Artículo: Reforma del Código Civil sobre situación jurídica de la mujer casada. Normas generales y sucesorales
Revista: Nº184, año LVI (Jul-Dic, 1988)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 184
AÑO LVI
JULIO - DICIEMBRE
1988





REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Artículo: Reforma del Código Civil sobre situación jurídica de la mujer casada. Normas generales y sucesorales
Revista: Nº184, año LVI (Jul-Dic, 1988)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

REFORMA DEL CODIGO CIVIL SOBRE SITUACION JURIDICA DE LA MUJER CASADA
Normas generales y sucesorales

RAMON DOMINGUEZ AGUILA
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Concepción

INTRODUCCION

¡Ahora mandan las mujeres! Así voceaba el Diario Oficial de 9 de junio de 1989 un suplementero a la entrada de un banco en el Paseo Alonso de Ercilla, incitando a la compra de ese diario que es, desde luego, el menos entretenido de los diarios nacionales; pero seguramente el que trae las noticias más importantes. Es que ese día se publicó la Ley de Reforma sobre la Situación Jurídica de la Mujer Casada.

En diversos programas de televisión, incluso en uno tan popular como Sábados Gigantes, se ha llevado a expertos y menos expertos a referirse a la reciente Ley 18.802 y se ha requerido la opinión del público. El señor Ministro de Justicia, al parecer uno de los impulsores de la ley, ha dado conferencias para publicitar, como se dice ahora, los méritos de la ley. Incluso en una conferencia que dictó en Puerto Montt con motivo del reciente aniversario de dicho tribunal, y en la que el autor de estas notas estaba presente, manifestó que, luego de las leyes sobre matrimonio civil y Registro Civil, ésta era la reforma más trascendente que había sufrido el Código Civil. Olvidó, desde luego, las de las leyes 5.521, 7.612 y 10.271.

Debe advertirse, desde el inicio, que nuestro criterio es muy distinto y queremos, desde ya, fundar nuestra opinión.

Desde luego, con esta ley no mandan las mujeres, de modo que las expresiones de nuestro suplementero no pasan de ser un recurso de efectos publicitarios. Quien mande en una agrupación humana, amplia como el Estado o restringida como la familia o aún el matrimonio, no depende de lo que digan las leyes. Sin detenernos en aventuradas divagaciones sociológicas, la experiencia revela que, al menos en cada matrimonio, de acuerdo a la personalidad de los cónyuges, se teje imperceptiblemente lo que podríamos llamar la ley de la pareja. Sus formas de vida, sus respectivos caracteres, su educación, los medios con que se relacionan y de los que provienen y mil otras consideraciones, son los que determinan la división de roles y de poderes familiares.

La ley, en esta materia, sólo interviene cuando hay dificultades entre los cónyuges y en protección de terceros. De allí que suponer que una nueva ley, por perfecta que sea —y ésta está muy lejos de ello—, va a cambiar la situación social de la mujer casada y a alterar los poderes familiares, es una presunción de los legisladores que cualquier sociólogo o antropólogo principiante podría destruir fácilmente. Por ello es que en cualquier texto serio que trate esta materia se leen expresiones como la que sigue: "En cuanto a la persona de los cónyuges, el matrimonio establece relaciones personales entre los cónyuges que provienen esencialmente de los sentimientos y de las costumbres que se dejan muy difícilmente encerrar en el molde de la regla jurídica". (G. Marty y P. Raynaud, Droit Civil, t. 1. vol. 2, N° 502, Paris 1961).

Artículo: Reforma del Código Civil sobre situación jurídica de la mujer casada. Normas generales y sucesorales
Revista: Nº184, año LVI (Jul-Dic, 1988)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Pero además de lo que se acaba de decir, y que es bueno tener en cuenta para recordar los límites del poder de la ley, cabe agregar que en particular esta ley no es ideal. Ni siquiera está redactada convenientemente en muchísimas de sus disposiciones y, a nuestro modo de ver, revela una premura que no era necesaria, luego que el actual Gobierno había dispuesto de largos años, sin contrapeso, para dictar, con la técnica adecuada, una ley más perfecta. A modo de ejemplo, no parece correcto exigir que una autorización sea "específica", como se dice ahora en los nuevos arts. 1749 y 1754 o que pueda prestarse "por medio de mandato especial", como se dice en esas mismas disposiciones. En lo primero, porque lo que quiere afirmarse es que la voluntad ha de recaer sobre actos determinados y que no puede prestarse de modo general. En lo segundo, porque lo que puede hacerse es dar un consentimiento por medio de un mandatario, pero no se ve qué objeto tendría designarlo, si la voluntad ya se dio en el mandato.

No queremos con ello decir que no era urgente modificar las normas que regulan la capacidad de la mujer casada y, más generalmente, su situación jurídica. Muy por el contrario.

El Código Civil chileno, que en su tiempo fuera modelo de otros en nuestra América, estaba y sigue estando en notable retardo con respecto a la evolución social y más aún frente a codificaciones extranjeras. Desde luego frente a la legislación europea, donde acostumbramos —no siempre con buen criterio— mirar. En Francia, de cuyo Código Civil el nuestro copió casi literalmente las normas sobre relaciones personales entre los cónyuges, la incapacidad de la mujer casada en régimen de sociedad conyugal desapareció ya en 1938, y ya estaba sensiblemente atenuada con anterioridad. En España, no existe, desde la reforma de la ley de 2 de mayo de 1975, ninguna restricción a la capacidad de obrar de los cónyuges, derivada del matrimonio (art. 62 C. Civil, hoy incluso derogado), lo que quedó acentuado en la reforma de 1981, que dispuso más terminantemente aún: "En el matrimonio, marido y mujer son iguales en derechos y deberes". Para qué referirnos a los países de Common Law, o en los escandinavos, donde la incapacidad de la mujer no es concebible.

Pero sin ir tan lejos, en nuestra América Latina, la incapacidad de la mujer casada no existía ya en Argentina. Tampoco la contenía el Código peruano de 1936 el cual, por el contrario, establecía que "cada cónyuge puede contratar y disponer de sus bienes, sin más limitaciones que las derivadas del régimen legal" (art. 172), ella administraba libremente los suyos y podía disponer de los mismos (art. 178). Claro está que ello es aún más evidente en el Código de 1984. No existe esa incapacidad desde hace largos años en Colombia, desde que la Ley 28 de 1932 sustituyó la sociedad conyugal, como régimen legal, por el de participación en los gananciales y se derogó los artículos sobre la incapacidad que estaban copiados del Código Civil chileno. Tampoco en Ecuador, que sin embargo había seguido a la letra el Código Civil de Bello, ni en Bolivia.

