

GENERALIDADES SOBRE LA ECONOMIA DEL MATRIMONIO

*Fernando Fueyo Laneri**

I. MI PROPOSITO

Intento exponer cuestiones básicas en torno a la materia, siempre efervescente, del régimen patrimonial de matrimonio; pero sin apego a la normativa legal que rigiera en uno o más países determinados, o según sus reformas legislativas más recientes, que las hay en todas partes. Mucho menos según lo que ha sucedido legislativamente en mi propio país. Es obvio que todo eso está escrito en Códigos, libros y revistas; bastaría consultarlos¹.

La pareja humana, conductualmente obrando en sociedad, bajo el signo ideal del matrimonio, o modernamente, sin ambages, al margen de éste, se encuentra de

* Profesor Extraordinario y Ordinario de Derecho Civil en la Universidad de Chile

1. En cuanto a mi país está el Código Civil chileno de 14 de diciembre de 1855, con reformas, en esta materia, de los años 1925, 1934, 1943 y 1952. Mi "Derecho de Familia", en tres volúmenes, publicados en 1959, está aun al día en cuanto a régimen patrimonial del matrimonio, a pesar de los años transcurridos. Por una parte podría decirse que parecemos como perezosos, y, sin embargo, bueno es aclarar que los varios proyectos elaborados han sucumbido ante las críticas que los han seguido en un tema que se presta, como ninguno, a muchos pareceres.

todos modos forzada a regirse por unas normas que regulen la economía de la vida en común. Por fortuna, se presentan favorablemente unos rasgos o notas uniformes que permiten un tratamiento metodológicamente universal del tema propuesto; si no en todo, al menos en buena parte, y de esta parte aspectos realmente medulares. Eso merece aprovecharse, y así ha quedado comprobado por los innumerables estudios de Derecho comparado.

Lo más importante de todo, sin embargo, es partir de los hechos y sus circunstancias, tal cual se presentan en la realidad social de una nación determinada y de todas las demás en grado de ineludible semejanza.

"Cómo y cuándo se presenta el problema? ¿Quiénes son protagonistas principales del problema y a quiénes otros repercute? ¿Qué valores jurídicos entran en juego y qué deberán considerarse? Las soluciones, ¿deberán darse siempre de antemano y con rigidez al tenor de las normas de los Códigos, o algo, al menos, se dejará para resolver después, producida una situación determinada y siendo como son los jueces los llamados a resolver conflictos producidos?"

He ahí esbozada la orientación del tratamiento de la materia en el presente trabajo.

II. ¿COMO Y CUANDO SE PRODUCE EL PROBLEMA Y LA NECESIDAD DE DAR ALGUNA SOLUCION?

Hemos de empezar por ser honestos al admitir que la problemática de la economía del matrimonio entra a jugar, respecto de una proposición mínima de la población, con pequeñas variantes a este respecto según el país de que se trate.

Sea que uno o los dos sujetos de la pareja trabaje, o que lo haga uno solo de ellos —no importa cuál—, las labores consisten generalmente en prestaciones de servicios por una remuneración que alcanza para cubrir exactamente las necesidades de la familia, a veces apenas; en ocasiones comprometiendo remuneraciones futuras para poder adquirir cosas o servicios con pagos diferidos, alentados por ingentes esfuerzos que realizan, por su parte, los establecimientos comerciales para aumentar sus ventas.

La situación jurídica de esa enorme masa empieza a cambiar, y sobreviene la necesidad de alguna solución, cuando se produce un excedente patrimonial en relación con las necesidades del hogar: se ha formado algo que llamamos ahorro,

economía, inversión, capital, no importa el nombre. O bien alguno de los cónyuges recibió una herencia, donación o legado, o bien obtuvo un premio en algún concurso, apuesta o sorteo, de los que hay en todos los países.

En cualquier caso, no es esencial el monto económico de ese excedente que aparece algún momento; pero cuanto mayor sea, el problema será a su vez de mayor complejidad y trascendencia².

Es en ese momento, insisto, cuando nace la necesidad de resolver quién de los dos percibe el valor, si definitivamente o para dividir más tarde por mitades, qué suerte corren los frutos, quién de los dos adquiere alguna titularidad frente a los bienes, o ambos y en qué forma, quién tendrá la atribución de disponibilidad; más el problema sustantivo de quién y cómo se concurre a soportar las cargas de toda especie y con causalidad matizada. Obviamente, se rompió la idílica estática de los tiempos del equilibrio entre lo que se gana y se gasta en un mismo mes.

Una primera deducción cabe formular: la situación jurídica y la necesidad de soluciones nace ciertamente en el curso del matrimonio, por causas insospechables o imprevistas; sin existir antes la certidumbre o siquiera una apreciable probabilidad de que el suceso patrimonial se producirá. Concurren tantos factores bajo la tónica de la sorpresa, que las cosas se convierten simplemente en impredecibles, tanto para los contrayentes al tiempo de la celebración del matrimonio como para los cónyuges en el camino por recorrer, a veces breve, en ocasiones de treinta o más años. Los casos de aportes individuales e iniciales son escasísimos.

Lamentablemente, los libros no nos hablan de este modo.

III. LOS FACTORES Y FUERZAS CONCURRENTES

- a) Una mujer y un hombre unidos en matrimonio, y en ocasiones unidos hasta en concubinato.

2. En los Estados Unidos los grandes premios a que se ha hecho reciente alusión pueden consistir en varios millones de dólares, y como es casi seguro que el beneficiario sea persona con lo exactamente necesario para subsistir, la entrega del valor no se hace por el total y de una sola vez. Una primera cuota está calculada para la adquisición de una vivienda cómoda y aun automóvil nuevo. Lo demás se coloca e ingresa en una cuenta a plazo fijo o se invierte en títulos valores rentables, y van dándose al premiado tales frutos y el saldo del capital por plazos bien estudiados, en el curso de algo así como diez años. El ejemplo es ilustrativo en cuanto acredita el peligro insuperable de recibir mucho en un solo instante.

- b) Una mujer con capacidad de obrar, modernidad que aparece en el universo en pleno siglo XX y con mayor intensidad en su segunda mitad.
- c) Bienes que exceden del monto del consumo hogareño, dando lugar al fenómeno jurídico que reclama una solución.
- d) Un sistema de la economía del matrimonio que ha de regirse por la ley o bien por un pacto de los contrayentes. Dicho pacto admite modalidades de tiempo de su celebración y de número de oportunidades que hacen o no posible su repetición.
- e) Poderes de gestión de los bienes propios y de los bienes comunes, o de otros que se configuren.
- f) Poderes de disponibilidad de los diferentes bienes según sus respectivas categorías y que se rigen conforme a múltiples modalidades.
- g) Destino definitivo de los bienes al término de la relación jurídica entre cónyuges, sea que opere o no la disolución del matrimonio.
- h) División de gananciales, o bien participación en ciertos y determinados bienes ahorrados.
- i) Concurrencia al pago actual o definitivo de las deudas y cargas producidas.

Como puede observarse, los muchos factores y fuerzas concurrentes —cuyo catálogo incompleto acaba de indicarse— están afirmando la complejidad y hondura de la economía del matrimonio.

Lo dicho se agrega a las intensas y reiteradas reformas legislativas que se suceden a diario en el universo y que no hacen más que demostrar incontestablemente insatisfacción y frustración.

Todo hace pensar que los juristas hemos adoptado hasta hoy una posición errónea, extraviada e ingenua de gastar tantos esfuerzos por regular *a priori*, por vía legal y rígida, el universo de unos efectos futuros ignotos por su variabilidad, imprevisión e impredecibilidad virtualmente absoluta; sin dejar siquiera alguna parte de la problemática —mayor o menor— a la decisión judicial en su día, con unos hechos ciertos y determinados, ya producidos, sobre los cuales elaborar la solución justa.

IV. INTENSIVOS ESTUDIOS SOBRE EL REGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO COMPARADO

A los tradicionales textos doctrinarios que nos presentaban unos cuantos sistemas legales capaces de clasificación más bien simple, ha sucedido, aproximadamente desde los años cincuenta, la confección colectiva de trabajos destinados a presentar un caleidoscopio de sistemas legales y decisiones judiciales que permiten deducciones importantes con miras a reformas que se buscan afanosamente en todas partes.

Dichos trabajos, que se han elaborado en cada país por algún especialista, son luego publicados con las conclusiones que ellos mismos admiten. A su vez, se repite periódicamente la experiencia con la misma metodología.

- A) Parece ser que el primer paso lo hubiere dado el instituto de Droit Comparé, de la Universidad de París, que propició una encuesta, dirigida sobre el régimen matrimonial legal según las legislaciones contemporáneas. Una comisión especial elaboró un cuestionario, o pautas, con el objeto de servir en lo posible de plan de exposición uniforme de las colaboraciones nacionales que se solicitaron. La presidió Rouast y la integraron Marc Ancel, Boulanger, Holleaux, Janviver, Jousselin, Marx y Lajtay.

Como resultado de los aportes de cuarenta juristas de otros tantos países, se publicó un importante volumen de 1957³.

Rouast ya concretaba en aquellos años factores de influencia en las políticas legislativas de un número considerable de países. Dichos factores —advertidos en él para nosotros lejano 1957— dieron impulso a reformas legislativas que los acogieron positivamente, qué duda cabe; pero otros todavía serían capaces de promover cambios legislativos en nuestros días. Además, los innumerables trabajos que prosiguieron a este que se cita en primer término lograron reunir un gran caudal informativo y a la vez de ideas conducentes a reformas legislativas.

