, ya que los bienes que en conformidad a los artículos 150, 166 y 167 del C.C puede obligar antes de la reforma también podía hacerlo.

Si bien es cierto que la mujer casada en sociedad conyugal antes de la reforma podía administrar estos bienes, no debe olvidarse que el marido ejercía la potestad marital sobre los bienes y la persona de la mujer, sin que la ley hiciera distinciones. La novedad se encuentra en que el legislador reúne dichos bienes en el artículo 137 del C.C., tratando de establecer un verdadero patrimonio de la mujer, dónde puede ejercer con plena libertad la capacidad que la ley le reconoce.

Además hay que tener presente que con la reforma de la ley 18.802 se establecen nuevos límites a la administración ordinaria del marido, con lo cual existe una verdadera *coadministración* entre el marido y la mujer, en virtud de lo cual la calidad que los artículos 1749 y 1750 del C.C. le atribuyen al marido, al considerarlo *jefe* de de la sociedad conyugal y *dueño* de los bienes sociales respecto de terceros, no pasa de ser una mera declaración de principios con escasa aplicación en su beneficio y muy gravitante en su responsabilidad⁵⁸.

En cuanto a que la mujer es plenamente capaz, pero no tiene la administración de sus bienes y que se trataría de una limitación *general* y que afectaría todo su *patrimonio*, merece algunos reparos.

La mujer casada en sociedad conyugal, si bien es cierto que tiene limitaciones en cuanto a la administración de sus bienes, no son más que eso, limitaciones. Si fuese *general*, la mujer no podría relajar ningún acto sobre dichos bienes, y como se sabe la mujer puede perfectamente celebrar cualquier acto sobre dichos bienes, sólo que necesitará de la autorización del marido, no porque sea incapaz o porque éste sea su representante legal, sino porque el marido es quien administra dichos bienes atendido el derecho legal de goce que tiene la sociedad sobre los mismos.

⁵⁷ Rivas R., “Ley 18.802 y su inspiración”, *Op. cit.*, p. 13; obviamente debe entenderse la explicación como una analogía, una forma de explicar el problema, ya que como sabemos la sociedad conyugal, aunque se llame sociedad dista mucho de ser una.

⁵⁸ Frigerio C., *Regímenes matrimoniales*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1995, p. 181.

Lo anterior se puede apreciar mejor si se piensa en la sanción en caso de que la mujer la mujer realice un acto que indica el artículo 1754 inciso final, sobre los bienes de su propiedad y que administre el marido. Si bien algunos sostienen que la sanción sería la nulidad absoluta en relación a que se trataría de una norma prohibitiva⁵⁹, la sanción más razonable y coherente es la nulidad relativa⁶⁰.

Los argumentos que se han dado para sancionar dicho acto con la nulidad relativa son:

- a) Porque la ley en el artículo 1757 del C.C. lo dice expresamente, la ley no distingue si es el marido quién dispone sin autorización de la mujer o la mujer sin autorización del marido.
- b) Porque no resulta coherente y armónico que si el marido celebra en contrato sin autorización de la mujer, la sanción sea la nulidad relativa, y en caso de que la mujer disponga de un bien propio, siendo capaz, sin intervención del marido, la sanción sea la nulidad absoluta.
- c) Porque el acto se ha celebrado con ausencia de una formalidad que la ley prescribe en *atención a la calidad o estado de las partes* (el marido como administrador de la sociedad conyugal y no como representante de la mujer, ya que ésta es capaz), y este requisito se encuentra sancionado en el artículo 1682 con nulidad relativa.
- d) Es preferible esta conclusión, por la posibilidad de ratificar el acto.

Por otra parte, la mujer puede administrar y disponer con plena libertad de su patrimonio reservado, a pesar de que en estricto rigor se trata de bienes sociales, ya que han sido adquiridos a título oneroso durante la sociedad conyugal, y su administración se desplaza del marido a la mujer⁶¹. El patrimonio reservado, en la actualidad es lo de mayor ocurrencia, ya que cada vez más la mujer se va incorporando a la vida productiva, la cual antes era dominada sólo por los hombres, la mujer trabaja en forma independiente del marido, hay mayor cantidad de mujeres profesionales.

Por lo anterior, tampoco podría decirse que las limitaciones que establece la ley en cuanto a la administración de sus bienes afecten a *todo* su patrimonio, ya que los bienes que establece el artículo 137 inciso 1º pertenecen a su patrimonio.

También se ha planteado que la ley 18.802 habría *disociado los conceptos de capacidad y libre administración*, ya que ahora una persona plenamente capaz no tendría la administración de sus bienes. Sin embargo, no creemos que esta sea una regla absoluta, ya que no se refiere a todos los bienes de la mujer, sino sólo a aquellos que son administrados por el marido, lo cual sería un límite a la libre administración de la mujer, que atendido al régimen en el cual se casa era

⁵⁹ Rozas F., *Análisis de la reforma que introdujo la ley 18.802 en relación con la capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal y la salida de los menores fuera del país*, *Op. cit.*, p. 58; en el mismo sentido Urbano E., “Elementos de reflexión acerca de la interpretación de los artículos 1749 y 1754 del Código Civil, en relación a la sanción en caso de infracción”, en *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*, N° 4, año IV, 2000, p. 87; Bustamante L., “Plena capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal. Una reforma legal por hacer”, *Op. cit.*, p. 161.

⁶⁰ Rodríguez P., Preguntas a los expositores, en *Revista de Derecho Universidad Central*, N° 2, año III, p. 65; en el mismo sentido Ramos R., “Algunos problemas creados por la ley 18.802”, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 188, año LVIII, p. 13.

⁶¹ Rodríguez P., “Los regímenes patrimoniales”, en *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*, *Op. cit.*, p. 162.

perfectamente justificable. La mujer casada en sociedad conyugal es capaz y tiene la administración de sus bienes con algunas excepciones.

Esta era al parecer la posición de los autores de la ley 18.802 al modificar el artículo 137, derogar el inciso 4° de artículo 1225 y el artículo 146 del C.C. El primero de dichos artículos establecía entre los actos que no podía realizar la mujer sin autorización de marido la aceptación y la repudiación de una donación, herencia o legado. El inciso 4° del artículo 1225 señalaba que la mujer casada, sin embargo, podrá aceptar o repudiar con autorización judicial, en defecto de la del marido, conformándose a lo prevenido en el inciso final del artículo 146. Y según este último artículo, si el juez autorizaba a la mujer para aceptar una herencia, debía ella aceptarla con beneficio de inventario; y sin éste requisito obligaba sus propios bienes a las resultas de la aceptación.

La ley 18.802 derogó estos preceptos, sin embargo, dejó subsistente el resto del artículo 1225 y en especial su inciso 2°, el cual establece que las personas que no tuvieren la libre administración de sus bienes, las cuales no podrán aceptar o repudiar, sino por medio o con el consentimiento de sus representantes legales.

De acuerdo a lo anterior si la mujer no tuviera la libre administración de sus bienes debería estar sujeta al inciso 2° del artículo 1225 del C.C., sin embargo, como ya se dijo la ley 18.802 derogó el inciso 4° el cual se refería expresamente a la mujer casada, con lo cual esa disposición no se le aplica, y no se le aplica a la mujer casada en sociedad conyugal no sólo porque es plenamente capaz y porque ya no tiene representante legal, sino también porque el legislador entendió que sí tiene la administración de sus bienes, con algunos límites en cuanto a aquellos bienes que administra el marido, pero que en todo caso no afectan a todos sus bienes, sino sólo algunos e incluso puede que en algunos casos ni siquiera suceda.

Por lo tanto, y a modo de conclusión, podemos decir que a contar de la ley 18.802 la mujer casada en sociedad conyugal es plenamente capaz puede celebrar toda clase de actos jurídicos, obligando su patrimonio reservado y los bienes que administre separada parcialmente del marido en conformidad al artículo 137 inciso 2, genera obligaciones de carácter civil, puede administrar libremente sus bienes con la excepción de aquellos que administra el marido, lo cual sin embargo, no es obstáculo para su plena capacidad ya que el marido no los administra en razón de la incapacidad de la mujer sino por ser el administrador de la sociedad conyugal, la cual tiene un derecho legal de goce sobre los bienes de ambos cónyuges.