La reforma era pues urgente y más aún: se había pensado en ella desde hace varios años, puesto que, solamente bajo el presente gobierno, se habían elaborado no menos de tres proyectos de ley que habían llegado a un avanzado trámite legislativo, algunos de ellos muy superiores técnicamente al actual.

Curiosamente, sin embargo, el más deficiente de esos proyectos es el que ve la luz y con notable rapidez, en comparación a lo que ocurrió con los precedentes, que no llegaron a ser ley.

Si quisiéramos resumir en grandes líneas la reforma, podríamos decir lo siguiente:

a) En la mayoría de las disposiciones reformadas, lo que se hace es reemplazar la palabra "marido", por la de "cónyuges", o bien, allí donde actualmente se hace referencia al marido, se agrega a la mujer. Es claro que esas reformas son la consecuencia del propósito de igualar, en gran medida, la situación de ambos cónyuges en los deberes y derechos familiares, así como su estatuto jurídico en general. En muchos casos esta equiparación trae como consecuencia la modificación de ciertas instituciones; pero en general no hay reformas de gran trascendencia. Más aún, como veremos, esta nivelación no es absoluta, en lo cual no hay novedad, desde que la propia Constitución Política se limitó a establecer que se asegura a todas las personas "la igualdad ante la ley"; pero agregando que "ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias" (art. 19 N° 2), con lo cual, se abre la puerta a regímenes diferenciados, si se entiende que no son arbitrarios. Se está lejos pues del principio de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, según el cual "todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley", o de lo que manda el art. 14 de la Constitución española de 1978, que es-

Artículo: Reforma del Código Civil sobre situación jurídica de la mujer casada. Normas generales y sucesorales
Revista: Nº184, año LVI (Jul-Dic, 1988)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

tablece que los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de sexo.

b) Se modifican los derechos y deberes entre los cónyuges, como consecuencia del propósito de nivelación ya referido.

c) Se mejoran los derechos sucesorales de la viuda, cuestión que requería una reforma; pero la reforma no es sustancial. Nosotros estamos por una reforma completa de nuestro sistema sucesoral, para concebirlo bajo nuevas bases y atendiendo a las realidades económicas nuestras y no a las de épocas pretéritas y de países europeos. Postulamos por un sistema que permita al cónyuge sobreviviente mantener el patrimonio que ayudó a formar y a hacer más difíciles los conflictos entre viuda y yernos o nueras, o entre hermanos, que son tan frecuentes. Pero, claro está, mejor es algo que nada.

d) Se elimina la incapacidad relativa de la mujer casada en régimen de sociedad conyugal, que establecía el art. 1447 del Cód. Civil. Pero al mismo tiempo, se mantiene el régimen legal de sociedad conyugal, lo que ha obligado a alterar también sus reglas para conciliarlas con la dicha capacidad, manteniendo al mismo tiempo el sistema de bienes reservados de la mujer casada que trabaja independientemente del marido.

Es ésta la parte más controvertible de la reforma y que será abordada por el prof. don René Ramos en sus detalles. Con todo, nos permitimos algunas observaciones sobre el punto.

Si hay una materia difícil de legislar es la de los regímenes matrimoniales. En efecto, hay que conciliar fines que pueden a veces parecer opuestos: la capacidad plena de ambos cónyuges, con la mantención de un régimen legal que esté dentro de las costumbres y tradiciones nacionales, de modo que las reformas no produzcan trastornos en la circulación de bienes y en la vida de los negocios. Por ello, las opciones son delicadas. A veces, se pregona por algunos reemplazar lisa y llanamente el régimen de sociedad conyugal por uno nuevo y más fácil de conciliar con la plena capacidad, como es el de participación en los gananciales. (Vid. Tomasello Leslie y Quintanilla, Alvaro, Reformas al Régimen Matrimonial y de Filiación, Valparaíso, 1981). Pero ello generaría dificultades enormes porque no es fácil la asimilación de un sistema desconocido y sobre el cual no existe experiencia en el país. Por otra parte, las experiencias comparativas en esta materia no son concluyentes sobre las tales bondades de dicho régimen. Además, en un país en que existen tan grandes diferencias de trato económico entre la mujer y el hombre, en que todavía son miles las mujeres que permanecen en el hogar cuidando de sus hijos y del hogar, un sistema separatista o de inspiración separatista acarrea para la mujer graves consecuencias y llega a plantear la opción que Savatier señalaba en un decidor título: Opción para la mujer casada: la finanza o la gloria. En efecto, la plena capacidad es a menudo una simple calificación, sin mayor contenido, mientras que la incapacidad se ve compensada por el derecho a la mitad de los gananciales.

A veces se pretende mantener lo que existe, otorgando al mismo tiempo la plena capacidad a la mujer; pero manteniendo la dirección patrimonial de la familia en el marido. Esta solución es la adoptada por el proyecto. Pero ella tiene el grave inconveniente de dar, en el fondo de las cosas, una capacidad teórica, desprovista de contenido, porque si el marido sigue siendo el jefe de la sociedad conyugal (art. 1749), con ese u otro título, si administra los bienes propios que pueda tener la mujer, no se observa qué sentido práctico tiene decir que se ha otorgado a ésta plena capacidad. Es un poco como decir que a alguien le convierten en castellano; pero sin castillo que gobernar.

Así pues, no habrá que pensar que esta reforma es trascendental y no caigamos en el absurdo de creer que es una de las más importantes que se haya hecho al Código Civil. Es un maquillaje y no de los más modernos. La reforma del estatuto jurídico de la mujer casada está aún por hacerse.

I. *DERECHOS Y DEBERES FAMILIARES*

Hemos preferido este título para abarcar todas las reformas relativas a la relación entre cónyuges y respecto de los hijos.

Artículo: Reforma del Código Civil sobre situación jurídica de la mujer casada. Normas generales y sucesorales
Revista: Nº184, año LVI (Jul-Dic, 1988)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

A. *RELACIONES ENTRE CONYUGES*

El título VI del Libro I, arts. 131 y sgts. del Código Civil fueron, en el Código de Bello, copiados, a veces textualmente, del Código de Napoleón. Para muestra, la regla de inicio, es decir el art. 131 decía: "Los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida.

"El marido debe protección a la mujer y la mujer obediencia al marido". Los arts. 212 y 213 del Código francés, en su redacción primitiva, decían: "Los esposos se deben mutuamente fidelidad, socorro, asistencia". "El marido debe protección a su mujer, la mujer obediencia a su marido".

