

... que, en un sistema jurídico como el nuestro, el juez debe tener en cuenta el contexto social y económico de los hechos que se le presentan, en su país determinado. El artículo 1.º del Código de Familia de Chile, en las situaciones de divorcio, es un ejemplo de los países que tienen unificación. A la vez, el artículo 1.º del Código de Familia de Uruguay, que admite un divorcio por mutuo consentimiento, es un ejemplo de un sistema que admite un divorcio por mutuo consentimiento.

La patria potestad, en el caso de los hijos, es un deber y un derecho ideal del matrimonio y, por ende, de los esposos, al igual que el deber ideal del matrimonio y, por ende, de los esposos, de mantener a los hijos. Se encuentra de todos modos el deber legal de mantener a los hijos, la economía de la vida y el deber de los padres de proporcionar a los hijos o notas distintivas que permitan al niño desarrollar su personalidad y, de esta parte, aspectos realmente materiales.

Por descarte, pero, que la ley prevé expresamente la ocurrencia de dar a conocer de... **PROBLEMÁTICA GENERAL DEL REGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO*** en los Códigos respectivos. Lo que ocurre en mi país, está en mi Derecho de Familia, 3 volúmenes, Santiago de Chile, 1959.

Lo más importante, insisto, es presentar la problemática **FERNANDO FUEYO LANERI** directiva que uno propone invitando al diálogo. No se si logrará —siquiera en parte— tan difícil como pretencioso objetivo.

II. LA IGUALDAD DEL HOMBRE Y LA MUJER, COMO PRIMER ESCALON DE LA PROBLEMÁTICA

Profesor de Derecho Civil
Universidad de Chile
Santiago de Chile

* Este trabajo fue preparado por el autor para aportarlo a unas jornadas de Derecho de Familia patrocinadas por el Instituto de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Montevideo, Uruguay, en los días 12 al 15 de noviembre de 1984, por fuerza mayor, dichas jornadas debieron suspenderse, el trabajo sin embargo, puede publicarse.

I. PALABRAS PRELIMINARES

Me propongo exponer las ideas más generales sobre el *régimen patrimonial del matrimonio*, sin sujeción a la normativa legal que rigiera en un país determinado. Más bien, recogiendo de la fenomenología sobre el tema las situaciones de mayor relevancia que exigen de los juristas examen y reflexión. A la vez, con orientación evidente hacia reformas legislativas que pudieran proponerse virtualmente en cualquier lugar, ahora mismo.

La pareja humana, conductualmente obrando en sociedad, bajo el signo ideal del matrimonio, o modernamente, sin ambages, al margen de éste, se encuentra de todos modos forzada a regirse por unas normas que regulen la economía de la vida en común. Con todo, presenta favorablemente unos rasgos o notas distintivas 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.

Por descartado, pues, que hubiere pasado por mi mente la ocurrencia de dar a conocer descriptivamente el estatuto legal que rige en mi país, Chile, o aun el vigente en alguno otro. Todo ello está en los libros y en los Códigos respectivos. En cuanto a lo que sucede en mi país, está en mi Derecho de Familia, 3 volúmenes, Santiago de Chile, 1959.

Lo más importante, insisto, es presentar la problemática general junto con las directivas que uno propone invitando al diálogo. No sé si lograré —siquiera en parte— tan difícil como pretencioso objetivo.

II. LA IGUALDAD DEL HOMBRE Y LA MUJER, COMO PRIMER ESCOLLO DE LA PROBLEMATICA

Modernamente, y desde el ángulo disciplinario que miremos, todos admitimos la *igualdad* del hombre y la mujer, o simplemente la igualdad de sexos. Lo fundamos, dentro de nuestra disciplina, en la equivalencia exacta que ha de merecernos en lo jurídico uno y 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 mascu-

lino, 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, que 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 *Conde 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 (Ver a este respecto mi *Derecho de Familia*, Tomo 1o., pág. 51 y siguientes).