Es cierto que en la actualidad esto puede parecer injusto para la mujer, pero no se puede analizar las épocas pasadas con criterios vigentes en nuestra cultura, hay que cuidarse de caer en el anacronismo⁶². La solución dada por el legislador de 1989 es lo que en esa época y atendido el momento histórico y sociológico de Chile se entendía como más justo y equitativo para la mujer, de acuerdo a la idiosincrasia y cultura de los chilenos.

⁶² Corral H., "Mujer e igualdad jurídica", *Op. cit.*, p. 78.

TERECER CAPÍTULO

LA IGUALDAD ANTE LA LEY Y LA CAPACIDAD DE LA MUJER CASADA EN SOCIEDAD CONYUGAL

El tratamiento legal que se hace de la mujer casada en sociedad conyugal en cuanto a sus bienes a significado que sea criticado por ser un tratamiento discriminatorio, vulnerando el derecho de igualdad ante la ley consagrado por la Constitución Política de la República en su artículo 19 N° 2. Así Claudia Schmidt señala *“la gestión de los bienes propios, tanto del marido como de la mujer, tratándose de la administración ordinaria, corresponde al marido, y es respecto de los de la mujer donde se produce una odiosa discriminación en su contra, que transforma la normativa legal (artículo 1754 del Código Civil) en inconstitucional”*⁶³.

Para esta autora el hecho que el artículo 1754 inciso final no permita a la mujer enajenar, 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 artículo 138 y 138 bis significaría un atentado contra la igualdad ante la ley. Por ello señala que *“esta norma atenta contra el principio de igualdad ante la ley consagrada en la Carta Fundamental (artículo 19 N° 2) y en los Tratados Internacionales sobre derechos humanos de rango constitucional, en conformidad a lo prescrito por el artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política de la República de 1980, después de la reforma de 1989, y muy especialmente atenta contra lo dispuesto en el artículo 15 N° 2 de la convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”*⁶⁴.

La norma aludida de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer establece expresamente: *“Los Estados Partes reconocerán a la mujer en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. En particular le reconocerán iguales derechos para firmar contratos y administrar derechos...”*

Además se señala que no sólo el artículo 1754 inciso final sería inconstitucional sino también el artículo 137 del C.C., ya que si bien la mujer en virtud de la ley 18.802 es plenamente capaz, esta capacidad sería sólo nominal, ya que mantuvo la potestad marital en lo relativo a lo patrimonial. Por lo tanto, si bien la mujer puede celebrar toda clase de actos y contratos solo obliga a su patrimonio reservado y a los bienes a que se refieren los artículos 166 y 167 del C.C., los cuales en la práctica no existen⁶⁵.

Por la importancia del razonamiento anterior creemos que es necesario tener presente que se entiende por igualdad ante la ley.

⁶³ Schmidt C., “Los sistemas económicos del matrimonio”, en *Revista de Derecho de Universidad Finis Terrae*, año II, N° 3, 1999, p. 182.

⁶⁴ *Loc. cit.*, p. 182; igual opinión tiene Ramos R., *Derecho de Familia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, Tomo I, p. 219.

⁶⁵ Schmidt C., “Los sistemas económicos del matrimonio”, *Op.cit.*, p. 183.

1. EL DERECHO DE IGUALDAD ANTE LA LEY

Como se sabe la Constitución Política de la República⁶⁶ consagra expresamente la igualdad ante la ley en los siguientes términos:

“Artículo 19. La constitución asegura a todas las personas:

2° La igualdad ante la ley. En Chile no hay personas ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

Se trata de una igualdad jurídica que impide que se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias⁶⁷. Es decir, la igualdad consiste en que toda persona tenga los mismos derechos, que exista una misma ley para todos, que todas las personas sean tratadas igual por la ley.

Sin embargo, como se sabe todas las personas no son iguales, los seres humanos tienen diferencias. Es por ello, que si la ley tratara a todas las personas como iguales sería injusto, la igualdad no es absoluta, es decir, debe tratarse iguales a aquellos que son iguales pero diferentes a aquellos que no son iguales o que no están en las mismas condiciones.

De esta manera, se reconoce en el precepto constitucional que son partes sustancial del principio de igualdad ante la ley tanto las *diferencias* como las *equiparaciones* que trace el legislador, pero jamás incurriendo en *discriminaciones*, o sea, en *distinciones o nivelaciones arbitrarias*. Por lo tanto, no basta, que el enunciado de la ley sea *abstracto en los hechos y general en punto a los destinatarios* para que ella se encuadre en el principio de *Isonomía*⁶⁸.

La igualdad ante la ley que consagra la CPR es una igualdad que consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y que no deben imponerse obligaciones a unos que impliquen beneficios para otras personas o que signifiquen cargas para otros que están en la misma condición o circunstancia. No se trata en ningún caso de una igualdad absoluta o ciega, sino de aplicarse la ley en cada caso de acuerdo a las deferencias específicas⁶⁹.

La ley por lo tanto no debe tratar iguales a las personas cuando estas no son iguales, sino diferente, haciendo distinciones en aquellos casos que sean justificados y siempre que la diferencia o distinción que se haga no sea arbitraria.

2. DIFERENCIAS ARBITRARIAS

La CPR en su artículo 19 N° 2 inciso 2° establece que: “*ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias*”, con lo cual se plasmado que es posible establecer diferencias siempre que ellas no sean arbitrarias. Sin embargo, surge la interrogante: ¿Qué se entiende por diferencias arbitrarias?

⁶⁶ En adelante CPR.

⁶⁷ Verdugo M., Pfeffer E., Nogueira H., *Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, Tomo I, p. 208.

⁶⁸ Cea J., *El sistema constitucional chileno*, Publicaciones de la Universidad Austral de Chile, Santiago, 1999, p. 125.

⁶⁹ Verdugo M., Pfeffer E., Nogueira H., *Derecho Constitucional, Op. cit.*, p. 208.

Se entiende por diferencias arbitrarias aquellas que no se funden en la *razón*, aquellas diferencias que no tengan un fundamento *justo*, que se basen en el mero capricho, sin fundamento racional.

Lo que requiere la carta fundamental es la igualdad sustantivamente justa, es decir, la que admite diferencias, pero sólo cuando se hallan fundadas en consideraciones razonables, plausibles, proporcionadas, juiciosas, lógicas, sensatas u otras ideas sustentadas en valores análogos⁷⁰.

Tales valores son criterios de *justicia* que permiten establecer, caso por caso, en qué rasgos dos personas, actividades, situaciones, circunstancias, procedimientos o cosas deben ser iguales, para que sea justa la isonomía entre ellas; y en cuáles de esas hipótesis deben ser desigualmente tratadas, para que también resulte justa la diferencia normativamente trazada entre ellas. En ese contexto se comprende bien la fórmula aristotélica, con sujeción a la cual el Derecho debe tratar igual a las personas y situaciones en las que son iguales, y desigualmente, en las que ellas son distintas⁷¹.

En este sentido, la igualdad ante la ley asegurada por nuestra constitución no consiste en una igualdad absoluta, en que a todas las personas se las deben tratar idénticamente, sino que además el constituyente incorporó una igualdad sustantiva o material, en virtud de la cual es posible establecer diferencias o crear estatutos jurídicos diferentes siempre y cuando dicha distinción sea justificada, y esa justificación sea razonable.

Por lo tanto, para saber si el artículo 1754 inciso final de C.C. que impide a la mujer casada en sociedad conyugal disponer libremente de sus bienes es inconstitucional por vulnerar el artículo 19 N° 2 de la CPR, hay que determinar si la diferencia establecida por el legislador entre el hombre y la mujer es arbitraria o no, ya que marido si puede disponer libremente de sus bienes y no requiere autorización de la mujer a menos que se trate de bienes sociales y no propios de él.

3. CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 1754 DEL CÓDIGO CIVIL

Como dijimos anteriormente en virtud del artículo 1749: “*el marido es el jefe de la sociedad conyugal y como tal tiene la administración de la sociedad conyugal y también de los bienes propios de la mujer*”; el artículo 1750 señala que: “*el marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos y, sus bienes propios formasen un solo patrimonio*”. Por su parte, el artículo 1752 expresa que: “*la mujer por sí sola no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales durante la sociedad*”; y finalmente, el artículo 1754 inciso final señala 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, sino en los casos de los artículos 138 y 138 bis*”.