Esta regla y las que le siguen permanecían en el Código como resabios de las costumbres germánicas, que se habían introducido entre nosotros por medio de la codificación napoleónica. Esta no había llegado hasta consagrar lo que expresaba Beaumanoir, que el marido "tiene derecho a castigar a su mujer cuando ella no quiere obedecerle con tal que sea moderadamente y sin que haya consecuencia de muerte". Tampoco se contenía las frases de Napoleón —o que se le atribuyen— en los trabajos preparatorios: "La naturaleza ha hecho de nuestras mujeres nuestras esclavas! El marido tiene el derecho a decir a su mujer: Señora usted no saldrá! Señora, usted no irá a la comedia! Señora, usted me pertenece en cuerpo y alma" (Thibaudeau, Mémoire sur le Consulat, pág. 426).

Pero, en forma refinada, la idea estaba tras esas normas, que los autores y la ley (art. 132) disfrazaban bajo la noción de Potestad Marital. El marido tenía así una suerte de imperio sobre la persona misma de su mujer. Y ello no dependía del régimen de bienes, sino del estado matrimonial, porque esta potestad en caso de separación de bienes sólo cesaba respecto de los bienes.

Sin duda que las reglas de los arts. 131 y sgts. eran las que más ofendían el sentimiento femenino. La idea de obediencia al marido, el deber de residencia impuesto a la mujer ("el marido tiene derecho para obligar a su mujer a vivir con él y a seguirle adonde quiera traslade su residencia"), eran normas que suscitaban protesta y ofendían la condición femenina. Pero más aún, esas reglas se habían convertido en motivo de humor vulgar, incluso cuando se leían, por el Oficial Civil, al momento de celebrarse el matrimonio y no obstante la seriedad del acto.

Se han modificado y se ha insistido, por las autoridades de Gobierno y personeros oficiales, que aquí se está en presencia de una modificación trascendental. Por nuestra parte pensamos que lo más adecuado era suprimir esas reglas que no son propias de un Código Civil, tanto porque son inútiles, cuanto porque su contenido, antiguo o nuevo, va envuelto en la idea misma de matrimonio. Este se contrae para vivir juntos, como se dice en la sobria definición del art. 102 y con todo lo que ello significa: en la misma casa, con ayuda mutua, con socorro patrimonial y afectivo, con problemas y dificultades; pero siempre con la voluntad de permanecer en unión, que entre nosotros se prolonga a los hijos, a los nietos, a los abuelos, tíos, sobrinos, primos, es decir, a la gran familia. Nos gusta la familia en Chile y ella pasa antes que nada, y es bueno que así sea y ojalá así permaneciera, como muestra de nuestra identidad, frente a países llamados "desarrollados", donde el vínculo familiar desaparece.

Pero no hay que hacer tanto alboroto por la reforma. Desde el punto de vista práctico, nada ha cambiado: los que castigan físicamente a su mujer lo seguirán haciendo, con o sin artículo 131; y los que se dejan mandar, dominar y aun pegar por su mujer, tendrán que seguir tolerándolo, con o sin artículo 131, desde que, por su carácter, estaban anticipados a la tendencia de dar a la mujer mayores atribuciones.

Lo bueno habría sido, sin embargo, redactar correctamente el art. 131. Dice ahora: "Los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida. El marido y la mujer se deben respeto y protección recíprocos". Pero en realidad lo que se ha querido decir es que "el marido y la mujer se deben recíprocamente respeto y protección". La reciprocidad no es del respeto a la protección, sino de marido a mujer, tanto en el respeto como en el deber de protegerse.

Pasemos pues por estas normas de contenido supuestamente moral. Recordemos que no tienen sanción directa, según se enseña comúnmente, a pesar que una sentencia de 1865 de la Corte de Concepción y otra posterior de la C. Suprema (17 de diciembre de 1948, de Rev. de Der. y Jurisp., t. 46, sec. 1ª pág. 260) establecieron la siguiente doctrina: "Ha de acogerse la demanda del marido para que se

Artículo: Reforma del Código Civil sobre situación jurídica de la mujer casada. Normas generales y sucesorales
Revista: Nº184, año LVI (Jul-Dic, 1988)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

declare que su mujer está obligada a restituirse al hogar dentro de tercero día siguiente a la fecha en que cause ejecutoria la sentencia que se dicte". La sanción está en el divorcio, por resistencia a cumplir las obligaciones conyugales sin justo motivo (art. 20 N° 7 Ley de Matrimonio Civil).

Con todo, el art. 155 inc. 2 reformado establece que la mujer puede pedir judicialmente separación de bienes "si el marido, por su culpa, no cumple con las obligaciones que le imponen los arts. 131 y 134, o incurre en alguna causal de divorcio, con excepción de las señaladas en los números 5 y 10 del art. 21 de la Ley de Matrimonio Civil" (es decir, avaricia y enfermedad grave). Es decir, la mujer no necesita demandar de divorcio y puede bastarle demandar la separación de bienes. También puede demandar separación de bienes si el marido se ha ausentado sin justa causa por más de un año del hogar común. Esta regla, inserta en el art. 155 inc. 3 nos parece útil y puede ayudar a solucionar importantes dificultades prácticas de carácter patrimonial que se presentan en la vida diaria. Es posible así que las mujeres abandonadas por sus maridos puedan al menos obtener forzadamente la división de los bienes comunes, cuestión que, bajo el texto antiguo, no era fácil de solucionar, desde que las causales de separación judicial de bienes no comprendían el caso de abandono. Era pues necesario pasar, previamente, por la declaración del divorcio perpetuo que, como consecuencia, acarrea la separación de bienes (art. 1764 N° 3).

La reforma, con todo, tiene algunas consecuencias prácticas.

Así:

1) Deja de existir el domicilio legal de la mujer casada. Se ha derogado el art. 71 que lo establecía y se ha suprimido también en el art. 133 la obligación de la mujer de seguir al marido donde quiera éste traslade su residencia, así como el deber sólo del marido de recibirla en su casa. Esa regla dice ahora: "Ambos cónyuges tienen el derecho y el deber de vivir en el hogar común, salvo que a alguno de ellos le asista razones graves para no hacerlo".

La regla no me parece bien redactada. Hablar de razones graves es casi no decir nada, porque se entra en el terreno de lo indeterminado y, por lo mismo, de lo conflictivo. Una precisión algo mayor habría sido adecuada, como se hace por ejemplo en el art. 215 del Código francés, en que se habla de peligro físico o moral. Pero en definitiva, si alguna deficultad pudiere existir, siempre tendrá que dejarse al criterio y arbitrio judicial, aunque no vemos qué problemas pudieran presentarse, puesto que ni aún bajo la regla actual lo ha habido. Los que existieron en cuanto a la relación entre este deber y de alimentos para la mujer separada de hecho, han sido resueltos jurisprudencialmente hace décadas.

