

ENRIQUE BARROS BOURIE. Coordinación *Familia y personas*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991 203 páginas.

1. *Una obra colectiva de importancia*

En agosto de 1989 en el marco físico de las Termas de Jahuel tuvieron lugar las Primeras Jornadas de derecho Civil organizadas por el Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Chile. Las jornadas concitaron la atención y asistencia de un gran número de profesores y ayudantes que expusieron el resultado de sus investigaciones y las sometieron a la discusión académica.

La Editorial Jurídica de Chile ha tenido el acierto de considerar la publicación de las diversas ponencias presentadas en esas Jornadas, y es así como ha aparecido, bajo la coordinación del Director del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Chile, profesor Enrique Barros Bourie, y con prólogo del profesor

Francisco Merino Scheihing, un primer volumen —de una obra prevista de cuatro— que agrupa los trabajos referentes a las personas y la familia. Los tres tomos restantes según el proyecto editorial se dedicarán a “Contratos”, “Responsabilidad Civil y Obligaciones” y “Derecho reales y Doctrinas Generales”.

El presente volumen de “Familia y personas” incluye diez artículos que, a pesar de haber mediado entre su presentación a las Jornadas y su publicación, más de dos años, no han perdido actualidad y vigencia.

2. Persona y derechos de la personalidad

Es alentador, por una parte, para el desarrollo y progreso de nuestra civilística, el que se vea un renovado interés sobre el tema de la persona, su dignidad y derechos. Ya hace casi medio siglo escribía el insigne civilista español Federico de Castro y Bravo que el derecho Civil de ser un derecho de cosas debía transformarse en el derecho de la persona. En el libro que reseñamos son tres los estudios que se refieren a esta materia que, entre nosotros, resulta hasta cierto punto novedosa. El profesor Antonio Pedrals escribe sobre “La idea de ‘personalidad’ en el umbral del siglo XXI”, trabajo en el que se plantea interrogantes sobre la posibilidad de otorgar la categoría de persona a entes que aparecen como titulares de derechos o facultades: se pregunta sobre los concebidos, en relación con la manipulación de embriones a que dan lugar las nuevas técnicas biogenéticas; sobre los muertos, en relación con la práctica de congelación de cadáveres; sobre los no concebidos, respecto a situaciones que pudieran afectar a las generaciones futuras, y sobre la naturaleza, respecto a la protección de los animales y del medio ambiente.

Por su parte, los profesores Francisco Merino Scheihing y Juan Enrique Vargas Viancas dedican sendos estudios a los llamados derechos de la personalidad. El primero de estos trabajos, “Consideraciones en torno a los derechos de la personalidad”, plantea la conveniencia de no definir ni sistematizar tales derechos por el riesgo de limitar sus alcances, y propone identificar como derecho de la personalidad todo centro de interés legítimo que se ubique en la esfera moral del individuo, el que puede tener un contenido cambiante o permanente según los casos (pág. 114). Para Juan Enrique Vargas, “Atributos de la personalidad y garantías constitucionales”, los derechos de la personalidad, a los que el autor prefiere denominar “atributos”, se distinguen de los llamados derechos humanos en que estos últimos juegan un papel en el área de la acción estatal o pública, mientras los primeros desempeñan su papel en la esfera propia del derecho privado. Ambos autores se manifiestan partidarios de incluir en nuestra legislación civil esta materia, aunque Merino piensa que su regulación positiva debe hacerse mediante una cláusula de protección general que permita que el efectivo desarrollo y precisión de los respectivos derechos se haga por vía jurisprudencial (“construcción pretoriana”), mientras Vargas parece pensar en un detalle del contenido de cada derecho que oriente sobre su identificación.