Se podrían recordar las siguientes grandes directrices señaladas por Rouast en 1957.

3. El método de recoger aportes de juristas del lugar ha dado excelentes resultados en investigaciones organizadas y dirigidas por franceses e italianos de Institutos de Derecho Comparado. Así se evita el peligro de escribir desde fuera sobre lo que sucede en ambientes extraños o desconocidos.

1. La idea de igualdad de los cónyuges, que en nuestros días ya está consagrada en las Constituciones de un gran número de países, aunque no literalmente siempre en las leyes respectivas, con la regulación consiguiente. En algunos países todavía se presenta esa noción de igualdad como un dogma —por tanto, no discutible—; pero sin que se haya logrado todavía el consenso respectivo reflejado en una ley. Tal es el caso de Chile, por ejemplo. Esto revela la dificultad de formulación legislativa de la citada igualdad.
 2. La mujer casada ya no está confinada a las labores del hogar y al cuidado directo de los hijos menores. Empieza a tomar protagonismos en trabajos con predominio intelectual, incluidas las profesionales liberales.
 3. Desaparición de la importancia de distinguir entre muebles e inmuebles para regular el sistema de uno u otro modo. Vieja tradición que lleva aparejado el aforismo *res mobilis res vilis*, hoy felizmente superado. El Código Civil chileno de 1855 todavía se funda en la antes señalada distinción, y la maneja con fuerza y profundidad, incluso más allá del tema del régimen patrimonial del matrimonio.
 4. La interpretación de los regímenes matrimoniales, nota que, advertida por Rouast en 1957, se intensificaría cada vez más para llegarse a una variedad casi infinita de sistemas que, dejando de ser tales en el orden universal por ausencia de la uniformidad, pasan a ser ciertamente meras formas o expresiones de un determinado sentir legislativo. Bien podría sustituirse el vocablo “interpenetración” por el de “mixtura”.
- B) Siguiéndose el mismo método de encuestas que se diversos países, el mismo Institut de Droit Comparé de l'Université de París inició un nuevo programa sobre la evolución más reciente del régimen matrimonial legal, logrando al respecto un total de veintidós estudios, cada uno relativo a un país determinado.

La Revue Internationale de Droit Comparé publicó en 1965 tales estudios bajo la firma de sus respectivos autores. Al año siguiente, 1966, se publicó por la misma revista un suplemento con cuatro trabajos relativos a Francia, Israel, Quebec y Polonia.

- C) Una nueva encuesta se inició en 1971 y se publicó en 1974. Abarcó treinta y ocho países. La obra se publicó bajo el nombre "Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines".

Siguen, ciertamente, los estudios que comprenden más y más naciones, llegándose, según mi información, a superar el crecido número de sesenta y ellos han estado a cargo, no sólo del Instituto de Derecho Comparado de París, sino de otras varias organizaciones académicas o de especialidad, no faltando, por otra parte, estudiosos del Derecho que han hecho por su parte magníficos aportes al mismo fin.

V. ALGUNAS DEDUCCIONES RESULTANTES DE LOS ESTUDIOS RECIEN ALUDIDOS. LA SOLUCION JUDICIAL Y SUBSIDIARIA PROVOCADA DESPUES DE PRODUCIDAS LAS SITUACIONES JURIDICAS. NUEVA POSICION REFORMISTA

Nadie podría atreverse a restar mérito e importancia a los estudios de Derecho Comparado aludidos en forma somera en el párrafo anterior; ni menos podría dejarse de reconocer los frutos prácticos que ellos han producido en la preparación de reformas legislativas ya lograda en muchos países, o que se vienen produciendo con la particularidad de repetirse una y otra vez en un mismo país al cabo de un tiempo relativamente escaso.

A juicio de Vicent L. Simó Santoja, el mérito de las encuestas, seguidas de trabajos particulares sobre lo que sucede en cada país, conduce a resultados como los siguientes:

- A) "Demostrar con claridad el sentido de la evolución mundial, contribuyendo así a las reformas futuras". No podría refutarse tal afirmación.
- B) "Diversidad de procedimientos jurídicos empleados para "conformar el Derecho a la evolución general". Agrega lo siguiente: "Los regímenes matrimoniales legales tienen características diferentes y se aprecian todas las distinciones imaginables y todas las combinaciones posibles, que van desde la separación absoluta hasta la comunidad también absoluta"⁴.

4. "Los regímenes matrimoniales en el mundo de hoy", págs. 10 y 11, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1978.

Se requiere, con todo, una mayor insistencia y profundización de las afirmaciones contenidas en la letra B).

Debe sostenerse, con énfasis, que tanto en razón de la evolución de las ideas—que no es tanta ni tan brusca como se cree— como en atención a las técnicas legislativas que se emplean, muchas veces combinadamente, los resultados obtenidos nos ofrecen un caleidoscopio ciertamente infinito. Se ven proliferar los diversos sistemas, la interpenetración de los mismos, las modalidades más variadas, los acentos diferentes en factores concurrentes a esta particularísima relación humana—familiar— patrimonial con efectos con los cónyuges, descendientes y terceros interesados, efectos que a veces son actuales a veces futuros, en ocasiones sólo eventuales, y hasta con eficacia retroactiva; pero generalmente con el signo de la variabilidad consustancial y una marcada incertidumbre hacia el futuro.

En fin, que según la regulación por normas positivas que lo quieren contemplar todo *a priori*, se observan a través de los estudios aludidos todas las reglas y modalidades que la imaginación es capaz de producir.

Es verdad que la conformación sustancialmente diferente de los grupos humanos repartidos en el globo terrestre determina diferencias consecuentes, aunque no sea más que recordando la regla del nacionalismo o localismo inherente a todo ordenamiento jurídico. Pero es que no es ésa la única causa de las diferencias considerables a que se ha hecho referencia. Es más bien la búsqueda constante de las soluciones que no se logran con la reforma de hoy, y por eso mismo se requiere de otras que van sucediéndose al cabo de corto tiempo, en una reiteración incontrolable e indefinida en el tiempo. Es más todavía, promulgada una nueva normativa, ese mismo día surgen ideas y se piensa otra vez en una reforma. "Insatisfacción" y "frustración" fueron los dos vocablos que usé anteriormente.

Alguien ha dicho que se trata de un tema siempre efervescente. Pero es que no basta esa caracterización, a través de expresión etérea, si no se agrega el porqué, y, además, una vía de solución para salir de esa constante efervescencia que atenta contra la estabilidad ideal de las normas y la seguridad jurídica de muchos involucrados en la problemática de la economía del matrimonio.

Reitero aquí mi pensamiento, expuesto en artículos de revistas publicados en varios países desde hace muchos años. Por lo visto, sin resultado positivo hasta el momento.

El Derecho escrito y rígido que regula la materia desde antes de la relación matrimonial, durante su desarrollo y a su término, no es capaz de dar soluciones ge-

neralmente acertadas respecto de hechos y situaciones jurídicas inciertas y variables que nacen de una pareja humana siempre diferente, de un obrar individual y colectivo también diferentes y que produce bienes-ahorros en forma individual o bien conjunta de modo igualmente diferente.

Los conceptos o causas concurrentes, los efectos que se producen, y, sobre todo, las pretensiones de los sujetos implicados a la hora del conflicto en que participan cónyuges, excónyuges, herederos, terceros, entre los que destacan los acreedores, u otros, admiten toda la variedad de honduras y matices. Por supuesto que todo ello imprevisto e impredecible, si nos situamos en el momento de celebrarse el matrimonio, sea regido por la ley, sea regulado por un pacto entre contrayentes.

De la experiencia recogida de la realidad viva y diaria resulta que, a mi juicio, la normativa debe ser acorde con la idiosincrasia del lugar y conforme a las aspiraciones reformistas del momento. Además, debe ser solamente básica y simple, con caracteres de flexibilidad, que le permita avenirse con la variedad e impredecibilidad de los casos. Finalmente, debe quedar establecida una solución subsidiaria entregada a la discrecionalidad del juez que obrará respecto de hechos reales y efectivos ya producidos, abarcando el juez aquellas áreas o zonas de contenido que no decidió la ley o bien ésta no lo hizo de modo inamovible.

Cuanto comentaron críticamente los estudios de Derecho Comparado a que ya se hizo referencia, y, en general, cuantos analizaron la materia, buscaron en los modelos y modalidades de muchos países, la inspiración que estimaron adecuada para la elaboración de su propia reforma. No exagero si afirmo que fueron tras la imitación, si no total, al menos parcial.

Sin embargo, no advirtieron que en la variedad y matización de esas fuentes de conocimiento estaba ínsito el *principio de la impredecibilidad de los fenómenos por producirse en el ámbito de la economía del matrimonio, no siendo posible en tal caso imponer normas previas y rígidas, que terminarán por ser injustas al recibir aplicación, en lugar de entregar al juez la solución subsidiaria en ciertas y determinadas áreas del sistema.*

VI. LA LEGISLACION EXTRANJERA PODRA USARSE SOLO COMO FUENTE ILUSTRATIVA Y SUGERENTE

Una de las varias orientaciones básicas que merecen señalamiento especial es precisamente ésta de apoyar aquellos proyectos de ley en los cuales se haya consi-

derado esencialmente las *costumbres e idiosincrasia* de la nación que aspira a una reforma legislativa en la materia de nuestro tratamiento.

