

Algunas consideraciones en torno a la autonomía de la voluntad en el sistema económico matrimonial

Por

Claudia Y. Schmidt Hott

I. Introducción

Tradicionalmente se consideraba al Derecho de Familia como una rama que se situaba en una zona intermedia entre el Derecho Público y el Derecho Privado, entre otros razonamientos, porque en él, el principio de la autonomía privada no tenía cabida o si la tenía, se encontraba con fuertes restricciones¹.

En la actualidad, frente a la constitucionalización del Derecho Privado y especialmente del Derecho de Familia, ya no es posible hacer una diferenciación tan marcada entre el Derecho Público y el Derecho Privado cuyas fronteras se van invisibilizando, pues como señala Fernández Sessarego, “la concepción que reconoce la estructura coexistente de la persona, que exalta

el valor solidaridad, conduce a poner en crisis la difundida y generalmente aceptada clasificación del Derecho en público y privado. Esta situación se produce cuando los juristas, con sentido de la realidad unitaria del Derecho, llegan a comprender que en todo interés prevalentemente privado está también presente, en determinada medida un interés social. Ello ocurre en virtud de la estructura coexistencial del ser humano, que es un ser en comunicación. Del mismo modo, en toda manifestación calificada de pública no está ausente, también en alguna variable medida, el interés privado”². Ejemplos de la constitucionalización del Derecho de Familia en el ámbito latinoamericano son, entre otros, la Constitución Política de la República de Chile que estatuye que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”, y agrega

¹ Véase Díez-Picazo, Luis, “Familia y Derecho”, Editorial Civitas S.A., Madrid 1984, págs. 95 y sgtes.

² Fernández Sessarego, Carlos, Derecho y Persona, Editora Jurídica Grijley, Lima, Perú, 2001, pág. 94.

que "Es deber del Estado... dar protección... a la familia y propender al fortalecimiento de ésta"³; el artículo 14 bis. de la Constitución de la Nación Argentina establece en su inciso segundo que el Estado y en especial la ley, establecerá la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna"⁴. Así también, la Constitución colombiana entre los derechos sociales, económicos y culturales, declara que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad...; que el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia... y, que las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes⁵. En este mismo aspecto privatizador, la Constitución Nacional del Paraguay de 1992 destina el Capítulo IV, "De los Derechos de la Familia", a su protección, al derecho a constituir familia, al matrimonio y efectos de las uniones de hecho, a los hijos, a la protección del niño, a la maternidad y pa-

ternidad, a la juventud, a la tercera edad, al bien de familia, a la protección contra la violencia y a la planificación familiar y a la salud maternoinfantil⁶. Para finalizar con este breve recorrido, pues los ejemplos son muchos, citaremos la Constitución de la República Federativa de Brasil en la cual se destina todo un capítulo a la Familia, la Infancia y la Adolescencia y, se señala, que la familia es la base de la sociedad y de especial protección del Estado (art. 226 inciso primero). En lo que hace a este trabajo, es de destacar el art. 226 N° 5 que refiriéndose al sistema económico matrimonial, estatuye que "los derechos y deberes referentes a la sociedad conyugal son ejercidos igualmente por el hombre y por la mujer". Esta declaración es relevante, pues si bien las constituciones modernas proclaman con mayor o menor claridad literal la igualdad de sexos, nos encontramos con una carta fundamental que derechamente hace alusión a la temática en lo que respecta al régimen patrimonial del matrimonio⁷.

³ Así se prescribe en el Capítulo 1 sobre "Bases de la Institucionalidad", art. 1.

⁴ Disposición introducida por la reforma de 1957. Consultada en Constitución de la Nación Argentina, Texto según reforma de 1994. Estudio comparativo con el articulado anterior. Introducción de Néstor Pedro Sagües, 2ª edición corregida, Astrea, Buenos Aires, República Argentina, 1994.

⁵ Art. 42, Título II "De los Derechos, las Garantías y los Deberes", Capítulo 2. En: Constitución Política de Colombia de 1991, Presidencia de la República, Talleres Impreandes S.A., Bogotá, Colombia, 1991, pág. 20.

⁶ Véase Parte I, Título II "De los Derechos, de los Deberes y de las Garantías", Capítulo IV, arts. 49 y sgtes. Consultado en: Constitución Nacional del Paraguay, Junio de 1992.

