



9 789561 001893
ISBN 956-10-0189-6

La parte general del Derecho Civil fija muchos de los conceptos fundamentales que van a servir para todo el estudio del Derecho.

Esta obra corresponde exactamente a las materias que contempla el programa de primer año de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Mucho más que una simple exposición de la enseñanza tradicional, contiene ideas renovadoras especialmente respecto a la interpretación de la ley, al concepto de cosas incorpóreas, a la limitación en el ejercicio de los derechos, a la responsabilidad precontractual y de las personas jurídicas y varias más.

Lo anterior no obsta al concepto esencialmente didáctico que sirvió de guía a su elaboración.



**Carlos
Ducci
Claro**

**DERECHO
CIVIL
PARTE GENERAL**

Cuarta edición



Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

CARLOS DUCCI CLARO

*Profesor titular de Derecho Civil
Facultad de Derecho
Universidad de Chile
Profesor de Derecho Civil
Universidad Gabriela Mistral*

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

EL DERECHO PRIVADO Y EL DERECHO CIVIL

TEORIA DE LA LEY

SUJETOS DEL DERECHO

OBJETOS DEL DERECHO

LA RELACION JURIDICA DE DERECHO PRIVADO

TEORIA DE LOS ACTOS JURIDICOS

TEORIA DE LA PRUEBA

CUARTA EDICION

© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE
Carmen 8, 4º piso, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N° 58.966
Santiago - Chile

Se terminó de reimprimir esta cuarta edición
de 500 ejemplares en el mes de julio de 2005

IMPRESORES: Imprenta Salesianos S. A.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-0189-6



NOTA A LA CUARTA EDICION

Esta edición ha sido puesta al día de acuerdo con la legislación vigente en diciembre de 1994.

A su texto se han incorporado las nuevas normas dictadas a esa fecha sin interferir en la redacción original del autor, y eliminado las referencias a disposiciones derogadas, manteniendo fielmente el espíritu de la obra.

EL EDITOR

CAPÍTULO I

INTRODUCCION

EL ORDENAMIENTO JURIDICO

1. El ordenamiento jurídico está constituido por el conjunto de imperativos jurídicos vigentes en una comunidad.

Estos imperativos, creados o reconocidos por el Estado y sancionados por él, constituyen el ordenamiento jurídico estatal. Pero aunque éste es el más importante de los ordenamientos jurídicos, no es el único. Existe una pluralidad de ellos.

El de los demás Estados forma el ordenamiento internacional; éste sólo puede tener autoridad en el régimen interno en cuanto y en la medida en que el Estado le reconozca eficacia.

Finalmente, dentro del mismo Estado pueden existir otros complejos jurídicos, otros estatutos, que podrán tener valor en cuanto el propio Estado se los conceda.

Dentro del ordenamiento estatal interno, los preceptos jurídicos tienen ciertas características.

En primer término tenemos la alternatividad o bilateralidad del derecho. Esto significa que el derecho regula las relaciones entre los hombres. Una conexión entre dos términos, los cuales se influyen recíprocamente.

Como lo veremos más adelante, estas relaciones humanas reguladas por el derecho constituyen la relación jurídica.

En segundo lugar debemos señalar la estatalidad del derecho. Dentro de este término se encierran dos conceptos distintos. Primero, que es el Estado el que crea o reconoce las normas obligatorias. Segundo, que es el Estado el que garantiza la observancia del ordenamiento jurídico.

Al decir que el Estado “crea o reconoce” las normas, significamos que tales preceptos pueden ser dictados directamente por el

Estado, o bien que éste puede reconocer los que se derivan de otras fuentes. Tal sucederá cuando dé valor a la costumbre o reconozca una Convención Internacional.

Por último, debemos señalar la obligatoriedad del derecho.

Esto significa que no es voluntario para los particulares el someterse o no a las normas de derecho; están obligados a hacerlo. Por ello el ordenamiento jurídico establece diversas sanciones para el incumplimiento del derecho, sanciones distintas en su contenido y que son más o menos graves en proporción a la importancia de la violación en que se ha incurrido.

Tradicionalmente se antepone a cualquier otra distinción la de derecho objetivo y derecho subjetivo.

La distinción entre derecho objetivo y derecho subjetivo significa dos elementos o aspectos de un mismo concepto, pero que, en definitiva, constituyen una unidad indivisible.

El aspecto objetivo del derecho es el de orden o regulación, y en tal sentido, es el conjunto de reglas o normas establecidas para regular la vida humana en sociedad. Desde el punto de vista subjetivo significa el poder o facultad de una persona, derivada de esas normas, para exigir algo jurídicamente.

El conjunto de normas o preceptos constituye el ordenamiento jurídico.

Pero sería erróneo restringir el concepto de ordenamiento jurídico sólo al conjunto de normas, porque él está constituido también por otros elementos.

En primer término, puede también formar parte del ordenamiento la costumbre, según el valor que a ella se asigne como fuente formal del derecho.

Podemos considerar también que forman parte del ordenamiento jurídico ciertos principios de orden general, que establece la Constitución, y que se imponen incluso al legislador. Al enmarcar la acción legislativa entran a delimitar y formar parte automáticamente de toda la estructura normativa legal, la que se encuadra así dentro de los principios generales que una sociedad ha creído esenciales en un momento determinado de su evolución. No cabe pues hablar de principios generales de derecho natural, cualquiera que sea el alcance que se dé a esta expresión, como elementos condicionadores de la ley. Sólo caben esos principios generales que están contenidos en la Constitución y que, a través de ella, necesariamente han delimitado la ley, y han pasado a ser parte indispensable y constituyente del precepto legal.

Por último, debemos tener presente que forman también parte del ordenamiento jurídico la equidad y el espíritu general de la legislación. Adquieren esta dimensión a través de la labor judicial.

Es la equidad del elemento que deben utilizar los jueces al efectuar la integración de la ley de acuerdo con lo dispuesto en el N° 5° del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, y al realizar una tarea que les es obligatoria en conformidad al inciso 2° del artículo 73 de la Constitución e inciso 2° del artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales.

Tanto la equidad natural como el espíritu general de la legislación son elementos que, para la interpretación de la ley, señala el artículo 24 del Código Civil.

Podría objetarse que estimemos que el ordenamiento jurídico no se constituye exclusivamente a base de la primacía y exclusividad de la ley. No se niega a ésta su valor fundamental, pero el ordenamiento jurídico debe completarse cada día más con otros elementos, ya sea en función interpretativa o integradora.

Entre otros factores, la proliferación de la legislación especial, que ha rebasado la unidad y coherencia de nuestros códigos, ha hecho que el derecho jurisprudencial pase a ser un elemento necesario y, por lo tanto, constitutivo del ordenamiento jurídico.

DERECHO PUBLICO Y DERECHO PRIVADO

2. Nuestro pensamiento jurídico parte de una división, no exactamente delimitada, entre derecho público y derecho privado.

En general se consideran como pertenecientes al derecho público las normas que regulan la organización del Estado y sus relaciones con otros Estados. Igualmente las que se relacionan con la constitución, organización y determinación de los fines de los demás entes públicos.

El derecho privado es el conjunto de normas que se refieren a la persona, a su organización familiar y a su actividad patrimonial.

En esta división simplista las normas de derecho público regulan la estructura y funcionamiento del Estado, y las de derecho privado, el estado y convivencia de las personas.

Se ha remontado esta distinción hasta el derecho romano, en el cual no fue nunca claramente establecida. Así se ha sostenido que, en Roma, derecho público era el que se refería a los derechos de la ciudad y derecho privado el que regulaba las relaciones entre los ciudadanos; o bien, que derecho público era el que emanaba de las normas y privado el que tenía como fuente la declaración de voluntad de los particulares.

3. Diversas teorías han tratado de justificar la distinción.

Así se ha sostenido que uno cuida el interés colectivo y el otro el interés individual. No se ha reparado que, corrientemente, toda norma tiene por objeto servir al interés general y, en tal caso, todo el derecho sería público. En cambio, si se miran desde el punto de vista del interés, propio de un sujeto, todas las normas serían de derecho privado.¹

Otra teoría estima que la separación debe buscarse en el carácter derogable o inderogable de las normas (renunciable o irrenunciable). Se confunden aquí las normas de derecho público con las de orden público. Existen en el derecho privado innumerables normas, especialmente las organizativas, que son irrenunciables y no pierden por eso su carácter de privadas.

Otras teorías fundamentan la distinción en la cualidad del sujeto, olvidando que el Estado actúa muchas veces frente a los particulares como ente privado y no amparado por su imperium de organización pública. Los autores que niegan la existencia de los derechos subjetivos, como Duguit y Kelsen, niegan también la distinción, considerando impropio enfrentar un derecho privado frente al derecho público.

4. Parece más lógico y exacto fundamentar la distinción en la naturaleza de la relación. Si, como lo hemos señalado, el derecho emana de la naturaleza social del hombre, su fin es constituir un instrumento para que haya paz en la comunidad. Para conseguir esta paz, entre otras condiciones, debe buscar establecer la justicia en las relaciones sociales.

Pero si analizamos estas relaciones, vemos que ellas no son siempre de la misma naturaleza. Podemos distinguir dos grandes tipos de relaciones: a) las que se producen entre las personas entre sí, como miembros de la comunidad; b) las que se producen entre la autoridad y el grupo social (considerado en sí y en sus componentes).

Resalta de inmediato que las situaciones y posiciones en que se encuentra el hombre en ellas no son las mismas, según se trate de unas u otras. En efecto, en las primeras los miembros de la comunidad están entre sí en la misma posición y en la misma situación, están básicamente equiparados o coordinados. Sus relaciones serán esencialmente de intercambio, derivadas de la necesidad que cada uno tiene de los otros en el conjunto social.

¹ R. SOHM. *Instituciones de derecho privado romano*. Trad. W. Roces, pág. 13.

En el segundo tipo de relaciones la situación es diferente. La autoridad está dotada de poder de mando y se le han atribuido poderes de imposición; por ello está superordenada respecto a sus súbditos; éstos no se encuentran equiparados con relación a ella sino subordinados.²

La justicia es una equiparación, una igualación, una cierta relación de igualdad y lo justo, lo debido en esta relación de igualdad. Hay armonía y equilibrio sociales si hay igualdad de trato frente a situaciones iguales.

Pero esta igualdad es distinta si se trata de relaciones de personas entre sí o se trata de relaciones entre la autoridad y los miembros de la comunidad.

Es distinta porque el fin de las relaciones particulares es el bien particular; su objeto, el intercambio de bienes para satisfacer las necesidades que la vida impone a cada uno; para que la igualdad se produzca en este intercambio debe ser una igualdad de equivalencia que implicará el trato justo. Esta igualdad de equivalencia es lo que Aristóteles llamaba "el synallagma".

Por otra parte, en la relación de la autoridad con sus súbditos, ella no persigue el bien particular de cada uno sino una finalidad de orden común, de carácter social. Por eso su relación con los súbditos, que no se encuentran equiparados sino subordinados a ella, no es de intercambio, sino de reparto, de atribución, de distribución.

En consecuencia, la relación de igualdad, base de la justicia, no es una igualdad de equivalencia sino una igualdad de proporción. Proporción que implica que los que se hallen en la misma situación sean tratados igualmente, pero los que se encuentren en una situación distinta tengan un trato distinto (tributación proporcional, cargos profesionales, etc.).

Es esta distinción entre la justicia conmutativa y la justicia proporcional la que diferencia fundamentalmente el derecho privado del derecho público.³

² EDUARDO GARCIA MAYNEZ. *Introducción al estudio del derecho*. Porrúa, 1974, N° 71.

³ ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Inst. de Estudios Políticos. 1970. Cap. V, párrafos 3° y 4°.

GUSTAV RADBRUCH. *Introducción a la filosofía del derecho*. Fondo de Cultura Económica. 1965, pág. 31.

EL DERECHO PUBLICO

5. Si analizamos las distintas actividades que el derecho público debe reglamentar, considerando las diversas funciones que corresponden al poder, podemos resumirlas en cuatro categorías esenciales: la función constituyente, la legislativa, la administrativa y la judicial.

La función constituyente organiza el Estado; la función legislativa dicta las normas que rigen en la comunidad; la función administrativa vela por la aplicación y cumplimiento de las leyes; la función judicial, finalmente, resuelve los conflictos que se produzcan en el medio social.

Algunos autores consideran la actividad administrativa en términos más restringidos, estimándola sólo como una parte de la función ejecutiva o de gobierno que consiste en la formulación de políticas destinadas a asegurar la paz y la seguridad colectivas como condición necesaria para el normal desenvolvimiento de la vida social.

La formulación de políticas es una actividad de gobierno, pero la realización legislativa y, en todo caso, su aplicación concreta implica siempre el desarrollo de una actividad o función administrativa.

Las funciones que integran el derecho público tienen fundamentalmente una cosa en común y es que ellas deben basarse en la juridicidad. Lo anterior se refleja en el concepto corriente de que en derecho público sólo puede realizarse lo que esté expresamente permitido o autorizado por la ley.

EL DERECHO PRIVADO Y EL DERECHO CIVIL

6. Hemos dicho que el derecho privado se caracteriza por una justicia basada en la igualdad de equivalencia que debe presidir sus actos de intercambio. Pero esto no nos debe llevar a concluir que el derecho privado sólo reglamenta los actos a través de los cuales se produce esa relación de intercambio. Ello nos conduciría a limitar el derecho privado a la normativa de los actos jurídicos.

Para establecer y mantener esa igualdad de equivalencia a que nos hemos referido, el derecho privado debe precisamente establecer las condiciones y requisitos con que las personas pueden actuar en el mundo jurídico; determinar, al mismo tiempo, qué

bienes pueden participar en las actividades de intercambio y en qué condiciones.

Por lo tanto, el derecho privado tiene una parte orgánica que reglamenta las personas y los bienes, al mismo tiempo que una parte dinámica que regula el juego de la voluntad en los actos jurídicos de los particulares.

Se ha dicho que en derecho privado puede realizarse todo aquello que no esté prohibido.

Lo anterior no es exacto; fuera de la prohibición legal existen muchos otros límites para los actos voluntarios. Entre ellos, el orden público, las buenas costumbres, los derechos legítimos de terceros, etc., que analizaremos al referirnos a la autonomía de la voluntad.

Al hablar de derecho privado nos referiremos esencialmente al derecho civil, por las razones que vamos a analizar.

7. El derecho civil es el derecho privado común y general.

El derecho civil es la proyección del derecho romano, que, elaborado por los pretores y los prudentes, se vacía finalmente en el *Corpus Iuris Civilis*.

A través de su permanencia en el derecho vulgar, de la obra de los glosadores de Bolonia y de su "recepción" en la alta Edad Media, el derecho romano es la esencia del derecho civil occidental.

Tiene, por lo tanto, el derecho civil un carácter de permanencia y universalidad que emana, principalmente, de no constituir una creación teórica abstracta, sino por haberse formado a través de la resolución adecuada de casos reales presentados en la sociedad en sus modificaciones más diversas a través de dos milenios.

8. El derecho civil es un derecho general porque da su base dogmática a todo el derecho que no sea estrictamente político.

Esto es aún más patente entre nosotros, ya que el Código Civil contiene un Título Preliminar cuyas normativas trascienden con mucho la normativa civil y aun la privada, para aplicarse, como lo dice Andrés Bello, a la legislación toda.

Por otra parte las normas conceptuales y abstractas que contienen la teoría de los actos jurídicos y de las obligaciones configuran la estructura general de nuestro ordenamiento jurídico.

9. Por ser un derecho común y general, el derecho civil constituye la parte fundamental y más importante de los estudios jurídicos.

La organización conceptual de su conjunto y de cada una de sus instituciones gobierna o se refleja en todas las disciplinas especiales.

Es imposible concebir el estudio particular y la comprensión de cualquier otra disciplina jurídica sin un conocimiento previo del derecho civil.

El que el derecho civil sea el derecho general no obsta a que ciertas materias hayan adquirido una fisonomía propia y sean objeto de un estudio independiente.

Existen así el Código y el ramo de Derecho Comercial o Mercantil. En el derecho comercial, y a partir de la Edad Media, se estudian y sistematizan una serie de relaciones jurídicas que se refieren a la calidad de las personas que las desarrollan, los comerciantes; o en que se parte de la base de determinados actos que las personas ejecutan, actos de comercio.

Esto no significa una escisión, sino que constituye una diferencia puramente técnica. En el fondo el derecho civil es el gran derecho mercantil. El derecho comercial es un derecho especial para circunstancias determinadas, dentro del gran molde teórico e institucional del derecho civil.