Por consiguiente, la normatividad ha de nacer de las verdaderas necesidades nacionales, según se aprecie la problemática en el lugar respectivo y conforme haya de recibirse y aplicarse allí lo mismo la legislación que se intenta crear en un momento dado. Por descartado, el método de reproducciones, abiertas o disimuladas de ordenamientos extranjeros, por buenos que parezcan mirados a distancia, y por más que se haya abusado en la práctica de dicho método, con los funestos resultados que se han podido comprobar repetidamente.

“Si en cualquier materia está contraindicado el método cómodo y perezoso de las reproducciones o imitaciones, en materia familiar, y aún más, mezcladas con lo patrimonial, la solución en tal sentido es funesta, fatal”.

Es evidente que el Derecho Comparado sirve infinitamente. Allí está el ejemplo que nos han dado innumerables trabajos del Instituto de Derecho Comparado, de París, a que se hizo referencia anteriormente. Pero sólo sirven para sugerir, inspirar; a veces para no hacer otro tanto, para concluir que tanta variedad, seguida de grandes frustraciones repetidas, están señalando que las soluciones, en vez de darse *a priori*, deberán darse *a posteriori* por la vía judicial, como se ha venido repitiendo en el presente trabajo.

VII. CUATRO GRANDES BASES CONCURRENTES: LA UNIDAD O COMUNIDAD DE INTERESES, LA FAMILIA COMO UNO DE LOS POLOS DE INTERES, LA PERSONALIDAD INDIVIDUAL Y EL INTERES LEGITIMO DE TERCEROS

Si hacemos un esfuerzo para esquematizar el universo concerniente al régimen patrimonial del matrimonio, observamos que siempre han de estar presentes factores, mancomunadamente. Además, en equilibrio recíproco, de modo que ellos concurren pacíficamente, en dosis adecuadas, sin estorbarse ni agredirse unos con otros.

La sobrevaloración o la preeminencia injusta de cualesquiera de tales factores conducirá a soluciones inconvenientes, que deben evitarse.

- a) *La unidad o comunidad de intereses* implica el intento de soluciones coincidentes con la esencia del matrimonio, que es como decir unión ple-

na, incondicional, real, como que está regida por el amor, y así lo repiten insistentemente los autores. La idea de provecho o beneficio deberá estar concebida para ambos cónyuges a la vez, lealmente, aunque sea necesariamente en alguna medida restringida y no en forma absoluta. La idea contraria, de pérdida o deterioro, deberá administrarse consecuentemente con lo recién expresado, y en caso alguno se habrá de producir injustamente.

- b) *La familia, como uno de los polos de interés.* Bueno es remarcar que la familia a que han dado origen los cónyuges tiene un legítimo interés —más o menos indirecto— en la gestión de los acervos económicos que intervengan en su caso, en la disponibilidad de los bienes que integran tales acervos, en la conservación y seguridad de ellos y, sobre todo, en la transparencia y autenticidad de los actos de gestión o disposición en forma de evitarse posibles simulaciones o fraudes de alguno de los cónyuges —ya en medio de desavenencias entre ellos— y que conduzcan a hacer desaparecer bienes que ya no estarán al alcance de los herederos en su día.

Es efectivo que hay buena parte de todo esto en el campo de las meras expectativas de la familia; pero no podría rechazarse la idea esencial de interés por un provecho o de interés porque no acaezcan pérdidas o deterioros.

Con todo, dentro de la economía del matrimonio se contemplan en las leyes instituciones específicas como el patrimonio familiar, y aun modalidades apropiadas. Elocuente demostración de que los acervos en juego han de servir, además, el interés familiar.

- c) *La personalidad individual* es otro de los factores que no deben faltar. ¿Cómo dejar de considerar tanto la persona del marido como la de la mujer en sus respectivos intereses individuales, aunque sin que alguno sobrepase al otro sin causa justa, o lo que es igual, sea uno inferior al otro? No es más que la estimación de la igualdad de sexos, que tanto se pondera modernamente y con sobradas razones.
- d) *El interés legítimo de los terceros*, generalmente acreedores, es factor de singular importancia.

Es fundamentalmente un factor desequilibrante, pues su consideración en medida exagerada entorpecería directamente el funcionamiento de los otros tres factores mencionados antes, especialmente el tercero.

Para el resguardo del interés legítimo de los terceros, ojalá que hubiera en términos generales un solo titular de todos los bienes y un solo administrador, como en épocas históricas, felizmente ya superadas. Para los terceros, así sería más fácil y seguro perseguir la responsabilidad pecuniaria, en cualquier caso.

Pero, sin ir tan lejos, lo cierto es que los terceros requieren la debida consideración por el sistema legislativo, de modo que sus créditos no se debiliten al punto de hacerse peligrosamente incobrables.

La dispersión de los haberes, la coparticipación de ambos cónyuges en la administración y disposición de bienes de la masa conyugal, y la libre creación de obligaciones por obra de cualquiera de los dos son elementos, entre otros, que justamente atentan contra el legítimo interés de los terceros.

Con mucha frecuencia se observan en los proyectos de reforma legislativa una inclinación notoria en favor de los cónyuges y del consorcio conyugal, en desmedro simultáneo del legítimo interés de los terceros. Ese grave error determina generalmente el fracaso de ese proyecto.

A mi juicio, jamás podría prosperar la tesis del aprovechamiento abusivo de dos en perjuicio simultáneo de los terceros, que, a decir verdad, representan a la sociedad, con todas sus consecuencias.

Finalmente, podrá observarse lo difícil que es *conjug*ar en la práctica los factores anteriormente indicados; pero ahí está una de las claves para un buen régimen patrimonial del matrimonio. Así se explica, al propio tiempo, la razón del fracaso de tantos estudiosos del tema en cualquier país. ¿Cómo *conjug*ar debidamente los cuatro factores esenciales acabados de mencionar?

VIII. EL PRINCIPIO O AXIOMA DE LA IGUALDAD DE SEXOS FRENTE A LA DESIGUALDAD DE HECHO. LA DESIGUALDAD PUEDE OPERAR EN FAVOR O EN CONTRA DE CUALESQUIERA DE LOS CONYUGES.

Dejemos de lado las doscientas diferencias biológicas entre ambos seres. Exacto o no el dato, tal ángulo de comparación no cuenta para efectos de nuestro raciocinio.

Circunscritos a cotejar un desempeño remunerativo en el trabajo físico o intelectual, lo cierto es que la mujer aún no alcanza el rendimiento económico prome-

dio del hombre, ni ha logrado los niveles de preeminencia de éste en labores de importancia y responsabilidad, como tampoco se paga en general a una mujer lo que se paga a un hombre. La distinción rige a mayor nivel en el campo empresarial o de los negocios.

Es efectivo que la historia —y también nuestros días— está cargada de mujeres extraordinariamente capaces que lograron notoriedad incluso a nivel universal. Pero eso es y seguirá siendo excepcional y, por tanto, confirmante de la regla ya expresada.

Concretamente, el sujeto productor de bienes de ahorro en el consorcio conyugal es y será el hombre, quién sabe por cuánto tiempo más.

Lo más importante es recalcar que en la formación de una masa consistente de bienes, por obra del trabajo y el esfuerzo, es el hombre el promotor en general. La lucha por la conservación de ese patrimonio también sigue estando a cargo del hombre es términos generales.

Es rigurosamente efectivo que, a contar de los años treinta, aproximadamente, empieza una marcada evolución que acorta la distancia entre hombre y mujer en el aspecto de producción de bienes provenientes de un salario o de una actividad empresarial menor; pero hemos de admitir que las premisas que anteceden siguen siendo fundamentalmente las mismas que marcan la diferencia en favor del hombre.

Esta diferencia de hecho obliga a regular un sistema fundado en el concepto de justicia. Así, por un lado será preciso reconocer en la mujer un aporte útil en el hogar y en la crianza de los hijos; más el apoyo inconmensurable, aún con repercusión económica, con su amor constante hacia el ser que comparte su vida. Todo ello ha de conducir a su justa participación final en el patrimonio esencialmente formado y conservado por el marido. Por otra parte han de evitarse las fórmulas que involucran separación plena o absoluta de bienes desde el momento inicial y que dejen a la mujer sin bienes en los casos generales.

Para dejar todo esto en claro, y evitar malos entendidos, debo afirmar que hay muchas mujeres que han producido en gran medida los bienes propios de ellas y aun los comunes, y que además los administran con acierto, a veces en conjunto con el marido y en ocasiones ciertamente sin intervención fundamental de éste. También las hay que prestan colaboración importantísima en la actividad que desarrolla el marido, sea profesional, industrial, agrícola, comercial o de otra especie.

Más todavía, se advierte en tales casos que la mujer posee igual o mayor preparación y talento que el marido, o al menos se ha ido superando en mayor escala que el marido a través del tiempo. En tales condiciones, su aporte es fundamental o acaso prioritario. Sobre todo esto no sería posible abrir controversia; mi afirmación es incontestable.