⁷ Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988.
En: <http://georgetown.edu/pdba/Constitutions/Brazil/brazil99.htm>

Es así como podemos concluir, aunque el tema da lugar a un trabajo más detallado que sobrepasa lo pretendido en el que se presenta, que las Constituciones modernas han penetrado el Derecho de Familia, se han privatizado y, por lo mismo, el Derecho de Familia se ha publicitado, pues como sostiene Carlos Fernández Sessarego según se ha señalado ya, en todo lo privado existe un interés social comprometido y a la vez, en todo lo público, se visualizan también intereses individuales.

Es esta nueva realidad jurídica la que ha de guiarnos para abordar la autonomía privada en el sistema económico matrimonial. Pero además, debe considerarse que los seres humanos son libres, y esa libertad es el supuesto mismo de la autonomía de la voluntad. En este aspecto, señala Fernández Sessarego comentando a De Castro y Bravo que, "la llamada 'Autonomía privada' se sustenta en la 'esfera de la libertad de la persona'". Agrega que para este autor, el "poder de autodeterminación" o la "autarquía personal" son expresiones que se fundamentan en la libertad personal. Si nos atenemos a lo anteriormente glosado, la libertad es, pues, el sustento o fundamento de la autonomía privada o autonomía de la voluntad, así como también, del ejercicio de "facultades y de-

rechos, y para conformar las diversas relaciones jurídicas que le atañen". Agrega Fernández Sessarego que lo "autónomo es la libertad, en cuanto ser del hombre, que es incondicionada, y que ontológicamente es potencialidad para disidir, elegir u optar entre un abanico de posibilidades existenciales que se le presentan al ser humano como "ser-en-el-mundo". Sólo se puede predicar "autonomía", por consiguiente, de la persona en cuanto ser libre, capaz de valorar y de elegir"⁸.

Los actos jurídicos familiares, como lo son las convenciones patrimoniales, son privados. Como señala Díez-Picazo, no se transforman en públicas porque requieran ya sea por certidumbre, claridad, publicidad o control, la actuación de funcionarios estatales⁹. En consecuencia, en ellos también se proyecta la autonomía de la voluntad que, como hemos afirmado, tiene como fundamento mismo la libertad del ser humano y reconoce limitaciones en cuanto el ser humano no sólo es un ser individual sino que, además, es un ser social. Así como agrega Díez-Picazo, es posible hablar del orden público familiar como una limitante a la autonomía privada¹⁰, al cual se agregan las clásicas limitaciones que se encuentran en la ley y en las buenas costumbres.

⁸ Fernández Sessarego, Carlos, El Supuesto de la denominada "Autonomía de la Voluntad" en: Libro Contratación Contemporánea. Teoría General y Principios. Temis, Bogotá y Palestra, Lima, 2000.

⁹ Díez-Picazo, Luis, Ob. Cit. pág.89.

¹⁰ Díez-Picazo, Luis, Ob. Cit. págs. 93-94.

En lo que al orden público familiar se refiere, a mi juicio deben incorporarse ciertos principios que van a fijarnos la delimitación del ejercicio de la libertad. Estas limitaciones en mi entender son, entre otras, muy relevantemente, **la comunidad de intereses que implica la vida conyugal; el respeto a la personalidad individual de cada cónyuge; la solidaridad familiar por sobre un criterio economicista y la igualdad.**

De otra parte, debe considerarse para delimitar la autonomía privada en las convenciones matrimoniales económicas una triple categoría de intereses, a saber, los de los cónyuges, los de los terceros y los de los hijos. Desde este punto de vista podría intentarse definir el sistema económico matrimonial como, "Un estatuto jurídico que regula las relaciones patrimoniales de los cónyuges entre sí, y de éstos en relación con los terceros, que debe considerar además los intereses de los hijos con miras a proteger el interés superior del niño".

En efecto, en nuestro sistema el régimen económico patrimonial no es ajeno a los intereses de los hijos, y hablamos muy especialmente de los niños según la definición que de ellos da el art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Un ejemplo concreto en este aspecto lo encontramos en el

régimen alimentario, mal llamado deber de socorro aún por nuestra legislación, pues el deber asistencial de los progenitores está directamente vinculado con el régimen patrimonial de éstos, es decir, está sujeto a una regulación jurídica distinta según si están casados bajo el régimen legal supletorio de sociedad conyugal o si lo están bajo los regímenes alternativos convencionales de separación total de bienes o de participación crediticia.