Habría sido importante seguir la vía de otros países que han dado más contenido práctico al establecimiento del hogar común, no solamente porque se ha decidido que debe ser establecido por ambos cónyuges, sino porque se ha consagrado la indisponibilidad del hogar común sino por mutuo acuerdo. Y se habla, por ejemplo en el Código de Francia, de "los derechos por los cuales se asegura la habitación de la familia", incluyendo en él, incluso, los muebles de que está dotado. Además se establece la atribución preferencial de dicho hogar al que se queda con los hijos en caso de separación o de ruptura del matrimonio. Esta idea viene siendo propugnada en Chile desde hace años por algunos; pero no ha recibido atención de los legisladores, no obstante su evidente utilidad. Se evitarían así los embargos de muebles de la casa, la dispersión de los bienes en caso de partición obligada, etc... (Sobre esta cuestión, véase entre nosotros "El Divorcio", documento publicado por el Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas, Edeval, 1973, págs. 50 y 51 y el art. 11 N° 3, letra c) del Proyecto del prof. Fernando Fueyo sobre divorcio, incluido en dicha publicación. Para el derecho francés, Marty y Raynaud, *ob. cit.*, Les régimes matrimoniaux, n. 381 y sgts. y Les successions et les liberalités, n. 775 y sgts.).

Habiéndose suprimido el domicilio legal de la mujer casada, se aplicarán a ella las reglas generales sobre el domicilio, de modo que lo tendrá allí donde coincidan su residencia con su ánimo de permanencia (art. 69). En el hecho, ese domicilio coincidirá con el del marido, si viven juntos, es decir en situación de normalidad matrimonial, aunque no por seguir ella el de su marido, sino porque en un mismo lugar ambos tienen los soportes objetivos y subjetivos del domicilio. Pero si hay separación de hecho u otra situación excepcional, la mujer tendrá domicilio distinto al del marido.

2) Se altera la situación de los auxilios para defensa judicial. En el art. 136 inc. final y sin perjuicio de lo que se dirá por otro expositor sobre la capacidad de la mujer, se contenía la obligación del marido de

Artículo: Reforma del Código Civil sobre situación jurídica de la mujer casada. Normas generales y sucesorales
Revista: Nº184, año LVI (Jul-Dic, 1988)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

dar a su mujer expensas para la litis. Esta norma había sido interpretada en favor de la mujer, de modo que aun en caso de separación de bienes y no obstante disponer la mujer de bienes, las debía el marido aún en juicio entre ellos (Así, C. de Santiago, 15 de octubre de 1987, queja desestimada por la Excma. Corte Suprema, Fallos del Mes N° 350, pág. 970, sentencia 11; 20 de octubre de 1980, Rev. de Der. y Jurisp., t. 77, sec. 2ª pág. 175; C. Suprema, 11 de mayo de 1970, Rev. de Der. y Jurisp. t. 67, sec. 1ª pág. 145. Sin embargo en contra, C. Suprema, 8 de abril de 1976, Rev. de Der. y Jurisp., t. 73, sec. 1ª pág. 50 y C. Pedro Aguirre Cerda, 26 de noviembre de 1987, Rev. de Der. y Jurisp. t. 84, sec. 2ª pág. 125). Pero ahora el art. 136 nuevo contiene una curiosa distinción: separa los auxilios para juicio, de las expensas para la litis. Los cónyuges se deben recíprocamente auxilios para sus acciones o defensas judiciales; pero expensas para la litis las debe el marido en sociedad conyugal a su mujer, si ella sigue juicio en su contra y no tiene bienes que administre o que pertenezcan a su patrimonio reservado. La disposición dice así: "Los cónyuges serán obligados a suministrarse los auxilios que necesiten para sus acciones o defensas judiciales. El marido deberá, además, si está casado en sociedad conyugal, proveer a la mujer de las expensas para la litis que ésta siga en su contra, si no tiene los bienes a que se refieren los artículos 150, 166 y 167, o ellos fueren insuficientes".

Esta regla no es clara, y se presta para una variedad interpretativa. Bien puede sostenerse que los auxilios para el juicio están constituidos por las pruebas de que se disponen, consejos para el juicio, ayuda en términos generales y que las expensas para la litis son los auxilios monetarios para la defensa. Si así fuera, las expensas para la litis sólo las debe el marido a la mujer si están casados en sociedad conyugal y siempre que se trate de una causa que la mujer siga en su contra. Con esa interpretación la mujer resulta claramente desfavorecida frente a la situación actual.

Pero cabe también entender que sólo se trata de una inadecuada redacción, y que lo que se quiso decir es que ambos cónyuges se deben recíprocamente incluso auxilios monetarios (expensas para la litis), así como se deben socorros mutuos (art. 134 que permanece inalterado). La parte final no sería sino una precisión: en caso de sociedad conyugal y aunque el juicio lo siga la mujer contra el marido, éste le debe expensas para la litis, a menos que ella tenga bienes suficientes bajo su administración. Desde luego que, teniendo en cuenta la finalidad de la regla, criterio decisivo para la interpretación según nuestro modo de ver, habría de preferirse este sentido que, no obstante, tiene en su contra el aparente tenor literal de la disposición. Entendemos que los auxilios económicos para seguir un juicio que un cónyuge debe al otro, deben depender únicamente del hecho que el que los requiere los necesite por no tener bienes bastantes, y aquel a quien se los pide, tenga medios para suministrarlos. Pero esta conclusión no está amparada claramente por el tenor de la ley.

3) Se disminuyen las enojosas diferencias entre el adulterio de la mujer y del marido. Así, se suprime el art. 171 actual que privaba a la mujer de sus gananciales si había dado causa al divorcio por esa causa, lo que no ocurría para el marido. Pero las diferencias penales se han mantenido.

4) Se elimina el curioso art. 174, lo que es una consecuencia lógica de igualarse los estatutos jurídicos, pues los cónyuges se deben recíprocamente alimentos y congruos y ya no aparece esa regla que, por lo demás, parecía incompatible con lo que se señalaba en el propio art. 321 y sgts.

B. *RELACIONES PATERNO-FAMILIARES*

Las dos instituciones que determinan la reglamentación jurídica de la relación padre-hijos son la autoridad paterna y la patria potestad, separadas en nuestro Código por el objeto que cada una regula: las relaciones personales y las relaciones patrimoniales, respectivamente.

Ambas son alcanzadas por la reforma para igualar, en lo posible, la situación de los dos padres.