De la misma manera el Derecho del Trabajo, nacido de las nuevas situaciones y problemas creados por la revolución industrial, constituye también un derecho especial.

No constituye una oposición al derecho civil, sino un complemento y renovación de este derecho frente a una nueva problemática social.

EL CODIGO CIVIL CHILENO

Historia del Código Civil

10. Al declararse la Independencia regían en Chile, como es lógico, las leyes españolas que el Rey de España había dictado para Chile en particular o para las Indias en general. En defecto de esta legislación especial se aplicaban las leyes generales españolas.

Se trataba de una legislación muy frondosa y confusa, en la que se sobreponían diversas disposiciones, recopilaciones y textos, sin que existiera una codificación de orden general.

En orden de prelación, este derecho se componía de los siguientes textos:

1º Las pragmáticas, ordenanzas y demás Decretos del Rey comunicados por el Consejo Real de Indias desde el 18 de mayo de 1680. Entre ellas se pueden señalar las Ordenanzas de Minería de Nueva España, las Ordenanzas de Bilbao, en materia comercial, de 1795, y el Reglamento de Libre Comercio, de 1798.

2º La Recopilación de las leyes de Indias, que reunían todas las disposiciones anteriores aplicables a América, y que fue promulgada por el rey Carlos II el 18 de mayo de 1680.

3º La Novísima recopilación de las leyes de España, publicada en 1805, a la que se añadió un suplemento en 1808.

4º Las leyes de Estilo, a las que en Chile, inversamente a España, se les daba preferencia por sobre el Fuero Real, por Decreto Supremo de 28 de abril de 1838.

5º El Fuero Real, publicado en 1255, compuesto por Alfonso X al mismo tiempo que las Partidas.

6º El Fuero Juzgo, código de los Visigodos, adoptado por Fernando III de Castilla, y que estuvo vigente hasta la promulgación del Código Civil español de 1889.

7º Las Partidas, obra del rey Alfonso X, monumento jurídico y literario de primer orden, reflejan las particularidades jurídicas castellanas, pero al mismo tiempo constituyen la fuente más importante de recepción del derecho romano, configurando así el concepto de Derecho Civil a partir del *ius civile* romano.

Existió después un período de derecho intermedio en que a las leyes españolas se sumaron las leyes patrias dictadas desde 1810 hasta la promulgación del Código Civil.

Estas leyes sólo se refirieron a puntos específicos y particulares y se limitaban a suplir o modificar las leyes españolas, que continuaban siendo la legislación general.

11. Desde los primeros tiempos de la República se pensó en la necesidad de una codificación, en especial de la ley civil.

Ya en la Constitución federal de 1826 se contenía un artículo que establecía la creación de una comisión que presentara a la legislatura un proyecto de legislación civil y criminal.

En el año 1831 el Ejecutivo contestaba una consulta del Congreso con un Oficio firmado por el Ministro don Diego Portales, manifestando que no debía pensarse en una simple compilación de las leyes actuales de Castilla e Indias, sino que debía estudiarse una legislación nueva compatible con nuestra situación y costumbres. Al mismo tiempo proponía que el trabajo se encomendase a una sola persona, porque la experiencia enseñaba la ineficacia de las comisiones numerosas.

En 1840 se creó una comisión mixta de las Cámaras para la codificación de las leyes civiles, y en 1841 una Junta revisora del proyecto, las que fueron refundidas en una sola en 1845. Fue muy poco lo que éstas hicieron y finalmente se paralizó su labor.

En el intertanto don Andrés Bello trabajaba personalmente en la redacción de un Código Civil, el que concluyó en 1852.

El mismo año se designó una comisión para que revisara el proyecto, la que celebró más de trescientas sesiones, de las cuales no se conservan actas, y que terminó su tarea en 1855.

En ese año fue enviado el proyecto al Congreso, el que lo aprobó sin modificaciones en una ley de un artículo único. Esta ley fijaba la vigencia del nuevo Código a partir del 1º de enero de 1857 y ordenaba se hiciera de él una edición oficial, correcta y esmerada. Al realizarse dicha edición, don Andrés Bello introdujo algunas modificaciones al proyecto aprobado por el Congreso.

12. Los autores han diferenciado tradicionalmente los proyectos de Código Civil de 1841-1845; 1846-1847; 1853, inédito, y el de 1855. Se habla de distintos proyectos por la fecha de su formulación, pero no en cuanto a su contenido, pues tienen una misma concepción y muchas disposiciones idénticas.

Los primeros proyectos no contenían la totalidad de las instituciones; el primero totalmente completo es el de 1853. A éste, don Andrés Bello le hizo diversas anotaciones y enmiendas en un ejemplar que sólo se encontró años después y que, por eso, se denomina proyecto inédito.

A los proyectos anteriores debe agregarse ahora uno encontrado en los papeles dejados al morir por don Mariano Egaña y que se mantuvo en poder de sus descendientes desde su muerte en 1846. Este constituiría en realidad el primer proyecto de Código Civil. Muchos han estimado que se trataría de un proyecto original de Egaña. No parece así: se trataría en realidad del proyecto sobre el cual trabajaron las comisiones legislativas de 1840-1841, y de las cuales formaban parte tanto don Mariano Egaña como don Andrés Bello.

Fuentes del Código Civil

13. Generalmente se cree que nuestro Código Civil se inspiró y tuvo por fuente casi única el Código Civil francés o Código Napoleón, promulgado en 1804. Esto no es exacto, pues salvo en materia de obligaciones, en que lo sigue muy de cerca, pero con criterio independiente al modelo francés, el Código es una creación original en que, juntamente con los principios tradicionales del derecho romano, se consultan la opinión de los jurisconsultos más ilustres, los principios del derecho inglés y las codificaciones o proyectos más recientes que existían en la época.

Así don Andrés Bello tuvo presentes, entre otros, el Código de Baviera de 1756, el Código Austríaco de 1812, el Código de la

Luisiana de 1822, el Código Sardo de 1838, el de los Países Bajos del mismo año, el Código de las Dos Sicilias, etc. Se inspiró también profundamente en la antigua legislación española, especialmente en las Partidas, y tuvo muy presente el proyecto de Código Civil español de García Goyena.

Entre los grandes jurisconsultos estudió en especial a Pothier, Domat y Savigny. Igualmente a los primeros grandes comentaristas del Código Napoleón como Delvincourt, Durantón, Troplong y Marcadé.

De esta diversidad de fuentes surge una obra original de especial unidad conceptual. Generalmente estas fuentes sólo sirven para poner de manifiesto el sistema renovado y creador imaginado por Bello.

En el Título Preliminar se establecen los principios del derecho internacional privado y se trata también de la interpretación de la ley, materias que no toca el Código francés. Las normas interpretativas, aunque aparecen inspiradas en el Código de la Luisiana, crean un sistema distinto y absolutamente original.

En materia de bienes se aparta totalmente del Código francés, pues, volviendo al derecho romano, establece la necesidad de un modo de adquirir para la constitución del dominio. En Francia los contratos transfieren el dominio; en nuestro derecho los contratos sólo originan derechos personales y es necesaria la tradición para adquirir el dominio. En materia de tradición de los bienes raíces y de los gravámenes constituidos en ellos sigue el principio registral del viejo derecho alemán.

En materia de sucesiones sigue la tradición española, pero la modifica sustancialmente al suprimir los mayorazgos y vinculaciones, la primogenitura, la diferencia de sexo y la consideración del origen de los bienes.

En materia de obligaciones y contratos es donde nuestro Código más se aproxima al Código francés. Pero aquí tampoco es una copia o una adaptación, sino una creación original. Por de pronto establece una doctrina general. Mientras el Código francés habla "De los contratos", el Título II del Libro IV de nuestro Código se refiere a "De los actos y declaraciones de voluntad", abarcando ya toda la teoría del acto jurídico.

Otra diferencia es el espíritu inherente en nuestro Código de evitar las apreciaciones subjetivas. Este cambio de orientación se observa comparando disposiciones casi idénticas de ambos códigos. Así el art. 1129 del Código Napoleón, al tratar sobre la determinación del objeto, expresa: "La cantidad de la cosa puede ser incierta, siempre que pueda ser determinada". Es decir, establece una apreciación subjetiva de la determinación. El art. 1461, inc. 2º,

de nuestro Código, dispone: “La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato *fije reglas o contenga datos* que sirvan para determinarla”, es decir, lleva el problema a un terreno absolutamente objetivo. También en la interpretación de los contratos, aunque ambos textos dan preferencia a la voluntad real sobre el tenor literal, el enfoque es distinto. El art. 1156 del Código francés al disponer que “en las convenciones debe buscarse cuál ha sido la intención común de las partes contratantes...”, obliga al juez a descubrir una psicología. Nuestro Código en el art. 1560 dice: “Conocida *claramente* la intención de los contratantes”, y esto implica que la intención debe serle probada, lo que significa una manifestación objetiva de la misma.

Estructura y contenido del Código Civil

14. Don Andrés Bello estructuró el Código de manera similar al Código Civil francés, llamado Código Napoleón.

Lo dividió en un Título Preliminar, cuatro Libros y un Título Final. El Código francés sólo tiene un Título Preliminar y tres Libros.

A diferencia del Código francés, en que el Título Preliminar está compuesto de seis artículos, el Código de Bello contiene cincuenta y tres. En ellos se trata de la ley, su concepto, su promulgación, obligatoriedad, efectos en el tiempo y en el espacio, su derogación e interpretación. Se definen las palabras de uso frecuente en las leyes; trata del parentesco y de la representación legal; define el dolo, la culpa, la fuerza mayor, la caución y las presunciones; señala también la forma de computar los plazos.

Son especialmente notables los artículos 14 a 18, que contienen las normas fundamentales de derecho internacional privado, de gran originalidad para su época y de vigencia actual. En el Libro I trata de las personas. No sólo de las personas naturales, sino también de las personas jurídicas en el Título Final, completando el contenido del Código francés. Reglamenta también el matrimonio, la familia, los alimentos legales, el estado civil y las tutelas y curadurías.

El Libro II se refiere a los bienes, su dominio, posesión, uso y goce.

En esta materia se aparta del Código francés pues, siguiendo la tradición romanística y las opiniones de Pothier, el dominio y demás derechos reales se adquieren a través de los “modos de adquirir”.

La tradición del dominio de los bienes raíces y de los gravámenes constituidos en ellos se efectúa a través de la inscripción en el Registro Conservador.

El Libro III trata “De la sucesión por causa de muerte, y de las donaciones entre vivos”, las que el Código francés trata juntamente con los contratos y otras materias.

El Libro IV se refiere a las obligaciones en general y a los contratos. En el Título Final de este Libro se tratan conjuntamente las prescripciones adquisitiva y extintiva.

Este es, sin duda, el Libro más importante. En él se estudian las normas abstractas que contienen los principios conceptuales que regulan las relaciones jurídicas. En el fondo la ciencia del derecho está contenida fundamentalmente en ellas.

El Título Final está constituido por un solo artículo que se refiere a la observancia del Código.

15. El derecho civil, al regular el mundo del derecho, señala quiénes y qué cosas, y ambas de qué forma pueden actuar en él; con estos prerequisites se entra al campo de la voluntad como fuerza creadora y movilizadora del derecho.

La voluntad de las personas hace vivir el mundo jurídico, creando, modificando o extinguiendo relaciones jurídicas.

Por lo tanto, nuestro derecho civil tiene una parte orgánica y una parte dinámica, que son muy fáciles de precisar, analizando la estructura de nuestro Código.

Si hacemos abstracción del Título Preliminar de nuestro Código Civil, que contiene la teoría de la ley y la definición legal de determinados términos y conceptos, vemos con claridad la separación de aquellas materias que son precisamente orgánicas y en las que no tiene ninguna o poca cabida la autonomía de la voluntad, de aquellas otras en que dicha voluntad es la fuente creadora de relaciones jurídicas, el elemento que genera y da vida en el mundo del derecho.

Precisa y exclusivamente desde este punto de vista pretendemos analizar, en segundo término, el contenido de nuestro Código Civil.

16. El Libro I del Código Civil trata de las personas, no sólo de las personas naturales, sino también de las personas jurídicas. Al referirse a las personas trata del matrimonio y de la filiación, es decir, de las relaciones de familia que generan derechos y obligaciones emanados de la ley y en que la situación de cada uno es a la vez un prerequisite para la actuación en los actos de la vida civil. Esta materia es totalmente orgánica, porque, fuera de la voluntad de los involucrados, fija obligaciones legales y requisitos para actuar en la vida jurídica.

En el Libro I se trata también de los tutores y curadores, es decir, de los representantes legales de determinados incapaces y de los administradores de ciertos patrimonios.

17. El Libro II del Código Civil se refiere a los bienes y a su dominio, posesión, uso y goce.

Esta parte es orgánica en cuanto señala las distintas clases de bienes y en cuanto determina cuáles son los derechos reales y fija su contenido. Pero aquí juega también la voluntad, ya que establece cuáles son los modos de adquirir y éstos, salvo ciertos casos especiales de accesión, implican siempre un acto voluntario. Esto se aplica incluso a la prescripción adquisitiva, porque la posesión que le sirve de base involucra un acto de voluntad, y a la sucesión por causa de muerte, ya que el asignatario puede aceptar o repudiar la asignación.

Por otra parte la tradición, el más amplio de todos los modos de adquirir, implica la realización de un acto jurídico bilateral y, consecuentemente, una expresión de voluntad recíproca o consentimiento.

18. El Libro III del Código Civil se refiere a la sucesión por causa de muerte.

En el mundo del derecho, a diferencia del mundo físico, las relaciones jurídicas subsisten aunque cambien sus titulares o aunque los titulares fallezcan.

Si la sucesión es intestada las normas son totalmente orgánicas y, desde el punto de vista del causante, su voluntad, preferencias o inclinaciones en vida no tienen importancia alguna si no las manifestó en un testamento válido, la ley asigna y distribuye sus bienes en una forma rígida e inmutable. Respecto de los asignatarios la única manifestación de voluntad de relevancia es el poder aceptar o repudiar las asignaciones (arts. 956 y 1225 C. C.).

En la sucesión testada los asignatarios tienen el mismo derecho a que nos acabamos de referir. Con relación al causante, en éste sí que ha existido una manifestación de voluntad; en teoría esta voluntad expresada en un testamento válido debe superponerse a la ley y determinar el destino y distribución de sus bienes.

Lo anterior no es totalmente exacto, ya que la libertad de testar se encuentra limitada por la existencia de las llamadas asignaciones forzosas, que son aquellas que el testador está obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas. Estas asignaciones forzosas son los alimentos legales, la porción conyugal, las legítimas y la cuarta de mejoras (art. 1167 C. C.). Respetando las tres primeras, el causante, que tuviere legitimarios, sólo puede disponer libremente de la mitad de sus bienes, y si existieren posibles asignatarios de la cuarta de mejoras sólo puede disponer libremente de la cuarta parte de sus bienes (lo anterior de acuerdo al sentido, pero no al tenor literal del art. 1184 del C. C.).

Como la existencia de legitimarios es lo más corriente en los casos de la vida real, se ve que el papel de la voluntad es bastante reducido en el ámbito sucesorio.

19. El Libro IV del Código Civil trata de las obligaciones en general y de los contratos.

Entramos aquí de lleno en el campo de la voluntad al analizar los hechos humanos voluntarios, ya se trate de actos y declaraciones de voluntad o contratos (actos jurídicos), o bien, de simples hechos jurídicos, ya sean lícitos o bien ilícitos con la amplia gama de la responsabilidad civil.

Se examina aquí por quiénes y en qué forma puede manifestarse la voluntad, los vicios de que ésta puede adolecer, la necesidad de un objeto y de una causa lícitos en los actos jurídicos y la fuerza vinculante que nace de la declaración de voluntad. Dos Títulos son especialmente importantes a este respecto: el II que trata “De los actos y declaraciones de voluntad”, el XII que se titula: “Del efecto de las obligaciones”. En el Título XIII se dan normas para la interpretación de los contratos y en el XX se regula la nulidad. Respecto de las obligaciones se reglamentan los modos de extinguirlas y su prueba; se tratan además diversos contratos en particular.

Los hechos voluntarios lícitos se contienen en el Título XXXIV sobre los cuasicontratos, y los hechos ilícitos, delitos y cuasidelitos civiles, en el Título XXXV, que reglamenta el amplio e importantísimo campo de la responsabilidad civil extracontractual.