A modo de conclusión, podemos afirmar que la autonomía privada tiene cabida en el Derecho de Familia y reconoce como en las demás ramas del Derecho, limitaciones que fijan la "zona de lo indisponible".

Aclaradas estas ideas muy escuetamente, abordaremos en este trabajo la Autonomía Privada en el Estatuto Jurídico Patrimonial del Matrimonio en Chile.

II. La autonomía privada en el estatuto jurídico patrimonial del matrimonio en Chile¹¹

Siendo partidaria de un sistema convencional de libertad limitada en el sentido que el legislador permita la elección de uno de los sistemas económicos matrimoniales regulados, considerando las limitaciones que emanan de esa zona que hemos denominado

¹¹ Véase Schmidt Hott, Claudia, Régimen Patrimonial y Autonomía de la Voluntad, Revista Chilena de Derecho Vol. 26/ N° 1, Enero-Marzo, 1999, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, págs. 105-119.

de lo "indisponible", el legislador chileno estatuye un sistema convencional de libertad restringida, pero que no encuentra su fundamento en la convicción de este tipo de régimen, sino que ha resultado como una respuesta a las deficiencias y discriminaciones que hasta el día de hoy afectan a la mujer en el sistema legal supletorio de sociedad conyugal. Dada esta premisa, me abocaré al análisis de la autonomía privada en el sistema convencional chileno, para luego terminar con algunas conclusiones.

1º. Reglamentación

El Código Civil regula en la actualidad en una forma podríamos decir inorgánica, el régimen económico matrimonial, pues si bien está tratado principalmente en el Libro IV intitulado "De las obligaciones en general y de los contratos", Título XXII: "De las convenciones matrimoniales y de la sociedad conyugal" y Título XXII-A: "Régimen de la participación en los gananciales", encontramos normas que le son aplicables en el Libro I, llamado "De las personas", Título VI: "Obligaciones y derechos entre los cónyuges", artículos 135 al 167, que regulan, entre otros tópicos, los bienes familiares, el patrimonio reservado de la mujer casada bajo el sistema de sociedad conyugal y otros casos de separación de bienes. Por ello considero que en una futura reforma debiera regularse el sistema patrimonial del matrimonio dentro de un Libro destinado íntegramente al Derecho de Familia, ello dentro de un proceso más bien recodificador.

2º. Evolución histórica: de un sistema legal obligatorio a un sistema legal supletorio, y la instauración de un régimen convencional de libertad restringida

En nuestro país tiene aplicación en la actualidad como sistema legal y supletorio la sociedad conyugal, la cual, atendiendo a la tipología sistémica que distingue principalmente entre regímenes separatistas, comunitarios y de participación (híbridos), constituye dentro de las estructuras comunitarias una comunidad limitada a las ganancias y a los bienes muebles. Sin embargo, al promulgarse el Código Civil en el siglo XIX, la sociedad conyugal constituía un régimen legal obligatorio que sólo podía coexistir con una separación parcial de bienes convenida en las capitulaciones matrimoniales otorgadas con anterioridad al matrimonio, situación que recién cambia con la dictación del Decreto Ley N° 328 de 1925 que fuere posteriormente perfeccionado por la Ley N° 5.521 de 19 de diciembre de 1934, desde cuya vigencia la sociedad conyugal pasó a ser un sistema legal y supletorio. En efecto, se modifica el artículo 1720, que permitió convenir la separación total de bienes en las capitulaciones matrimoniales celebradas con anterioridad al matrimonio.

Posteriormente, la Ley N° 7.612 de 21 de octubre de 1943 permitió que durante el matrimonio los cónyuges pudieran sustituir convencionalmente la sociedad conyugal por un sistema de separación total de bienes (artículo 1723).

Con posterioridad, en el año 1952 se dicta la Ley N° 10.271, que permitió a los contrayentes pactar la separación total de bienes en las capitulaciones matrimoniales que se celebren en el acto del matrimonio, bastando para ello que este pacto conste en la inscripción matrimonial (artículo 1715 inciso 2° y 1716 inciso 1°).