Artículo: Reforma del Código Civil sobre situación jurídica de la mujer casada. Normas generales y sucesorales
Revista: Nº184, año LVI (Jul-Dic, 1988)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

1. *La autoridad paterna*

No ha alterado la ley la supremacía del padre establecida en el art. 219, consagrando su autoridad frente a los hijos. La verdad es que, tal cual ocurre entre los cónyuges, se trata más bien de deberes de carácter moral que jurídicos. Pero ya que se estaba reformando el Código para igualar la situación de los cónyuges, pudo haberse eliminado aquello de que "pero estarán especialmente sometidos al padre". Primero, porque es una aberración decir que los hijos están sometidos a sus padres o a su padre. La relación con los hijos no es de sometimiento. Está en otro nivel de consideración. Segundo, porque en un hogar bien avenido los hijos han de honrar padre y madre, como lo aprendí en mi catecismo y no hay prelaciones en esa materia.

Son ahora ambos padres los que pueden castigar moderadamente a los hijos y corregirlos y no solamente el padre (art. 233), regla que por lo demás jamás ha sido cumplida estrictamente puesto que, en muchos hogares, son las madres las que mantienen la disciplina en la casa. Así era por lo menos en la de mis padres y, podría decir con certeza, que lo es en la mía y en la de la mayoría. Pero ya que la regla está, no está de más igualar en la letra a ambos.

Son también ambos padres los que deben dirigir la educación del hijo (art. 235) y, siguiendo a los tiempos, ya no se hace mención al derecho de elegir para ellos el estado o profesión futura. Esa cuestión, como es sabido, queda determinada por los medios económicos, el colegio en que hayan estudiado, el resultado de marcar cruces en una prueba llamada de aptitud académica y los criterios que tengan los profesores de primer año universitario. Era pues bueno que se borrara de la regla algo que parecía risible.

Si el hijo ha sido abandonado por sus padres y hubiere sido criado y alimentado por terceros, los padres para recuperarle tienen que pedir autorización judicial y, además, reembolsar los gastos al dicho tercero. Así lo dice el art. 239 y lo sigue diciendo, agregándose solamente que el juez sólo dará la autorización si estima que hay razones graves para concederla. Esta agregación confirma por lo demás el principio que domina el derecho de menores, cual es el interés del menor como regla básica para decidir de cualquier conflicto, por sobre reglas estrictas.

Se ha modificado las reglas sobre cuidado personal de los hijos en caso de divorcio, alterándose el art. 223, que, como se sabe, es también aplicable al caso de separación de hecho y de nulidad matrimonial o aún de filiación ilegítima por imperio del art. 46 de la Ley de Menores. La alteración no es muy importante. En efecto, consiste en resolver que, en adelante, los hijos de cualquier edad serán entregados al cuidado personal de la madre. Se suprime pues el derecho del padre a mantener con él los varones de más de catorce años. Pero ya se sabe que raros son los casos en que la situación se presentaba y, por lo demás, con una interpretación razonable de las reglas legales podía llegarse a la conclusión que, si el cambio de cuidado personal para el hijo varón era perjudicial para él, podía mantenerse en la madre. Por lo demás, a esa edad, son los hijos los que determinan con quien se van, desde que lo razonable es que los jueces de menores los oigan.

Este cuidado personal es el que la Ley de Menores llamaba incorrectamente "tuición", nomenclatura que se ha hecho común en derecho de menores; pero que insistimos es inadecuada porque la tuición es propia de los tutores y la ley quiere referirse al cuidado personal.

Se ha aprovechado para modificar el art. 49 de la Ley de Menores, respecto de la autorización para sacar al menor del país. El art. nuevo dice ahora así: "La salida de menores desde Chile deberá sujetarse a las normas que en este artículo se señalan, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 18.703.

"Si la tuición del hijo legítimo no ha sido confiada por el juez a alguno de sus padres ni a un tercero, aquél no podrá salir sino con la autorización de ambos padres.

"Confiada por el juez la tuición a uno de los padres o a un tercero, el hijo legítimo no podrá salir sino con la autorización de aquél a quien se hubiere confiado.

"La salida del país de un hijo natural deberá ser autorizada por aquel de los padres que lo hubiere reconocido voluntariamente, o por el padre y la madre si ambos lo hubieren hecho. Si la tuición del menor hijo natural se hubiere confiado por el juez a uno de los padres o un tercero, sólo se requerirá la autorización de aquél o de éste, en su caso.

Artículo: Reforma del Código Civil sobre situación jurídica de la mujer casada. Normas generales y sucesorales
Revista: Nº184, año LVI (Jul-Dic, 1988)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

"Decretada por el tribunal la obligación de admitir las visitas a que se refiere el artículo anterior, se requerirá también la autorización del padre o madre que tenga derecho a visitar al hijo.

"El permiso a que se refieren los incisos anteriores deberá prestarse por escritura pública o por escritura privada autorizada por un Notario Público. Dicho permiso no será necesario si el menor sale del país en compañía de la persona o personas que deben prestarlo.

"En caso que no pudiere otorgarse o sin motivo plausible se negare la autorización por uno de aquellos que en virtud de este artículo debe prestarla, podrá ser otorgada por el juez de menores del lugar en que tenga su residencia el menor. El juez, para autorizar la salida del menor en estos casos, tomará en consideración el beneficio que le pudiere reportar y señalará el tiempo por el que concede la autorización.

"Expiado el plazo a que se refiere el inciso anterior sin que el menor, injustificadamente, vuelva al país, podrá el juez decretar la suspensión de las pensiones alimenticias que se hubieren decretado.

"En los demás casos para que un menor se ausente del país, requerirá la autorización del Juzgado de Letras de Menores de su residencia".

De este modo, la situación al respecto es la siguiente:

a) La regla general es que los hijos legítimos menores no pueden salir del país sin autorización de ambos padres; b) Si sólo uno de ellos tuviere el cuidado personal del hijo por resolución judicial, o dicho cuidado se hubiere entregado a un tercero, sólo éste puede dar dicha autorización. Pero si el otro padre hubiere obtenido la regulación de visitas, deberá contarse también con su autorización. c) En caso de filiación natural, la autorización la da aquel de los padres que hubiere reconocido voluntariamente al hijo, o por ambos si los dos lo reconocieron de ese modo; pero si el cuidado personal del hijo se hubiere confiado a uno de ellos, sólo éste dará esa autorización, rigiendo sin embargo lo ya dicho respecto del derecho de visita. Esta norma es particularmente inapropiada, si se tiene en cuenta que la Ley 18.703 ha establecido un sistema reglado para la salida de menores en vista de su adopción en el extranjero. Si bien el art. 49 que comentamos hace expresa mención a esta ley, en la práctica podrá ocurrir que se le vulnere ley con ayuda de este artículo 49, mediante la fórmula de hacer que la madre que desea abandonar al hijo lo reconozca como natural y luego autorice su salida del país por instrumento privado firmado ante notario. d) La autorización deberá darse por escritura pública o por instrumento privado suscrito ante notario; e) En todo caso de negativa injustificada y en contra del beneficio del menor, puede obtenerse el permiso del juez de menores de la residencia del menor por el tiempo que aquél fije. Si el hijo no vuelve en tiempo, el juez podrá suspender, como sanción, la pensión alimenticia decretada. f) En los demás casos, autoriza la salida el juez de menores del domicilio del menor, como ocurre, por ejemplo, en el caso de un hijo natural reconocido forzadamente o de un hijo simplemente ilegítimo.