Al analizar los principios que infunden nuestro derecho civil y privado en general, veremos el alcance de la autonomía de la voluntad, cuyo gran campo de acción son las materias a que se refiere el Libro IV del Código Civil.

Principios fundamentales

20. Existen ciertos principios fundamentales en nuestro derecho privado que informan desde instituciones hasta soluciones específicas de casos puntuales, pero cuya filosofía es concordante especialmente en los diversos aspectos del Código Civil. Algunos de estos principios no están formulados en una norma precisa, pero si bien el principio no está directamente expresado, partiendo del raciocinio implícito en diversas normas se elabora en forma inductiva el principio general. Es el proceso que muchos autores han llamado de determinación.

Es difícil pretender señalar en forma exhaustiva o total los principios básicos del derecho privado; bástenos señalar al respec-

to cuatro que para nosotros tienen especial importancia. Estos cuatro principios son: la autonomía de la voluntad, la protección de la buena fe, la reparación del enriquecimiento sin causa y la responsabilidad.

– *La autonomía de la voluntad*

21. La autonomía de la voluntad va siendo configurada al disponer el artículo 12 del C. C. que pueden renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia; más adelante el art. 1445 establece que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario que consienta en dicho acto o declaración; el art. 1437 define la convención como el concurso real de voluntades de dos o más personas. Por otra parte, el art. 1450 señala que en la promesa de hecho ajeno el tercero no contraerá obligación alguna sino en virtud de su ratificación; a la inversa y así como nadie puede obligarse contra su voluntad, el pago por un tercero de una obligación contra la voluntad del deudor no genera responsabilidad para éste, ya que no se produce subrogación legal ni hay derecho para exigirle el reembolso de lo pagado (art. 1574 C. C.); en la novación, que consiste en la extinción de una obligación que se reemplaza por otra, la diferencia entre ambas obligaciones puede consistir en que las partes sean distintas (art. 1631 C. C.); ahora bien, el art. 1635 del Código dispone que la substitución de un nuevo deudor a otro no produce novación si el acreedor no expresa su voluntad de dar por libre al primitivo deudor.

En materia contractual el art. 1444 del Código Civil establece la facultad de las partes de modificar las cosas de la naturaleza de un contrato o de agregarle cosas accidentales por medio de cláusulas especiales emanadas de su voluntad. Por otra parte, una vez perfeccionado el pacto, el art. 1545 dispone que el contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

Esta disposición establece toda la fuerza de la declaración de voluntad. Este acuerdo celebrado tiene el imperio de una verdadera ley para los contratantes, ley que, si bien no es de ejecutoriedad general, tiene completa validez en el ámbito de sus relaciones recíprocas. Tan completo es el alcance que se ha dado a esta identificación legal del acuerdo contractual de las partes, que el recurso de casación en el fondo que, en conformidad con el artículo 767 del C. de P. C., sólo tiene lugar contra sentencia pro-

nunciada con infracción de ley, siempre que esta infracción haya influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia, es aceptado de modo uniforme por nuestra Corte Suprema, cuando esta infracción no lo ha sido de una ley normativa corriente sino que ha consistido en una infracción de la ley del contrato. Conviene señalar que la autonomía de la voluntad en materia contractual se refuerza por las normas de interpretación de los contratos, ya que el art. 1560 del C. C. dispone que: “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”.

Esta relevancia de la voluntad no se refiere tan sólo a los contratos, sino también a los actos bilaterales que no tienen tal carácter y a todos los actos jurídicos. Por ejemplo, en la tradición, el papel de la voluntad está señalado en la definición del artículo 670 del C. C. y como un requisito expreso en el art. 672. La tradición de los bienes raíces se efectúa mediante la inscripción, y ésta, para que pueda ser dejada sin efecto, requiere la voluntad de las partes (art. 728 C. C.). En los actos unilaterales también la voluntad vincula definitivamente para el futuro; así la aceptación de una asignación hereditaria o testamentaria no puede rescindirse (art. 1234 C. C.). En otros casos como el de la oferta, en que el ofertante puede retractarse tempestivamente, la retractación le impone sin embargo la obligación de indemnizar gastos y perjuicios (arts. 99 y 100 C. Comercio).

22. Mucho se ha expresado que la autonomía privada está desapareciendo cada día más en el derecho, que existe una tendencia del derecho privado a transformarse en público, porque hay normas que imponen regulaciones de carácter irrenunciable y no supletorio a la esfera privada. Estas regulaciones vinculantes contenidas en la ley pública que afectan la esfera privada, no constituyen un derecho público, de acuerdo con la distinción que hicimos en un comienzo, sino que establecen límites al particular que, al realizar sus negocios jurídicos, debe tomarlos en cuenta so pena de ineficacia de los mismos. La autonomía de la libertad siempre ha tenido límites, precisamente porque el derecho es un freno a la libertad individual en garantía de la libertad de todos. Estos límites no significan el desaparecimiento de la libertad. Si pensamos en los contratos forzosos, en que el particular sólo puede convenir en una forma preestablecida, incluso en los contratos forzosos, heterodoxos en que la parte está obligada a contratar, y todos los términos y la contraparte del convenio se encuentran predeterminados, veremos que todos ellos se realizan dentro de una actividad negociadora voluntaria, en la cual ese contrato no

es más que un accidente o accesorio del desarrollo de una actividad deseada y querida.

En ciertos contratos la intervención del legislador se realiza con el fin de garantizar un mínimo de justicia en la relación que surja entre los contratantes. Este es el caso del contrato de trabajo. El legislador ha estimado que las partes no estaban en igualdad de condiciones para realizar el trato contractual. Ante esta situación fija condiciones mínimas para aquella que considera más débil; se trata de un marco mínimo irrenunciable; sobre él las partes pueden negociar con libertad.

Existen otros contratos, especialmente frente a Empresas que ejercen monopolios legales o actividades controladas totalmente por la autoridad. El que desea obtener el transporte en un servicio público o contratar un suministro de energía eléctrica, no podrá discutir las condiciones al igual que la Empresa que no podrá negarle el servicio. Si se trata de un suministro o de un seguro, deberá suscribir un modelo impreso, lo que se denomina un contrato-tipo.

Otros contratos de características especiales son los contratos de adhesión. Ellos se forman a base de un esquema preestablecido por uno de los contratantes y cuyo texto no puede generalmente ser discutido por la otra parte. Responden estos contratos a una exigencia de rápida conclusión y a una necesidad de unificar relaciones semejantes por el gran número de ellos que realiza uno de los contratantes.

La existencia de estas distintas figuras contractuales no implica, como se ha pretendido, el desaparecimiento de la autonomía de la voluntad. Más que una intervención para reglamentar el contenido contractual, las normas dictadas por el legislador al respecto aparecen como una acción preventiva para la tutela eficaz de los contratantes.

Si razones de orden social o económico imponen esta tutela, ello no significa la supresión de la libertad, como no lo ha sido nunca, por ejemplo, la tutela de los incapaces que no pueden contratar o actuar libremente en el mundo jurídico.

23. La autonomía de la voluntad tiene diversas limitaciones.

En primer término encontramos la limitación legal. Esta limitación se presenta de dos aspectos: uno es que el acto voluntario no puede trasgredir la ley; el otro, que dicho acto no puede hacer dejación de aquellos derechos que la ley declara irrenunciables.

Hemos visto que el art. 1445 del C. C. dispone que todo acto o declaración de voluntad debe tener un objeto lícito y una causa lícita. Ahora bien, el art. 1461 en su inciso 3º dice que si el objeto

es un hecho, debe ser moralmente posible y es imposible, entre otros, el prohibido por las leyes; el art. 1466 agrega que hay, en general, objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes; el art. 1475 señala que las condiciones deben ser moralmente posibles y no lo son cuando consisten en un hecho prohibido por las leyes. Por su parte, el inc. 2º del art. 1467 señala que es causa ilícita la prohibida por la ley.

Desde el otro punto de vista, o sea la prohibición de renuncia, fuera de que no respetarla constituiría una infracción legal dentro del contexto que hemos analizado, el art. 12 dispone expresamente que no pueden renunciarse los derechos conferidos por las leyes si está prohibida su renuncia.

Una segunda limitación es la protección del orden público y las buenas costumbres. Con relación al orden público el Código se refiere a él en diversas disposiciones. Así, el art. 548 establece que los estatutos de una corporación no deben contener nada contrario al orden público; el 880, que las servidumbres no deben dañar el orden público; los artículos 1461, 1467 y 1475 lo señalan como requisito de un objeto lícito, de una causa lícita, de una condición moralmente posible. El concepto de orden público nunca ha sido objeto de una definición precisa: se ha hablado "del arreglo de las personas y cosas dentro de la sociedad", pero sin duda tiene un concepto mucho más exacto y significa lo que está conforme a ese espíritu general de la legislación a que se refiere el art. 24 del Código Civil. Desde este punto de vista, engloba también los principios generales que resultan de la moderna legislación económica. No existe pues una antítesis, como lo quieren los economistas, entre el orden público económico y el clásico orden público de nuestro Código Civil; nada obsta a esta conclusión y la capacidad de recepción de nuestro Código a las nuevas problemáticas se confirma una vez más.

Con relación a las buenas costumbres nuestro Código se refiere a ellas en los artículos 548, 1461, 1467, 1475 y 1717. Corresponden a aquellos usos y costumbres que la sociedad considera en un momento dado como normas básicas de convivencia social. No se trata de usos cuya inobservancia esté penada por la ley, porque entonces nos encontraríamos en presencia de una infracción legal. Constituye un concepto difícil de precisar y que cambia de una sociedad a otra y en una misma sociedad con el transcurso del tiempo.

Una tercera limitación de la autonomía de la voluntad la constituye la protección de los derechos legítimos de terceros.

La protección de los derechos de terceros frente a la renuncia que de sus propios derechos pueda hacer una persona está estable-

cida en forma genérica en el art. 12 al disponer que pueden renunciarse los derechos que sólo miren el interés individual del renunciante. Dentro del mismo criterio el art. 1126 señala que si se lega una cosa con la calidad de no enajenarla, la cláusula se tendrá por no escrita, salvo que la enajenación comprometiére algún derecho de tercero. Por su parte el art. 1661 dispone que la compensación no puede tener lugar en perjuicio de los derechos de un tercero.

Generalmente la legitimidad o ilegitimidad de los derechos de un tercero depende de si está o no de buena fe, lo que corresponde a si ignora o sabe la situación antijurídica que puede desenvolverse en su contra. Así, si está de buena fe, no le perjudica la nulidad del contrato de sociedad en las acciones que le correspondan contra todos y cada uno de los asociados por las operaciones de la sociedad (art. 2058 C. C.). Asimismo tendrá acciones contra el mandatario si el mandato expira por una causa ignorada del mandatario o éste, sabedor de la causa, hubiere pactado con él (art. 2173 C. C.). Tal vez el caso más claro es que en la resolución no proceda la acción reivindicatoria contra terceros poseedores de buena fe (art. 1490 C. C.); del artículo 1491 resulta que esta buena fe consiste en haber ignorado la existencia de la condición.

Hay muchas otras disposiciones que se refieren a esta materia. El art. 927 autoriza, en la acción posesoria de restitución, para cobrar perjuicios al tercero de mala fe. El art. 976 dispone que la acción de indignidad no pasa contra terceros de buena fe. El art. 2303 señala que el que pagó lo que no debía, no puede perseguir la especie poseída por un tercero de buena fe.

En resumen, la autonomía de la voluntad tiene una amplia y clara limitación en cuanto no puede atentar contra los derechos legítimos de terceros. Incluso al definir el dominio el artículo 582 dice que es el derecho real sobre una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra ley o contra derecho ajeno. Esta limitación no se aplica sólo al dominio, ya que el art. 583 dice que sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad, concepto que amplía el N° 24 del art. 19 de la Constitución, al señalar que se tiene el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales; por lo tanto, las limitaciones al ejercicio del dominio se aplican también a todos los demás derechos.

– La buena fe

24. Un segundo principio fundamental en nuestro derecho privado lo encontramos en la protección de la buena fe y, conse-

cuencialmente, en el castigo de la mala fe. Más de cuarenta disposiciones del Código se refieren a la buena fe y otras tantas a la mala fe.

Tampoco este principio está expresado en una fórmula general, pero se encuentra en el trasfondo de todas las instituciones.⁴ Tal vez la disposición más directa sea el inciso final del artículo 44, que define el dolo como la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro. Pero si analizamos el concepto, vemos que la mala fe no siempre consiste en una intención positiva, puede significar una actitud culpable y desprejuiciada; por otra parte, la mala fe no siempre va a ser necesariamente dirigida contra otra persona; puede motivarse por un simple deseo de beneficio personal o por tratar de soslayar requisitos o prohibiciones legales.

Por lo demás, la buena fe no es un concepto único; bajo su denominación se agrupan dos situaciones distintas, perfectamente diferenciables. Ellas tal vez se reflejan en el lenguaje corriente, pues entendemos que son dos conceptos diversos el estar de buena fe que el actuar de buena fe.

En el primer caso, la buena fe aparece como una actitud mental, actitud que consiste en ignorar que se perjudica un interés ajeno o no tener conciencia de obrar contra derecho, de tener un comportamiento contrario a él. El otro aspecto de la buena fe consiste en la fidelidad a un acuerdo concluido o, dentro del círculo obligatorio, observar la conducta necesaria para que se cumpla en la forma comprometida la expectativa ajena. El primero es el estado de conciencia en un momento determinado; el otro, la realización de una conducta.⁵

Ambos aspectos de la buena fe están considerados en nuestro derecho. El primero está claramente establecido en el art. 706 que define la buena fe en materia posesoria como “la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio”. Lo encontramos en el matrimonio putativo que, de acuerdo al art. 122, produce los mismos efectos civiles que el válido respecto del cónyuge que de buena fe y con justa causa de error lo contrajo. Los arts. 906 y sigtes. en las prestaciones mutuas atienden a la buena o mala fe del poseedor vencido, y el art. 913 señala que ella se refiere “relativamente a los frutos, al tiempo de la percepción, y relativamente a las expensas y

⁴ JOSE LUIS DE LOS MOZOS. *El principio de la buena fe*. Urgel, 1965, N° 4, págs. 34 y ss.

⁵ EMILIO BETTI. *Teoría general de las obligaciones*. Ed. Rev. de D. Priv. 1969, t. I, pág. 74.

mejoras, al tiempo en que fueron hechas". El art. 1267 no hace responsable de las enajenaciones o deterioros de las cosas hereditarias al que de buena fe hubiese ocupado la herencia. El inc. 2º del art. 1576 valida el pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión del crédito, aunque después aparezca que no le pertenecía; también en el pago, si éste no tiene validez y ha consistido en la transferencia de propiedad de una cosa fungible, se valida si el acreedor la ha consumido de buena fe. El art. 1916 da efectos legales al arrendamiento de cosa ajena respecto del arrendatario de buena fe. Si se prestó por quien no tenía derecho de enajenar, y las especies no pueden reivindicarse por haber desaparecido su identidad, el mutuario de buena fe sólo será obligado al pago de los intereses estipulados (art. 2202 C. C.). Según el art. 2295, "si el que por error ha hecho un pago, prueba que no lo debía, tiene derecho para repetir lo pagado", y el art. 2297 agrega que "se podrá repetir aún lo que se ha pagado por error de derecho".

Este aspecto de la buena fe, que consiste en la ignorancia de una situación de hecho o de una antijuridicidad, fuera de los ejemplos señalados, queda perfectamente en claro cuando el art. 2468 señala en qué consiste el dolo pauliano; dice al efecto: "estando de mala fe el otorgante y el adquirente, esto es, conociendo ambos el mal estado de los negocios del primero". La mala fe consiste en el conocimiento; la buena fe habría estribado en la ignorancia.

El otro carácter de la buena fe, como desarrollo de una conducta, aparece claro en la reglamentación del pago respecto del cual el art. 1591 impide que se haga parcialmente mientras, a su vez, el art. 1590 dispone que si el pago es de un cuerpo cierto, el acreedor debe recibirlo con sus deterioros, salvo que ellos provengan de hecho o culpa del deudor. Igualmente la pérdida de la cosa debida extingue la obligación, salvo que haya perecido por culpa o durante la mora del deudor (arts. 1670, 1672 C. C.). Todo esto se resume en lo dispuesto en los arts. 1548 y 1549 que señalan que la obligación de dar contiene la de entregar la cosa y si ésta es una especie o cuerpo cierto, la de conservarlo hasta su entrega; la obligación de conservar la cosa exige que se emplee en su custodia el debido cuidado. El conjunto de estas disposiciones señala que el deudor debe proceder de buena fe al cumplimiento de la obligación. Pero esta obligación de conducta no corresponde sólo al deudor, sino también al acreedor. Su responsabilidad es clara si siendo vendedor debe responder de los vicios redhibitorios (arts. 1858 y 1861 C. C.), o si siendo comprador se ha constituido en mora de recibir (art. 1827 C. C.).