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

En aquel entorno ideológico recién 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 causales taxativas, además de difícil prueba, prosperando en la práctica escasas demandas a este respecto. 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, en el hecho, excepción. ch) *Los frutos*, de cualquier clase de bienes, sociales o de los cónyuges, ingresan al patrimonio social de modo definitivo. d) *La concentración de bienes y de poder de administración y de disponibilidad*, en la persona del marido, 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 ha perdido la armonía y el respeto recíproco y se avecina la disolución del matrimonio. e) Bien avanzado el siglo XX, empezaron los franceses con un res-

guardo en favor del trabajo productivo de la mujer casada, para que tales frutos le aprovecharan a ella y no a la comunidad conyugal, adelante que otras naciones recogieron en sus leyes y que representa en cierto impulso hacia la anhelada igualdad, bajo el nombre de *bienes reservados de la mujer casada*. f) 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. g) En fin, por decenios y decenios, las *restituciones o compensaciones* en dinero, a la disolución de la comunidad conyugal, se hicieron con moneda desvalorizada, por ignorarse 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 los bienes entre cónyuges. ¡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, aun el Estado!

Sin embargo, cosa muy distinta es encontrar 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, 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.

Es entonces cuando nos enfrentamos ante el problema serio de dar con una normatividad 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 consabida idea de *igualdad de sexos*. Un intento fue a través del *proyecto de 1970*, que alcanzó 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.

Años después, un proyecto elaborado por una Comisión instalada en el Ministerio de Justicia, y que se le 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 tampoco se ha propuesto, ni menos ha prosperado, un nuevo texto que podríamos denominar de transacción.

Las opiniones encontradas en torno a él, y una desmesurada dispersión de pareceres que se produjo, dieron por resultado la estática absoluta. 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.

Repito, pues, el nombre de este párrafo: "*La igualdad del hombre y la mujer, como primer escollo de la problemática*". Y ahora agregó: "*Capaz de producir el desentendimiento pleno y la estática absoluta*".

III. VARIEDAD DE REGIMENES Y MODALIDADES

Los regímenes que se proponen u ofrecen son casi infinitos. A unas estructuras básicas, con ciertas individualidad propia, se añaden modalidades 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.

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 "Sociedad 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 dos 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 *Aristóteles 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 contemplar 170 apartados; como quien dice, un pequeño Código.

No se trata de analizar este originalísimo instrumento complementario, y condicionante, de las 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 sistema de verdaderas multas para el evento de *ruptura matrimonial*, todas, sin duda, inclinadas a favorecer a la mujer.

El eventual repudio de Onassis a su cónyuge estaba condicionado a la cancelación de US\$ 10.000.000.- por año de matrimonio (como la indemnización por años de servicios en el derecho laboral). Si, por el contrario, fuera ella la que tomaba iniciativa de abandono antes de cumplirse 5 años de matrimonio, de todos modos recibiría retribución, pero establecida en relación a una suma determinada: US\$ 20.000.000.- Si la misma separación recién señalada se produjera después de sesenta meses del matrimonio, se supone que sin radicarse la causa basal en ninguno de los dos, rige igual cantidad de US\$ 20.000.000.-, aunque agregándose a ella una pensión alimenticia anual de US\$ 124.000.- durante 10 años.

Todo está *tasado*; no sólo en el evento de ruptura conyugal, como se ha expuesto recién, 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.

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 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.

"El pueblo", periódico de Madrid, dio a conocer fragmentariamente el documento en referencia, y de allí hizo la reproducción "El Espectador", de Bogotá, Colombia, el domingo 16 de marzo de 1975, material del cual dispongo en esta ocasión.

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

Una de las varias orientaciones básicas que merece señalamiento especial es precisamente la de apoyar aquellos proyectos de ley en los cuales se hayan considerado esencialmente las *costumbres e idiosincracia* 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 aprecia la problemática en el lugar respectivo, y conforme habrá de recibirse y aplicarse allí 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, en materia familiar, y aún más, mezclada con lo patrimonial, la solución en tal sentido es funesta, fatal.

V. EL INDISPENSABLE ACENTO EN LA FENOMENOLOGIA QUE JUEGA EN ESTA INSTITUCION

Al consabido nacionalismo de buena ley, remarcado recién, debe añadirse la necesidad de atender directamente a este especialísimo y complejo fenómeno constituido por la relación jurídico-familiar entre marido y mujer. Más todavía, con acento patrimonial, y con efectos esencialmente arrastrados en el tiempo, que todo lo cambia y que convierte casi todo en imprevisible si se mira a distancia de años, muchos años.

Formulemos siquiera algunas reflexiones orientadoras de la fecundidad infinita de la fenomenología de esta materia.

¿Cuál es la esencia de esta relación que es larga, íntima, complicada y frágil?