⁷⁰ Cea J., *El sistema constitucional chileno*, Op. cit., p. 126.

⁷¹ Bobbio N., *Igualdad y libertad*, Editorial Paidós Ibérica, Barcelona, 1993, p. 62; Sartori G., *Elementos de la teoría política*, Alianza Universidad Textos, Madrid, 1992, p. 82; citados por Cea J., *El sistema constitucional Chileno*, *Ibid.*, p. 127.

Lo primero que suena extraño de la crítica sobre la constitucionalidad del artículo 1754 del C.C., es que no se plantee la inconstitucionalidad del artículo 1749 del mismo código, en virtud del cual el marido es quién administra los bienes propios de la mujer. Lo cual al parecer se debe a que no se considera injusto que sea el marido quien administre los bienes sociales y los propios de la mujer sino, que la mujer casada en sociedad conyugal no pueda disponer libremente de sus bienes propios que administra el marido como lo establece el artículo 1754 inciso final. En cambio el hombre si pueda disponer de sus bienes propios libremente sin requerir autorización de su cónyuge. Es decir, que la mujer sí tenga límites a la libre administración de sus bienes y el marido no.

Por lo tanto, la tarea es determinar si puede considerarse arbitraria la diferencia que hace el legislador en cuanto a que la mujer no pueda disponer libremente de los bienes de su propiedad que administra el marido, y en cambio, el hombre no tenga ningún límite; es decir, si tiene justificación, y por supuesto razonable, el hecho que el marido pueda disponer de sus bienes propios sin requerir autorización de su cónyuge, y en cambio, ésta no pueda hacerlo sin autorización de su marido. Puesto que de lo contrario tendríamos que llegar a la conclusión que efectivamente dicha distinción es arbitraria, sin justificación razonable, y por lo tanto, inconstitucional.

Para dar respuesta a la interrogante planteada creemos que es necesario analizar la sociedad conyugal en su conjunto y no sólo las normas que se refieren a la administración ordinaria de la misma, puesto que ello nos permitirá entender la razón del legislador para establecer semejante distinción.

Así desde este punto de vista en la sociedad conyugal existe una administración *unitaria* a manos del marido tanto de los bienes sociales como de los propios de la mujer, teniendo la sociedad un derecho *legal de goce* sobre los bienes propios de cada cónyuge. Ahora si bien es cierto que la mujer se ve limitada en cuanto a la libre administración de aquellos bienes suyos que administra el marido, hay que recordar que la mujer casada en sociedad conyugal puede administrar libremente sin requerir autorización alguna de los bienes que conforman su patrimonio reservado, que en estricto rigor son bienes sociales ya que son adquiridos a título oneroso durante la vigencia de la sociedad conyugal y que, por lo tanto, debieran estar administrados por el marido.

Por el contrario, el marido si bien puede disponer libremente de sus bienes propios no cuenta con un patrimonio reservado como el de la mujer, por ello se dice que son privativos de la mujer⁷². Por lo demás, esta institución de los bienes reservados de la mujer opera de *pleno derecho* por la sola circunstancia de que los cónyuges se casen en régimen de sociedad conyugal y de que la mujer tenga un trabajo separado del marido. Por último, es una institución de orden

⁷² Ramos R., *Derecho de familia*, Tomo I, *Op. cit.*, p. 276.

público en virtud del artículo 150 inciso 2° el cual establece: “*no obstante cualquier estipulación en contrario*”⁷³.

Por otra parte, la mujer casada en sociedad conyugal cuenta con una serie de beneficios o ventajas que tampoco cuenta el marido que hacen que régimen de sociedad conyugal se vea incluso, mas beneficioso para la mujer que para el marido, entre los cuales tenemos por ejemplo⁷⁴:

- Derecho a pedir la *separación judicial de bienes*, la cual sólo puede demandarla la mujer, por las causales específicamente establecidas por la ley y que veremos más adelante. Es un derecho que la ley contempla específicamente en su favor para defenderla de la administración del marido⁷⁵. Por lo demás, en conformidad al artículo 153 del C.C. es una facultad de la mujer irrenunciable e imprescriptible.
- El *beneficio de emolumento* que le permite responder de las deudas sociales hasta la concurrencia de su mitad de gananciales en conformidad al artículo 1777 del C.C.
- El derecho a *retirar* en la liquidación, antes que el marido, sus bienes propios, los precios, saldos o recompensas, e incluso no siendo suficientes los bienes de la sociedad, podrá hacer las deducciones que le correspondan sobre los bienes de su marido, elegidos de común acuerdo o en caso contrario eligiendo el juez, en conformidad al artículo 1773 del C.C.
- El derecho que tiene la mujer a *renunciar a los gananciales*, con lo cual no responde en absoluto de las deudas sociales, y conserva exclusivamente su patrimonio reservado, y los que administra en conformidad a los artículos 166 y 167 del C.C. Esto tiene gran relevancia ya que en una sociedad conyugal no sólo hay bienes, sino también obligaciones a las que hay que hacer frente.

De esta manera, tomando en cuenta los derechos que la mujer tiene en el régimen de la sociedad conyugal, podemos apreciar cómo la mujer tiene en realidad un conjunto de poderes, que hacen más bien un sistema de pesos y contra pesos.

Así siguiendo la clasificación de Carmen Domínguez⁷⁶, tenemos que la mujer tiene distintos poderes:

4. PODERES DE LA MUJER CASADA EN SOCIEDAD CONYUGAL

4.1. PODERES PROPIOS DE LA MUJER

Constituidos por el artículo 137 del C.C. que en virtud del cual la mujer tiene la facultad de hacer compras al fiado de objetos muebles, 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, hasta el monto del beneficio que le reporte el acto.

⁷³ *Ibid.*, p. 177.

⁷⁴ Estos beneficios son enumerados a modo ejemplar.

⁷⁵ Ramos R., *Derecho de familia*, Tomo I, *Op. cit.*, p. 320.

⁷⁶ Domínguez C., “La situación de la mujer casada en sociedad conyugal: mito o realidad”, *Op. cit.*, p. 94.

Sin embargo, los poderes mas relevantes de la mujer se encuentran, como se planteó anteriormente en el artículo 150 que establece el patrimonio reservado de la mujer, que teniendo presente la realidad actual en que la mujer cada vez mas asume tareas productivas, está teniendo mayor aplicación práctica.

4.2. PODERES DE COADMINISTRACIÓN

Estos están constituidos por las distintas limitaciones que se han introducido a las facultades de administración del marido, los cuales en verdad son verdaderos poderes de intervención en la administración de la sociedad conyugal.

Así el marido no puede disponer por sí solo de los bienes sociales, sino que requerirá de la autorización de la mujer en conformidad al artículo 1749 del C.C., se trata de una actuación de la mujer que le permite al marido la enajenación⁷⁷. De esta manera, el marido para poder enajenar un bien raíz social requerirá consultar a su mujer. Tampoco podrá el marido, dar en arrendamiento o ceder la tenencia de bienes raíces sociales por mas de 5 años si son urbanos u 8 si son rústicos, incluyendo las prórrogas que el marido pudiere pactar, de suerte que el poder de coadministración de la mujer es amplio ya que la cesión de la tenencia es un concepto amplio⁷⁸.

La facultad de coadministración de la mujer se extiende al los contratos de promesa de enajenación o gravamen de bienes raíces, y también para los actos de garantía respecto de obligaciones contraídas por terceros y que el marido quisiera garantizar en virtud del artículo 1749 inciso 5° del C.C.

En cambio la mujer no requiere autorización alguna para realizar cualquiera de esos actos sobre los bienes que haya adquirido en conformidad al artículo 150 del C.C., los cuales perfectamente pueden ser bienes raíces.

4.3. PODERES SANCIONATORIOS

Estos están representados por las causales que le permite a la mujer demandar la separación judicial de bienes, en especial después de la reforma de la ley 18.802, que son los poderes más *drásticos* con que cuenta la mujer para sancionar los excesos del marido en la administración de la sociedad conyugal⁷⁹.