Siempre sobre la persona, se presenta el estudio de los profesores de nuestra Facultad, César Frigerio Castaldi y Alvaro Pizarro Borgoño, relativo a la “Incapacidad Civil y representación legal del enfermo mental recluido en un establecimiento psiquiátrico”. En el trabajo se concluye, dada la vigencia reconocida al Reglamento para los Servicios de Salubridad Mental (D.S. Nº 68 de 1927), que los actos ejecutados por el enfermo mental hospitalizado en un establecimiento

psiquiátrico, sea que se realicen mientras se encuentra internado, sea que se ejecuten fuera durante los tres meses posteriores a su salida provisoria o fuga, deben tenerse como actos realizados por un demente interdicto y, por tanto, serán nulos absolutamente. Los autores llaman la atención sobre la falta de medidas de publicidad de esta causal de nulidad que constituye un factor de incertidumbre frente a terceros. Propician, así, la sustitución del reglamento de 1927 por un nuevo texto que contemple la constancia en el Registro Conservatorio de Bienes Raíces de la internación de un enfermo en un establecimiento psiquiátrico.

3. Familia y culturas indígenas

Los restantes artículos contenidos en el volumen son dedicados a materias propias del derecho de familia, observándose una clara preferencia por los regímenes económicos matrimoniales y por la filiación. Se exceptúa el trabajo de la profesora María Dora Martinic Galetovic sobre "El concubinato y figuras afines: un caso de marginalidad jurídica". El enfoque metodológico utilizado en este estudio es también novedoso; diríamos que la autora abandona el método dogmático-tradicional en nuestra civilística- para incursionar en el sociológico-jurídico. El objetivo del trabajo, a nuestro juicio no bien reflejado en su título, es observar las formas jurídico-sociales de la familia en los grupos de cultura andina que permanecen en nuestro país, para contrastarlas con la regulación contenida en el Código Civil. Se toman como elemento empírico de referencia los caseríos o villorrios del Cajón del Salado, ubicados en el altiplano de la II Región del país.

Nos sorprende en este estudio que lo que se preveía sería una gran diferencia de concepción familiar, no lo es tanto y que, por el contrario, muchas de las características de la familia de estos pueblos indígenas no hacen otra cosa que revelar el carácter natural y universal de la institución familiar, por más que ella surja entre culturas heterogéneas. En efecto, aparte de la aceptación social de las relaciones prematrimoniales y del acogimiento de algunas figuras de concubinato, podemos observar que otros caracteres no resultan para nada extraños a la manera occidental de entender la familia: las relaciones entre parientes son consideradas incestuosas; la elección de la pareja es hecha libremente por los futuros cónyuges; durante el matrimonio la fidelidad conyugal constituye un valor socialmente apreciado, mirándose mal la infidelidad no sólo de la mujer sino también la del varón; en la organización familiar la autoridad la ejerce el padre, pero a falta de éste la mujer asume ese rol. Es más, la autora nos informa que en algunas comunidades de Bolivia y Perú la unión conyugal va acompañada de un ritual en el cual "se hace hincapié en la indisolubilidad de la unión y en la fidelidad recíproca que han de guardarse" los cónyuges (pág. 69). Por otro lado, es posible apreciar una marcada preferencia entre estos pueblos por el matrimonio religioso, que consideran auténtico, por encima del matrimonio civil. Ante esta realidad, el Código de la Familia de Bolivia ha estimado conveniente dar efectos civiles al matrimonio canónico cuando se lo realice en lugares apartados donde no existan oficinas del Registro Civil (art. 43), solución que la profesora Martinic estima de conveniente aplicación en nuestro país, como también la de dar efectivo cumplimiento al art. 51 de la Ley de Registro Civil que impone a los oficiales del Registro Civil visitar su sección a fin de procurar la celebración del matrimonio entre convivientes con hijos comunes. Ambas sugerencias nos parecen razona-

bles. Más discutible es la proposición que se hace al final del trabajo de incluir las convivencias indígenas en una eventual futura regulación jurídica del concubinato, puesto que ello podría entrar a quebrar justamente el alto sentido del matrimonio que se observa en estas etnias.