La norma general de la buena fe como conducta la encontramos en el artículo 1546 del Código Civil. Dicha disposición establece: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe".

De las disposiciones a que nos hemos referido resulta que nuestro derecho protege la buena fe, y la sanción de la mala fe es evidente que no cuenta con esa protección.

Pero existen muchas disposiciones en que la ley sanciona directamente la mala fe: así el art. 94 N° 6º respecto del que ha sabido y ocultado la verdadera muerte del desaparecido; el art. 897 en la reivindicación, que sanciona al que de mala fe se da por poseedor de la cosa que se reivindica, sin serlo; en la accesión de cosas muebles (arts. 658, 662, 663 C. C.); el art. 1814 en la compraventa que hace responsable de perjuicios al que vendió a sabiendas lo que en el todo o en una parte considerable no existía. Tal vez la disposición que más ampliamente establece la sanción de la mala fe es el artículo 1468 que dispone: "No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas".

Todos estos ejemplos nos llevan a concluir que la protección de la buena fe y la sanción de la mala fe constituyen un principio general de nuestro derecho privado.

En una sentencia de hace pocos años la Corte Suprema expresa: "el acto jurídico administrativo debe estar inspirado en el principio general que es la base de todo régimen de derecho, la buena fe".⁶

La legislación privada parte del concepto de que los particulares están y actúan de buena fe en sus relaciones jurídicas. Por eso el artículo 707 del Código Civil establece al respecto un principio general: "La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria.

En todos los otros la mala fe deberá probarse".

Por lo tanto existe una presunción general de buena fe en todo el ámbito del derecho privado.

Las presunciones de mala fe son escasas; así, en materia posesoria, el inciso final del art. 706 establece que el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe que no admite prueba en contrario. Sin embargo esta presunción desaparece cuando se trata de la prescripción adquisitiva extraordinaria, ya que el artículo 2510 N° 2º dispone que se presume de derecho en ella la buena fe.

⁶ R. D. J., t. 78, s. 5, p. 207. Cons. 18.

–*El enriquecimiento sin causa*

25. Un tercer principio lo constituye la reparación del enriquecimiento sin causa.

La idea de causa rebasa aquí las definiciones teóricas que la hacen residir en la causa final, para acercarse más a la definición de nuestro Código. El artículo 1467 dispone que no puede haber obligaciones sin una causa real y lícita; en su inciso segundo señala que se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato. Cualquiera que sea el alcance jurídico que se quiera dar al término “causa” es evidente que todo acto jurídico debe tener una razón, que lo determine, lo que en derecho anglosajón se denomina “consideration”. El enriquecimiento sin causa es aquel que no tiene un motivo jurídico válido para haberse producido.⁷

Pero para que este enriquecimiento constituya la figura jurídica no basta que haya sido inmotivado; es necesario además que el enriquecimiento de un patrimonio corresponda al empobrecimiento de otro en un fenómeno no necesariamente equivalente, pero sí correlativo. Si en estas circunstancias el empobrecido no tiene otra acción o forma de obtener la reparación podrá intentar la de repetición que se denomina “actio de in rem verso”.⁸ Es necesario señalar que esta acción subsidiaria tendrá un doble límite, no podrá ser superior al empobrecimiento sufrido por el actor ni tampoco al enriquecimiento del demandado.

El enriquecimiento sin causa lo considera nuestro Código en la accesión (arts. 658, 663, 668, 669 del C. C.);⁹ en las prestaciones mutuas (arts. 905 al 917 del C. C.); en la nulidad de los actos de un incapaz y con igual criterio en la nulidad de pago (arts. 1688 y 1578 del C. C.);¹⁰ en la lesión enorme en la compraventa (arts. 1889, 1890, 1893 del C. C.); en la acción de reembolso del comunero contra la comunidad (art. 2307 del C. C.);¹¹ en la restitución del pago de lo no debido (arts. 2295, 2297 del C. C.);¹² en el derecho de indemnización para los responsables civiles por hechos de terceros (art. 2325 del C. C.), etc.

⁷ R. D. J., t. 79, s. 5, p. 202. Cons. 10.

⁸ R. D. J., t. 80, s. 2, p. 96. Esta sentencia considera además que, para que la acción proceda, el enriquecimiento debe ser ilegítimo.

⁹ R. D. J., t. 66, s. 2, p. 67.

¹⁰ R. D. J., t. 38, s. 1, p. 481.

¹¹ R. D. J., t. 51, s. 1, p. 273.

¹² R. D. J., t. 35, s. 1, p. 296; t. 62, s. 1, p. 87; t. 77, s. 2, p. 123.

Es tan amplia y consistente la reparación del enriquecimiento sin causa que, más que un principio general de nuestro derecho privado, se ha creído ver en ella una fuente adicional de obligaciones más allá de las que señalan los artículos 1437 y 2284 del Código Civil.¹³

–*La responsabilidad*

26. Por último un principio general de nuestro derecho privado es la responsabilidad.

Más que de derecho privado es un principio común a todo el ordenamiento jurídico en el cual la responsabilidad se halla siempre presente bajo las más diversas formas. Hablamos en derecho público de la responsabilidad del Estado, de la responsabilidad de los funcionarios políticos o administrativos, de la responsabilidad ministerial de los jueces, etc. Con relación a los particulares nos referimos a su responsabilidad penal o civil.

Se ha señalado que la ley es un precepto emanado del Estado y que lleva aparejada una sanción; ahora bien, la más general de estas sanciones, ya sea porque se infrinja o no se cumpla un precepto legal, ya sea porque se desarrolle una conducta antijurídica, es la responsabilidad.

Esta responsabilidad puede significar una pena cuando se ha cometido un delito, o bien, indemnizar un perjuicio o resarcir un daño, como sucede en la responsabilidad civil.

En los primeros tiempos no existió una distinción clara entre las responsabilidades penal y civil, entre la represión a que daba lugar la primera y la reparación que provenía de la segunda. En muchos casos la indemnización a la víctima fue al mismo tiempo la pena impuesta al culpable.

Muy lentamente fue estableciéndose la distinción entre ambas especies de responsabilidad, que los juristas destacaron en el siglo XVI a través de una nueva interpretación de la ley Aquilia e inspirándose en las ideas de los canonistas. El Código Napoleón consagró en forma definitiva su separación.

Por eso hoy diferenciamos claramente la responsabilidad penal que acarrea la comisión de un delito, de la responsabilidad civil que consiste en la reparación de un perjuicio o un daño ilícitamente causados.

¹³ En este sentido la considera el art. 2041 del Código Civil italiano; los arts. 812 a 822 del Código Civil alemán (BGB); los arts. 62 a 67 del Código suizo De las Obligaciones.

27. En materia civil distinguimos dos campos fundamentales de la responsabilidad. Una corresponde a la de aquellas personas que no han cumplido oportunamente la obligación derivada de un contrato; por lo mismo, se la denomina responsabilidad contractual. Otra incumbe a las personas que, dolosa o culpablemente, han cometido un hecho ilícito que causa daños a un tercero; en este caso hablamos de responsabilidad extracontractual. Tal vez en ambos casos hay violación de una obligación; en el primer, de la obligación contractual; en el segundo, de una obligación genérica de no causar daño injusto a otro, lo que los romanos señalaban con la frase “alterum non laedere”.

La responsabilidad civil extracontractual se configura a través de la comisión de un delito o cuasidelito civiles que los artículos 1437 y 2284 del Código Civil señalan como fuentes de obligaciones. La obligación que de ellos nace es precisamente la de indemnizar el daño causado.

El campo de la responsabilidad civil es inmenso. Se aplica a las personas naturales y a las personas jurídicas, y sus alcances se van determinando por una jurisprudencia que debe adecuar las normas del Código Civil, ya centenario, a las variaciones y complejidades de las relaciones jurídicas y de los conflictos personales del mundo actual.

28. Lo expresado anteriormente no significa que la responsabilidad se limite sólo a aquellos casos de infracciones contractuales y de hechos ilícitos dañosos; ella se extiende a todas las obligaciones, cualquiera que sea su origen.

Así, si examinamos en primer término los actos lícitos no contractuales que dan origen a obligaciones (cuasicontratos), vemos que en todos ellos se hace presente la responsabilidad. Por ejemplo, la responsabilidad del agente oficioso la establecen especial y específicamente los artículos 2287, 2288 y 2290 del Código Civil; la del que recibió el pago de lo no debido está contemplada prácticamente en todas las disposiciones que se refieren a ese cuasicontrato (arts. 2295 a 2303 del C. C.); por último el artículo 2308 del Código Civil señala la responsabilidad de cada comunero en la comunidad.

Otro tanto pasa con las obligaciones que emanan de la ley. El incumplimiento de las obligaciones legales genera siempre una responsabilidad. En los derechos de familia encontramos ejemplos respecto a los derechos y deberes entre los cónyuges; en los derechos del padre de familia en el art. 250; respecto a los tutores y curadores, en los artículos 378, 391 y 419.

En otras materias vemos, por ejemplo, que en el usufructo se establecen responsabilidades para las obligaciones tanto del nudo

propietario como del usufructuario (arts. 774 y 802 del C. C.). En la posesión encontramos en las prestaciones mutuas la responsabilidad general del poseedor vencido (arts. 904 a 915 del C. C.). Igualmente genera responsabilidad el privar a alguien injustamente de su posesión (art. 926 del C. C.). En las sucesiones existen también disposiciones que establecen explícitamente la responsabilidad, como el artículo 1299 respecto al albacea, o el artículo 1329 relativo al partidor.

Tanto en la responsabilidad que origina la infracción de una obligación derivada de un cuasicontrato como en la que del incumplimiento de una obligación legal, surge el problema de saber si debemos ceñirnos a las normas que regulan la responsabilidad contractual o extracontractual, que son diferentes.

29. Hemos visto que la responsabilidad es una institución general del derecho. Que, en materia civil, toda persona es responsable de las obligaciones que contraiga, cualquiera que sea su origen, incluso aquellas que nacen al causar culpablemente un daño.¹⁴

Pero esta responsabilidad carecería de alcance práctico si no existieran medios para poder exigir coercitivamente el cumplimiento de las obligaciones, si el deudor no quisiera o se mostrara renuente a cumplirlas en forma voluntaria. Debe además establecerse en qué forma y sobre qué bienes puede ejercerse esa acción forzada.

El artículo 2465 del Código Civil establece que: “Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables”.

Este precepto que establece lo que se llama prenda general de los acreedores, es un precepto fundamental en que descansan el sistema jurídico y la responsabilidad en materia de obligaciones.

De acuerdo con esto la responsabilidad recae sobre los bienes del deudor, no sólo los que éste tenía al contraerse la obligación, sino también los que adquiriera en el futuro, y que existan en su patrimonio al momento de hacerse efectiva la obligación.

Estos serán los bienes que respondan y la forma de hacer efectiva la responsabilidad será la ejecución forzada de la obligación.

¹⁴ R. D. J., t. 75, s. 1, p. 191.

Cualidades e influencia del Código Civil

30. La exposición de estos principios señala ya algunas de las grandes cualidades de nuestro Código.

Desde antiguo se ha señalado además su método, desarrollo con orden y claridad. La precisión y corrección de su lenguaje.

Podemos señalar también como un principio del Código su objetividad, a la que ya nos referimos al señalar su diferencia en materia de obligaciones con el Código francés. Baste al efecto señalar la procedencia de la acción pauliana que establece el art. 2468. La disposición 1ª la concede en los contratos onerosos si están de mala fe el otorgante y el adquirente. Ahora bien, esta mala fe no se deduce a través de una investigación psicológica, sino que se establece por un antecedente concreto: el conocimiento del mal estado de los negocios del primero.

El mismo criterio aplican los arts. 1490 y 1491 para determinar los terceros poseedores de mala fe a quienes afecta la resolución. Esa mala o buena fe se establece en base a un hecho objetivo: el conocimiento o desconocimiento de la existencia de la condición.

En varias materias se adelantó a los códigos de su época, como lo hizo al fijar las normas fundamentales de derecho internacional privado y al reglamentar las personas jurídicas. Al establecer la posesión inscrita para los bienes raíces, configuró en el art. 728 el sistema de información ligada, que sólo después de la mitad del presente siglo ha venido a estructurar la informática moderna.

En materia social tuvo una especial importancia. En las relaciones jurídicas introdujo principios igualitarios contenidos en normas comunes, justas, claras y asequibles. En materia de propiedad raíz realizó una revolución que no ha sido debidamente apreciada. Las asignaciones forzosas hicieron que la fortuna debiera precisamente repartirse entre los sucesores, y esto frente a las familias chilenas generalmente numerosas. Pero fuera de esta división general del haber hereditario, las especies heredadas debieron también dividirse. La obligación de dividir físicamente las especies, especialmente los bienes raíces entre los coasignatarios que aparece expresada en forma casi indirecta en la regla 1ª del art. 1337 (“Entre los coasignatarios de una especie que *no admita división...*”), determinó la división obligada de los predios rústicos y los fundos de mar a cordillera en pocas generaciones quedaron reducidos a cientos de hectáreas.

El Código Civil realizó así una de las reformas agrarias más profundas y no conflictivas que se han efectuado en el mundo.

31. La influencia de nuestro Código Civil fue muy grande en América Latina.

Su texto fue adoptado con leves variantes por Ecuador en 1861 y Colombia en 1873. Nicaragua siguió su método y su plan. Tuvo además una influencia considerable en la redacción del Código Civil uruguayo y del Código Civil argentino.

Como lo señala el profesor Bernardino Bravo Lira “su difusión no se limita a una influencia más o menos intensa sobre los códigos posteriores de Portugal en 1867, de México en 1871 y 1884, de Venezuela en 1873 y 1916, de Guatemala en 1877, de Costa Rica en 1888, de España en 1889, que se extendió ese año a Cuba, Puerto Rico y Filipinas. Además de eso, fue seguido en múltiples aspectos por Teixeira de Freitas en su *Esboço de Código Civil* para Brasil de 1860-1865, por Tristán Narvaja en el código de Uruguay de 1869 y por Dalmacio Vélez Sarsfield en el código de Argentina de 1871, que desde 1876 fue adoptado por Paraguay.

Finalmente, hubo una tercera forma de difusión del Código de Bello, más profunda que las anteriores. Se trata de la adopción de su texto, con algunas alteraciones de detalle destinadas a adecuarlo a las necesidades y circunstancias de cada país. En estos casos, en lugar de redactarse un nuevo código, simplemente se hizo propio al de Bello. Así sucedió primero desde 1860 en Colombia, Panamá, El Salvador y Ecuador, luego por corto tiempo en Venezuela en 1863, y más duraderamente en Nicaragua desde 1871 y en Honduras desde 1880 hasta 1898 y luego de nuevo desde 1906 en adelante.¹⁵

Fuera de América fue uno de los que sirvieron de base para la elaboración del actual Código Civil español. Es interesante destacar la opinión que merece a los jurisconsultos españoles. Don José Luis de los Mozos en su tratado de *Derecho Civil Español*, editado en 1977, repitiendo en parte conceptos contenidos en el *Derecho Civil* de J. Castán Tobeñas, expresa: “El Código Civil de Chile fue elaborado minuciosamente por el gran jurista Andrés Bello siendo promulgado el 14 de diciembre de 1855, para entrar en vigor el 1º de enero de 1857. Es, sin duda alguna, como obra jurídica, el más interesante y perfecto de los Códigos americanos, al que acompañan las virtudes de la claridad de lenguaje y de la precisión de concepto, siendo notable también la originalidad de muchas de sus disposiciones, aunque como toda obra legislativa inspirada en un trabajo científico personal, adolezca en ocasiones de prolijidad

¹⁵ R. D. J., t. 80, primera parte, Derecho, p. 81.

y minuciosidad excesivas”. Señala como lo más interesante de poner en relieve la gran diversidad de fuentes que lo inspiraron, recalcando su influencia en América y cómo esta influencia alcanza a la codificación española.¹⁶

Principales leyes modificatorias

32. Diversas leyes han modificado o complementado el Código Civil.

Algunas han derogado o se han incorporado a las disposiciones del Código. Así, la ley N° 5.020, de 28 de diciembre de 1931, referente a la adquisición y conservación de bienes raíces por las corporaciones; la ley N° 5.521, de 30 de noviembre de 1935, que iguala a la mujer chilena ante el derecho; la ley N° 6.612, de 24 de enero de 1938, que introduce diversas modificaciones y reduce los plazos de prescripción; la ley N° 7.612, de 21 de octubre de 1943, que entre otras modificaciones rebaja la mayor edad a los 21 años; la ley N° 7.825, de 30 de agosto de 1944, que modifica el pago por consignación; la ley N° 10.271, de 2 de abril de 1952, que contiene numerosas reformas en materia de matrimonio, filiación, guardas, sucesiones, derechos de los hijos naturales, etc.; la ley N° 16.952, de 1° de octubre de 1968, que reduce nuevamente los plazos de prescripción; la ley N° 18.175, de 28 de octubre de 1982, que modifica el art. 2472 del Código Civil; la ley N° 18.802, de 9 de junio de 1989, que otorgó plena capacidad a la mujer casada e introdujo diversas modificaciones en materia de matrimonio, familia y sucesiones; la ley N° 19.089, de 19 de octubre de 1991, que incorporó algunas reformas en materia de filiación; la ley N° 19.221, de 1° de junio de 1993, que rebajó la mayoría de edad a los 18 años; la ley N° 19.335, de 23 de septiembre de 1994, que incorporó el régimen matrimonial de participación en los gananciales, etc.