De lo expuesto en este párrafo cabría formular las siguientes conclusiones

- A) El principio de la igualdad de sexos tiene connotación abstracta y concreta, no coincidiendo necesariamente en los hechos ambas formulaciones del problema.
- B) La desigualdad de hecho de la mujer, que ha de estimarse como regla general, deberá encontrar justa compensación en el sistema legal que se adopte.
- C) Los casos de superioridad de la mujer, que se traduzcan en el incremento efectivo de los bienes, han de favorecerla de todos modos según los medios legales en aplicación.
- D) Los bienes gananciales, o los de participación, según los casos, y que conducen al llamado acervo partible, no tienen por qué ser distribuidos siempre e infaliblemente por mitades. La fijación de una proporción diferente será necesariamente sobre la base de resultados producidos.
- E) La decisión judicial, *a posteriori*, favorece la solución justa.

IX. LA IGUALDAD IDEAL DEL HOMBRE Y LA MUJER, COMO PRIMER ESCOLLO DE LA PROBLEMÁTICA EN LOS ORDENAMIENTOS POSITIVOS DEL SIGLO XX.

Modernamente, todos admitimos la igualdad del hombre y la mujer, o simplemente la igualdad de sexos. Lo fundamos, dentro de nuestra rama, en la equivalencia exacta que ha de merecernos en lo jurídico uno u otro sujeto. Se encuentra consagrada tal igualdad en casi todas las Constituciones políticas del mundo, o al menos en la ley. Ocurre que a veces tales normas aparecen formuladas con énfasis y ostentación, como para convencer y educar; probablemente hasta para contrarrestar la tendencia opuesta de la preeminencia del sujeto masculino, reflejada en alguna norma menor aún no derogada, o en el alma de algunos rezagados que prefieren la fórmula del plano inclinado... por supuesto que con el hombre en el nivel superior.

Quedaron muy atrás los enciclopedistas franceses, y sus innumerables seguidores, en el siglo XVIII (para no ir más lejos), propugnaron una abierta superioridad del hombre respecto de una mujer menoscabada que debía servirle y obedecerle plenamente. A ello agréguese una larga nómina de argumentos que se daban en pro de tales diferencias. El Código Napoleón de 1804, con toda la influencia internacional que ejerció, quedó necesariamente empapado de tales doctrinas masculinistas; agréguese, con la feroz carga de pasión que aportó a este respecto el propio Bonaparte, quien llegó a extremos de incurrir en verdaderas injurias prodigadas a la mujer como integrante de la pareja humana y aun como sujeto individual. (Véase, a este respecto, mi Derecho de Familia, tomo I, págs. 51 y siguientes).

Nuestro abierto rechazo de hoy, sabemos, va seguido hasta de la franca risa; ni más ni menos.

En aquel entorno ideológico aludido resultaba muy sencillo elaborar un sistema normativo referido a las relaciones patrimoniales entre cónyuges.

Describamos, a modo de muestra, *sólo algunos extremos*:

- a) Inclinación abierta hacia un régimen de comunidad, más restringida o menos restringida, que lo mismo da, con una solución judicial ciertamente extrema de eventual separación total de bienes por causas taxativas, además de difícil prueba, prosperando en la práctica escasas demandas a este respecto según experiencias en países que siguieron tal orientación. Chile entre ellos.
- b) Concentración de bienes en la masa comunitaria que gobierna el marido soberanamente, aunque con el tiempo atemperándose poco a poco sus poderes, inicialmente casi absolutos.
- c) Los bienes propios de la mujer constituyen, de hecho, excepción.
- d) Los frutos de cualquier clase de bienes, sociales o de los cónyuges, ingresan al patrimonio de modo definitivo.
- e) Todas las adquisiciones a título oneroso durante el matrimonio ingresan irrevocablemente y para siempre al patrimonio social, sea que se hagan con bienes propios de cualesquiera de los cónyuges. Hay, por tanto, un evidente acento societario.

- f) La concentración de bienes y de poder de gestión y de disponibilidad, en la persona del marido. Sin duda, que esto da lugar a innumerables consecuencias perniciosas para los intereses de la mujer, a veces por percances de ocurrencia fortuita, y en ocasiones a través de simulaciones destinadas a la ocultación de bienes sociales con abierta participación de la mala fe, generalmente cuando en la pareja ya se han perdido la armonía y el respeto recíproco y se avecina la disolución del matrimonio.
- g) En el siglo XX empezaron los franceses con un resguardo en favor del trabajo productivo de la mujer casada, para que tales frutos le aprovecharan a ella y no a la comunidad conyugal. Adelanto que otras naciones lo recogieron en sus leyes y que representa un cierto impulso hacia la anhelada igualdad. Se hizo bajo el nombre de "bienes reservados de la mujer casada". Chile adoptó este régimen, y está vigente en nuestros días.
- h) Limitación casi absoluta de los derechos de la mujer durante la vigencia del consorcio conyugal, postergándose para que los ejercite a la disolución de la sociedad, con los hechos ya consumados y los bienes a lo mejor ya consumidos.
- i) En fin, por decenios y decenios, las restituciones y compensaciones en dinero, a la disolución de la comunidad conyugal, se hicieron en moneda desvalorizada, por ignorarse en aquel tiempo la corrección monetaria o indexación, motivo de nuevo perjuicio para la mujer en la mayoría de los casos prácticos.

Repito, en aquella época pasada a que aludo resultaba relativamente fácil resolver normativamente el problema de la economía del matrimonio. ¡Qué fácil es elaborar un sistema de concentración o unidad en torno a un solo sujeto! Incluso mirando desde el punto de vista de los terceros interesados, que se llaman acreedores.

Sin embargo, cosa muy distinta es encontrar la justa medida, el equilibrio y la equidad cuando esa concentración o unidad se sustituye por una coparticipación o influencia bilateral, justamente para dar paso y satisfacción al principio de la igualdad de sexos, o entre cónyuges, que todos sentimos y queremos aplicar.

No sabemos, con todo, cómo hacerlo prácticamente con normatividad idónea y, sobre todo, con soluciones *a priori*, completas, generalmente rígidas, obsesionados como estamos con la idea de encontrar absolutamente todo en la ley, desde el

instante inicial de cada matrimonio, y olvidando el caleidoscopio infinito de casos que nos ofrece la realidad fenomenológica en el curso de los años de duración de la unión conyugal.

Es entonces cuando nos enfrentamos ante el problema serio de dar con una normativa adecuada, capaz de convencer siquiera a una mayoría —sería utópico pretender que a todos—.

Es justamente lo que ha ocurrido en Chile a partir del momento en que se tomó la decisión de elaborar un proyecto de ley basado esencialmente en la concebida idea de igualdad de sexos. Un intento —olvidando otros anteriores— fue a través del proyecto de 1970, que alcanzó hasta la aprobación unánime de la Cámara de Diputados. Más tarde, luego de permanecer inmovilizado por algún tiempo, se le desestimó deliberadamente, ignorándosele, pues ni siquiera se le cita en nuestros días. Años después, un proyecto elaborado por una Comisión instalada en el Ministerio de Justicia, y que se individualiza como el Proyecto de 1979, no ha corrido mejor suerte, puesto que hasta el momento no se ha producido, ni se divisa, resultado positivo alguno, como transacción. Ni siquiera se han rescatado de ese proyecto materias de cierta autonomía con soluciones que la gran mayoría acepte.

Debo señalar que el proyecto de referencia pasó por cada una de las Facultades de Derecho de Chile para su examen por los especialistas. En todas ellas sufrió estuendoso rechazo respecto de gran parte de sus disposiciones, en particular en cuanto a la coparticipación de los cónyuges en la administración de los bienes sociales.

Las opiniones encontradas en torno a él, y una desmesurada dispersión de pareceres que se produjo, dieron por resultado el estancamiento absoluto. Pareciera que se llegó a pensar algo así como lo siguiente: ante un desentendimiento pleno en torno a cualquier texto propuesto o por proponerse, es preferible proseguir con las disposiciones legales vigentes. Los individualistas, que abundan, que generalmente son obsesivos, pensando, por su parte: “o se aprueba lo mío, o nada”. Repito, pues, el nombre de este párrafo: “*La igualdad del hombre y la mujer como primer escollo de la problemática en los ordenamientos positivos del siglo XX*”. Y ahora agregó acentuadamente: “*Capaz de producir el desentendimiento pleno y la estática absoluta*”.

Con todo, para ajustarnos a la estricta verdad, a mediados de 1987 aparecieron dos proyectos. Uno proveniente del Ministerio de Justicia de Chile, con reformas obvias sobre capacidad, patria potestad y otras materias en las cuales no sería

difícil lograr armonía de pareceres. El otro ha sido elaborado en una Universidad particular de reciente creación, comprende amplitud de materias y ha sido meditado largamente. No me atrevería a adivinar la suerte que correrán ambos proyectos.

X. LA JUSTICIA EN LA DISTRIBUCION DE BIENES Y REGULACIONES DE ACTOS DE GESTION Y DISPOSICION.

El gran valor constituido por la justicia —tal vez el valor jurídico mayor— no lo he visto especialmente considerado en el tema de la economía de matrimonio. ¿Se le habrá tomado como de suyo implícito? No lo sé; pero no lo he visto ni siquiera nombrado.