Si bien el legislador le entrega al marido la administración tanto de los bienes sociales como de los propios de la mujer, la ley le entrega a la mujer mecanismos necesarios para controlar la debida administración de esos bienes e incluso el cumplimiento de los fines para los cuales se le entrega la administración de los bienes al marido.

Veamos ahora las causales que le permiten a la mujer demandar la separación judicial de bienes y que serían un límite a la administración del marido:

⁷⁷ *Ibid.*, p. 96.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 98.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 99.

- Tenemos que la mujer puede demandar la separación judicial de bienes por una *administración fraudulenta y aún descuidada o simplemente errónea, que conduzcan a una insolvencia* en conformidad al artículo 155 primero y final. De esta manera, aun cuando la ley declare al marido jefe de la sociedad conyugal y lo considere frente a terceros dueño de los bienes sociales, en la práctica dista mucho de una persona que actúa como dueño de los bienes. Por ello la administración que realiza el marido se parece mas bien a una administración que realiza un responsable gerente de una empresa en que existen intereses ajenos, en la medida que su fraude puede ser sancionado⁸⁰.

Por otra parte es importante precisar que para que nos encontremos ante una *administración fraudulenta* debe tratarse de bienes propios del marido, de la sociedad conyugal o de la mujer, y en todo caso para perjudicar los intereses de su mujer⁸¹.

- También se sancionan las *especulaciones aventureras* que conducen a un *mal estado de los negocios del marido* en conformidad al artículo 155 inciso final. Es interesante destacar que la ley no sólo espera que se produzca el mal estado de los negocios, sino que se anticipa al resultado fatal señalando “*o hay riesgo inminente de ello*”.

Pero además a la ley le basta que el mal estado de los negocios se produzca en los bienes del marido, para que la mujer pueda demandar la separación judicial por esta causal.

- Por otra parte la ley le entrega la administración de los bienes al marido pero para cumplir con una finalidad específica que es proporcionar a la familia lo necesario para sus necesidades, sin embargo, si el marido no cumple con esta finalidad la mujer puede demandar la separación judicial de los bienes según se puede desprender de los artículo 155 inciso 2º y el artículo 134 del C.C. Así el artículo 134 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 entre ellos medie*”. Como las necesidades de la familia común deben entenderse en un sentido amplio, relacionándolas con las facultades económicas o fuerzas del patrimonio común, el poder sancionatorio de la mujer resulta extenso⁸².
- En caso que el marido incurra en alguna *causal de separación judicial*, según los términos de la ley de matrimonio civil. Este caso está establecido en el artículo 155, inciso 2º del C.C. según el texto establecido por la ley 19.947. Las causales de separación judicial según los artículos 26 y 27 de la nueva Ley de Matrimonio Civil son: violación grave a los deberes y obligaciones que impone el matrimonio o de los deberes y obligaciones para con los hijos que haga intolerable la vida en común; y el cese de la convivencia⁸³.
Teniendo en cuenta que la ley establece un patrimonio común que debe ser administrado

⁸⁰ *Loc. cit.*, p. 99.

⁸¹ Ramos R., *Derecho de familia*, Tomo I, *Op. cit.*, p. 324.

⁸² Domínguez C., “La situación de la mujer casada en sociedad conyugal: mito o realidad”, *Op. cit.*, p. 100.

⁸³ Ramos R., *Derecho de familia*, Tomo I, *Op. cit.*, p. 326.

por el marido para logra la finalidad de satisfacer la necesidades de la familia y la subsistencia de la misma.

- En el caso del artículo 155 inciso 3° del C.C., cuando exista una ausencia injustificada del marido por más de un año. Es evidente que en este caso se sanciona al marido ya que la familia no puede estar a la deriva de un administrador que no cumple con la tarea encomendada por la ley.
- La ley 19.335 al modificar el artículo 155 inciso 3° 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.

4.4. PODERES RESPECTO DE LOS BIENES PROPIOS

Estos poderes se refieren a aquellos que recaen sobre los bienes propios de la mujer y que administra el marido en conformidad al artículo 1749 del C.C. y que implican el establecimiento de las limitaciones a la libre administración de los bienes de la mujer en conformidad al artículo 1754. Como dice Carmen Domínguez *“estas normas se refieren a casos cada vez más excepcionales, puesto que las hipótesis de bienes propios de la mujer no son de común ocurrencia. En la gran mayoría de los matrimonios chilenos los cónyuges contraen matrimonio sin tener bienes, los que adquieren solo durante él, bajo el estatuto de los bienes sociales y por otra parte, las herencias son un número reducido de casos en Chile”*⁸⁴.

El marido si bien tiene la administración de los bienes propios de la mujer no significa que pueda disponer libremente de ellos. Por el contrario, la mujer es la dueña de dichos bienes y como tal autoriza los actos que realice el marido como administrador de la sociedad conyugal. En el fondo las limitaciones que a las que hace alusión el artículo 1749 del C.C., determinan la necesaria intervención de la mujer en la decisión que haya de tomarse para los actos esenciales de disposición y gravamen de su bienes propios, de manera que si ella utiliza adecuadamente sus poderes, la intervención del marido se limitará a una *actuación formal* en el acto dispositivo⁸⁵.

Por otra parte resulta importante señalar que atendida la reforma de ley 19.335 que incorpora el artículo 138 *bis* la iniciativa y la decisión a cerca de la disposición de los bienes propios de la mujer queda entregada a ella, ya que si el marido se niega, puede acceder a la autorización judicial en subsidio y aún en casos de actos de mera administración ya que el artículo 138 *bis* del C.C. no distingue y trátase de bienes muebles o raíces ya que la ley no distingue en cuanto a la naturaleza del bien.

Como puede observarse si bien la mujer casada en sociedad conyugal tiene ciertos límites a la libre administración de sus bienes, esta no es tan radical o absoluta como se muestra. Por el

⁸⁴ Domínguez C., “La situación de la mujer casada en sociedad conyugal: mito o realidad”, *Op. cit.*, p. 101. Se hace presente que si bien la autora afirma que las herencias son un número reducido en Chile, no existen aún ningún estudio que avale dicha afirmación. Sin embargo, si pensamos en la desigual distribución de la riqueza en Chile, podemos deducir que al menos un gran número de mujeres en Chile no reciben grandes herencias. Por lo tanto, las hipótesis de bienes propios obtenidos a título gratuito son también escasos, especialmente bienes raíces.

⁸⁵ *Loc. cit.*, p. 101.

contrario, la mujer tiene una serie de ventajas que compensan los límites que se le imponen. Por otra parte, la mujer no se encuentra en una situación de indefensión o subordinación frente al marido ya que cuenta con poderes que hacen que la administración del marido tanto de los bienes sociales como de los propios de su mujer esté fuertemente limitada, pudiendo incluso sancionar drásticamente la mala administración que haga de dichos bienes.

5. CONCLUSIÓN A CERCA DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 1754

De esta manera y dando respuesta a la interrogante sobre la inconstitucionalidad del artículo 1754 del C.C., es decir, si la diferencia que hace el legislador entre el hombre y la mujer en cuanto a la administración de sus bienes propios, constituye una discriminación arbitraria en contra de la mujer, nos inclinamos por la negativa.

El legislador al momento de regular la sociedad conyugal quiso establecer una administración de carácter unitaria, para de esta forma resguardar los intereses de la familia y la seguridad de los terceros. Así debía *optar* entre el marido o la mujer para entregarle la administración de los bienes sociales y también la administración de los bienes propios de aquél cónyuge que quedara sin la administración de los bienes de la sociedad, toda vez que la sociedad tiene un derecho legal de goce sobre los bienes propios de cada cónyuge, haciéndose dueña de los frutos de dichos bienes sin los cuales no existiría sociedad conyugal.

Por ello el legislador decidió optar por dejar al marido como administrador de la sociedad conyugal y de los bienes propios de la mujer, que es el cónyuge que no tiene la administración de la misma. Pero esta decisión en ningún caso es arbitraria o carece de fundamento, por el contrario, la justificación para optar por dejar a la mujer sin la administración de sus bienes se basa en que ella al casarse en sociedad conyugal cuenta con otro patrimonio, como es el patrimonio reservado y los bienes que administra en conformidad a los artículos 166 y 167 del C.C. los cuales puede administrar libremente. De esta manera, si bien el marido tiene la administración de los bienes sociales y los de la mujer, esta tiene un conjunto de bienes que puede administrar y disponer libremente sin intervención alguna de su marido.