La ley de matrimonio civil, promulgada el 10 de enero de 1884.

Las leyes de Registro Civil. La primera de 17 de julio de 1884, reemplazada actualmente por la ley N° 4.808, de 10 de febrero de 1930.

Las leyes N° 7.613, de 21 de octubre de 1943, y 16.346, de 20 de octubre de 1965, que establecen, respectivamente, la adopción y la legitimidad adoptiva.

La ley N° 17.336, de 2 de octubre de 1970, sobre propiedad intelectual.

Las leyes que establecen las prendas sin desplazamiento: la ley N° 4.702 de compraventa de cosas muebles a plazo, de 6 de diciembre de 1929; la ley N° 4.097, de 25 de agosto de 1927, sobre prenda agraria; la ley N° 5.687, de 17 de septiembre de 1935, sobre contrato de prenda industrial; y la ley general que dicta normas sobre Prenda sin Desplazamiento N° 18.112, de 16 de abril de 1982.

La ley N° 18.101, de 29 de enero de 1982, sobre arrendamiento de bienes raíces urbanos. El D.L. N° 993 de 24 de abril de 1975, sobre arrendamiento de predios rústicos.

La ley N° 6.071, de 16 de mayo de 1963, hoy incorporada en la Ordenanza General de Construcciones y Urbanización, sobre venta de edificios por pisos o departamentos.

La ley N° 18.010, de 27 de junio de 1981, que fija disposiciones para las operaciones de crédito de dinero.

La ley N° 18.703, de 10 de mayo de 1988, que establece una nueva normativa sobre legitimación adoptiva y deroga la antigua ley N° 16.346.

La ley N° 19.039, de 25 de enero de 1991, sobre privilegios industriales y protección de los derechos de propiedad industrial.

Diversos Códigos dictados con posterioridad al Código Civil lo modificaron. Así el Código del Trabajo, especialmente en el arrendamiento de criados domésticos y en el arrendamiento de servicios inmateriales. El Código de Procedimiento Civil y el Código de Aguas, fundamentalmente en puntos relativos a las servidumbres y acciones posesorias.

¹⁶ JOSE LUIS DE LOS MOZOS, *Derecho Civil Español*, vol. I, pág. 216, Salamanca, 1977.

CAPÍTULO II
LA NORMA JURIDICA DE DERECHO PRIVADO

LAS FUENTES DEL DERECHO

33. La norma jurídica es la respuesta a una realidad social que está compuesta por fuerzas culturales y económicas, por tradiciones y por concepciones morales e ideológicas. Todas ellas influyen en el régimen jurídico que recibe una sociedad determinada y por ello hablamos de fuentes materiales del derecho positivo.

Pero lo que nos interesa aquí no son las fuentes materiales, sino las fuentes formales del derecho. Es decir, estudiar los modos a través de los cuales el derecho llega a constituir una norma positiva, vinculante y sancionada dentro de la sociedad.

La ley no es la fuente originaria del derecho. Este nace a través de la solución de conflictos que efectúa el soberano investido del poder total; o bien, como en Roma, del fallo de casos contenciosos de la vida práctica que efectúan funcionarios o jurisconsultos. Por lo tanto, el verdadero origen del derecho no es la ley sino la sentencia.

La ley aparece más tarde como un proceso de racionalización. Es un fenómeno mucho más moderno, porque presupone la existencia del Estado y un esfuerzo de abstracción y generalidad que sólo se alcanzan en un período de desarrollo avanzado de la mentalidad jurídica.

Pero, desde que aparece la ley, y sobre todo a partir de la Revolución Francesa y del Código Civil de Napoleón, la ley adquiere una preponderancia casi exclusiva frente a las demás fuentes formales del derecho. Pasa a ser así la fuente principal o primaria.

Las otras posibles fuentes formales: la costumbre, los principios generales del derecho, la equidad, la jurisprudencia, pierden

teóricamente casi todo su valor. Pero como estas otras fuentes formales no tienen la rigidez de la ley y se adaptan y conforman permanentemente a los cambios del medio social, se produce entre ellas y la ley un estado de tensión que aparece más o menos presente en el trasfondo de todo conflicto jurídico.

El actual Código Civil español señala como fuentes del ordenamiento jurídico la ley, la costumbre y los principios generales de derecho.

Muchos autores buscan una fórmula para poder incluir entre ellas a la jurisprudencia. Lo anterior señalando que, en la práctica, tiene una importancia decisiva en la formulación del derecho.

Entre nosotros la fuente fundamental del derecho es la ley (arts. 1º, 8º y 14 del C. C. y 4º del C. de Comercio). La equidad constituye un elemento de integración de la ley (art. 170 Nº 5º del C. de P. C.). La misma equidad y el espíritu general de la legislación, como bases de interpretación de la ley (art. 24 del C. C.).

Cabe señalar también que los particulares, a través de los actos jurídicos, pueden establecer normas de valor jurídico que no son de aplicación general, sino que afectan exclusivamente a los que han intervenido como partes en ellos. Lo anterior lo señala claramente nuestro Código Civil al expresar en el artículo 1545 que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes.

34. Indicamos al comienzo una de las características del derecho que podríamos denominar su “alternatividad”, al señalar que regula aquellas relaciones entre los hombres que tienen relevancia social.

Otra característica es su “estatalidad”, o sea, su absoluta relación con el Estado. Esta característica encierra dos conceptos distintos: el primero es que el Estado es el que crea o reconoce las normas obligatorias, o sea, establece el derecho; el otro es que el Estado es el que garantiza la observancia del ordenamiento jurídico, esto es, garantiza el orden y establece los medios coactivos para conservarlo.

El término “ley” como fuente formal del derecho encierra a su vez dos acepciones: una externa, el de precepto dictado por el Estado con carácter obligatorio; otra interna, la prescripción de conducta que encierra este precepto y que es la norma jurídica.

Son estas dos acepciones las que hacen que la definición de ley no siempre sea concordante. Hay definiciones que se refieren a la ley en cuanto contenido de la norma jurídica, otras en que se analiza la norma misma.

Debe señalarse que en el mundo actual se va perdiendo el concepto de una visión estrictamente estatal del derecho. En la

Comunidad Europea, por ejemplo, surgen fuentes que imponen derechos independientemente de su reconocimiento por los Estados que la forman. En el derecho internacional privado, especialmente en materia de comercio, encontramos normas jurídicas que se aplican a individuos de diversos Estados y que resultan determinadas, no por una decisión estatal, sino, especialmente, por las naturalezas del tráfico que se realiza.

LA LEY

– *Concepto*

35. En general podemos decir que ley es una fórmula precisa dictada por órganos soberanos especiales. En forma más concreta, que es un mandato expreso que proviene de la voluntad del legislador formulado en palabras determinadas y a través de un procedimiento preestablecido.

La Constitución de 1980 regula la formación de las leyes hasta su promulgación y publicación en los artículos 62 a 72 inclusive.

A diferencia de la Constitución de 1925, en que cualquiera materia podía ser regulada por una ley pero señalando determinados tópicos que sólo podían serlo por medio de ella, la Constitución actual, en su artículo 60, establece que sólo serán materia de ley las que dicha disposición establece.

Esto no es totalmente exacto, porque la Constitución en numerosas otras disposiciones se refiere en forma directa o indirecta a materias que deben ser reguladas por ley y que no están contempladas en el artículo 60.

En todo caso el sistema actual es que sólo pueden ser objeto de una ley las materias que señala directa o indirectamente la Constitución. En realidad lo anterior restringe muy poco el ámbito de aplicación de la ley porque las materias que la Constitución le reserva son tan amplias y variadas que cubren prácticamente casi la totalidad del ordenamiento jurídico.

Pero la Constitución, que constituye la ley fundamental, no sólo regula la materia y formación de las leyes sino que al mismo tiempo limita su alcance.

Esta limitación en primer término está contenida en el artículo 19 que fija las garantías constitucionales y que la ley no puede vulnerar, igualmente en otras disposiciones como, por ejemplo, el artículo 73 que prohíbe al Presidente de la República y al Congre-

so ejercer funciones judiciales, abocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de las resoluciones de los tribunales, o hacer revivir procesos fenecidos.

La ley constituye un derecho escrito, diferenciándolo del derecho consuetudinario. El ser escrito le da las ventajas de certidumbre, precisión y unidad.

Planiol define la ley como una regla social obligatoria, establecida en forma permanente por la autoridad pública y sancionada por la fuerza.¹

De esta definición y de los aspectos que hemos señalado resultan las principales características de la ley en cuanto a su contenido, es decir, en cuanto a principio normativo:

- a. La ley es una regla social, esto es, una norma de conducta exterior; la ley no regula el fuero interno de las personas sino sus actos, y no sus actos aislados sino los que se relacionan con la vida social.
- b. La ley emana de la autoridad pública, esto es, del organismo al que la comunidad social ha investido del poder de dictarlas.
- c. Las leyes deben ser cumplidas no es facultativo para los individuos el acatarlas o no.
- d. La ley es sancionada por la fuerza. La sanción de las leyes de derecho público toma distintas formas, desde las medidas de prevención hasta las penas. En materia civil reviste también distintos aspectos; así, las acciones destinadas a hacer efectivo un derecho conferido por la ley (art. 1470 C. C., por ejemplo).
- e. La ley es general. No sólo es general sino también abstracta, y se ha establecido para un número indeterminado de actos o hechos, o para que rija a todas las personas que se encuentran en una situación determinada. Es por ello que no constituyen propiamente leyes ciertos actos administrativos que realiza el poder legislador que tienen la misma tramitación y presentación formal de una ley.
- f. La ley es permanente. La ley dura indefinidamente desde el tiempo de su promulgación hasta su derogación. Esto no implica que la ley deba ser perpetua. Existen leyes temporales que se dictan para tener vigencia durante un tiempo determinado; y leyes transitorias que, generalmente, regulan el paso de una legislación antigua a una nueva.

¹ MARCEL PLANIOL, *Traité Élémentaire de Droit Civil*. Lib. Gral. de Droit. 1928, N° 144.

- g. La ley es cierta. La ley no necesita ser acreditada. De acuerdo con el artículo 8° del Código Civil nadie podrá alegar ignorancia de la ley después que ésta haya entrado en vigencia. Debemos hacer notar que esta certeza no rige para la costumbre, la que debe ser acreditada cuando la ley se remite a ella en materia civil (art. 2° del C. C.), o bien cuando suple el silencio de la ley en materia comercial (art. 5° del C. de Comercio). No rige tampoco este principio para la ley extranjera en los casos en que proceda su aplicación (art. 411 N° 2° del C. de P. C.).

– Definición del Código Civil

36. Nuestro Código Civil en su artículo 1° dice: “La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite”.

Esta definición ha sido criticada en cuanto a su forma y en cuanto a su fondo.

En cuanto a la forma, porque se señala que la redacción es poco feliz, ya que la ley parece mandar, prohibir o permitir, por haber sido manifestada en la forma prescrita en la Constitución y no por ser la voluntad soberana.

En cuanto al fondo, porque no señala las características específicas de la ley. En especial se aduce que al dar a la ley una validez solamente formal, no se señala que debe ajustarse a ciertos principios de justicia natural, a ciertas formas consideradas válidas en cualquiera sociedad.

Debemos señalar que aunque existe siempre un concepto social de justicia, éste es uno para cada sociedad y en un momento determinado; no hay preceptos inmutables y eternos anteriores y superiores a cualquiera sociedad. Los principios generales de justicia, válidos y admitidos en un momento social determinado se consignan en la Constitución y se imponen al legislador a través de ella. Si una ley no los respeta, el individuo tiene el recurso de atacar la constitucionalidad de la ley, pero antes de que esta inconstitucionalidad se declare, no puede sustraerse al cumplimiento de la ley.

El ciudadano no puede invocar los principios generales de justicia para sustraerse a la aplicación de normas positivas concretas. En la aplicación del derecho a las relaciones jurídicas específicas no debe acudir a más normas que las suministradas por el derecho positivo.

Si llegara a admitirse que ciertas normas no son aplicables por ser injustas, o no propender al bien común o cualquier otro argumento análogo, el orden social llegaría a su fin.

Por eso la definición del Código Civil, destacando el aspecto formal de la ley, es la única que conduce a la solución lógica y ésta es que debe ser aplicada y respetada por los particulares, sin que éstos puedan por una decisión y un criterio propios sustraerse a su cumplimiento.

– *Diversas variedades de leyes y su jerarquía*

37. La ley fundamental está constituida por la Constitución que regula la forma de gobierno y los atributos de los diversos poderes públicos. A este respecto señala quiénes y en qué forma desempeñan la función legislativa, en quiénes se radican las funciones administrativas y a quiénes corresponde la función judicial.

Es ley fundamental, no sólo porque establece la forma en que deben dictarse las leyes, sino también porque, como lo hemos señalado, establece límites a la discrecionalidad legislativa.

Las leyes deben dictarse no sólo conforme a la Constitución sino que además no pueden contravenir sustantivamente los preceptos constitucionales.

Fuera de la Constitución, o ley constitucional misma, existen diversas variedades de leyes, de distinta jerarquía, dentro de la unidad de concepto que hemos señalado, y que están establecidas en el propio texto constitucional.

En primer término las leyes orgánicas constitucionales, cuyo carácter no se define, pero que corresponden a determinadas materias que el texto de la Constitución indica expresamente. En ella se señalan trece leyes orgánicas constitucionales, entre las cuales se encuentran las que regulan el Tribunal Constitucional, la organización y atribuciones de los Tribunales de Justicia, de la Contraloría General de la República, del Banco Central, etc. Estas leyes requieren para su aprobación, modificación o derogación de un quórum de cuatro séptimos de los diputados y senadores en ejercicio. Además el Tribunal Constitucional debe ejercer el control de su constitucionalidad antes de su promulgación.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de numerosas leyes.

En la práctica ha variado el concepto de ley orgánica constitucional por el de precepto o disposición de tal carácter. El tribunal no ha considerado que la totalidad de la ley sea orgánica constitucional por referirse a las materias a que asigna tal calidad la Constitución. De acuerdo a su jurisprudencia sólo las normas que se refieren a ellas son orgánicas constitucionales; las demás constituyen una ley ordinaria o común. Ha fallado reiteradamente que al

Tribunal le corresponde pronunciarse sólo sobre las disposiciones de un proyecto que el constituyente ha reservado a la ley orgánica constitucional; que los otros preceptos no tienen tal carácter y sólo constituyen una ley ordinaria, por lo cual no se pronuncia sobre ellos. Se rechazó así un voto disidente que estimaba que la ley orgánica constitucional constituía un solo todo y que sobre esta totalidad debía recaer la resolución del Tribunal.²

En segundo término podemos señalar las leyes interpretativas de la Constitución que requieren para su aprobación, modificación o derogación de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio, y del control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional.

En tercer lugar tenemos las que la Constitución denomina leyes de quórum calificado, las que requerirán para su aprobación, modificación o derogación de la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio. Hay aproximadamente once materias en que se exige este tipo de ley. Entre ellas, la pérdida de la nacionalidad, los abusos de publicidad y las limitaciones para adquirir el dominio de ciertos bienes.