A mi juicio es necesario tomar pie en la *noción de la justicia* para efectos de considerar que un patrimonio común, o unos patrimonios de cada cónyuge, deben acrecentarse, o al menos conservarse, usando en ellos al menos una mediana diligencia y la debida prudencia; todo ello para responder a los derechos o expectativas de varios: los mismos cónyuges, los herederos que en su día recibirán o dejarán de recibir, los terceros, entre los cuales pueden citarse los acreedores y aun el Estado, y otros.

Según el acierto medio en la administración de los bienes, usando de la prudencia y obrando en armonía si las resoluciones las tomaran los dos cónyuges de consumo, y según la cordura media de los actos de disposición, subsistirá un acervo capaz de satisfacer los derechos y expectativas de varios sujetos jurídicos.

Más todavía, así como hemos de exigir y esperar de los cónyuges conductas normales que permitan en su día la justicia en la distribución de los haberes, también hemos de elaborar un ordenamiento positivo fundado esencialmente en la justicia con que se distribuirán los bienes, los actos de administración y de disposición, las responsabilidades y las cargas respecto de cuantos patrimonios se formen en la unión conyugal.

La justicia tendrá que aplicarse, por último, al darse la decisión judicial que propongo en un sistema legal mixto en que se regulen las materias fundamentales y, subsidiariamente, se dejará la solución al juez, que obrará respecto de hechos ya producidos.

XI. VARIEDAD DE REGIMENES VOLUNTARISTAS

Los regímenes legales que se proponen u ofrecen son casi infinitos. A unas estructuras básicas, con cierta individualidad propia, se añaden modalidades que conducen a formas que podríamos llamar híbridas, pues toman algo de acá y de allá, combinadamente. Diríamos que esto último es lo que prima en las legislaciones reformadas de los últimos años; en cambio, en los libros, doctrinariamente, se insiste en las estructuras más bien puras, como ajenas a combinaciones múltiples, o bien se encuentran las soluciones mixtas o combinadas cuando ya alcanzaron vida legislativa.

Finalmente, está presente la *solución voluntarista*, como la consagrada en el artículo 1315 del Código Civil español, aun después de la reforma sobre la materia por ley del 13 de mayo de 1981: *El régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en las capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código*. El artículo siguiente se encarga de consagrar el régimen de “sociedades de gananciales” como solución subsidiaria, a falta de pacto.

Por el camino de la *voluntad mayormente libre* de los contrayentes —no solamente la opción entre estructuras de alternativa, como en los sistemas clásicos—, se puede llegar a casos extraordinariamente interesantes, a la vez que extraños, no exentos de extravagancias.

A la muerte de ARISTOTELES ONASSIS, acaudalado naviero griego-argentino, se dio a la publicidad lo que se llamó su “contrato matrimonial”. Lo había celebrado en su día con motivo de su matrimonio con Jacqueline, viuda de Kennedy, el mismo KENNEDY que fuera Presidente de los Estados Unidos de Norteamérica. Es tan completo y minucioso el texto, abarcando las más extrañas hipótesis, que fue necesario completar *ciento setenta apartados*; como quien dice, un pequeño Código. A esos extremos se puede llegar normalmente por el camino de la voluntad jurídica en un entorno aperturista a la maravillosa libertad.

No se trata de analizar este originalísimo instrumento complementario, y condicionante, de relaciones matrimoniales y de su eventual término por otra razón que la muerte natural de los cónyuges. No. Pero para una leve orientación recordemos solamente un aspecto del conjunto total: un sistema de ruptura matrimonial, todas, sin duda, inclinadas a favorecer a la mujer que contraería nupcias.

El eventual repudio de ONASSIS a su cónyuge estaba condicionado a la cancelación de 10.000.000 de dólares por año de matrimonio —como la indemnización

por años de servicios en el Derecho Laboral—. Si, por el contrario, fuera ella la que tomaba la iniciativa de abandono antes de cumplirse cinco años de matrimonio, de todos modos recibiría retribución, pero establecida en relación a una suma determinada: 20.000.000 de dólares. Si la misma separación señalada se produjera después de sesenta meses del matrimonio, se supone que sin radicarse la causa basal en ninguno de los dos, regiría igual cantidad de 20.000.000 de dólares aunque agregándose a ella una pensión alimenticia anual de 124.000 dólares durante diez años.

Todo está tasado; no sólo en el caso de ruptura conyugal, como se ha expuesto, sino que también para considerar gastos personales de la mujer, viviendas que podrá tener, viajes por realizar, incluso medidas de protección económica de los hijos menores de la mujer para el caso de morir ésta antes que ONASSIS, etc.

En pocas palabras, dada la extensión de este pacto señalado como ejemplo, la minuciosidad en el tratamiento de hipótesis, la contemplación de soluciones inclinadas en favor de la mujer, y aun de sus hijos menores, y otras circunstancias, puede afirmarse que aquí rigió la libertad jurídica más amplia para celebrar capitulaciones matrimoniales, en contraste con las limitaciones y estrechez que se observa en los sistemas del área hispanoamericana.

Además, parece ser un caso ejemplar del extremo de mujer abiertamente favorecida por los pactos. Por último, entran en juego algunos supuestos necesarios: una gran fortuna de quien será marido, un aparente distanciamiento del amor matrimonial y unos envidiables caprichos de personajes del *jet set*.

El Pueblo, periódico de Madrid, dio a conocer fragmentariamente el documento de referencia, y de allí hizo la reproducción *El Espectador*, de Bogotá, el domingo 16 de marzo de 1975, material del cual dispongo en esta ocasión. ¿Quién no querría poseer el texto completo, con sus ciento setenta disposiciones?

Pido excusas por ofrecer *otro ejemplo* con origen en el mismo país y con ribetes de monstruosidad. Siempre en el campo de un régimen contractualista abierto, eso es, sin limitaciones. Los hechos ocurren en Los Angeles, California.

Se firmó un *contrato prenupcial* entre la estrella que se ha hecho famosa en el filme *Dinastía*, Joan Collins, y el ex-cantante sueco Peter Holm. Al revés que en el ejemplo anterior, aquí la fortuna y las grandes rentas están en manos de la mujer y el beneficiario por pacto es el varón.

Según dicho contrato prenupcial, o capitulaciones matrimoniales, la Collins se obligó a pagarle a su marido, durante el matrimonio, el 20 por 100 de sus ganancias brutas, lo que significa el 40 por 100 ó 50 por 100 del líquido definitivo de dichas ganancias, puesto que la actriz debería cubrir de su peculio todos los impuestos.

La mujer, además, sea que ello haya sido establecido o no en el contrato prenupcial, cubrió todos los gastos de la casa y hogar común durante el tiempo que duró el matrimonio. Además, según versión del abogado de la estrella —Marvin Mitchelson—, Holm “se aprovechó constantemente del dinero de la intérprete de Alexis, a tal punto de haber gastado 1.300.000 dólares del peculio de ella durante los trece meses de casados”.

Finalmente, el marido pidió una pensión mensual de 80.000 dólares para cubrir sus gastos congruentes con su rango y su modo de vivir a que estaba acostumbrado. El juez, con sobradas razones, rechazó totalmente tal pretensión. Lo hizo en una audiencia pública y dramática por muchos conceptos.

La actriz declaró públicamente que “no volverá a casarse nunca más”, y esto a pesar de su actual noviazgo con Bill Wiggins⁵.

De los casos reseñados, podemos deducir, entre otras cosas, lo siguiente:

- A) Más que un régimen o sistema patrimonial del matrimonio, se pactan prestaciones determinadas a cargo de uno de los cónyuges: en el primer caso el varón, en el segundo la mujer.
- B) Cualesquiera de los dos casos los montos respectivos son tan altos, que cada prestación equivale a un patrimonio reunido en treinta o más años de éxito pecuniario.
- C) Está involucrado en ambos casos un interés evidente para conseguir físicamente al otro sujeto de la pareja, por lo cual el interesado paga valores fabulosos. Recíprocamente, el otro aprovecha la situación. La palabra “abuso” quedaría corta.

5. La información extractada de Revista del Mundo, 64, Santiago de Chile, 26 de agosto de 1987. Por demás está decir que este caso ha tenido extraordinaria publicidad en todo el mundo y en cualquier lengua. Además, las publicaciones se repiten constantemente, pues el caso va sumando episodios nuevos e insospechados.

- D) Todo cuanto hayamos estudiado sobre regímenes patrimoniales del matrimonio aparece como inútil frente a estos exabruptos logrados a través de un “contrato prenupcial” al amparo de la libertad absoluta.

XII. ¿DEBE CONTEMPLARSE DE ALGUN MODO LA POSIBILIDAD DE SOLUCIONES “A POSTERIORI”? RESPUESTA AFIRMATIVA

La importancia del punto obliga a ser insistente, y pido excusas por haber tocado ya este aspecto, si bien en forma general.

Como primera deducción que resulta de acogerse al método de la fenomenología, debe señalarse, a contrario sensu, el error craso que se ha venido cometiendo desde siempre al pretenderse que el régimen patrimonial del matrimonio ha de ser fundamentalmente rígido, y además, todo ha de estar previsto de antemano, en la ley, hasta con minuciosidad, para entrar a regir en cada caso a contar del matrimonio. O bien que las partes, voluntariamente, fijen su régimen con libertad amplia o, en su defecto, restringida, que viene a ser lo mismo.

Siempre se ha querido fijar normas precisas para los fenómenos del futuro, como queriendo adivinar lo que sucederá en la práctica, en forma sana o insana, por espacio de años, en el seno de la compleja pareja matrimonial y aun frente a terceros.