¿Cómo prospera o se frustra, de hecho, la patrimonialidad en la pareja hombre-mujer?

¿Quién gana, quién pierde, quién engaña o quién es víctima en este largo camino?

¿Cómo disponer soluciones justas, y a priori, en la infinidad de casos que la realidad nos ofrece? ¿Por qué esa verdadera ingenuidad entre quienes proponen las reformas legislativas correspondientes?

¿Acaso no sabemos que por 30 años o más vive una pareja con el nombre de marido y mujer, aunque sin convivencia, y aun sin visitarse, o siquiera nombrarse porque el odio inicial ya se borró, y aún así en sociedad conyugal vigente, pues ha sido imposible disolverla con todos los problemas jurídicos consiguientes?

¿Acaso ignoramos que ese "cónyuge" como el descrito recién, sobreviviente, acude al lugar del premuerto, antes de cumplirse 24 horas de su muerte, para hacer valer la condición de "cónyuge", con todos los derechos patrimoniales pertinentes?

¿Acaso podríamos ignorar la fuerte influencia de la *relación personal* para efectos de aplicarse las reglas de carácter patrimonial; para acatarlas, torcerlas o frustrarlas, más allá de cualquier previsión en la ley, por acuciosa y sabia que ésta fuera?

¿Acaso ignoramos que en la hipótesis de armonía conyugal, suele burlarse a terceros, generalmente acreedores, mediante ocultación de bienes, o valiéndose de contratos simulados o traspasos fiduciarios? ¿Por qué los bienes en poder del cónyuge sin deudas, o sea, prácticamente sin acreedores, y las deudas a cargo del que aparece sin bienes?

¿Acaso ignoramos que en el caso opuesto, de desarmonía conyugal, se prepara con tiempo lo que más tarde será una "liquidación", en el régimen de comunidad de bienes que sea?

¿Quién podría preveer tantas hipótesis, y tan encontradas, como para poderse regular a priori la regla legal?

La fenomenología, por consiguiente, es cuestión esencial en la elección del método más adecuado para el estudio del régimen patrimonial del matrimonio, y esa fenomenología no se encuentra, desgraciadamente, en los libros, por buenos que sean, ni tampoco en la legislación foránea que se intentará copiar.

La fenomenología es de tal modo fecunda y variada, que deberemos gastar gran esfuerzo para reunir, en un haz, un conjunto de casos útiles y de frecuencia habitual. Los demás quedarán de todos modos en el área de las sorpresas, y seguramente nos harán exclamar: ¿quién lo habría creído?

Por consiguiente, en el tema que nos afana, pobre de aquel que se sigue sólo por los libros, o por las legislaciones de otros países... No es esa, precisamente, la forma de abordar el problema. Por encima de todo está la fenomenología y a ella será conveniente atender primordialmente.

De lo anteriormente bosquejado se infiere que a tanta cantidad y variedad de hipótesis que ofrece la vida real de la economía conyugal, y siendo imposible preveerlas acertadamente, sólo procede la norma en blanco a la espera de la solución concreta, "a posteriori", por el juez.

VI. ¿DEBE CONTEMPLARSE DE ALGUN MODO LA POSIBILIDAD DE SOLUCIONES "A POSTERIORI"? RESPUESTA AFIRMATIVA

Como primera deducción que resulta de seguirse el método de la fenomenología, debe señalarse, a contrario sensu, el error craso que se ha venido cometiendo desde siglos al pretenderse que el régimen patrimonial del matrimonio ha de ser fundamentalmente rígido, y además, todo ha de estar contemplado de antemano, en la ley, hasta con minuciosidad, para entrar a regir en cada caso a contar del matrimonio.

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 aún frente a terceros. En cambio, ante la imposibilidad material de mirar con acierto hacia el futuro, siempre, en todo caso, se impone preveer 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 resolverse a posteriori, por el juez. Por lo demás, aplicándose una vez más la técnica procesal moderna de la discrecionalidad judicial.

Por consiguiente, bastará una estructura legal esquemática, conteniendo los grandes principios jurídicos que sobre la materia quiso darse el 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. Fuera de ser un error, ello es imposible en la materia que nos ocupa.

"Del gobierno de leyes", hemos de pasarnos al "gobierno de jueces", aunque moderadamente y, en especial, considerando la naturaleza del tema.

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 del siglo XIX.