Por otra parte y para equiparar aún más los poderes entre ambos cónyuges, estableció una serie de límites a la administración del marido tanto de los bienes sociales como respecto a los bienes de la mujer, para que de esta manera exista una estricta equiparación de poderes entre los cónyuges en el régimen de sociedad conyugal. Así la mujer si bien no tiene la administración puede fiscalizar e incluso impedir la realización de los actos que recaigan sobre los bienes sociales y los suyos en caso que no esté de acuerdo con el negocio que se propone hacer el marido. Y aún más, en caso de una mala administración del marido puede sancionarlo drásticamente solicitando la separación judicial de bienes en los casos ya analizados.

Por último y para proteger debidamente los intereses de la mujer y pensando en que ella no administra la sociedad conyugal, se le otorgan una serie de beneficios como por ejemplo: el beneficio de emolumento y la posibilidad de renunciar a los gananciales quedándose íntegramente

con su patrimonio reservado, que vendría a compensar los límites que sufre en la administración de sus bienes, los cuales en la práctica son de muy escasa ocurrencia.

Por ello, creemos que la decisión adoptada por el legislador encuentra su justificación en las ventajas o beneficios y poderes que se le otorgan a la mujer para contrarrestar los poderes que tiene el marido. Esto hace que los poderes que se le otorgan al marido no sean más que declaraciones que no se reflejan en la práctica por la fuerte intervención que tiene la mujer en la administración de la sociedad conyugal como ha quedado demostrado.

La diferencia que hace el legislador en cuanto a la administración de los bienes propios de cada cónyuge, no es arbitraria o caprichosa sino que tiene un fundamento razonable y se encuentra en la *equiparación* que se establece en este régimen. Así el legislador optó por que la mujer sea quien vea limitada la administración de sus bienes propios y no el marido, fundando su opción en la mantención de las ventajas y privilegios de la mujer y en los límites a las facultades del marido.

Por otra parte hoy en día en Chile no existe un solo régimen matrimonial, por el contrario los cónyuges son libres para elegir el régimen matrimonial en el cual se casan. Por consiguiente, los cónyuges al momento de casarse aceptan voluntariamente las limitaciones que se les imponen a sus bienes, puesto que se presume de derecho (ficción sobre conocimiento de la ley) que conocen todas y cada una de las normas que regulan esta materia. Por ello las diferencias que se establecen han sido o han debido ser aceptadas por los cónyuges al momento de contraer la sociedad conyugal. Más aún, las diferencias que se establecen no pueden ser consideradas arbitrarias, ya que están fundadas en la naturaleza de la sociedad conyugal que exige la mantención de una administración unitaria, y en el derecho legal de goce que ejerce esta sobre los bienes propios de cada cónyuge⁸⁶. Optando el legislador por encargar la administración de la sociedad conyugal y de los bienes de la mujer al marido, en razón, de las ventajas y privilegios que tiene la mujer a las que antes no hemos referido. Por lo demás, con la proliferación de los medios de comunicación la mujer tiene hoy en día acceso a variada información sobre el tema.

Conviene tener presente que el inciso 3° del artículo 38 de la ley N° 4.808 sobre el Registro Civil refiriéndose al acto del matrimonio establece que: *“El Oficial del Registro Civil manifestará, también a los contrayentes, que pueden celebrar los pactos a que se refiere el inciso anterior y que si no lo hacen o nada dicen al respecto, se entenderán casados en régimen de sociedad conyugal”* y el inciso 2° de dicho artículo señala que los contrayentes: *“Podrán, asimismo, pactar separación total de bienes o participación en los gananciales”*.

De esta manera, la ley establece expresamente como un deber del Oficial del Registro Civil el manifestar, el informar a los contrayentes la posibilidad que tienen, en esa oportunidad, de pactar la separación de bienes o el régimen de participación en los gananciales, y a la vez, prevenir (de ante mano) a los contrayentes de que si no lo hacen o guardan silencio, se entenderán casados en sociedad conyugal.

⁸⁶ Rodríguez P., “Los regímenes patrimoniales”, en *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*, Op. cit., p. 170.

Por lo tanto, la ley no les impone ningún régimen matrimonial a los cónyuges, por el contrario, son ellos quienes manifiestan su voluntad, aceptando libremente las limitaciones y ventajas del régimen matrimonial que eligen.

En base al precepto antes indicado, se podría cuestionar incluso la *supletoriedad* del régimen de sociedad conyugal, toda vez que la técnica utilizada por él legislador obligará a los contrayentes a manifestar su voluntad en el sentido de pactar el régimen de separación total de bienes o participación en los gananciales, o de lo contrario, *aceptar* que si deciden no pactar dichos regímenes o guardan silencio regirá la sociedad conyugal, pero en todo caso informados a cerca de las posibilidades que tienen⁸⁷.

Finalmente nos gustaría agregar que la sociedad conyugal es el régimen que mejor se adapta a la comunidad de vida que se crea con el matrimonio y que a pesar de todas las críticas que se le han formulado sigue siendo el mayoritario en Chile, lo cual puede deberse a que es el que mejor recoge nuestra idiosincrasia y costumbres, donde la familia sigue siendo en núcleo fundamental de nuestra sociedad. En este sentido, es importante mencionar que la misma Declaración sobre Eliminación de la Discriminación sobre la mujer, declara expresamente “*que la igualdad de derechos debe considerarse sin perjuicio de la salvaguarda de la unidad y armonía de la familia, que sigue siendo la unidad básica de la familia...*”

Se hace presente que en base a la supuesta inconstitucionalidad del artículo 1754, actualmente se está tramitando un proyecto que reformaría el régimen de bienes hoy vigente en Chile⁸⁸.

⁸⁷ Nótese que el deber de información del Oficial del Registro Civil es doble, ya que la norma utiliza la conjunción “y”: El Oficial del Registro Civil manifestará, también a los contrayentes, que pueden celebrar los pactos a que se refiere el inciso anterior “*y que*” si no lo hacen o nada dicen al respecto, se entenderán casados en régimen de sociedad conyugal

⁸⁸ En términos generales el proyecto establece como régimen supletorio en el matrimonio la participación en los gananciales, pero no en su modalidad *crediticia* sino en su modalidad de *comunidad final*, así lo establece el artículo 151-5 de dicho proyecto: “*Por el mero hecho del matrimonio, a falta de pacto en contrario, se entenderá contraído el régimen de comunidad de gananciales entre los cónyuges*”. Y en su artículo 152 señala: “*En el régimen de comunidad de gananciales, los patrimonios del marido y de la mujer se mantienen separados y cada uno de ellos administra, goza y dispone libremente de lo suyo; sin perjuicio de las obligaciones y limitaciones que en el presente título se les imponen*”. Inciso 2º “*Al término del régimen de bienes se forma entre los cónyuges, o entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del otro, una comunidad que se rige por las normas de este título, y por aquellas contenidas en el párrafo 3 del Título XXXIV del Libro IV*”.

Por otra parte se conserva el régimen de sociedad conyugal pero como opcional junto al de separación de bienes. En cuanto al régimen de sociedad conyugal se establece la posibilidad de los cónyuges de pactar quien administra los bienes sociales, siendo el cónyuge administrador jefe de la sociedad conyugal y administrador de los bienes propios del otro cónyuge que no administra. Así lo establecen los siguientes artículos: artículo 156-1. “*En el régimen de la sociedad conyugal se forma entre los cónyuges una sociedad de bienes cuya administración corresponderá al marido o a la mujer según decidan al momento de pactarlo. El cónyuge administrador asumirá, además, la gestión de los bienes del otro, según las reglas que se indican a continuación*”; en virtud del artículo 158-1. “*El cónyuge administrador es jefe de la sociedad conyugal, y como tal administra los bienes sociales y los del otro cónyuge; sujeto, empero, a las obligaciones y limitaciones que por el presente Título se le imponen y a las que haya contraído por las capitulaciones matrimoniales*”; por su parte el artículo 158-2 declara que: “*El cónyuge administrador 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 sus acreedores 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 administrador a la sociedad o la sociedad al administrador*”; y el artículo 158-4 señala que: “*El cónyuge que no administra por sí solo no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales durante la sociedad, salvo en los casos del artículo 145*”; y finalmente el artículo 158-6 señala expresamente: “*El cónyuge no administrador, 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 otro cónyuge,*

CAPÍTULO IV

CAPACIDAD O INCAPACIDAD DE LA MUJER CASADA EN SOCIEDAD CONYUGAL

1. POSICIÓN PERSONAL

La ley 18.802 consagró la plena capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal, sin embargo, sus bienes propios siguen estando administrados por el marido, es decir, la mujer casada en sociedad conyugal ahora es plenamente capaz, sin embargo, no puede administrar sus bienes propios. Lo cual significaría según algunos⁸⁹, la mantención de la incapacidad de la mujer, la consagración de una capacidad formal, teórica sin ningún contenido práctico.