En cambio, ante la imposibilidad material de mirar con acierto hacia el futuro, siempre, en todo caso, se impone prever soluciones respecto de hechos pasados, por tanto ciertos. ¿Cómo? Disponiéndose la *solución judicial*, en campos determinados, a petición de parte. El juez, obrando discrecionalmente, y atendiendo a pruebas que se rindan en juicio, resolverá lo que corresponda. No todo, repito, ha de estar necesariamente en la ley y de antemano. Algo o bastante quedará para resolver *a posteriori* por el juez. Por lo demás, aplicándose una vez más la técnica procesal moderna de la discrecionalidad judicial aplicada a la decisión.

Por consiguiente, bastará una estructura legal esquemática, que contenga los grandes principios jurídicos que sobre la materia quiso darse al grupo social, y luego, a través de un conjunto conveniente de normas en blanco, o de valor indeterminado, o flexibles, atender a soluciones amplias que luego determinará debidamente el juez de la causa que se inicie al respecto.

Pero, insisto, por motivo alguno la casuística pormenorizada que intenta resolverlo todo *a priori*. Aparte de ser un error, ello es imposible en la materia que nos ocupa.

Del "gobierno de leyes", hemos de pasarnos moderadamente al "gobierno de jueces".

Es verdad que ello implica aumentar nuestra confiabilidad en los jueces, y en algunos países será tarea difícil; pero, a la vez, admitamos que ya está superada la vieja escuela francesa de la exégesis, que tuvo su apogeo en el siglo XIX.

Además, debe darse por sabido que en cuanto a la materia de la economía del matrimonio son varias las hipótesis en que se requiere acudir al juez para que resuelva la controversia producida entre cónyuges. La reforma española, entre otras, así lo dispone marcadamente. "Por qué, entonces, ha de extrañarnos acudir al juez por asuntos aún más trascendentes que se producen al final de la relación?"

XIII. EL USO DOLOSO DE LA SEPARACION TOTAL DE BIENES POR VOLUNTAD DE LOS CONYUGES.

Muchos sistemas, aplicando los elementos libertad y voluntariedad, contemplan la posibilidad de una separación total de bienes durante el matrimonio⁶.

Se hace por escritura pública y con otros requisitos de publicidad registral que se agregan y que integran el Derecho registral del matrimonio.

Pues bien, se está usando, con excesiva frecuencia, esta facultad, legítima, como subterfugio destinado a *engañar a los acreedores* e impedirles el cobro efectivo de sus créditos. De este modo aparece un patrimonio de hecho disminuido o simplemente desaparecido al tiempo de las ejecuciones. Los casos son tan numerosos que la situación se torna alarmante y grave.

Lo anterior está tomado de la fenomenología más bien que de los libros, que a este respecto nada dicen. Podría ser contrarrestado por la siguiente *solución legislativa*.

Sobre todo en el caso del deudor comerciante o empresario, debiera ser requisito habilitante la *autorización judicial* para procederse a la consabida separación. Con el mérito de una declaración jurada del estado de situación correspondiente,

6. Hablo de "separación total" porque algunos sistemas contemplan la "separación parcial". En Chile, por ejemplo, hasta nuestros días.

que a su vez deberá ser concordante con el estado de situación que el interesado ha presentado a bancos e instituciones financieras para solicitar créditos, y el de otros antecedentes que se entendieran necesarios, el juez podría autorizar o no la separación de bienes que se intentara por los cónyuges en forma voluntaria.

XIV. DE NUEVO SOBRE FRAUDE CONYUGAL, DE AMBOS CONYUGES O DE UNO CONTRA EL OTRO. DELITO DE FRAUDE CONYUGAL

Al margen de la separación total de bienes como acto fraudulento, según se enunció anteriormente, los cónyuges suelen realizar otros actos, igualmente fraudulentos; a veces por ambos, para surtir efectos frente a terceros, a veces por uno en contra del otro.

En el primer caso, ambos cónyuges actúan en conclusión para perjudicar a los acreedores, generalmente a través de operaciones simuladas destinadas a vaciar entre otro acervo patrimonial los bienes expuestos a las ejecuciones por terceros.

En ocasiones, los cónyuges, separados totalmente de bienes, suelen traspasarse bienes de un lado a otro, según convenga a la perspectiva de futuras ejecuciones. O bien forman entre ellos una sociedad con participación escasa de la mujer (10 por 100, o menos), creándose un patrimonio separado y por tanto diferente, ajeno a persecución por causa anterior.

Es como un remedo, por supuesto malicioso, de la empresa individual de responsabilidad limitada que consagran algunas legislaciones, si bien en tal caso tomándose seguridades en resguardo del interés de terceros.

Cuando reina la desarmonía, y hasta la enemistad, bajo el presagio fundado de una inminente ruptura matrimonial, alguno de los cónyuges realiza actos fraudulentos destinados a ocultar bienes, o, por el contrario, a aumentar, fingidamente, el pasivo del patrimonio comunitario. La maquinación generalmente es del marido, como detentador de la mayor parte de los bienes y del poder central, que es la hipótesis más frecuente.

La concurrencia de la hipótesis de fraude conyugal, de este párrafo y del anterior, que son algunas entre muchas que la fenomenología nos ofrece, nos induce a la toma de providencias legales que contrarresten, anulen o penen criminalmente tales actos.

Entre las soluciones legislativas podría contemplarse un tipo penal específico de *fraude conyugal*, engarzado doctrinariamente en el delito de estafa y otros engaños. No olvidemos que la colusión para engañar y causar daño, fraguada entre sujetos íntimos, o bien la conducta igualmente fraudulenta de un íntimo en contra del otro, adquieren especial relieve de gravedad que no es posible disimular, ni hace falta fundar aquí de un modo especial.

XV. LA SEPARACION DE HECHO, DE CARACTER HONDO, DEBE PRODUCIR EFECTOS LEGALES EN EL REGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO.

En algunas legislaciones, la separación de hecho, aun prolongada, no causa efecto legal alguno, ni en la relación personal ni en la relación patrimonial. Sólo alguna regulación de necesidad absoluta, como es para fijar alimentos, o conferir la tuición de los hijos menores, y algunos pocos más. La obligación legal de "vivir juntos" y la de la mujer de "seguir al marido" a donde vaya, pareciera ser una ficción fuerte e incontrovertible, capaz de sobrepasar la realidad.

En otras legislaciones no hay inocuidad en los efectos. Por el contrario, por la separación de hecho se llega hasta el punto más alto: la disolución del matrimonio bajo el nombre de "divorcio". (En la reciente ley española, salvo la causa 5o., todas las restantes tienen como centro de gravedad el cese efectivo de la convivencia conyugal (art. 86 del Código Civil en su nuevo texto).

La separación de hecho, de cierta hondura, merece, pues, considerarse seriamente en los ordenamientos positivos para producir determinados *efectos patrimoniales* en la relación conyugal. De este modo se resolverían, además, muchos problemas graves que se producen en la práctica por la prosecución indebida de un determinado régimen patrimonial.

La separación de hecho, de cierta entidad y debidamente acreditada, debe separar de igual modo toda vinculación patrimonial entre cónyuges, recobrando éstos la individualidad propia que les corresponde. En general, pareciera que la *separación total de bienes* es una solución efectiva.

También debe contemplarse la situación de los créditos en favor de terceros, quienes, con este motivo, no debieran soportar nuevos riesgos para el cobro efectivo de tales créditos.

Según el número 3 del nuevo artículo 1393 del Código Civil español, concluye la sociedad de gananciales por separación de hecho voluntaria por más de un año o por abandono del hogar. Muchos Códigos, sin embargo, aún no consagran una disposición similar. El de Chile, entre otros.

XVI. EL CONCUBINATO Y SUS EFECTOS PATRIMONIALES NO PODRIAN IGNORARSE POR ESTIMARSE QUE EL TEMA ES INDELICADO.

Tradicionalmente se ha venido silenciando la materia en el campo legislativo; no así en el área jurisprudencial. El Código Civil chileno emplea la palabra sólo una vez, para referirse al "concubinato notorio de la madre con el presunto padre" (art. 280, núm. 3), y para el solo efecto menor de entablar demanda de alimentos. Como puede apreciarse, de modo insustancial y para un solo fin determinado. Legislación especial, muy posterior al Código, admite un importante derecho sucesorio de la concubina sobre cierto patrimonio del causante, dentro del ámbito de la Seguridad Social, por tanto limitadamente. Con todo, es una consignación legislativa que reviste importancia.

El Código Civil español, por ejemplo, tampoco emplea siquiera la expresión "concubinato", ni "relación extramatrimonial", ni otra que fuere equivalente.

Las numerosas soluciones que ofrecen las sentencias judiciales de diversos países nos demuestran a las claras que existe una vasta gama en el campo de la problemática del concubinato y que no puede dejar pasar el ordenamiento positivo que se proyecte.

En mi "Derecho de Familia" dedico toda una parte a las *Uniones Matrimoniales de hecho, especialmente en relación con los bienes* (tomo III, págs. 275 a 279). Allí se sostienen afirmativamente los derechos de la concubina (la verdadera concubina) para participar de la mitad de los bienes obtenidos por la pareja durante el tiempo que duró la unión, agregándose el fundamento de sentencias, una de ellas uruguaya. Esto ya lo exponía en el lejano 1959 al publicar mi "Derecho de Familia" antes que prosperaran algunas reformas legislativas en tal sentido, y estando hoy pendientes otras más.