VII. TRES FACTORES CONCURRENTES: LA UNIDAD O COMUNIDAD DE INTERES, LA PERSONALIDAD INDIVIDUAL Y EL INTERES LEGITIMO DE TERCEROS

Si hacemos un esfuerzo por esquematizar todo el problema concerniente al régimen patrimonial del matrimonio, observamos que siempre han de jugar tres 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.

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

incondicional, real, como que está regida por el amor y así lo repiten insistentemente los libros. La idea de provecho o beneficio habrá de estar concebida para ambos a la vez, lealmente, aunque sea necesariamente en alguna medida 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 personalidad individual* es otro de los factores infaltables. ¿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 justa causa, 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.

c) *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 dos factores mencionados antes, especialmente el segundo.

Para el resguardo del interés legítimo de los terceros, ojalá que hubiera un solo titular de todos los bienes y un solo administrador, como en épocas históricas, felizmente ya superadas. Para ellos 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 cualesquiera de los dos, son elementos, entre otros, que justamente atentan contra el legítimo interés de los terceros.

Con mucha frecuencia se observa 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 conjugar 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 conjugar debidamente los tres factores esenciales recién mencionados?

VIII. 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 matrimonio. Se hace por escritura pública y con otros requisitos de publicidad registral que se agregan.

Pues bien, se está usando, con excesiva frecuencia, esta facultad, legítima, como subterfugio destinado a engañar a los acreedores para impedirles el cobro efectivo de sus créditos. De este modo aparece un patrimonio en el 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, 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, que a su vez deberá ser concordante con el estado de situación que el interesado ha presentado a Bancos o Instituciones Financieras para solicitar créditos, y el de otros antecedentes que se entendieran necesarios, todo ello debidamente acreditado, el juez podría autorizar o no la separación conveniente de bienes que se intentara por los cónyuges.

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

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.

Los dos actúan coludidamente para perjudicar a los acreedores, generalmente a través de enajenaciones simuladas destinadas a vaciar en 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 las perspectivas de futuras ejecuciones. O bien, forman entre ellos una sociedad con participación escasa de la mujer (10o/o 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 las hipótesis de fraude conyugal, de este párrafo y del anterior, que son algunas entre muchas que la fenomenología nos ofrece o nos depara hacia el futuro, 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.

XI. LA SEPARACIÓN DE HECHO, DE CARACTER HONDO, DE BE 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 ser, 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" adonde vaya, pareciera ser una ficción fuerte e incontrovertible, capaz de sobrepasar la realidad.

En otras legislaciones, no hay inocuidad en los efectos y, por el contrario, por la separación de hecho se llega hasta el punto más alto: la disolución del matrimonio bajo el nombre "divorcio". (En la reciente ley española, salvo la causal 5a., todas las restantes tienen como centro de gravedad "*el cese efectivo de la convivencia conyugal*", art. 86 de la ley publicada el 20 de julio de 1981).

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 pendientes en favor de terceros, quienes, con este motivo, no debieran soportar nuevos riesgos para el cobro efectivo de tales créditos.

XI. EL CONCUBINATO Y SUS EFECTOS PATRIMONIALES NO PODRÍAN 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, No. 3), y para el solo efecto menor de entablar demanda de alimentos. Como puede apreciarse, de modo insubstancial 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 consagración legislativa que reviste importancia.

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.

XII. 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 50o/o PARA CADA CONYUGE? SOLUCION JUDICIAL "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 distribuye 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 art. 1774 del Código Civil chileno).

Se ha comentado, o discutido, 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 como la habitual, de un 50o/o; pero *sometida a eventual revisión* en casos extremos, excepcionales, que se presentan, sin embargo, frecuentemente. En esto no hago más que seguir el método de atender a la *fenomenología* de modo preferente; por lo demás, esta proposición ya la había 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 presentarse". (Fueyo, "Derecho de Familia", Tomo II, pág. 186, Santiago, 1959).

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 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 antes del matrimonio (así, como uno de tantos *pactos lícitos*, en la misma obra y tomo recién citados, pág. 17).

La fijación por ley, por tanto, aparece como de necesidad, para cubrir un vacío convencional. Adviértase, a pesar de todo, que, como tales capitulaciones son francamente excepcionales, y dicho pacto especial con mucho mayor razón, resulta en el hecho que *la fijación es invariablemente legal*, y a ese destino están acomodadas nuestras mentes, aun la de aquellos que estudiamos el derecho por oficio y vocación.