Consideramos que la mujer casada en sociedad conyugal sí tiene plena capacidad, es decir, como dice el artículo 1445 inciso 2° del C.C., la mujer casada en sociedad conyugal “*puede obligarse por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra persona*”, lo cual significa, en términos estrictamente *jurídicos* que la mujer sí puede celebrar actos jurídicos por sí misma, sin la autorización o mediación de otra persona. Otra cosa es que la mujer se encuentre privada de la administración de algunos bienes, lo cual no dice relación con la capacidad de la mujer, sino con la administración de sus bienes.

La mujer al casarse en sociedad conyugal pierde la administración de sus bienes ya que de acuerdo al artículo 1749 del C.C. el marido administra sus bienes, y conforme con lo anterior, en virtud del 1754 inciso final: “*la mujer no puede 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*”. Para ello requerirá de la autorización del marido, sin embargo, dicha autorización no dice relación con la capacidad de la mujer, sino porque el marido es quién administra dichos bienes. De esta manera, el marido no comparece al acto como representante de la mujer sino como administrador de la sociedad conyugal y de los bienes de la mujer.

Así la mujer si se casa en sociedad conyugal sufre límites a la libre administración de sus bienes, que si bien están establecidos por la ley ella acepta voluntariamente al elegir casarse en

sino en los casos de los artículos 159-5 y 159-6”. Los cuales se refieren a los mismos supuestos que establecen los artículos 138 y 138 bis del C.C. actual.

Por último, para compensar la situación del cónyuge que se ve privado de la administración se establece en términos generales, el hoy llamado Patrimonio Reservado. Así lo establece el artículo 159-1: “*El cónyuge que no tiene la administración de la sociedad conyugal, de cualquiera edad, podrá dedicarse libremente al ejercicio de un empleo, oficio, profesión o industria. El mencionado cónyuge, que desempeñe algún empleo o que ejerza una profesión, oficio o industria, separados de los del cónyuge administrador, se considerará separado de bienes respecto del ejercicio de ese empleo, oficio, profesión o industria y de lo que en ellos obtenga, no obstante cualquiera estipulación en contrario; pero si fuere menor de dieciocho años, necesitará autorización judicial, con conocimiento de causa, para gravar y enajenar los bienes raíces*”.

De esta manera, el proyecto en cuestión establece la posibilidad de pactar entre los cónyuges la administración de los bienes, dejando al cónyuge no administrador casi en similares condiciones al que hoy día tiene la mujer casada en sociedad conyugal.

Por otra parte, el establecer la posibilidad de pactar la administración entre los cónyuges es ajeno a la realidad chilena e incluso puede traer aún más inconvenientes, puesto que ahora los contrayentes deberán ponerse de acuerdo quién administrará los bienes sociales y los propios del otro cónyuge el cual quedará sin la administración de sus bienes, y en la práctica ambos van a querer administrar

⁸⁹ Véase p. 14.

sociedad conyugal⁹⁰, que por lo demás no afecta a todos sus bienes ya que puede disponer libremente, sin requerir autorización alguna de su patrimonio reservado y de los bienes que administra en conformidad a los artículos 166 y 167 del C.C.

Por otra parte, estas limitaciones que sufre la mujer a la libre administración de sus bienes, no son establecidas en consideración a una supuesta superioridad del marido, toda vez que la llamada potestad marital ya no existe y la propia CPR asegura en su artículo 19 N° 2 inciso 1° *la igualdad ante la ley entre el hombre y la mujer*, sino en consideración al régimen de bienes en el que eligen casarse, el cual exige una administración unitaria, optando la ley por el marido atendido los beneficios y poderes con que cuenta la mujer, los cuales hacen que exista en la práctica, más que una administración unitaria, una verdadera coadministración entre los cónyuges.

Así la mujer puede realizar todo tipo de actos jurídicos ya que goza de plena capacidad, sin embargo, si dichos actos recaen sobre los bienes propios de la mujer pero que administra el marido, se requerirá de la autorización éste, ya que él administra dichos bienes, en consideración a que la sociedad conyugal tiene un derecho legal de goce sobre esos bienes, debiendo el marido velar por que los frutos de los mismos ingresen a la sociedad conyugal.

El hecho que la mujer tenga ciertos límites a la libre administración de sus bienes no es obstáculo para considerarla capaz, puesto que de lo contrario la mujer casada en sociedad conyugal seguiría siendo incapaz relativa, lo cual significaría establecer una incapacidad por una vía de *interpretación* legal, infringiendo el artículo 1446 del C.C. en virtud del cual las incapacidades sólo pueden ser establecidas por la ley: “*Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces*”.

De lo anterior se podría concluir, que al parecer para el legislador, que una persona tenga límites a la libre administración de sus bienes no impide que cuente con plena capacidad de ejercicio, pues de lo contrario tendríamos que considerar incapaz a toda persona que tenga límites a la libre administración de sus bienes, lo cual desvirtuaría el *fundamento de las incapacidades* que reside en *proteger* a ciertas personas, que atendido a diversos criterios son consideradas no aptas para contratar⁹¹.

El fundamento para establecer las incapacidades, que conforme al artículo 1446 del C.C. son excepcionales cobra vital importancia para entender la situación de la mujer casada en sociedad conyugal después de la reforma de la ley 18.802.

Como dice Ripert: “*En casi todos los casos la incapacidad es impuesta con el fin de proteger a la persona que el legislador considera inepta para el comercio jurídico. La persona declarada incapaz puede hacer anular los actos que realice. Los terceros que conocen de este*

⁹⁰ Recuérdese lo dicho a propósito del artículo 38 de la ley 4.808.

⁹¹ Ripert G., *Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol*, Ediciones Ley, Buenos Aires, Argentina, 1988, p.437.

*hecho se niegan a tratar con ella. De este modo se alcanza el resultado buscado, ya que el incapaz se encuentra excluido de la vida de los negocios*⁹²”.

El legislador por medio de las incapacidades busca proteger a ciertas personas que atendidas sus condiciones físicas, intelectuales o madurez pueden ser objeto de abusos al contratar.

Así, en el caso de las *incapacidad absoluta* que afecta al demente, impúber y al sordo o sordomudo que no puede darse a entender claramente se busca la protección de estas personas, ya que por causas físicas o naturales, carecen de voluntad o no pueden expresarla debidamente⁹³, es por ello que no pueden ejecutar por sí mismos acto alguno, ya que no tienen voluntad o no pueden expresarla, y sin voluntad el acto no puede generarse.

Por ello, los actos de los absolutamente incapaces no generan ni aún obligaciones naturales, sus actos son susceptibles de nulidad absoluta conforme al artículo 1682 del C.C. y por la naturaleza misma de su incapacidad sólo pueden actuar representados por su representante legal, quién ejecuta el acto en nombre y lugar del incapaz⁹⁴.

Por otra parte, en el caso de la *incapacidad relativa* que afecta al menor adulto, al disipador bajo interdicción de administrar lo suyo, y hasta antes de la ley 18.802 a la mujer casada en sociedad conyugal, también se busca la protección de estas personas, aún cuando la incapacidad sea menos profunda, ya que se entiende que en alguna medida pueden comprender el alcance de sus actos⁹⁵. En este sentido, los incapaces relativos pueden actuar por sí mismos, pero requerirán de la anuencia de su representante manifestada en la forma prescrita por la ley, es decir, para actuar ellos mismos requerirán de la autorización de su representante, aún cuando también pueden actuar representados.