2. *La patria potestad*

No se ha conferido a ambos padres la patria potestad. Se mantiene pues la regla general del art. 240, en cuanto a que ella corresponde al padre y a la madre sólo en caso de faltar el padre en los casos del art. 266 N°s 1 y 6 y en los de los números 1, 3, 5, y 7 del art. 267. Pensamos que no había inconvenientes en darla a ambos padres de consuno. Si ellos pueden y deben dirigir de consuno la educación del hijo que es bastante más importante que la patria potestad, no se ve la razón para mantener la preeminencia del padre en esta materia de única trascendencia patrimonial. Se dirá que, cuando se trata de administrar es mejor una sola dirección. Pero se trata de un simple dogma que no tiene justificación. Así, cuando se trata de una sociedad de personas, es común designar a varios administradores que han de obrar de consuno e incluso se prefiere esta forma en negocios importantes. En las de capital, dirige un directorio formado por muchos. Cuando se trata de la guarda, puede designarse tutores o curadores conjuntos. Son muchos los países que, en régimen comunitario, han establecido una administración conjunta. No se observa entonces por qué razón no puedan ambos padres tener la patria potestad de consuno.

Artículo: Reforma del Código Civil sobre situación jurídica de la mujer casada. Normas generales y sucesorales
Revista: Nº184, año LVI (Jul-Dic, 1988)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Pero la cuestión no tiene gran trascendencia. Hijos menores con patrimonio son una curiosidad, hasta el punto que parece absurdo tanta dedicación a la teoria de los peculios, que no tiene aplicación práctica alguna, mientras se dejan sin resolver problemas familiares bastante más importantes. Sólo tiene importancia en cuanto a la representación del hijo de familia. Por lo demás, si se examinan los nuevos arts. 243, 247, 248 y 152, esta teoria de los peculios se reforma para conceder a la madre el usufructo a falta del padre en el caso del peculio adventicio extraordinario.

Con todo, si alguna reforma importante existe en esta materia es aquella del inciso penúltimo del art. 240: la madre que pide para sí el cuidado personal de los hijos, puede pedir, simultáneamente, que se le confiera también la patria potestad. Así entonces, en caso de separación de hecho, de divorcio, de nulidad de matrimonio, la madre podrá pedir al juez de menores que le conceda el cuidado personal de los hijos menores y, al mismo tiempo, le dé la patria potestad, caso en el cual deja el padre de tenerla. Pero si no se le hace esta petición, sólo se le confiará el cuidado personal y el padre conservará la patria potestad y, por lo mismo, la representación del hijo. Con esta modificación, se permite concentrar en la madre tanto el cuidado personal como la patria potestad, solucionándose muchas dificultades que en la práctica se presentan al tener que recurrirse al padre, de quien el hijo y la madre viven separados, para obtener autorizaciones en la vida jurídica.

En caso de suspensión de la patria potestad por las causales del art. 262, ella se concede a la madre, a menos que para ella rijan también las mismas causales de suspensión.

II. *REFORMAS AL DERECHO SUCESORIO*

La Ley 18.802 ha introducido también reformas al régimen sucesoral, para mejorar la situación del cónyuge viudo.

Se trata de una cuestión que no se relaciona, desde luego, con la capacidad de la mujer casada y que, por lo mismo, no aparecía en ninguno de los proyectos precedentes sobre la materia.

Nosotros pensamos que nuestro derecho sucesorio requiere de ajustes y reformas y, entre ellas, las que alteren notablemente la situación del cónyuge viudo. Las bases sobre las cuales se ha construido el derecho sucesoral, responden a realidades sociales y económicas que no son las de los tiempos actuales. Hemos sostenido pues la necesidad de esa reforma, para plantear la sucesión en favor del cónyuge sobreviviente en otros términos, mucho más favorables que los que resultan del Código Civil (así en Ramón Dominguez B. y Ramón Domínguez A., Derecho Sucesorio, ns. 896 y 897.2., en prensa).

De este modo, no podemos sino adherir a toda reforma que vaya en ese sentido. Con todo, la reforma del derecho sucesorio es delicada, porque es una estructura que se asienta en muchos pilares que deben armonizarse y que unos y otros sostienen todo el edificio. Alterar uno o algunos, sin guardar esa armonía, es peligroso, porque altera toda la estructura. Mucho nos tememos que algo así haya ocurrido con la reforma. Afortunadamente ella toca, en lo esencial, dos instituciones, de las cuales sólo una tiene real importancia práctica.

A. *Reformas a la cuarta de mejora en favor del cónyuge sobreviviente o cuarta de mejora*

Se sabe que en Chile el cónyuge sobreviviente no es heredero forzoso. En su favor sólo existe la porción conyugal, que es una asignación forzosa; pero que no lo transforma en heredero, por mucho que el art. 1180 le considere, para ciertos efectos, como tal. Y, en cuanto a la sucesión intestada, sólo es heredero a partir del segundo orden de sucesión regular, puesto que en el primero, es decir en concurrencia con descendientes legítimos, sólo lleva porción conyugal.

Esa desmedrada situación jurídica es el producto de la subsistencia, en nuestro régimen sucesoral, de

Artículo: Reforma del Código Civil sobre situación jurídica de la mujer casada. Normas generales y sucesorales
Revista: Nº184, año LVI (Jul-Dic, 1988)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

viejos principios y realidades que han desaparecido o perdido vigencia hace largo tiempo.

La reforma viene pues a alterar, en favor del cónyuge sobreviviente, la situación someramente descrita, permitiendo que el *de cujus* pueda otorgar disposición testamentaria favoreciendo a su cónyuge con el todo o parte de la cuarta de libre disposición.

De allí que el art. 1184 inc. 3 se modifique en cuanto se agrega al cónyuge a los posibles beneficiarios de mejora.

Con la reforma, la situación del cónyuge sobreviviente puede ser sensiblemente beneficiosa, si lo quiere el *de cujus*. En efecto, éste puede otorgar testamento asignando a su cónyuge toda la cuarta de mejora y toda la cuarta de libre disposición, es decir, la mitad de su herencia, en concurrencia con descendientes legítimos. Además, si el régimen de bienes ha sido el de sociedad conyugal, deberá recordarse que la mitad de los gananciales son del sobreviviente por derecho propio. Así, la mayor parte del patrimonio familiar puede quedar en el dominio del cónyuge sobreviviente, que es lo que, a nuestro parecer, parece lo acertado, en vista de las actuales realidades.