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 le sucedan, para promover judicialmente la revisión de la proporción del 50o/o, en atención a fundamentos claramente con-

currentes en el caso de que se trate, probándose debidamente los hechos pertinentes. Estos hechos han de acreditar que en el caso concreto que se reclama se ha producido una ruptura notoria entre una participación substancial de la mujer en los bienes gananciales, y lo que realmente ha hecho ésta positivamente, o lo que, al revés, ha dejado de hacer, esto es, obrando negativamente; en ambos casos con repercusión en la relación de causalidad que se forma por el esfuerzo y aportes, por un lado, y por el resultado que se obtiene, por el otro.

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

Quiero remarcar con énfasis que lo anterior se refiere a casos extremos, realmente excepcionales, ni siquiera dudosos. Los hay, repito, en volumen 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 mayormente eficaz que el del marido, y, por consiguiente, se merecería una proporción mayor en el reparto. Digamos, del 60o/o, 70o/o, 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 participándoles solamente 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 cuidado y desarrollo de los hijos comunes. Perdonándose-me lo indelicado de la alusión, hasta atentan ostensiblemente contra el buen nombre del marido. ¿No podría pensarse que un 10o/o, o una proporción similar, sobre el residuo repartible, pagaría suficientemente los derechos en referencia?

Los casos de *separación de hecho* son también frecuentes, manteniéndose, sin embargo, el régimen comunitario. Sucede en la práctica que hasta por 30 años o más. Podría hasta dar los nombres de tales parejas. ¿Se deberá participar a la mujer del 50o/o 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 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 20 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 XXX (119), pág. 3, Concepción-Chile, 1962.

Lo planteado en este párrafo tiene la apariencia de exceder los límites de *generalidad* que se precisaron desde las primeras líneas del presente trabajo. Sin embargo, por más que concediéramos a la materia carácter puntual, ella es de incontestable importancia práctica y para aplicarse con hondura y frecuencia. Mejor dicho, como que altera substancialmente cualquier régimen comunitario que se aplique legislativamente. Por tanto, la materia es puntual; pero, a la vez, de enorme trascendencia teórica y práctica.

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* o *Congresos sobre Familia y Derecho de Familia*, en cualquier lugar del mun-

do. 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 forzado a lo opcional, del consorcio patrimonial más extremo al separatismo absoluto, como si se tratara de sujetos extraños e independientes, pasando entre medio por matices, y por simbiosis de sistemas, que han dado lugar al nombre de interpenetración de los regímenes, todo ello, se reitera, jamás servirá o se prestará para un “*copismo*”. La normatividad debe nacer de una *auténtica creación nacional*.

3. La metodología por emplearse 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 los efectos de la elaboración de un proyecto de reforma, como para la aplicación de la legislación aprobada, que ha de ser esquemática, declaratoria de principios jurídicos fundamentales, y estar compuesta de 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 a equidad.

4. Debe estimarse como un absurdo que sólo la ley pueda dar las *soluciones a priori*, rígidamente, sin dejar campo alguno para resolver sobre hechos pasados, por tanto ciertos y reales. Debe descansar en el juez la facultad de hacerlo discrecionalmente, “*a posteriori*”. En el dilema “*gobierno de leyes*” o “*gobierno de jueces*”, es aconsejable dar paso moderadamente a lo último, por lo menos en la materia en tratamiento.

5. 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 ante-proyectos que he conocido.

6. 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 admiten y sustentan pacíficamente el Derecho, la moral, las religiones, y hasta las buenas costumbres y el orden público familiar. Es, además, una verdadera conquista irreversible de los tiempos modernos.

Con todo, a la hora de elaborar las normas de un proyecto, contemplando tal igualdad de sexos, la técnica jurídica que ha venido aplicándose tradicionalmente no es la más adecuada para el arribo a una solución, en este caso muy difícil, puesto que lleva ínsita una condición de equilibrio necesario de factores e intereses que juegan mancomunadamente.

7. 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*”.

INEFICACIA E INEXISTENCIA EN EL CÓDIGO DE COMERCIO

FERNANDO ESCOBAR TRUJILLO

Abogado de la Universidad de Antioquia
Profesor y ex-decano de la Facultad de Derecho
Universidad de Antioquia