En caso de omitirse estas formalidades *habilitantes* la sanción es la nulidad relativa, ya que se omitiría un requisito exigido en consideración al estado o calidad de las personas en virtud del artículo 1682 del C.C.⁹⁶

En cuanto a la incapacidad relativa es interesante lo que señala Arturo Alessandri, en el sentido de que dicha incapacidad: “*es la incapacidad de protección, porque no se funda en un estado impuesto por la naturaleza, sino que es una creación arbitraria del legislador, quién la ha establecido principalmente como una medida protectora de determinados individuos o patrimonios*”⁹⁷. Sin embargo, no participamos de tal opinión ya que aún cuando la incapacidad absoluta se establezca en consideración a un estado impuesto por la naturaleza tiene como fundamento último la protección de las personas a las cuales se les impone, salvo que quizás, en el caso de la incapacidad relativa esta finalidad de protección puede apreciarse más claramente.

Como se mencionó anteriormente la mujer casada en sociedad conyugal era relativamente incapaz y su representante legal era el marido, quién administraba sus bienes en razón de esta

⁹² *Loc. cit.*, p. 437.

⁹³ Alessandri A., *De los contratos*, Editorial Jurídica de Chile, p. 48.

⁹⁴ Vodanovic A., *Manual de derecho civil*, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2003, Tomo II, p. 115.

⁹⁵ Ripert, *Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol*, *Op. cit.*, p. 447.

⁹⁶ Vodanovic A., *Manual de derecho civil*, *Op. cit.*, p. 115.

⁹⁷ Alessandri A., *De los contratos*, Editorial Jurídica de Chile, p. 52.

incapacidad. En cuanto al fundamento de la incapacidad de la mujer casada en sociedad conyugal, tal como dijimos en el Capítulo Primero, se encuentra en la comunidad de bienes que crea la sociedad conyugal, y más directamente en la *inexperiencia o debilidad de la mujer*⁹⁸. De esta manera, se entendía que la mujer al estar destinada a las labores del hogar no tenía la suficiente experiencia como para contratar y disponer de sus bienes propios, ni menos de los bienes familiares.

Sin embargo, con el paso del tiempo la mujer se fue incorporando a la vida productiva demostrando que podía competir mano a mano con el hombre, y por ello la protección que la ley otorgaba a la mujer casada en sociedad conyugal se hacía innecesaria, más aún cuando podía administrar libremente su patrimonio reservado. De esta manera, era necesario terminar con la incapacidad de la mujer atendido a que no coincidía con la realidad de la mujer chilena, la cual cada vez tenía mayor participación en la actividad productiva del país.

Por ello la ley 18.802 termina con la incapacidad de la mujer casada en sociedad conyugal, lo cual es coherente con el fundamento de toda incapacidad ya que la mujer no requería de tal medida de protección. De esta manera, atendiendo a estos criterios la mujer casada en sociedad conyugal es plenamente capaz no sólo por que la ley expresamente lo diga, sino por que atendida la realidad actual de nuestro país en que la mujer cada día está teniendo mayor protagonismo, constituyendo uno de los mayores capitales productivos de Chile, ha demostrado que no requiere de ningún medio de protección.

Consideramos que afirmar que la mujer casada en sociedad conyugal sigue siendo incapaz, no solo es contradecir el propio texto de la ley, sino el fundamento mismo de las incapacidades, estableciendo una incapacidad por una vía interpretativa.

Dicho de otra manera, si el fundamento de las incapacidades es la protección de las personas respecto de las cuales se establece la incapacidad, en el caso de la mujer casada en sociedad conyugal dicho fundamento o fin no se cumplía, ya que la realidad demostraba y demuestra actualmente que no existe tal *inexperiencia o debilidad de la mujer* y coherente con ello la ley 18.802 termina con la incapacidad de la mujer casada en sociedad conyugal ya que no se justificaba. Lo cual queda demostrado por el hecho que la mujer casada en sociedad conyugal pueda administrar libremente su patrimonio reservado, sin requerir que nadie la proteja.

De este modo, la mujer actualmente tiene plena capacidad de ejercicio no sólo por que la ley 18.802 la consagra expresamente, sino por que no existe razón que justifique, el considerar que la mujer casada en sociedad conyugal requiera actualmente una medida de protección como la incapacidad relativa.

Si la mujer deja de ser incapaz, no es para establecer una mera declaración formal y satisfacer los deseos de las mujeres, sino para cumplir con el fundamentos mismo de las incapacidades, que como se ha dicho deben ser siempre excepcionales.

⁹⁸ Véase p. 9.

Por lo tanto, a partir de la ley 18.802 la mujer casada en sociedad conyugal es plenamente capaz, sus obligaciones producen obligaciones civiles puesto que se modifica el artículo 1470 N° 1, sus actos obligan su patrimonio reservado y también sus bienes propios que administra el marido, siempre que éste autorice el acto recaído sobre dichos bienes en razón de ser el administrador de los mismos y no por ser representante de la mujer. Sin embargo, si la mujer contrata sobre los bienes propios que administre el marido sin la autorización de este, el acto será susceptible de nulidad relativa por faltar una formalidad establecida en consideración al estado o calidad de las partes, como es la autorización del administrador de la sociedad conyugal.

La mujer casada en sociedad conyugal sufre de algunos límites en cuanto a la administración de sus bienes, pero en ningún caso estos límites constituyen una incapacidad para la mujer ya que no están establecidos para proteger a la mujer sino en consideración al régimen de bienes en el cual se casa y que acepta libremente.

CONCLUSIONES

- 1) La sociedad conyugal crea una *comunidad de bienes* entre los cónyuges compuesta por los bienes muebles e inmuebles adquiridos a título oneroso durante la vigencia de la sociedad conyugal y por los frutos tanto de los bienes comunes como de los propios de cada cónyuge, adquiriendo la sociedad conyugal un derecho legal de goce sobre estos últimos bienes. En cuanto a los bienes adquiridos a título gratuito, hay que distinguir: si se trata de bienes *muebles* adquiridos a título gratuito ingresan al *haber relativo* de la sociedad conyugal, naciendo un derecho de recompensa para el cónyuge aportante en conformidad al artículo 1726 inciso 2° y el artículo 1732 inciso 2° del C.C. En caso de tratarse de un bien *inmueble* adquirido a título gratuito, dicho bien ingresa al *patrimonio propio* de dicho cónyuge en virtud de los artículos 1726 y 1732 del C.C.
- 2) Esta comunidad de bienes que crea la sociedad conyugal exige que se respete el principio de *unidad en la administración*. Por ello, el legislador debe elegir entre el hombre o la mujer para administrar los bienes comunes y los propios de aquél cónyuge que quede sin la administración.
- 3) La decisión u opción del legislador tiene su justificación o fundamento, y esta no solo se encuentra en la idiosincrasia y costumbres de los chilenos (que sin duda mientras la mujer siga recibiendo una remuneración menor a la del varón, sigue vigente) sino también en los beneficios y en los llamados poderes de la mujer casada en sociedad conyugal.
- 4) Por otra parte, la sociedad conyugal sigue siendo un régimen que representa a un tipo de familia chilena, que es aquella en que el marido trabaja y es el sustento de la familia y la mujer se dedica a las labores del hogar, que sigue siendo en Chile la situación de un gran número de mujeres.
- 5) La mujer casada en sociedad conyugal de acuerdo al artículo 1749 inciso final del C.C. 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*; y conforme al artículo 1749 es el marido quien administra sus bienes. Sin embargo, en base a estas disposiciones creemos que no se puede decir, que la mujer siga siendo incapaz. Por el contrario, los creadores de la ley 18.802 nunca pensaron que el mantener la sociedad conyugal constituyera un obstáculo a la plena capacidad de la mujer, que la ley consagraría.

Así somos del parecer que la mujer casada en sociedad conyugal a contar de la ley 18.802 es capaz de ejercicio, sus obligaciones ahora producen obligaciones civiles y no naturales, y puede celebrar toda clase de contratos ya que se modifica también el artículo 137 del C.C., en virtud del cual, la mujer no podía celebrar contrato alguno sin la autorización de su marido.