XVII. LA DISTRIBUCION DE UN HABER LIQUIDO FINAL POR PARTES IGUALES, EN UN REGIMEN DE SOCIEDAD CONYUGAL, O EN EL DE PARTICIPACION QUE RIJA. ¿HA DE SER SIEMPRE, INVARIABLEMENTE, DE UN 50 POR 100 PARA CADA CONYUGE? SOLUCION "A POSTERIORI", EN CASOS EXCEPCIONALES

Se produce, en la liquidación de un régimen de comunidad de bienes, o de uno de participación, sean o no más amplias o más restringidas tales modalidades, un haber líquido final que se distribuirá entre los cónyuges, siempre por mitades, en todas las legislaciones, al menos según mi información. (¿Ejecutadas las antedichas deducciones, el residuo se dividirá por mitad entre los cónyuges", establece el artículo 1774 del Código Civil chileno).

Se ha comentado largamente el fundamento del derecho de la mujer a la mitad de gananciales, tratándose de una sociedad conyugal disuelta. Ahora plantearé, sin embargo, la solución de una distribución que podría ser como la habitual, de un 50 por 100; pero sometida a eventual revisión en casos extremos, excepcionales, que se presenta, sin embargo, frecuentemente. En esto no hago más que seguir el método de atender a la fenomenología de modo preferente; por demás, esta proposición ya la he formulado yo mismo hace mucho tiempo, incluso en el Uruguay y más tarde en España, tanto oralmente como por escrito.

Tradicionalmente, se viene expresando que la colaboración eficiente de "una mujer, a lo menos mediana, es su aporte de afectos y esfuerzos útiles". Bien merece una participación igual a la del marido en los gananciales; ya que el marido, generalmente, tiene a su cargo sólo algunos aspectos del esfuerzo total, y en el fondo es más bien aparente su condición de único productor de los bienes gananciales con que suele presentarse⁷.

Sin duda que lo anterior obedece en primer término a la posición, igualmente tradicionalista, de disponer prácticamente todas las cosas *a priori*, para regir desde la celebración del matrimonio hasta su disolución.

Con todo, la disposición de un reparto igualitario está en la ley chilena en forma subsidiaria, esto es, a falta de pacto expreso que estableciera otra proporcionalidad y que constara en las capitulaciones matrimoniales que celebren los contrayentes sólo antes del matrimonio⁸.

7. Fueyo, "Derecho de Familia", tomo II, pág. 186, Santiago de Chile, 1959.

8. Así, como uno de tantos pactos lícitos; en la misma obra y tomo recién citados, pág. 17.

La fijación por la ley, por tanto, aparece como de necesidad, para cubrir un vacío convencional. Aclaremos que estimo que el pacto de referencia está entre los pactos lícitos, y esto no pasa de ser una interpretación personal. Por lo demás, *no se conoce hasta el momento un solo pacto que establezca un reparto diferente que el igualitario*.

Mi proposición concreta es la siguiente: Que a falta de pacto expreso que disponga otra distribución que la igualitaria, establecida por la ley, se faculte a los cónyuges, o a quienes les sucedan, para promover judicialmente la revisión de la proporción del 50 por 100, en atención a fundamentos claramente concurrentes en el caso de que se trate, probándose debidamente los hechos pertinentes.

Nada impediría que la mujer, o sus herederos, reclamen para sí una proporción superior al 50 por 100, pues hay casos en que así debiera ser; como, al revés, que el marido o sus herederos demandaran una rebaja de ese 50 por 100.

Quiero remarcar con énfasis que lo anterior se refiere a casos extremos, realmente excepcionales, ni siquiera dudosos. Los hay, repito, en proporción mayor de lo que se cree a primera vista. Es cuestión de prueba.

En verdad, existen casos en que dentro de una comunidad de bienes, o de una coparticipación en la modalidad que sea, la mujer realiza un esfuerzo mayor y más eficaz que el del marido, y, por consiguiente, se merecería una proporción mayor en el reparto. Digamos, del 60 por 100 o del 70 por 100, o quién sabe si más. La mujer, justamente, se muestra en tales casos con mayor preparación, mejor criterio para resolver y, en general, posee más condiciones que conducen a una buena administración y al éxito definitivo en la práctica. Se observa en todas las áreas de las actividades productivas: la agricultura, el comercio, la industria, las profesiones, etc. El hombre por su parte, se aviene a esta preponderancia positiva y buena de su mujer, la acata sin reparo, y en todo esto seguramente que actúa sabiamente. ¿Por qué ha de castigarse a esas mujeres dándoles una participación de la mitad del fondo final por repartir?

Al revés, son innumerables los casos en que las mujeres no solamente se abstienen de intervenir útilmente en las actividades productivas del marido, o bien carecen de una capacidad mínima para ello, sino que ni siquiera desempeñan con mediano acierto las importantes tareas del hogar, tan íntimamente vinculadas con el ciudadano y el desarrollo de los hijos comunes.

Los casos de separación de hecho son también frecuentes, manteniéndose, sin embargo, el régimen comunitario. Sucede en la práctica que hasta por treinta años

o más⁹. Podría hasta dar los nombres de tales parejas. ¿Deberá participar la mujer del 50 por 100 de los bienes gananciales que en tan largo tiempo el marido formó y conservó por su propio y exclusivo esfuerzo e ignorándolo por completo su mujer? Absurdo.

Por consiguiente, dentro de la línea de atender primordialmente a la fenomenología, como se ha venido sosteniendo insistentemente en este trabajo, y, a la vez, mirando desde el final hacia atrás, con soluciones necesariamente *a posteriori*, pienso que *debe descansar en el juez la potestad de alterar el "dogma" de la distribución por iguales partes* de aquellos bienes que resulten comunes en definitiva, cualquiera que sea el régimen que rigió en el matrimonio respectivo. Se hará por demanda del interesado y se probarán como es debido los hechos pertinentes. El juez resolverá discrecionalmente, o en conciencia, o conforme a equidad, o como prefiera decirse según la variada terminología que circula en las legislaciones más modernas.

Lo anteriormente expuesto ya lo propuse en unas Jornadas de Derecho Comparado uruguayo-chilenas realizadas en Montevideo hace aproximadamente treinta años. Mi trabajo se publicó en el lugar recién señalado y en España. También en mi país, en la "Revista de Derecho y Ciencias Sociales" (tomo III (119), pág. 3, Concepción, Chile, 1962).

Muchos Códigos modernos, o reformados con fecha reciente, siguen como siempre la regla de la división final por mitades del acervo partible entre cónyuge o entre uno de ellos y los herederos del otro. Así, por ejemplo, en el Código Civil español reformado, artículos 1404, 1428 y 1420, aplicándose la mencionada paridad tanto en el régimen de sociedad de gananciales como en el régimen de participación según las disposiciones citadas.

Con todo, en el proyecto italiano de reforma al Código Civil de 1942, que tuvo por objeto una importante reforma del Derecho de Familia, y que se logró por ley de 19 de marzo de 1975, *el proyecto originario contenía una disposición que autorizaba al juez para romper la regla tradicional en la paridad en el reparto*, asignando al cónyuge que había contribuido, en medida notablemente mayor, la formación del patrimonio común, una cuota de bienes superior a la mitad¹⁰.

9. Sucede en Códigos aún no reformados. El de Chile es uno de los casos.

10. V. de Paola y A. Macri, "Il nuovo regime patrimoniale della famiglia", pág. 214. Giuffrè Editore, Milano, 1978.

XVIII. LA NECESIDAD DE INDEXAR O ACTUALIZAR EN ESTA MATERIA LAS OBLIGACIONES DE DINERO QUE SE PAGAN A PLAZO

Luego de una larga y dura evolución, se llegó en muchas naciones afectadas por hiperinflación al principio de la indexación de las deudas de dinero a plazo que se pagan con moneda desvalorizada, extremo frecuente en muchos países, aunque en algunos en niveles porcentuales alarmantes, como, por ejemplo, en el caso de Brasil, Argentina y México, con diversidad en la intensificación del fenómeno según épocas. Chile también, en algunos períodos, como fue en los años cincuenta y de 1970 a 1975.

España acusa aumentos considerables de la inflación, y tal vez en forma creciente en el último tiempo.

Es lo que hace decir a un autor español: "La caída del valor adquisitivo de la moneda es evidente y constituye una preocupación de los poderes públicos y de los particulares, que ven que cada día su dinero vale menos"^{11,12}.

Esto fue recogido en la reforma del Código Civil español, por ley de 13 de mayo de 1981, que en varias hipótesis determinadas nos habla del importe actualizado. Se repite por los autores que el principio de referencia ha inundado todo el nuevo Derecho de Familia español.

En lo concerniente a economía del matrimonio, las disposiciones del Código Civil español que pueden citarse al respecto son los artículos 1397, 1398, 1358 y 1359, párrafo 2.

El Código Civil argentino, en su artículo 1316 bis, introducido por la ley 17.711, muy anterior a la reforma española, también actualizada o reajustada en el tema de la economía del matrimonio. Establece: "Los créditos de los cónyuges contra la sociedad conyugal, al tiempo de la solución, se determinarán reajustándose equitativamente, teniendo en cuenta la fecha en que se hizo la inversión y las circunstancias del caso"¹³.