Una cuarta categoría la constituyen las leyes que podríamos llamar corrientes, en el sentido tradicional, y que se refieren a todas aquellas materias no comprendidas en las clases anteriores, y que la Constitución dice expresamente que deben ser materia de ley. Al respecto el artículo 60 indica diversas regulaciones que señala que “son materias de ley”, pero esta disposición debemos complementarla en primer término con el artículo 62 al señalar otras disciplinas que serán reguladas por ley de la exclusiva iniciativa del Presidente de la República. Debemos agregar también todas aquellas materias que, en otras muy numerosas disposiciones, la Constitución ha hecho objeto de ley, ya sea en forma imperativa, ya sea en forma indirecta, al referirse a la ley que debe regularlas, de lo cual encontramos varios ejemplos en el N° 24 del artículo 19.

En último término tenemos las leyes de base, ya que podrán no regular las materias en su integridad, sino fijar solamente las bases esenciales del ordenamiento respectivo, permitiendo que la potestad reglamentaria autónoma complete el contenido de la ley.

En tal situación se encuentran el “régimen jurídico laboral, sindical, previsional y de seguridad social” (art. 60 N° 4); los procedimientos que rigen los actos de la administración pública (art. 60 N° 18); y “toda otra norma de carácter general y obligato-

² R. D. J., t. 79, s. 6, p. 29; p. 97; p. 100. T. 80, s. 6, p. 75. T. 81, s. 6, p. 1; p. 67. T. 82, s. 6, p. 1; p. 2; p. 66; p. 67.

ria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico” (artículo 60 N° 20).

– *Potestad reglamentaria*

38. Se denomina potestad reglamentaria la facultad de ciertas autoridades administrativas para dictar reglas obligatorias, más o menos generales, para el cumplimiento de la ley o el establecimiento de normas administrativas.

Esta potestad reglamentaria la tienen el Presidente de la República, los Intendentes y Gobernadores, los Alcaldes y ciertos funcionarios. Los decretos que emanan del Presidente de la República, para distinguirlos de los decretos de otras autoridades, se denominan Decretos Supremos.

La potestad reglamentaria del Presidente de la República está establecida en el N° 8 del artículo 32 de la Constitución Política, que dice: “Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes”.

De esta disposición resulta que la potestad reglamentaria del Presidente de la República tiene dos alcances distintos. En algunos casos podrá regular determinadas materias cuando la Constitución no ha dicho que ello deba ser materia de ley.

Es lo que se llama potestad reglamentaria autónoma o de regulación. En cambio, en las materias que deben ser objeto de ley sólo podrá dictar las normas necesarias para el cumplimiento de dichas leyes, sin poder estatuir sustantivamente sobre la materia. Es lo que se llama potestad reglamentaria de ejecución.

Como la Constitución ha señalado tal número de materias que deben ser objeto de ley, la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República es extremadamente reducida. En realidad prácticamente sólo tendrá cabida en aquellas leyes a que ya nos referimos, y en las cuales el legislador sólo fija las bases esenciales de una institución.

Es indudable que, respetando esas bases la materia puede ser regulada sustancialmente en forma reglamentaria.

En resumen, en aquellas materias que la Constitución ha reservado expresamente a la ley, ésta constituye lo que se ha denominado norma de clausura, inhibiendo la competencia reglamentaria para estatuir sobre la materia.³

³ R. D. J., t. 82, s. 5, p. 59.

En las materias no reservadas a la ley, la norma de clausura va a ser el reglamento, que podrá reemplazar a la ley, igualmente en las materias objeto de una ley de base en las que, respetando dichas bases podrá complementarlas sustantivamente.

Los reglamentos autónomos constituirán estatutos del poder ejecutivo con carácter legal.

Los decretos supremos deben cumplir ciertas formalidades, como lo son, por lo general, su firma por el Presidente, su firma por el Ministro respectivo, quien podría firmar también por orden del Presidente, su toma de razón por la Contraloría General de la República, etc.

Decreto es un término genérico que comprende los simples decretos o decretos propiamente tales, los reglamentos, las ordenanzas y las instrucciones. Reglamento es la colección ordenada y metódica de disposiciones para asegurar el cumplimiento de una ley, si se trata de un reglamento de ejecución, o bien para regular una materia si se trata de un reglamento autónomo o de regulación.

Las ordenanzas son reglamentos de especial importancia, que se dictan con expresa autorización de la ley, y que contienen generalmente disposiciones que son propias de ésta, como sanciones y multas.

En ciertos casos la ley autoriza al Presidente de la República para dictar un decreto, refundiendo las disposiciones legales sobre una materia contenida en leyes diversas. Estos decretos, que se denominan textos legales refundidos, no son una manifestación de voluntad del Presidente de la República, sino del legislador, y constituyen en todo una verdadera ley.

– *Decretos con fuerza de ley – Decretos-leyes*

39. La potestad reglamentaria puede extenderse a materias propias de una ley cuando el legislador, en un texto legal, ha delegado en el Presidente de la República la facultad de legislar sobre una materia determinada.

Tal decreto es lo que se llama un “decreto con fuerza de ley”.

Ellos constituyen una verdadera ley y mientras los decretos corrientes pueden ser modificados por otro decreto, los decretos con fuerza de ley sólo pueden serlo por una disposición de jerarquía legal.

Hoy día la Constitución autoriza expresamente esta declaración en el artículo 61, pero la reglamenta en forma muy restrictiva.

En especial en cuanto a la materia, ya que ésta debe ser señalada en forma precisa y se eliminan muchas de las posibilidades de delegación, especialmente las que deben ser materia de leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado.

Se restringe también en cuanto al plazo ya que el término de la delegación no puede ser superior a un año.

Por último en cuanto a su tramitación, ya que ésta no es la de los simples decretos sino que estarán sometidos en cuanto a su publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley.

Durante las situaciones de emergencia que ha vivido el país, en las cuales se ha interrumpido el funcionamiento normal del poder legislador, la facultad legislativa ha sido ejercida por el ejecutivo por medio de disposiciones legales que se han denominado decretos-leyes.

Respecto de los primeros, dictados hace más de cincuenta años, se discutieron su legalidad y eficacia. La realidad práctica determinó que ellos fueran aceptados.

Desde 1973 y hasta la vigencia de la Constitución de 1980 se estableció un ordenamiento jurídico provisorio en que la regulación legal se efectuó por medio de los decretos-leyes dictados dentro del marco de la Constitución de 1925 y de las modificaciones introducidas a ésta, especialmente por las Actas Constitucionales.

Estos decretos-leyes tienen una numeración progresiva, hasta el número 3.660, y se encuentran comprendidos entre las leyes N^{os} 17.982 y 17.983.

Los decretos-leyes tienen, en consecuencia, las mismas limitaciones y fuerza obligatoria de las leyes.

Al mismo tiempo, mientras los decretos corrientes pueden ser modificados por otro decreto, tanto los decretos con fuerza de ley como los decretos-leyes sólo pueden serlo por una disposición de jerarquía legal.

– *Inconstitucionalidad de las leyes*

40. La ley, en sentido estricto, está subordinada a la Constitución. Si la ley se aparta o contradice alguna de las normas que la Constitución establece, nos encontramos frente a una ley inconstitucional.⁴ La inconstitucionalidad puede ser tanto de forma como

de fondo. La inconstitucionalidad de forma se configura si no se han cumplido los requisitos que el ordenamiento constitucional fija para la tramitación de la ley. La inconstitucionalidad es de fondo si la ley transgrede en especial alguno de los derechos garantizados por la Constitución (art. 219 de la Constitución).⁵

El artículo 80 de la Constitución establece que “la Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en las materias de que conozca, o que le fueren sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución.

Este recurso podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento”.

En algunos países la declaración de inconstitucionalidad de la ley la deja sin efecto en general; entre nosotros tal declaración la hace sólo inaplicable en el juicio específico en que ella se ha declarado. Hemos visto que la inconstitucionalidad puede ser de forma o de fondo. Respecto de la declaración de inconstitucionalidad cuando ella es de fondo, no hay problemas, pero se ha discutido acerca de si el recurso de inaplicabilidad procede también por la inconstitucionalidad de forma.

Los que opinan que no cabe al recurso sostienen que una ley que no ha cumplido los requisitos de forma no es ley, y puede dejarse de aplicar por cualquier tribunal.

La mayoría de los autores son de opinión contraria. Se señalaba que la Constitución de 1925 en su artículo 86, inciso 2^o, similar al artículo 80 actual, no distinguía entre ambas clases de inconstitucionalidad.

La inconstitucionalidad de forma que provenga de que un decreto promulgatorio de la ley se aparte del texto aprobado de ésta puede ser representada por la Contraloría General de la República y, en caso de producirse conflicto, éste es resuelto por el Tribunal Constitucional.

En una sentencia reciente la Corte Suprema ha resuelto “que de esta disposición constitucional (art. 80) se desprende claramente que la facultad que se confiere a la Corte Suprema para declarar la inaplicabilidad en los casos a que se refiere, sólo procede para resguardar la inaplicabilidad de fondo de las leyes, no la de forma”. La principal argumentación es que la disposición auto-

⁴ R. D. J., t. 79, s. 5, p. 1.

⁵ R. D. J., t. 81, s. 5, p. 215.

riza “para declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución”, declarar la inconstitucionalidad de forma significaría anular la ley en general.⁶

De acuerdo con el N° 1° del artículo 82 de la Constitución el Tribunal Constitucional ejerce, antes de su promulgación, el control de la constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales y de las leyes que interpretan algún precepto de la Constitución.

Resolverá igualmente sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley, a petición del Presidente de la República si la Contraloría lo hubiere representado por esta razón, o bien a petición de las Cámaras si la Contraloría hubiere tomado razón de él.

También puede pronunciarse sobre la constitucionalidad de los simples decretos, a petición del Presidente de la República si el decreto hubiere sido tramitado, a requerimiento de cualquiera de las Cámaras dentro de los treinta días siguientes a su publicación.

Resuelto por el Tribunal Constitucional que un precepto legal determinado es constitucional no procederá el recurso de inaplicabilidad, porque la Corte Suprema, de acuerdo al inciso final del artículo 83 de la Constitución, no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia.

Debe tenerse presente que respecto a los decretos con fuerza de ley puede producirse una doble situación: pueden violar las disposiciones constitucionales o pueden exceder los límites de la delegación efectuada por la ley. Si el decreto con fuerza de ley contraviene la ley delegatoria ello debe ser representado por la Contraloría General de la República.

En tal caso el procedimiento es igual que en la situación de inconstitucionalidad y la controversia es resuelta por el Tribunal Constitucional.

Si sucediera que la Contraloría tramita sin objeciones un decreto con fuerza de ley que excede los límites de la delegación no puede entablarse el recurso de inaplicabilidad, pero a nuestro entender se trata de un simple decreto ilegal, que puede, por tal motivo, dejar de ser aplicado por cualquier tribunal.

CLASIFICACIÓN DE LAS LEYES

41. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1° del Código Civil las leyes pueden dividirse en imperativas, prohibitivas y permisivas.

⁶ R. D. J., t. 82, s. 5, p. 86, cons. 6, 7 y 8.

Esta clasificación ha sido criticada por la doctrina, porque se dice que, en el fondo, toda ley imperativa es prohibitiva porque prohíbe hacer lo que ordena en forma distinta a lo legalmente establecido. Se discute también si al lado de las dos primeras categorías tiene razón de ser la existencia de la tercera, en cuanto a que aquello que no es mandado ni prohibido es lícito y permitido como consecuencia del principio fundamental de libertad.

Otra clasificación consiste en dividir las leyes en:

Imperativas o prohibitivas. Ellas mandan o prohíben y obedecen a motivos de orden público, a la mantención del ordenamiento de la organización social o la necesidad de proteger a ciertas personas que se encuentran en situación de inferioridad por razones de sexo, edad o situación.

Declarativas o supletivas. Ellas determinan las consecuencias de los actos jurídicos que las partes no han previsto.

Dispositivas. Ellas constituyen normas que regulan los conflictos entre personas que no han contratado entre sí.

Debemos señalar que el carácter prohibitivo de una ley consiste en que impide algo en forma absoluta. Así, es prohibitiva la disposición del inciso 1° del art. 402 del Código Civil, que establece: “Es prohibida la donación de bienes raíces del pupilo, aún con previo decreto de juez”. Tal acto no puede ser realizado por el guardador en forma alguna. En cambio, lo establecido en el artículo 397 de que “el tutor o curador no podrá repudiar ninguna herencia deferida al pupilo, sin decreto de juez con conocimiento de causa, ni aceptarla sin beneficio de inventario”, no constituye una disposición prohibitiva sino imperativa, ya que el acto puede realizarse cumpliendo determinados requisitos.

Desde otro punto de vista podemos distinguir entre leyes normativas, modificatorias e interpretativas.

Aunque todas las leyes son normativas usamos aquí el término, a falta de otra expresión, para referirnos a aquellas leyes que estatuyen sobre una materia que no ha sido antes objeto de implementación legal. Un ejemplo claro lo constituye entre nosotros la Ley N° 7.613, que introduce en nuestro derecho privado la filiación adoptiva, ya que la adopción era institución que no existía antes en nuestra legislación.

La ley modificatoria varía el estatuto legal de una situación ya reglamentada por la ley. Como ejemplo podemos señalar las innumerables leyes que han modificado las disposiciones relativas al arrendamiento de cosas, contenidas en el Código Civil, y posteriormente en sus leyes modificatorias. Como en la práctica la mayoría de las instituciones, tanto en derecho privado como en derecho público, se encuentran reglamentadas legalmente, las nuevas leyes tienen en su generalidad el carácter de modificatorias.

Las leyes interpretativas, como lo establece el inciso 2º del art. 9º del Código Civil, son las que se limitan a declarar el sentido de otras leyes. La ley interpretativa no es, por lo tanto, una nueva regulación de la materia contemplada por la ley anterior. Su único alcance debe consistir en aclarar un punto dudoso u oscuro en la ley primitiva. Su carácter de ley interpretativa se lo dará su propio contenido. No será necesario que diga expresamente su intención de interpretar, como tampoco esta declaración expresa le dará tal carácter si lo que hace en realidad es modificar la ley anterior.

La distinción entre una ley interpretativa y una ley modificatoria es a veces difícil y la calificación tiene especial importancia, porque las leyes interpretativas, de acuerdo al art. 9º del Código Civil, se entienden incorporadas a la ley interpretada, es decir, son necesariamente retroactivas. Lo anterior determina la relevancia de la distinción por las limitaciones, que más adelante veremos, a que está sujeta la retroactividad de la ley.

Autoridad de la ley

42. En derecho público sólo es lícito hacer lo que expresamente permiten las leyes.

Este principio fundamental está establecido en el artículo 7º de la Constitución. Dicha disposición establece: “Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”.

Por su parte el Código Civil establece en su artículo 1462 que hay objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público chileno.

La sanción en ambos casos es, por lo tanto, la nulidad.

En derecho privado el principio general es diverso. Se permite hacer todo lo que no está directa o indirectamente prohibido por la ley. La libertad de los particulares para actuar en la vida jurídica es la norma común.

El principio de la autonomía de la voluntad, que establecen en especial los artículos 12 y 1545 del Código Civil, da a los parti-

culares, como regla general, la facultad de ejercer o renunciar los derechos que les confieren las leyes y de estipular los derechos y obligaciones que estimen convenientes.

Al estudiar los principios que informan nuestro derecho privado, analizamos las diversas restricciones que tiene el principio de la autonomía de la voluntad.

43. La autoridad de la ley se basa fundamentalmente en la presunción de conocimiento de la ley.

El artículo 7º del Código Civil dispone que desde la fecha de su publicación la ley se entenderá conocida de todos y será obligatoria. Por su parte el artículo 8º establece que: “Nadie podrá alegar ignorancia de la ley después que ésta haya entrado en vigencia”.

La presunción del conocimiento de la ley no se ajusta a la realidad, porque es indudable que hay innumerables leyes que los particulares desconocen y que aun pueden no ser del conocimiento de los entendidos en la materia. El fárrago de leyes que se dictan constantemente hace muy difícil saber cuál es, en realidad, el precepto vigente. Basta pensar en las leyes tributarias que se modifican y alteran continuamente. Por otra parte el abuso de la derogación tácita, en que preceptos nuevos van superponiéndose a unos que, a su vez, se han superpuesto a otros, hace imposible, si no es a través de un trabajo largo y tedioso, y no siempre seguro, el saber, en una materia dada, cuál es la legislación vigente. Basta considerar al respecto la labor de técnicos especializados que, a través de un ardua y larga tarea, y debiendo asumir a veces decisiones de legislador, han tratado de fijar el texto actual del Estatuto Administrativo o de la Ordenanza General de Construcciones.