Evidentemente que ello depende de una manifestación de voluntad del causante, mediante su testamento, y es claro que éste, si lo quiere, puede no asignar parte alguna a su cónyuge o sólo asignarle porciones de lo que la ley permite, o puede hacerle legados con cargo a aquello de que puede disponer en su favor. Pero el límite máximo en que puede favorecer a su cónyuge queda así a su libre disposición.

Cabe recordar que si el cónyuge sobreviviente hubiere de llevar porción conyugal, la disposición en su favor del todo o parte de la cuarta de mejora no desmerece en nada el *quantum* teórico de la dicha porción, desde que, para asignarle la cuarta de mejoras, deberá el *de cujus* otorgar testamento y, por lo mismo, se tratará de una asignación testamentaria del todo compatible con la porción conyugal por imperio del art. 1176 inc. final.

Así pues, la reforma mejora sensiblemente la situación del cónyuge sobreviviente y, desde ese punto de vista, debe ser elogiada.

Con todo, es necesario hacer algunas precisiones en torno al nuevo derecho en favor del cónyuge:

1.- No se han modificado los arts. 1167 N° 4 y 988. De este modo, el cónyuge sobreviviente no es asignatario forzoso de cuarta de mejora. En otros términos, el derecho a llevar el todo o parte de esa cuarta depende únicamente de la libre voluntad del testador. La reforma consiste en que el *de cujus*, si lo desea, puede ahora mejorar al cónyuge, lo que antes no podía, desde que éste no figuraba entre los posibles beneficiarios de cuarta de mejora.

Pero si el *de cujus* no otorga testamento en su favor en tal sentido, si la herencia ha de quedar regida por el art. 988, en cuanto distribuye la herencia en el primer orden de sucesión regular, el cónyuge sobreviviente no lleva cuarta de mejora, lo que no ocurre con los descendientes legítimos o los hijos naturales o sus descendientes legítimos, desde que la cuarta, en ese evento, va incluida en la distribución intestada dispuesta por el artículo citado. Además, si la herencia es testada, deberá recordarse que si el causante no asigna la cuarta de mejoras, ésta acrece a la mitad legitimaria (art. 1191), para transformar las legítimas rigorosas en efectivas. Ese acrecimiento favorecerá ahora al cónyuge sobreviviente para otros respectos, como se verá más abajo; pero implicará privarle de todo derecho a la cuarta de mejora.

Pero en todo caso, el *de cujus* no podrá disponer de la cuarta de mejoras en favor de terceros que no son mejoreros y si lo hace, el cónyuge sobreviviente goza también del derecho a acción de reforma en defensa de la cuarta de mejoras. El art. 1221 reformado así lo señala.

2.- Como no se ha incluido al cónyuge sobreviviente en el art. 1167 N° 4, subsiste ahora para él un viejo debate que surgió luego de la reforma que la Ley 10.271 hizo a dicho artículo y al art. 1184.

En efecto, se ha discutido si la cuarta de mejoras se forma en caso de concurrir sólo hijos naturales o sus descendientes legítimos. El art. 1184 inc. 2 precisa que si no hay descendientes legítimos, la mitad de los bienes es de libre disposición. El inc. 3 agrega que "habiendo tales descendientes" se forman las cuartas y entre ellas, la de mejora, de donde un sector de la doctrina ha concluido en que, para la forma-

Artículo: Reforma del Código Civil sobre situación jurídica de la mujer casada. Normas generales y sucesorales
Revista: Nº184, año LVI (Jul-Dic, 1988)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ción de la cuarta de mejoras, es menester que concurran descendientes legítimos del causante, de modo que si sólo hay hijos naturales o descendientes legítimos de éstos, no hay lugar a la formación de tales cuartas (así, G. Barriga Errázuriz, "La cuarta de mejoras en relación con los hijos naturales", en Rev. de Der. y Jurisp. t. 64, sec. der., págs. 88 y sgtes.). Esta tesis, como se sabe, no ha prevalecido, ni en jurisprudencia (Vid. C. Suprema, 17 de mayo 1967, Rev. de Der. y Jurisp. t. 64, sec. 1ª pág. 127 y 21 de enero 1974, Fallos del Mes Nº 182, sent. 5, pág. 276), ni en jurisprudencia (así, M. Somarriva, "Evolución del Código Civil Chileno", Nº 267, pág. 263. Hemos sostenido que la tesis desfavorable a los hijos naturales sólo se sostiene en un defecto de redacción; pero es absurda, pues resultaría curioso que para la formación de la cuarta se exigiera la presencia de descendientes legítimos y no obstante el causante pudiera asignarla toda a los hijos naturales. Así, R. Dominguez B. y R. Domínguez A., Derecho Sucesorio, Nº 944).

Sin embargo, ese mismo debate queda pendiente para el cónyuge, pues si éste concurriera sólo con hijos naturales o descendientes legítimos de éstos, no resulta evidente que la cuarta de mejoras pudiera formarse para favorecer al cónyuge sobreviviente, ya que él no aparece mencionado en el art. 1167 Nº 4, que es la regla que, en el debate tradicional, se ha esgrimido en favor del hijo natural.

Entendemos, sin embargo, que si la conclusión mayoritaria es que en tal caso la cuarta de mejoras se forma en beneficio del natural o de sus descendientes legítimos, también ha de poder concurrir a ella el cónyuge sobreviviente, si el causante le ha favorecido con disposición testamentaria. El propósito de la ley es favorecerle y no podría defenderse la lógica de una interpretación distinta, que llevase al absurdo de concluir que dicho cónyuge no puede ser beneficiado con cuarta de mejora si sólo hay hijos naturales y si puede serlo si hay hijos legítimos. Esa interpretación significaría que los más favorecidos con la reforma serían los hijos naturales. Parece lógico entonces concluir que un error técnico no puede llevar a mantener una deducción absurda. Pero los autores de la ley, si querían beneficiar al cónyuge sobreviviente, debían haber recordado estas cuestiones clásicas para dejarlas definitivamente resueltas. La falta de claridad es aún más evidente, si se tiene en cuenta que el art. 1204 ha sido reformado para permitir el pacto de no mejorar en favor del cónyuge sobreviviente. Pero se dice en él, ahora, que la promesa de no mejorar puede convenirse con el cónyuge "en el caso del artículo 1178 inc. 2", es decir, sólo cuando hay concurrencia de descendientes legítimos. Con ello bien podría sostenerse que el propósito legislativo es claro en cuánto a que la cuarta de mejoras sólo favorecerá al cónyuge sobreviviente si hay tales descendientes y por eso mismo es que sólo en esa hipótesis vale el pacto de no mejorar. Aun así, mantenemos nuestra idea ya expresada: si sólo hay hijos naturales y cónyuge, sin concurrencia de descendientes legítimos, el causante puede favorecer a su consorte con mejora.