4. Filiación

Las profesoras Leonor Etcheberry Court y Paulina Veloso Valenzuela presentan el estudio que abre las páginas del libro, titulado "Proposiciones relativas a una nueva normativa en ciertas materias de filiación", cuya idea central es la necesidad de suprimir las diferencias entre hijos legítimos e ilegítimos, que se estima vulneran el principio de igualdad ante la ley. El trabajo incluye proposiciones concretas para avanzar en una reforma legislativa en tal sentido, que parte por suprimir las categorías de hijos existentes denominándolos a todos "hijos" en forma general (pág. 31)

Tal propuesta (de alguna manera seguida por el proyecto de ley que recientemente se ha presentado en el Congreso sobre esta materia y que pretende calificar a todos los hijos de "legítimos") nos parece francamente un intento de querer "igualar" hasta lo que es real y objetivamente diverso. Pensamos que ello significa desconocer una realidad social que no puede dejar de traducirse en términos jurídicos. Una cosa es que las consecuencias jurídicas de la filiación ilegítima puedan ser equiparadas a las producidas por la filiación legítima, y otra muy distinta que no haya ninguna diferencia entre una y otra relación filial. En cuanto a su constitución y la estructura, subsisten diversidades que resultan imposibles de salvar, más allá de las intenciones del legislador: por ejemplo, en lo que se refiere a la determinación (es el matrimonio el que genera la presunción de paternidad) y respecto de la duplicidad del vínculo que supone la filiación matrimonial (se es hijo legítimo de padre y de madre a la vez y por el mismo hecho; en cambio se es hijo extramatrimonial de un solo progenitor).

Es así como incluso en legislaciones que han optado por la equiparación jurídica de las filiaciones, se sigue haciendo la distinción entre hijos legítimos o naturales (Código Civil francés, reformado por ley Nº 72, de 3 de enero de 1972), o entre hijos legítimos y no legítimos (BGB alemán, reformado por ley de 19 de agosto de 1969), o entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales (Código Civil español, reformado por ley Nº 11 de 13 de mayo de 1981; y Código Civil argentino, reformado por ley 23.264 de 23 de octubre de 1985).

Cuestión aparte es si verdaderamente el principio constitucional de igualdad exige una equiparación de derechos entre hijos legítimos e ilegítimos. No podemos entrar aquí en este arduo problema, pero debemos recordar que la diferencia no surge de un intento de perjudicar a los hijos ilegítimos, sino más bien de favorecer la constitución de la familia matrimonial. En esta perspectiva, propiciar un tratamiento jurídico favorable para la filiación legítima no sólo no significaría vulnerar el texto constitucional, sino que sería la opción que vendría exigida por éste al determinar la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, cuyo fortalecimiento constituye un deber especial para el Estado.

El estudio que cierra el libro trata también sobre filiación, esta vez sobre filiación adoptiva. La profesora Graciela Weinstein Weinstein presenta un trabajo titulado "Comentario de la ley Nº 18.703 del 10 de mayo de 1988, que establece nuevas normas sobre adopción de menores", en el que nos ofrece un completo

panorama del nuevo sistema de adopción que ha introducido esta ley en la legislación chilena. De especial interés es el estudio de la llamada adopción simple, en el que el legislador ha creado, al parecer inspirado en figuras del derecho italiano y español, una relación adoptiva que se desmarca de las características típicas de la relación filial. La autora sin querer calificar la figura de simple medida asistencial, concluye que su naturaleza jurídica es compleja, pues participa de los caracteres de una medida asistencial y de una institución propia del derecho de familia (págs. 186-187).

5. Regímenes económicos del matrimonio

Tres son los trabajos que se dedican al problema de los regímenes matrimoniales. Uno, presentado por el profesor Leslie Tomasello Hart, se refiere a la situación legal vigente diseñada por la ley 18.802 que otorgó capacidad a la mujer casada en sociedad conyugal ("Síntesis de las principales modificaciones introducidas por la ley N° 18.802, de 9 de junio de 1989, que modifica el Código Civil, el Código de Comercio y la ley 16.618. Comentario crítico"). El profesor Tomasello se declara abiertamente crítico de la modificación realizada en el Código Civil por obra de esta ley, a la que califica de "ambigua, tímida y atípica". Enumera esquemáticamente todas las objeciones que le merece esta regulación, muchas de ellas muy acertadas (como por ejemplo la que dice relación con la imposibilidad de la mujer casada en régimen de sociedad conyugal de solicitar autorización judicial por negativa injustificada del marido para efectuar actos de administración sobre sus propios bienes), pero otras que parecen provenir más de las expectativas que el autor tenía —o tiene— sobre una eventual reforma de la regulación global de la familia, que en defectos de la propia ley 18.802, la que, a todas luces, no pretendió solucionar todas y cada una de las cuestiones que se suscitaban sobre la materia. Así, se nos hace un tanto excesivo criticar la ley por no haber derogado las diferencias penales de la infidelidad conyugal entre marido y mujer o no haber solucionado cuestiones como el del alcance del error en el matrimonio o el significado del impedimento de impotencia.