- 6) Esto es coherente con el fundamento mismo de las incapacidades, el cual se encuentra en proteger a ciertas personas que la ley considera ineptos para contratar, y que por lo mismo puedan ser objeto de abusos. En este sentido la mujer ha demostrado que puede contratar libremente y no requiere de protección alguna, ya que tiene las mismas condiciones y experiencia o inteligencia que el hombre.
- 7) El régimen de sociedad conyugal no es incompatible con la capacidad de la mujer, ya que las limitaciones a la libre administración de los bienes pueden recaer en cualquiera de los cónyuges.
- 8) El legislador ha tratado de establecer dentro del régimen de sociedad conyugal, el cual en la antigüedad era uno de los más representativos de la autoridad del hombre sobre la mujer, una *igualdad razonable* entre el varón y la mujer, a partir de la consagración del patrimonio reservado y los distintos poderes con que cuenta la mujer en el régimen de sociedad conyugal.
- 9) Lo anterior nos lleva pensar que la reforma que se pretende introducir al régimen de bienes del matrimonio, al parecer, no va por un buen camino ya que se aleja de la *realidad* chilena. En este sentido, pensamos especialmente en la reforma a la sociedad conyugal, por medio de la cual los cónyuges podrían elegir libremente quién administra los bienes sociales y los propios de aquél cónyuge que se queda sin la administración de la sociedad conyugal, y por otra parte le entrega a aquél cónyuge que no tiene la administración todos los beneficios y poderes que hoy tiene la mujer, por ejemplo el patrimonio reservado.
- 10) La sociedad conyugal es un régimen de bienes del matrimonio que los contrayentes eligen por su propia voluntad, son ellos quienes manifiestan su voluntad y eligen libremente casarse en este régimen, aceptando los límites que la ley les impone, alejándose de su naturaleza supletoria.
- 11) Si se analiza detenidamente la crítica que se hace a la inconstitucionalidad del artículo 1754 inciso final, esta se funda básicamente, en que en virtud de dicho artículo solo se

establecen límites a la libre administración de la mujer respecto de sus bienes propios, sin que se establezca igual límite al marido respecto a la administración de sus bienes, ya que él puede disponer libremente de sus bienes.

En este sentido, una posible reforma podría consistir en establecer límites a la libre administración de los bienes del marido, es decir, que tanto el marido como la mujer tengan que requerir la autorización de otro para disponer de sus bienes.

12) De esta manera, consideramos que la mujer casada en sociedad conyugal es plenamente capaz, sufriendo, sin embargo, algunas limitaciones en cuanto a la libre administración de sus bienes.

13) Las limitaciones que se imponen a la mujer en cuanto a la libre administración de sus bienes obedecen a una opción del legislador, la que en todo caso, y tal como vimos a lo largo de este trabajo es justificada, tiene un fundamento razonable. De esta manera, si bien el legislador establece una distinción entre el hombre y la mujer, esta no es arbitraria ya que se puede justificar razonablemente en base a todos los intereses que se intentan proteger por medio del régimen de sociedad conyugal. Por ello consideramos que el artículo 1754 inciso final no es inconstitucional.

BIBLIOGRAFÍA

I. LIBROS

1. ALESSANDRI RODRIGUEZ, ARTURO: *Tratado práctico de las capitulaciones matrimoniales*, Editorial Universitaria, Santiago, 1935.
2. ALESSANDRI RODRIGUEZ, ARTURO: *Tratado práctico de la capacidad de la mujer casada. De la mujer divorciada perpetuamente y de la mujer separada de bienes*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1940.
3. ALESSANDRI RODRIGUEZ, ARTURO: *De los contratos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.
4. ALESSANDRI RODRIGUEZ, ARTURO: *Tratado de derecho civil; parte preliminar y general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, Tomo I.
5. ÁLVAREZ CRUZ, RAUL: *Manual sobre la reforma al Código Civil (Ley 18.802)*, Impresores Ogar, Santiago, 1990.
6. CEA EGAÑA, JOSE LUIS: *El sistema constitucional chileno*, Publicaciones de la Universidad Austral de Chile, Santiago, 1999.
7. CLARO SOLAR, LUIS: *Explicaciones del derecho civil y comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1978, Vol. I, Tomo II.
8. FIGUEROA YAÑEZ, GONZALO: *El Patrimonio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.
9. FRIGERIO CASTALDI, CESAR: *Regímenes matrimoniales*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1995.
10. LEÓN HURTADO, AVELINO: *Voluntad y capacidad en los actos jurídicos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990.
11. RAMOS PAZOS, RENÉ: *Derecho de Familia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.
12. RIPERT GEORGES Y BOULANGER JEAN: *Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol*, Ediciones Ley, Buenos Aires, Argentina, 1988.
13. RODRIGUEZ GREZ, PABLO: *Regímenes patrimoniales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996.

14. ROZAS VIAL, FERNANDO: Análisis de la reforma que introdujo la ley 18.802 en relación con la capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal y la salida de los menores fuera del país, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990.
15. TOMASELLO HART, LESLIE: *Situación jurídica de la mujer casada*, Editorial Edeval, Valparaíso, 1989.
16. VERDUGO MARIO, PFEFFER EMILIO, NOGUEIRA HUMBERTO: *Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, Tomo I.
17. VODANOVIC HAKLICKA, ANTONIO: *Manual de derecho civil*, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2003, Tomo II.

II. REVISTAS

1. BUSTAMANTE SALAZAR, LUIS: “Plena capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal. Una reforma legal por hacer”, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 200, 1996.
2. CORRAL TALCIANI, HERNÁN: “Mujer e igualdad jurídica”, en *Temas de Derecho Universidad Gabriela Mistral*, Vol. 9, N° 2, 1994.
3. DOMÍNGUEZ HIDALGO, CARMEN: “La situación de la mujer casada en el régimen de patrimonial chileno: mito o realidad”, en *Revista Chilena de Derecho Universidad de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, Vol. 26, N° 1, 1999.
4. DOMÍNGUEZ AGUILA, RAMÓN: “Reforma al Código Civil sobre la situación jurídica de la mujer casada”, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 184, 1988.
5. DOMÍNGUEZ AGUILA, RAMÓN: “Aspectos comparativos de régimen de bienes y de la capacidad de la mujer casada. Derecho Francés y Chileno”. En *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 163, 1975.
6. FUEYO LUNARI, FERNANDO: “Problemática general del régimen patrimonial del matrimonio”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, N° 82, I parte, 1985.
7. MERINO SHEIHING, FRANCISCO: “Los Regímenes Matrimoniales en el Derecho Comparado”, en *Revista de Derecho Universidad Central*, N° 2, año III, 1989, Julio-Diciembre.
8. MERINO SHEIHING, FRANCISCO: “Consideraciones acerca de las reformas introducidas por la ley 18.802”, en *Cuaderno de Análisis Jurídico Universidad Diego Portales*, N° 15, Santiago, 1990.

9. NIÑO TEJEDA, EDUARDO: “Capacidad y Responsabilidad de la mujer casada bajo Régimen de Sociedad Conyugal. Los Bienes Familiares”, en *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 16, 1995.
10. RAMOS PAZOS, RENÉ: “Modificaciones introducidas por la ley 18.802 a la capacidad de la mujer casada en el Régimen Matrimonial Chileno”, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 184, 1988.
11. RAMOS PAZOS, RENÉ: “Algunos problemas creados por la ley 18.802”, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 188, 1990.
12. RIVAS GUZMÁN, RAMÓN: “La ley N° 18.802 y su inspiración”, en *Revista de Derecho Universidad Central*, N° 2, año III, 1989, Julio- Diciembre.
13. RODRÍGUEZ GREZ, PABLO: “El régimen patrimonial del matrimonio y el derecho sucesorio”, en *Revista de Derecho Universidad Central*, N° 2, año III, 1989, Julio- Diciembre.
14. RODRÍGUEZ GREZ, PABLO: “Los regímenes patrimoniales”, en *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*, N° 3, año III, 1999.
15. SCHMIDT HOT, CLAUDIA: Los sistemas económicos del matrimonio, en *Revista de Derecho de Universidad Finis Terrae*, año II, N° 3, 1999.
16. URBANO MORENO, EDGARDO: “Elementos de reflexión acerca de la interpretación de los artículos 1749 y 1754 del Código Civil, en relación a la sanción en caso de infracción”, en *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*, N° 4, año IV, 2000.