11. Celestino A. Cano Tello, "La nueva relación de la sociedad de gananciales", 2o. edic., pág. 85, civitas, Madrid, 1983.

12. Fernando Fueyo Laneri, "Corrección monetaria y pago legal", Editorial Temis, Bogotá, 1978.

13. Obsérvese la fuerte dosis de discrecionalidad que se entrega al juez con la fórmula expresada de la frase a contar del verbo "reajustar".

Obviamente, gran parte de los Códigos Civiles no contienen aún disposiciones como las recién recordadas. Es altamente recomendable, pues, adoptar el principio y la indexación en el tema que nos ocupa.

XIX. LA ECONOMIA DEL MATRIMONIO Y EL DERECHO REGISTRAL

Las reformas que se han venido sucediendo en numerosos países, y que conducen a romper por una parte la simplicidad de los sistemas anteriores y por la otra dan oportunidad a la co-gestión o la co-disposición, o bien a que el sistema sea mutable durante su desarrollo, o que la sociedad de gananciales se inicie la vigencia del matrimonio, obligan a la entrada en escena del Derecho Registral en mayor medida de lo que era habitual en los ordenamientos positivos clásicos.

Es a través del Derecho Registral como encontrarán amplia y necesaria aplicación a *principios fundamentales* que son inherentes a dicha especialidad, tan desarrollada en el universo en nuestros días. Tales principios son, especialmente, el de la *publicidad*, el de la *seguridad jurídica*, el de la *exactitud* y otros¹⁴.

Los derechos de terceros merecen resguardo. Algo más, respeto.

Las reformas, por buenas que sean, de acuerdo con los conceptos que ya conocemos, tienden, sin embargo, a *menoscar considerablemente el derecho de los terceros* que se vinculan con el marido, con la mujer o con ambos, pues las nuevas normas introducen modalidades y combinaciones sutiles e ingeniosas antaño desconocidas y que apuntan al fin antes señalado.

Se impone, por tanto, un buen sistema de publicidad del régimen matrimonial por el que se seguirá cada unidad matrimonial, sea el inicio de la unión conyugal, sea en el tiempo que transcurre y que sufre modificaciones.

Se han oído voces en favor de un "Registro de capitulaciones". Yo propondría una mayor generalización: "Registro de Regímenes patrimoniales del matrimonio".

Con todo, cabe admitir que entre los elementos o situaciones que componen el estado civil de las personas con acceso al registro respectivo, están *el matrimonio*,

14. Véase mi "Teoría General de los Registros", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982.

sus alteraciones y las de su régimen patrimonial. Así lo señaló en mi Teoría General de los Registros, antes citado¹⁵. Podría ser esa la solución: el Registro del estado civil de las personas, que ya funciona desde largo tiempo.

XX. EL NOTABLE DETERIORO DE LOS DERECHOS DE TERCEROS PARA HACER EFECTIVOS SUS CREDITOS

Siguiendo con el tema de los terceros, no ya para resguardarlos de situaciones jurídicas eventualmente ignoradas por ellos, sino yendo al fondo de sus derechos y expectativas de cobrar efectivamente y como es debido sus créditos, bueno es remarcar que las reformas legislativas del último tiempo *deterioraron notablemente su posición anterior a tales reformas*.

El incremento de varios patrimonios a la vez, la co-gestión y la co-disponibilidad, sin contar que en ocasiones los cónyuges actuarán necesariamente con el apoyo de los Tribunales de Justicia, crea especialmente dos situaciones concretas: o la mengua del patrimonio responsable ante terceros, o bien la incertidumbre sobre cuál de los dos cónyuges y qué acervo responderá.

Tal vez la solución podría encontrarse haciendo responsable a cualquiera de los cónyuges y los acervos en juego. Por último, no hace falta un gran esfuerzo de imaginación para concluir que al aumentar los poderes de gestión y de disponibilidad de dos, la probabilidad de deterioro de los patrimonios también aumenta, y las expectativas de los acreedores disminuyen simultáneamente.

Salta a la vista, además, que una buena parte de los maridos deberán despersonalizarse cobijándose al alero de una persona jurídica, llámese sociedad o no, en donde la mujer no tendrá participación en la gestión y disponibilidad de bienes del ente diverso. Al menos, me parece que será la solución que aconsejarán los abogados.

CONCLUSIONES

1. La materia del régimen patrimonial del matrimonio será *siempre efervescente*, y, por lo mismo, estará siempre sometida a discusión y a reformas legislativas continuas. Podría figurar en todas y cada una de las Jornadas

15. Véase mi "Teoría General de los Registros", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982.

o Congresos sobre Familia y Derecho de Familia, en cualquier lugar del mundo. Jamás podría llegar a pensarse que con tal motivo se estaría produciendo repetición indebida de tema.

2. La multiplicidad y variedad de regímenes, que van de lo contractual a lo legal, de lo esforzado a lo opcional, del consorcio patrimonial más extremo al separatismo absoluto, pasando entre medio por matices, y por simbiosis de sistemas, que han dado lugar al nombre "interpenetración de los regímenes", todo ello, se reitera, jamás servirá o se prestará para un "copismo" o imitación vulgar. La normatividad debe nacer de una *auténtica creación nacional y para el medio en que se aplicará*.
3. La *metodología* que se haya de emplear en el estudio del tema debe arrancar de los fenómenos que ofrece la realidad. El método ha de ser, por tanto, pragmático. Esto vale tanto para efectos de la elaboración de un proyecto de reforma como para la aplicación de la legislación aprobada.
4. La legislación deberá ser esquemática, declaratoria de principios jurídicos fundamentales y estar compuesta por algunas normas en blanco, o de valor indeterminado, flexibles, etc.; normas cuyo contenido exacto y concreto lo fijará el juez conociendo del caso pertinente y obrando en ello discrecionalmente y conforme en equidad.
5. Debe estimarse como un absurdo que sólo la ley puede dar las soluciones *a priori*, rígidamente, sin dejar como alguno para resolver sobre hechos pasados, por tantos ciertos y reales. Debe descansar en el juez la facultad de hacerlo discrecionalmente, *a posteriori*. En el viejo dilema "gobierno de leyes" o "gobierno de jueces", es aconsejable dar paso moderadamente a lo último, por lo menos en la materia en tratamiento.
6. El uso doloso de la separación de bienes, otras formas de fraude conyugal, la separación de hecho y el concubinato, entre otros extremos, no pueden faltar en la *regulación legislativa* del tema en tratamiento. Lamentablemente, esos temas, señalados sólo como ejemplo, se encuentran ausentes en casi todos los anteproyectos que he conocido.
7. El principio —o axioma— de la *igualdad de sexos*, que deriva en la igualdad entre cónyuges, está sobradamente consagrado desde hace mucho tiempo, y lo admite y sustentan pacíficamente el Derecho, la moral, las religiones y hasta las buenas costumbres y el orden público familiar. Es

además, una verdadera conquista irreversiblemente de los tiempos modernos.

Con todo, a la hora de elaborar las normas de un proyecto que considere tal igualdad de sexos, la técnica jurídica que ha venido aplicándose tradicionalmente —y aun en recientes formas— no es la más adecuada para el arribo a una solución; en este caso muy difícil, puesto que lleva insita una condición de equilibrio necesario de factores que juegan mancomunadamente y, por otra parte, el campo de la fenomenología es variable, sorprendentemente e impredecible.

8. La igualdad en referencia no es, sin embargo, de hecho. Hombre y mujer, tanto individualmente como unidos en matrimonio, son *diferentes o desiguales*, particularmente para efectos de concurrir a la relación jurídica matrimonial en su ángulo patrimonial. La igualdad deseada por todos deberá entonces buscarse y lograrse por un habilísimo legislador que otorgue *compensaciones al más débil*, generalmente la mujer, aunque no dando lo que no sea justo. La igualdad no deberá conducir a la *equiparación literal*, sino a *justas compensaciones equilibrantes*.
9. La desigualdad recién anotada es en favor o en contra de cualquiera de los sujetos de la pareja matrimonial. La normatividad —o en subsidio la decisión judicial— se harán cargo de la desigualdad para dar soluciones fundadas en la justicia.
10. En la materia del régimen patrimonial del matrimonio rige y juega, como en ninguna otra, el principio superlativo de la civilística que se conoce como *el equilibrio de intereses*. A esto debe añadirse el valor jurídico más importante y elevado: la justicia.
11. Al término de la relación jurídico-patrimonial, la *distribución del acervo partible* no tiene por qué ser sólo y siempre por mitades. La solución deberá descansar eventualmente en una *decisión judicial a posteriori*.
12. El grave deterioro de la posición de los *acreedores*, según las últimas legislativas en diversos países, deberá encontrar pronto soluciones justas.
13. Si se me obligara a formular una sola conclusión, expresaría lo que es para mí superlativamente importante: *debe darse al juez la atribución* para resolver subsidiariamente en el campo de ciertas áreas o zonas de materias que no admiten normativa previa y, en cambio, permiten soluciones

justas respecto de hechos ciertos ya producidos. *Ya estaba dicho; pero merece repetirse porfiadamente por su importancia y porque en el cuarto de siglo ya transcurrido no se me ha entendido como para llegar a un consenso.*