A proponer el acogimiento en nuestro sistema matrimonial de un régimen económico distinto que reemplace el de la sociedad conyugal, se dedican los trabajos de los profesores Pablo Rodríguez Grez y Enrique Barros Bourie. El profesor Rodríguez, "Hacia un nuevo régimen de bienes en el matrimonio", plantea la sustitución de la sociedad conyugal por un régimen de separación total de bienes, matizado por una comunidad forzosa que se formaría entre los cónyuges sobre el hogar familiar. Este hogar familiar estaría constituido por el inmueble que sirve de habitación permanente a la familia, otros inmuebles destinados a la habitación temporal de la familia (casas de veraneo) y los bienes muebles que constituyan el menaje de dichas propiedades raíces.

El profesor Barros, en cambio, ("Proyecto para introducir en Chile la participación en los gananciales como régimen de bienes normal del matrimonio"), propicia el establecimiento de régimen de participación en las ganancias, pero en una modalidad distinta al que propugnara el proyecto gestado en 1987 en la Universidad Gabriela Mistral. Propone se instaure un régimen de participación de créditos y no de comunidad. Ello significa que, al liquidarse el régimen, los gananciales no son extraídos de una comunidad conformada por los bienes adquiridos por los cónyuges durante el matrimonio; los patrimonios de marido y

mujer no se confunden y son comparados sólo en valores para determinar el monto de los gananciales; el cónyuge en cuyo favor resulta una diferencia pasa a gozar en su patrimonio de un derecho personal o de crédito para exigir que el otro cónyuge le complete las gananciales que le corresponden. Este crédito, por regla general, se pagará en dinero.

La regulación propiciada incluye también una sugerencia de constituir durante la vigencia del matrimonio un patrimonio familiar, compuesto por ciertos bienes sobre los que se presumiría propiedad común de los cónyuges.

Llama la atención que ambas propuestas, la del profesor Rodríguez y la del profesor Barros, no consideren la posibilidad de mantener el régimen de la sociedad conyugal, con sus actuales características –que ciertamente benefician en gran manera a la mujer–, sin perjuicio de introducir como regímenes alternativos los defendidos por cada uno de ellos. En concreto, no se ve por qué, por ejemplo, el régimen de participación en los gananciales no pueda coexistir con los vigentes de sociedad conyugal y de separación de bienes, ampliándose así la libertad de los contrayentes para optar por el que más les acomode, máxime teniendo en cuenta que las afirmaciones sobre la falta de adecuación de la sociedad conyugal a las actuales exigencias sociales no han sido comprobadas mediante investigaciones científicas confiables, como lo señala el mismo profesor Barros (pág. 122).

Cabe añadir que el trabajo del profesor Barros, que incluye un proyecto de reforma del Código Civil, resulta hoy de particular importancia, ya que la iniciativa legal presentada por el Gobierno al Congreso introduciendo el régimen de participación en los gananciales, reconoce su primera fuente en el proyecto elaborado por este distinguido profesor.

Sobra decir que todos los estudios contenidos en el volumen “Familia y Personas”, sin perjuicio de las diferencias de criterio que en algunas ocasiones nos hemos atrevido a manifestar, nos han parecido de gran altura y rigor académico, lo que nos lleva a formular votos para que pronto vean la luz los restantes tomos que preservarán para el futuro los esfuerzos desplegados en las Primeras Jornadas de Derecho Civil.

Hernán Corral Talciani