Esta situación era aún más inconsulta cuando se pretendió que el inciso final del artículo 706 del Código Civil tenía una aplicación general. Dicha disposición establece: “Pero el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario”. Este precepto se refiere a materia exclusivamente posesoria, como lo demuestra la disposición siguiente que, con una redacción distinta, sí que es de aplicación general.

Pretender que el error de derecho constituyera siempre una presunción de mala fe sería una monstruosidad inaceptable.

La ficción de conocimiento de la ley tiene el alcance lógico de su obligatoriedad; de otro modo el concepto de ley no tendría sentido.

En realidad bajo la denominación de “presunción del conocimiento de la ley” se engloban principios de distinto alcance. Uno

de ellos es la obligatoriedad de la ley, es decir, la ficción de que el conocimiento de la ley hace inexcusable su incumplimiento. Pero otro problema muy distinto es la influencia que sobre los actos jurídicos pueda ejercer el error de derecho. La ignorancia del derecho no puede servir de pretexto para eludir su observancia, pero puede tener una influencia indirecta, positiva o negativa, cuando sea alegada como presupuesto de aquellos hechos de que la ley hace derivar consecuencias jurídicas.⁷

Por lo tanto, el conocimiento presunto de la ley hace inexcusable su incumplimiento, pero es distinta la situación si no enfrentamos el error de derecho. Hay legislaciones, como el Código Civil español, que no señalan una diferenciación de tratamiento entre el error de hecho y el error de derecho, ya que ambos pueden constituir vicios del consentimiento. El actual Código Civil italiano establece en el N° 4° del art. 1429 que hay error esencial “cuando tratándose de error de derecho, él ha sido la razón única o principal del contrato”. El Código Civil chileno se atiene más a esta materia a la teoría clásica y dispone en su artículo 1452 que “el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento”. Pero si en materia de consentimiento nuestro ordenamiento establece que el error de derecho no constituye un vicio, existen innumerables otras materias en que la sanción no es precisamente una presunción de mala fe.

Hay numerosos casos en que el error de derecho es excusable, partiendo de la base de la buena fe en sentido subjetivo. Así encontramos el matrimonio putativo (art. 122 C. C.); los errores de buena fe en los casos de adjunción, especificación, mezcla, edificación o plantación (arts. 658, 662, 663, 668 y 669 del C. C.); el error en cuanto al tradente en la tradición (art. 675 C. C.); el pago de buena fe al actual poseedor del crédito (art. 1576 inc. final C. C.); la consignación ante la incertidumbre del acreedor (art. 1599 C. C.); el error en cuanto a la identidad de los contratantes en el depósito (art. 2216 C. C.); repetición del pago efectuado por error de derecho (art. 2297 C. C.), etc. Existen incluso otras situaciones diversas, como la del arrendador que se ha puesto en la imposibilidad de entregar la cosa y que deberá indemnizar aunque haya creído, erróneamente y de buena fe, que podía arrendarla (art. 1925 C. C.).

En resumen, la ficción de conocimiento de la ley tiene distintos alcances. La presunción implica el que la ignorancia jurídica

de una persona no puede ser obstáculo para el cumplimiento de la ley; pero no señala las consecuencias del conocimiento o desconocimiento de las leyes. Ciertos funcionarios deben necesariamente saber el derecho; su ignorancia es inexcusable y está sancionada. El juez, el funcionario Contralor, no podrían alegar ignorancia de la ley.

Precisamente en este postulado se basa el hecho de que la ley no necesite ser probada. Es la obligación de su conocimiento por quien debe aplicarla, lo que elimina a los particulares de la obligación de determinar el texto o los textos vigentes.

Respecto a los particulares el desconocimiento de la ley no excusa su cumplimiento, pero, en cambio, pueden estar protegidos si han obrado equivocadamente y de buena fe por desconocer el derecho. Cada institución puede tener al respecto una solución particular y se producirá, como lo dice actualmente el artículo 6° del Código Civil español, en su parte final, que: “el error de derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen”.

Ya en sentencias antiguas nuestra Corte Suprema había establecido, en materia aduanera, que no procedía comiso cuando no había existido fraude, aunque se hubiera procedido con error de derecho.⁸

En materias civiles han existido fallos que exigen el conocimiento real de la ley. “Así el precepto del art. 8° del Código Civil se refiere a que la ley debe considerarse como generalmente obligatoria en el territorio de la República después que haya entrado en vigencia, pues este conocimiento presunto y la obligación correlativa de respetar y cumplir la ley no puede comprender el cabal discernimiento acerca de la trascendencia jurídica de los contratos que celebran en la vida civil, con violación de sus mandatos, individuos ignorantes de la ciencia del derecho”.⁹

Esta pugna entre el conocimiento presunto de la ley y la realidad de hecho en que no corresponde a ninguna certeza efectiva había sido ya claramente manifestada por nuestra Corte de Chillán en 1938, al expresar: “El principio de que la ignorancia de la ley no es excusa no puede considerarse en ciertos casos en forma absoluta como quiera que está basado en la ficción del conocimiento legal”.¹⁰

⁸ G. 1911, t. II, N° 1170, p. 741; R. D. J., t. 9, s. 1, p. 340.

⁹ R. D. J., t. 38, s. 1 p. 414; t. 39, s. 2, p. 27; t. 41, s. 1, p. 514.

¹⁰ C. Chillán, G. 1938, I^o sem., N° 96, p. 418.

⁷ JOSE LUIS DE LOS MOZOS, *Derecho Civil Español*. Salamanca, 1977. Vol. I, p. 675. JOAQUIN COSTA, *La ignorancia del derecho*. Europa-América, 1957.

Conviene hacer presente aquí que el Código Civil exige para ciertos efectos que la parte esté “a sabiendas” o “debiendo saber” determinada situación. Este conocimiento efectivo puede ser tanto de hecho como de derecho. Así, el art. 1468 dispone que “no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”; nuestra jurisprudencia ha establecido que la expresión se refiere al conocimiento real y efectivo de la ilicitud y no basta el conocimiento presunto que se supone de la ley.¹¹

Igual criterio se ha adoptado frente a lo dispuesto por el art. 1683 que impide solicitar la nulidad absoluta al que ejecutó el acto o celebró el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Se ha estimado que este conocimiento debe ser efectivo y que no obstante la expresión “debiendo” no comprende el conocimiento presunto de la ley.¹²

Nuestra legislación está evolucionando en esta materia hacia una actitud más acorde con la realidad. Así, por ejemplo, el Código Tributario señala en el párrafo 3º del Título II del Libro II ciertas disposiciones comunes a las sanciones que pueden aplicarse. Ahora bien, el artículo 107 dice expresamente: “Las sanciones que el Servicio imponga se aplicarán dentro de los márgenes que corresponda, tomando en consideración: ...3º El grado de cultura del infractor. 4º El conocimiento que hubiere o pudiere haber tenido de la obligación legal infringida”.

Como vemos, nos separamos ya bastante de una presunción irreal y absoluta del conocimiento de la ley.

Sanción de la ley

44. Hemos dicho que la ley es una regla obligatoria y sancionada por la fuerza.

La sanción es la negación o menor protección o reconocimiento jurídico a los actos disconformes con los preceptos de la ley. Igualmente la responsabilidad que se deriva de realizar una conducta ilícita.

Para estudiar la autoridad de la ley en derecho privado, es decir, su fuerza obligatoria, debemos analizar la forma en que es sancionada.

Para este efecto debemos distinguir entre las leyes prohibitivas, las imperativas y las permisivas.

– Leyes prohibitivas

45. Las leyes prohibitivas contienen el mandato de *no* hacer algo y no lo permiten en ninguna circunstancia.

En realidad ley prohibitiva y acto prohibido por la ley son una misma cosa.

Respecto a las leyes prohibitivas hay que recalcar dos aspectos. En primer término, que para que una disposición sea prohibitiva el acto no debe poder realizarse bajo ningún aspecto ni en ninguna circunstancia. Si la ley autoriza o permite realizar el acto en determinadas condiciones no es prohibitiva sino imperativa. En segundo lugar, no es necesario que la ley emplee la expresión “se prohíbe”; será siempre prohibitiva si no permite realizar el acto aun cuando utilice cualquiera otra expresión.

De acuerdo con lo anterior, son prohibitivas la disposición del art. 1796 del Código Civil, que declara “...nulo el contrato de compraventa entre cónyuges no divorciados perpetuamente, y entre el padre o madre y el hijo de familia”, y la del art. 402 el Código Civil que prohíbe al guardador la donación de bienes raíces del pupilo, aun con previo decreto del juez. Los actos contemplados en estas disposiciones no pueden realizarse en forma alguna.

En cambio no es prohibitiva la disposición del art. 1797 del Código Civil, pues los administradores de establecimientos públicos pueden efectuar las ventas contempladas en él con autorización de la autoridad competente.

Respecto a las distintas expresiones de que el Código se vale para establecer la prohibición, podemos señalar: es prohibida (art. 402), no vale (art. 1465), no valdrá (art. 1892), es nulo (arts. 1462 y 1796), se tendrá por no escrita (art. 1892), no dejarán de serlo (art. 1469), pero sólo después de (art. 2494), es indelegable (art. 1004), etc.

46. El art. 10 del Código Civil dispone que “los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención”.

De acuerdo con este precepto tenemos entonces que por regla general la sanción por infracción de una ley prohibitiva es la nulidad.

La disposición del art. 10 la reitera el art. 1466 del Código Civil que dice que hay objeto ilícito en todo contrato prohibido

¹¹ R. D. J., t. 38, s. 1, p. 414.

¹² R. D. J., t. 43, s. 51 p. 339.

por las leyes. La sanción del objeto ilícito es, de acuerdo con el art. 1682 del Código Civil, la nulidad absoluta.

Sin embargo, el mismo art. 10 nos señala que la sanción de nulidad absoluta tiene salvedades y ello sucede cuando la propia disposición prohibitiva señala otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención.

Ejemplos de tales disposiciones que señalan una sanción distinta de la nulidad los encontramos en el art. 407 del Código Civil, referente al arriendo por el guardador de los predios rústicos del pupilo; en los arts. 745 y 769 del Código Civil, referente a los usufructos y fideicomisos sucesivos; en el art. 2206, referente a los intereses en el mutuo, etc.

– *Leyes imperativas*

47. Las leyes imperativas son las que imponen la obligación de hacer algo o el cumplimiento de un requisito.

Así son disposiciones imperativas, porque ordenan hacer algo, la del art. 1826 del Código Civil, que establece que el vendedor es obligado a entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato, o en la época prefijada en él, y la del art. 378 que obliga al guardador a inventariar los bienes del pupilo, y son imperativas porque imponen el cumplimiento de un requisito, la disposición del art. 1011 del Código Civil que establece que el testamento solemne es siempre escrito y la del inc. 2º del art. 1801 que exige el otorgamiento de una escritura pública para la venta de bienes raíces, servidumbres y censos, y de una sucesión hereditaria.

48. La sanción de las leyes imperativas no es siempre la misma.

Para determinar su sanción debemos distinguir si dichas disposiciones son de interés público o general o si son simplemente de interés particular o privado.

Por lo general se considera que son disposiciones imperativas de orden social o general las que dicen relación con el orden público y las buenas costumbres.

49. El concepto de orden público es extremadamente difícil de precisar.

En general puede decirse que está constituido por el conjunto de reglas esenciales para el mantenimiento de la sociedad.

Junto a esta definición, inevitablemente vaga, podemos señalar el criterio de algunos autores que consideran de orden públi-

co todo lo que en las leyes interesa más directamente a la sociedad que a los particulares, o la opinión de Planiol que estima que una ley de derecho privado es de orden público si está inspirada en una consideración de interés general, que se encontraría comprometida si los particulares pudieran impedir libremente su aplicación.

Dentro de este concepto tendremos algunas que dicen relación con el orden público, en primer término, *las leyes de derecho público*. El art. 1462 del Código Civil nos dice que hay objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público chileno. Serán también de orden público las disposiciones de derecho privado que no pueden renunciarse por los particulares de acuerdo al art. 12 del Código Civil, porque no miran a su solo interés individual o está prohibida su renuncia. Igualmente las que no pueden ser alteradas por los particulares, como los derechos y obligaciones entre los cónyuges de acuerdo al art. 1717 del Código Civil. Por último serán también de orden público las normas que no pueden ser excluidas por voluntad de las partes. Así tenemos el art. 1469 del Código Civil que niega valor a las cláusulas en que se renuncie a la acción de nulidad y el art. 1892 del Código Civil que declara que no valdrá estipulación en que se diga que no podrá intentarse la acción rescisoria por lesión enorme, o el art. 2494 del C. C. que prohíbe renunciar anticipadamente a la prescripción.

Otros autores, para determinar el carácter de orden público de las leyes, atienden a la naturaleza del vínculo que las liga al interés de la sociedad. Desde este punto de vista son de orden público las leyes relacionadas con la organización política. Lo son también las leyes relacionadas con la organización económica en cuanto tienden a la protección de derechos de terceros y de ciertos contratantes que la ley estima se encuentran en inferioridad de condiciones, e igualmente en cuanto organizan la propiedad raíz y el crédito territorial. Son también de orden público las leyes relacionadas con la organización social en cuanto organizan la familia y regulan el estado y capacidad de las personas. Por último son de orden público ciertas leyes relacionadas con la organización moral como las que prohíben los juegos de azar (art. 1466 del C. C.), fijan los impedimentos dirimentes para el matrimonio (art. 5º de la Ley de Matrimonio Civil), o restringen la procedencia de la investigación de la paternidad (arts. 272 y 288 del Código Civil).

Se ha expresado también que son de orden público las normas destinadas a cumplir con los fines esenciales del Estado, que están establecidas en el interés general y no dicen relación inmediata y directa con los derechos subjetivos de los particulares. Su

contravención existe por el solo hecho de lesionar el orden jurídico objetivo, aunque de esa infracción no resulte lesión de derechos subjetivos.¹³

50. Las buenas costumbres corresponden a las normas morales conforme a las cuales se procede en forma concreta por la generalidad de las personas de una sociedad en una época determinada.

El Código Civil se refiere a las buenas costumbres en numerosas disposiciones. Así tenemos los arts. 58, 1461, 1475 y 1717.

El art. 1467 en su inciso final al decirnos que tiene causa ilícita la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, en realidad nos está señalando un ejemplo de una causa contraria a las buenas costumbres.

51. La sanción de las leyes imperativas de interés general será la nulidad absoluta en cuanto el acto que las contravenga adolezca de objeto o causa ilícitos, o, si dichas leyes imponen un requisito, se trata de formalidades exigidas para ciertos actos y contratos en atención a la naturaleza de ellos.

La sanción, en cambio, será la nulidad relativa si dichos requisitos se exigen en atención a la calidad de las personas que los ejecutan o acuerdan.

Podrá también la propia disposición señalar una sanción especial para el caso de incumplimiento (inc. 4º art. 146 C. C.).

Existen requisitos formales que sólo están establecidos por razones de publicidad o de prueba. El no respetarlos traerá como sanción en unos casos la inoponibilidad; en otros, la limitación de los medios probatorios para acreditar el acto.

Hay excepcionalmente requisitos cuya omisión no está sancionada (art. 1026 en relación con los arts. 1016, 1023 inc. 5º y 1024 inc. 2º del C. C.).

La sanción de las leyes imperativas de interés particular será, en caso de infracción, la responsabilidad como norma general.

La responsabilidad por la infracción de la norma imperativa que obliga al cumplimiento de las obligaciones contractuales está tratada en forma genérica en el Título XII del Libro IV del Código Civil relativo al efecto de las obligaciones.

A más de la responsabilidad, el incumplimiento de estas obligaciones puede significar la sanción adicional de dejar sin efecto el contrato a través de su resolución o terminación.

Sin embargo, una disposición especial de la ley puede establecer una sanción diferente, como lo deja a salvo el inciso final del art. 1547 del C. C. (p. ej., art. 378 del C. C.).