B. *Reformas a la porción conyugal*

Se han introducido también reformas al sistema de cálculo de la porción conyugal. Ya hemos recordado que esa asignación forzosa es de poca aplicación y, por lo mismo, no pensamos que fuera necesario y ni siquiera conveniente introducir alteraciones que no van a significar un beneficio al cónyuge sobreviviente; pero sí van a introducir nuevas confusiones al panorama de una asignación que ya era, históricamente, el más oscuro del Código Civil.

Las modificaciones son, sustancialmente, las siguientes:

1.- Se agrega al art. 1178 inc. 2 la frase "o efectiva" después de la mención a la "legítima rigorosa" y se suprime el inc. 3 del art. 1191. En otros términos, si hay descendientes legítimos, la porción conyugal será igual al doble de lo que, por legítima rigorosa o efectiva reciba cada descendiente legítimo; y si hay uno sólo, la porción será idéntica en su *quantum* a la legítima que lleve dicho descendiente, sea ella rigorosa o efectiva.

En el sistema anterior a la reforma, el *quantum* teórico de la porción, en caso de concurrencia con descendientes legítimos, quedaba fijado en relación al *quantum* de la legítima rigorosa, definida ésta de

Artículo: Reforma del Código Civil sobre situación jurídica de la mujer casada. Normas generales y sucesorales
Revista: Nº184, año LVI (Jul-Dic, 1988)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

acuerdo a lo prevenido en el art. 1184 inc. 1.

Pero se sabe que, en definitiva, el *quantum* real de la legítima puede ser mayor, desde que, si el causante no ha dispuesto de toda la porción de mejora o de la de libre disposición, la parte sobrante se agrega numéricamente a la mitad legitimaria, para dividirse entre los legitimarios. Esto es lo que el art. 1191 califica de *acrecimiento* de las legítimas y la resultante de la división, de *legítima efectiva*. Pero esta disposición, en su inc. 3, precisaba que "este acrecimiento no aprovecha al cónyuge sobreviviente en el caso del artículo 1178, inciso 2". Por ello es que en el art. 1178 sólo se hacía mención únicamente a la legítima rigorosa como base de cálculo de la porción conyugal teórica y no a la legítima efectiva. Resultaba así que, en el hecho, el cónyuge por porción podía llevar menos que lo que, por legítima efectiva, llevaba el descendiente legítimo.

La reforma consiste entonces en favorecer al cónyuge sobreviviente en su porción conyugal, puesto que en presencia de descendientes legítimos el acrecimiento del art. 1191 permitirá el cálculo de dicha asignación sobre el monto de las legítimas efectivas y no sólo sobre el de las legítimas rigorosas.

2.- Se elimina del art. 1178 inc. 2 la frase "con imputación a la mitad legitimaria".

El propósito de la reforma es más que oscuro y altera en forma sustancial el cálculo de la porción en varias situaciones, con efectos en toda la distribución de la herencia.

No creemos que sea necesario entrar ahora en detalles. Pero podemos, al menos, señalar que la frase tenía un sentido que nos parecía claro: la porción conyugal se *extraía* de la mitad legitimaria. Ello permitía entender que había una sola mitad legitimaria, excluido el caso del acrecimiento del art. 1191. Así entonces, todo lo que favorecía a dicha mitad, favorecía también a la porción conyugal. Tal ocurría con el caso de la colación (art. 1199) y con el de la acumulación de donaciones excesivas a terceros (art. 1186). En otros términos, como la porción se calculaba en función del *quantum* de la legítima rigorosa y con *imputación a la mitad legitimaria*, todo lo que aumentara la mitad legitimaria, favorecía al cónyuge en su porción, salvo el caso del acrecimiento del art. 1191, para lo que había salvedad expresa. Esa era la tesis dominante (así, P. Lira U., "Notas relativas a dificultades que se presentan con motivo de la porción conyugal", págs. 4 y sgts.; Pinochet Contreras, "La porción conyugal", N° 14, págs. 76 y sgts.; Claro Solar, Derecho Civil, t. 15, N° 1525, pág. 441; Abeliuk, Rojas y Tasso, N° 203, págs. 216 y sgts.; Meza Baros, Derecho Sucesorio, N° 436, pág. 274; R. Domínguez B. y R. Domínguez A., *op. cit.* N° 994. En contra, Somarriva, Derecho Sucesorio, N° 476, pág. 275 in fine. La tesis de Aguirre Vargas partía también del supuesto diverso, en cuanto a distinguir al cónyuge *contado* como legitimario, de la calidad misma de legitimario que se le niega, por lo cual no le favorecen los acrecimientos de los arts. 1186 y 1187).

La reforma pone todo ello en cuestión y la forma de cálculo de la porción conyugal resulta hoy difícil de imaginar. Las posibilidades que deja la modificación son varias. Así, podría sostenerse que la mitad legitimaria es sólo base de cálculo de la porción; pero ella ha de extraerse del resto de la herencia y sin que al cónyuge favorezca el segundo acervo imaginario. Esa tesis en lugar de favorecerle le perjudica y, por lo mismo, es contraria al espíritu de la reforma. Otra posibilidad es entender que la frase era inútil, porque con o sin ella sucede lo mismo, de tal forma que la supresión tiene como objetivo, precisamente, señalar que la porción se extrae de la masa aumentada con el acrecimiento ya referido. Así entonces, la supresión no ha tenido otro sentido que poner en armonía el art. 1191 con el art. 1178 reformado. En este último caso, resultarían las siguientes alternativas: a) Si hay acrecimiento del art. 1191, la porción se calcula y extrae de la mitad legitimaria *aumentada* por ese acrecimiento, y la colación y el agregado imaginario de las donaciones a terceros; b) Si no hay acrecimiento del art. 1191, se calcula y extrae sobre la mitad legitimaria aumentada con la colación y el agregado de las donaciones a terceros.

3.- Se elimina el inciso final del art. 1190.

Esta parte del artículo suscitaba la cuestión clásica de saber qué debía entenderse por deducciones de la porción conyugal y cuál era su destino. Al suprimirlo, definitivamente el cálculo de la porción conyu-

Artículo: Reforma del Código Civil sobre situación jurídica de la mujer casada. Normas generales y sucesorales
Revista: Nº184, año LVI (Jul-Dic, 1988)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

gal se hace ininteligible, admitiéndose como posibilidad una forma de determinación parecida a la vieja tesis de Fabres. No comentaremos esta cuestión, desde que en ella se ha derrochado ingenio que nos parece quedaría mejor empleado en otras reformas más importantes.