La situación descrita brevemente en las líneas anteriores persistió hasta el año 1994, momento en el cual se dicta la Ley N° 19.335 que, ampliando el régimen convencional, estatuyó la participación en los gananciales en su modalidad crediticia, como una hipótesis contractual y alternativa. Si bien los artículos 135 inciso 1° y 1718 del Código Civil prescriben que, por el mero hecho del matrimonio se entiende contraída la sociedad conyugal, como estructura legal y supletoria, a partir de la dictación de la Ley N° 18.802 de 9 de junio de 1989 esta regla general pasó a tener una excepción que emana del artículo 135 inciso 2° (disposición posteriormente modificada por la Ley N° 19.335) según la cual, "los que se hayan casado en país extranjero se mirarán en Chile como separados de bienes, a menos que inscriban su matrimonio en el Registro de la Primera Sección de la Comuna de Santiago y pacten en ese momento sociedad conyugal o régimen de participación en los gananciales, dejándose constancia de ello en dicha inscripción". En consecuencia, en nuestro país, la sociedad conyugal excepcionalmente puede tener origen convencional y pactarse con posterioridad a la celebración del

matrimonio. Es necesario agregar que la sociedad conyugal impuesta supletoriamente por la ley y aquella pactada al amparo de lo señalado por el artículo 135 inciso 2°, puede sustituirse convencionalmente en conformidad a lo que disponen los artículos 1723 y 1792 N° 1° y ello por una sola vez, por una separación total de bienes o por una participación crediticia, convención que es solemne.

3°. Breve análisis de los sistemas convencionales alternativos

a) La separación de bienes

La separación convencional de bienes se clasifica en cuanto a su extensión, en total y parcial. Con relación a la época en que puede convenirse la separación total de bienes, pueden distinguirse las siguientes hipótesis:

- Pueden los esposos acordarla en las capitulaciones matrimoniales (solemnes) otorgadas antes de contraer matrimonio en conformidad a lo prescrito por los artículos 1720 inciso 1° y 1716;
- Pueden los esposos convenirla en las capitulaciones matrimoniales (solemnes) que se celebren en el acto del matrimonio conforme a lo expresado en los artículos 1715 y 1716;
- Durante el matrimonio, los cónyuges en conformidad a lo señalado por el artículo 1723 pueden sustituir la sociedad conyugal por la separación total

de bienes, pacto (solemne) que es irrevocable;

- Durante el matrimonio los cónyuges están facultados también, para sustituir la participación restringida en las ganancias en su modalidad crediticia por una separación total de bienes (artículo 1792 N° 1 inciso 2°), pacto (solemne) que es irrevocable;

- Finalmente, si los cónyuges hubieren contraído matrimonio en el extranjero y siendo por lo tanto considerados separados totalmente de bienes en Chile, si hubieren pactado sociedad conyugal o participación en los gananciales de acuerdo a lo establecido por el artículo 135 inciso 2°, pueden sustituir cualquiera de estos dos regímenes, por una sola vez, por una separación total de bienes, según se desprende de los artículos 1723 inciso 1° y 1792 N° 1 inciso 2°.

La separación convencional parcial en cambio, sólo puede convenirse en las capitulaciones matrimoniales otorgadas con anterioridad a la celebración del matrimonio en conformidad a lo dispuesto por los artículos 1720 y 167. Esta separación de bienes coexiste con el régimen legal y supletorio de sociedad conyugal, por lo cual no constituye un régimen patrimonial independiente.

b) La participación crediticia

La participación de bienes que fuera introducida por la Ley N° 19.335 de 23 de septiembre de 1994 como es-

tructura convencional y alternativa y, que en atención a sus efectos, se caracteriza por ser limitada a las ganancias y con compensación de beneficios, puede pactarse en las siguientes oportunidades:

- Los esposos pueden convenirla en las capitulaciones matrimoniales (solemnes) otorgadas con anterioridad a la celebración del matrimonio (artículos 1716 y 1792 N° 1 inciso 1°);

- Los esposos pueden pactarla en las capitulaciones matrimoniales (solemnes) celebradas en el acto del matrimonio (artículos 1715 inciso 2°, 1716 y 1792 N° 1 inciso 1°);

- Los cónyuges pueden durante el matrimonio, siempre y cuando fueren mayores de edad, sustituir la sociedad conyugal que se les impuso por la ley como sistema supletorio por una participación crediticia, pacto (solemne) que es irrevocable (artículo 1723 en relación con el artículo 1792 N° 1 inciso 2°);

- Los cónyuges que hubieren pactado separación total de bienes en las capitulaciones matrimoniales otorgadas con anterioridad al matrimonio o durante su celebración, si son mayores de edad, pueden sustituir este régimen por una participación en los gananciales, pacto (solemne) que es irrevocable (artículos 1723 y 1792 N° 1 inciso 2°);

- Los cónyuges pueden durante el matrimonio, siempre y cuando hubieren inscrito su matrimonio en el Registro de la Primera Comuna de Santiago, pac-

tar participación en los gananciales, alterando de esta forma por lo tanto, la separación total que les atribuye la ley (artículo 135);

- Los cónyuges pueden durante el matrimonio contraído en el extranjero inscrito en el Registro de la Primera Sección de la Comuna de Santiago, optar por la sociedad conyugal en el momento de la registración, pues de lo contrario se les impone por la ley una separación total de bienes. Esta sociedad conyugal de origen convencional pueden sustituirla por una participación crediticia. Este pacto es solemne e irrevocable (artículos 135 inciso 2º, 1723 y 1792 N° 1º inciso 2º).

III. Conclusiones

En nuestro ordenamiento jurídico, el principio de la autonomía privada tiene aplicación en el sistema económico matrimonial, pero sujeto a restricciones en los siguientes aspectos:

1º En la etapa de conclusión del convenio, no tiene aplicación el principio del consensualismo, pues rige por el contrario, el formalismo que cumple diversas finalidades: solemnidad objetiva, prueba y/o publicidad;

2º El sistema legal de sociedad conyugal es supletorio;

3º El sistema convencional alternativo es reglado (separación total de bienes o participación crediticia);

4º El régimen convencional no sólo está reglado en cuanto a la estructura optativa, sino que además, al momento de ejercer la opción;

5º El principio de la mutabilidad del sistema económico matrimonial es relativo;

6º A mi juicio, el régimen de sociedad conyugal que al promulgarse el Código Civil era legal y obligatorio evolucionó hacia un sistema supletorio con libertad relativa de pacto con el fin de paliar las discriminaciones de un modelo comunitario tradicional basado en la idea de la subordinación de la mujer, casi, de la absorción de la personalidad de la mujer en la del marido.

Es por ello que en la actualidad se encuentra en tramitación parlamentaria un proyecto de ley¹² que sustituye la sociedad conyugal como estructura legal y supletoria por una participación restringida de ganancias con comunidad diferida a la que se le llama "comunidad de gananciales". Por otra parte, consagra una libertad relativa de pacto pues se regulan como regl-

¹² Véase Proyecto de Ley que modifica el Código Civil y Leyes Complementarias en materia de Sociedad Conyugal o Comunidad de Gananciales, otorgando a la mujer y al marido iguales derechos y obligaciones (Boletín N° 1.707 - 18 originado en moción parlamentaria). Véase además Schmidt Hott, Claudia, Informe Proyecto a Fundación Fernando Fueyo Laneri, diciembre de 1998.

menes convencionales alternativos la separación total de bienes y la participación restringida de ganancias en su modalidad crediticia. En el sistema legal y supletorio se eliminan en definitiva, las actuales discriminaciones que en la sociedad conyugal se imponen a la mujer, discriminaciones que al violentar el principio de igualdad, han transformada la normativa que regula la sociedad conyugal en inconstitucional. En efecto, no sólo se violenta la Carta Fundamental, sino que también, entre otros pactos con jerarquía constitucional (artículo 5 inciso 2º de la Constitución Política de la República de Chile¹³), la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la

mujer, especialmente su artículo 15¹⁴.

7º El principio de igualdad entre cónyuges sin duda se encuentra en esa zona que hemos denominado “de lo indisponible”. Por ello, confiamos en que el proyecto legislativo en actual tramitación parlamentaria reciba aprobación, pues hoy, puede llegar a sostenerse insólitamente que aquel convenio en el cual los cónyuges acordaren la administración conjunta de la sociedad conyugal adolecería de nulidad absoluta por objeto ilícito, pues violentaría normas de orden público. Sin embargo, a mi juicio amparada en la normativa constitucional señalada, dicho convenio debiera tenerse por plenamente válido.

¹³ Estatuye esta disposición: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

¹⁴ Señala esta norma en lo atinente a este trabajo: Nº 1: Los Estados Partes reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley. Nº 2: Los Estados Partes reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. En particular, le reconocerán a la mujer iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes y dispensarán un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y tribunales. Nº 3: Los Estados Partes convienen en que todo contrato o cualquier otro instrumento que tienda a limitar la capacidad jurídica de la mujer se considerará nulo.