La responsabilidad no sólo está establecida en el Código Civil como una norma general de sanción sino que además en numerosas disposiciones señala en forma específica su procedencia (p. ej., arts. 1826, 1873, 1926, 1929, 1945, 2083, 2129, 2178, 2222, etc.).

La responsabilidad será también la sanción de la disposición imperativa que surge de los artículos 2284 y 2314 del Código Civil y que configuran la obligación de no inferir un daño ilícito a otro.

De ellos surge una institución fundamental del ordenamiento jurídico que denominamos la responsabilidad extracontractual.

– *Leyes permisivas*

52. Las leyes permisivas confieren un derecho que queda entregado al arbitrio del titular.

Las demás personas deben respetar este derecho y pueden, en caso necesario, ser forzadas a ello o a indemnizar los perjuicios resultantes para el titular si no lo hacen.

Por lo tanto podemos decir que la sanción de la ley permisiva consiste en darle al particular los medios para obtener el reconocimiento de su derecho o la indemnización de los perjuicios que le acarree su desconocimiento.

Los particulares pueden sí renunciar a los derechos que les confieren las leyes permisivas. El art. 12 del Código Civil dice que podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante y que no esté prohibida su renuncia.

Por lo tanto, los derechos conferidos por la ley no pueden renunciarse, en primer término, si éstos miran al interés general o afectan intereses de terceros. No pueden renunciarse tampoco si la ley expresamente prohíbe su renuncia. Ejemplos de tales prohibiciones los tenemos en los arts. 153, 334 y 1001 del Código Civil, 1469 (nulidad absoluta); 2494 (prescripción no cumplida).

En cambio la rescisión o nulidad relativa los interesados pueden renunciarla (arts. 1684 y 1693 C. C.). También el artículo 5º del Código del Trabajo dispone que los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables.

53. En esta materia es preciso distinguir entre el no ejercicio y la renuncia de un derecho.

¹³ R. D. J., t. 67, s. 4, p. 197.

El no ejercicio de un derecho consiste en una simple inacción por parte del titular, pero ella no implica por sí sola la pérdida de la facultad de ejercer posteriormente el derecho.

La renuncia del derecho es, en cambio, una manifestación expresa de que el derecho no se va a ejercitar e implica que éste no podrá ejercerse posteriormente.

EFFECTOS DE LA LEY

– Aspectos a considerar

54. La aplicación de la ley debe analizarse desde el punto de vista de en qué época se aplica, en qué territorio, a cuáles personas; esto es lo que denominamos efectos de la ley.

Si examinamos la época de aplicación de la ley estaremos estudiando los efectos de la ley en cuanto al tiempo; por otra parte, si el análisis se refiere al espacio físico de su aplicación, hablaremos de los efectos de la ley en cuanto al territorio; por último, al determinar a quiénes se aplica estaremos señalando los efectos de la ley en cuanto a las personas.

Si la concordancia de la estructuración de la ley con los procesos que determinan su formación da validez a la ley, el análisis de sus efectos nos permite precisar el ámbito de su vigencia.

EFFECTOS DE LA LEY EN CUANTO AL TIEMPO

– Promulgación y derogación

55. En la forma más simple podría decirse que la ley se aplica desde el día en que empieza a regir hasta aquel en que cesa su vigencia. Fuera de que es necesario determinar cuáles son estas fechas, es indispensable analizar otros problemas que se relacionan con la vigencia temporal de la ley.

La ley rige desde su promulgación y publicación. Ellas están reglamentadas en los arts. 6º, 7º y 8º del Código Civil y en el D.L. N° 991.

La promulgación tiene por objeto dar existencia a la ley y fijar su texto; la publicación tiende a dar a conocer la ley.

La promulgación se efectúa mediante la dictación del Decreto promulgatorio y corresponde al Presidente de la República. Además existe el registro que se efectúa en la Contraloría General de la República.

La publicación se realiza mediante la inserción de la ley en el Diario Oficial. De acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2º del art. 7º del Código Civil “para todos los efectos legales, la fecha de la ley será la de su publicación en el Diario Oficial”.

“Sin embargo, agrega el inciso 3º, en cualquiera ley podrán establecerse reglas diferentes sobre su publicación y sobre la fecha o fechas en que haya de entrar en vigencia”.

La ley puede señalar expresamente que entrará en vigencia en una fecha distinta a la de su publicación. Puede suceder así que la ley tenga efecto diferido y que exista un período entre su publicación y su vigencia en que no se aplica; es lo que se denomina una vacancia legal.

Podría también la ley señalar una fecha de aplicación anterior a su vigencia, a su publicación, esto es lo que se denomina retroactividad de la ley. La retroactividad es una situación excepcional; su posibilidad y limitaciones las analizaremos más adelante.

56. La vigencia de la ley dura hasta su derogación.

La derogación es la supresión de la fuerza obligatoria de una disposición legal, ya sea por su reemplazo por otra o por su simple eliminación.

La derogación de la ley corresponde al legislador. Quien tiene la facultad para dictar las leyes tiene también la facultad de dejarlas sin efecto, no así los otros poderes del Estado.¹⁴

Los particulares no tienen facultad para derogar las leyes. Incluso la no aplicación de una ley por todo el cuerpo social y durante un largo tiempo, el desuso de la ley, no implican su derogación.

La única facultad de los particulares es renunciar a los derechos que las leyes les confieren y siempre que este derecho mire sólo a su interés individual y que no esté prohibida su renuncia.

Aunque la ley es por lo normal permanente, el legislador puede dictar leyes temporales, por un tiempo determinado. En tal caso la época de cesación de eficacia de la ley (su derogación) está predeterminada en la propia ley; su vigencia será la que se ha determinado en la ley misma y no será necesario, para que ella cese, un acto derogatorio especial.

¹⁴ R. D. J., t. 80, s. 5, p. 165.

57. De acuerdo con el art. 52 del Código Civil la derogación de las leyes puede ser expresa o tácita.

Es expresa cuando la nueva ley dice taxativamente que deroga la antigua. Es tácita cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

Para que exista derogación expresa es necesario que la nueva ley diga que deroga tal ley, o el artículo tal de tal ley, o el inciso, frase o palabra de tal artículo de tal ley. La frase corriente en muchas leyes: “Quedan derogadas todas las disposiciones contrarias a la presente ley” no constituye una derogación expresa, sino solamente la innecesaria consignación por escrito de la derogación tácita. Para que exista derogación expresa es necesario que la ley o precepto derogado se individualice e indique.

58. La derogación tácita consiste en la incompatibilidad del precepto nuevo con el precepto antiguo.¹⁵

Esta incompatibilidad debe ser absoluta. En efecto, el artículo 53 del Código Civil dice que la derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque verse sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley. Lo anterior determina la dificultad de establecer a veces si ha existido derogación tácita, porque para ello debe existir incompatibilidad entre preceptos cuyos presupuestos coinciden, es decir, es necesario determinar si existe contradicción entre ellos y no una simple discrepancia.

El problema es más agudo si consideramos el abuso en nuestra actividad legislativa de la derogación tácita. La intensa evolución política, económica y social introduce nuevas reformas o estatutos legales o reglamentarios que se superponen a la legislación existente que no es reemplazada francamente por medio de la derogación expresa, sino por la vía de la derogación tácita.

Por otra parte, la primacía de la norma legal especial sobre la general, que establecen los arts. 4º y 13 del Código Civil en concordancia con lo dispuesto en el art. 53 respecto a la derogación tácita, implica que la ley general posterior no deroga tácitamente la ley especial que verse sobre la misma materia. Las disposiciones especiales o excepcionales deben ser derogadas expresamente por la ley general posterior.¹⁶

¹⁵ R. D. J., t. 80, s. 5, p. 57, cons. 11º.

¹⁶ R. D. J., t. 78, s. 3, p. 35.; t. 81, s. 2, p. 27.

59. La doctrina considera también la derogación orgánica de las leyes. Ella se produce cuando una nueva ley disciplina toda la materia regulada por una o varias leyes precedentes, aunque no haya incompatibilidad entre las disposiciones de éstas y las de la nueva ley.

Si, en tal caso, no hay derogación expresa ni tácita de ciertas disposiciones antiguas, resulta absurdo que éstas continúen vigentes bajo la nueva legislación. Puede que el legislador se inspire en principios distintos al dictar el nuevo ordenamiento legal, que cree un sistema totalmente diferente; las disposiciones antiguas que quedarían vigentes podrían ser totalmente heterogéneas a la nueva ley.¹⁷

En el Derecho italiano el art. 15 de las Disposiciones sobre las leyes en general que preceden al Código Civil, después de señalar las derogaciones expresa y tácita, se refiere a la orgánica que se produce “porque la nueva ley regula toda la materia ya regulada por una ley anterior”.

Nuestra Corte Suprema ha aceptado la derogación orgánica en ciertas ocasiones. En una sentencia dictaminó que la ley de municipalidades de 1891 había derogado totalmente la de 1887, respecto de la cual no existía derogación expresa. En otra sentencia resolvió que el Decreto-Ley Nº 790, sobre nombramiento y remoción de los empleados municipales, había derogado el Decreto-Ley Nº 498, pues se trataba de un nuevo cuerpo de leyes, de carácter general como el anterior, dictado sobre la misma materia, reglamentada también en su totalidad. Por último, en una sentencia de 4 de octubre de 1938, en que analiza la derogación de las leyes, acepta la existencia de la derogación orgánica, que considera una forma de la derogación tácita, que se va diversificando con el progreso de las instituciones, pero exige que la nueva ley reglamente toda la materia de que se ocupaba la ley anterior.

60. Conviene recalcar que una vez derogado el precepto legal, no revive posteriormente sino por un acto de legislación.

Si la ley derogatoria es a su vez derogada, el precepto primitivo derogado por la ley derogatoria no revive.

Para que en este caso recobrara vigencia el precepto primitivo se necesitaría que la ley que deroga la ley derogatoria lo dijera expresamente, pero ello implicaría que se ha dictado una nueva ley sobre la materia.

¹⁷ R. D. J., t. 80, s. 2, p. 102.

61. Pero existen causas que una ley puede contener en sí misma y que determinen el término de su vigencia; son las que se denominan causas intrínsecas de cesación de eficacia de la ley. Ellas son distintas de la derogación, que es una causa extrínseca de tal cesación.

Nos hemos referido anteriormente a las leyes temporales; ellas dejan de tener eficacia cuando se cumple el plazo de duración de su vigencia que contemplaba la propia ley.

Entre las causas tenemos también la realización del fin que se proponía la ley. Así, una ley que autoriza una expropiación por causa de utilidad pública, una vez realizada la expropiación pierde su vigencia, pues ya se realizó el fin para el cual fue dictada.

No sólo el plazo sino también la condición puede ser causa intrínseca de cesación de eficacia de la ley. Su vigencia puede ser limitada a la existencia de cierta condición. Se señala el ejemplo de una ley dictada para un estado de guerra que durará sólo hasta el término de ella.

Por último, se ha señalado también dentro de estas causas el desaparecimiento de la institución jurídica que servía de base a determinadas leyes. Así, si se elimina el régimen de sociedad conyugal, todos los preceptos que la reglamentan o se basan en ella perderán su eficacia.

– *Retroactividad de la ley*

62. Lo normal es que la ley rige desde su promulgación y, por lo tanto, que sólo afecte a los actos o situaciones que acaezcan o se realicen con posterioridad a su publicación. Si excepcionalmente afecta a actos acaecidos con anterioridad, decimos que la ley está actuando con efecto retroactivo.

El artículo 9º del Código Civil en su inciso 1º expresa: “La ley puede sólo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo”. Este precepto no se aplica solamente a las leyes civiles sino a la legislación toda. Por lo tanto, es un principio general de nuestro derecho la irretroactividad de la ley.

Pero la disposición citada es un simple precepto legal y no constitucional. Por lo tanto no alcanza a obligar al legislador mismo. Si el legislador puede derogar una ley puede dictar también leyes retroactivas.¹⁸

Como una ley de tal naturaleza contraría el principio general y afecta la seguridad jurídica, constituye un acto excepcional cuyo carácter, en consecuencia, no puede ser inferido, sino que tiene que estar expresamente manifestado en el texto legal. La retroactividad, en consecuencia, debe ser expresa. Además su carácter de excepción impone para tales preceptos una interpretación y aplicación restrictivas; son, usando una expresión consagrada, de derecho estricto.

Si el legislador puede dictar leyes retroactivas porque la disposición del Código Civil no lo obliga, tiene no obstante limitaciones al efecto de carácter constitucional.

Estas limitaciones existen tanto en materia penal como en materia civil.

En materia penal el N° 3º del artículo 19 de la Constitución señala que nadie puede ser juzgado sino por un Tribunal establecido con anterioridad y que “ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos, que una nueva ley favorezca al afectado”.

Es decir, en materia penal, la ley no puede ser retroactiva por disposición constitucional cuando es desfavorable al inculpado. En cambio, la ley favorable es siempre retroactiva y, de acuerdo a lo establecido en el art. 18 del Código Penal, no sólo beneficia al reo en proceso, sino también al condenado.

Las limitaciones a la retroactividad en materia civil nacen del respeto que debe el legislador a las garantías que establece la Constitución y en especial la garantía del derecho de propiedad contenida en el N° 24 del artículo 19 de la Constitución. Al establecer dicha disposición que, salvo el caso de utilidad pública, nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae, o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, se consigna, como lo dicen varias sentencias, en forma indirecta la irretroactividad de la ley civil.

Debemos apreciar además que esta protección no sólo se refiere al dominio de cosas corporales, porque, como ya lo anticipaba el Código Civil, el precepto citado establece que el derecho de propiedad se ejerce sobre toda clase de bienes, corporales e incorporeales; por lo tanto, la garantía se extiende a todos los derechos.

Fuera de estas limitaciones constitucionales el legislador puede dictar leyes retroactivas. El principio de la irretroactividad de las leyes y el carácter excepcional de la retroactividad se imponen en cambio al juez, quien debe darles obligadamente primacía en la interpretación y aplicación de la ley.

¹⁸ R. D. J., t. 81, s. 2, p. 150. Cons. 10.

– *Leyes interpretativas*

63. Merecen un análisis especial las leyes interpretativas. Leyes interpretativas son aquellas que aclaran el sentido de otras leyes.

El concepto de ley interpretativa se opone al de ley modificatoria. La ley modificatoria deroga y reemplaza la ley modificada. La ley interpretativa no; ella y la ley interpretada constituyen dos leyes coexistentes en torno al mismo objeto.

El carácter interpretativo de una ley debe nacer de su propia naturaleza. No será necesario que establezca expresamente su carácter interpretativo si él resulta de su propio contenido. Por el contrario, una declaración expresa de su carácter interpretativo no le dará tal naturaleza si en realidad se trata de una ley modificatoria.

El inciso 2º del artículo 9º del Código Civil dispone que “...las leyes que se limiten a declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en éstas; pero no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio”. Lo anterior implica que la ley interpretativa es siempre y necesariamente retroactiva, ya que se entiende incorporada a la ley anterior interpretada.

El carácter retroactivo de las leyes interpretativas tiene dos órdenes de limitaciones. En primer término tendrá las limitaciones generales de carácter constitucional que hemos señalado al referirnos a las leyes retroactivas. En segundo lugar tiene la limitación que señala el artículo 9º del Código Civil, y es la de que ellas no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias ejecutoriadas en el tiempo intermedio.

De ello resulta que si el juez ha interpretado algún precepto legal en un sentido determinado en una sentencia que se encuentra ejecutoriada, dicha interpretación se mantiene no obstante que el legislador interprete posteriormente el precepto de una manera diversa.

Aunque la interpretación del legislador tiene una obligatoriedad general, ella no llega a alterar la interpretación judicial ya realizada. Esta disposición señala que, en el caso particular sometido a su decisión, el juez es la autoridad definitiva para fijar el derecho.

– *Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes*

64. No obstante que una ley no tenga carácter retroactivo es indudable que, posiblemente al crear nuevos estatutos jurídicos y

necesariamente al modificar la legislación, va a entrar a regir una situación que estaba ya regulada por un régimen legal anterior.

La nueva ley se encuentra con situaciones constituidas, con derechos adquiridos, con expectativas desarrolladas en un sistema legal que se deroga y que ella pasa a regular en forma distinta; de ello surgen conflictos que es necesario solucionar.

La realidad vital no nace y muere con una legislación. Nacida bajo un estatuto legal continúa existiendo aunque este estatuto sea modificado o reemplazado; debe, en consecuencia, estudiarse su situación frente al nuevo régimen legal y resolver los problemas a que da lugar el cambio de legislación.

La primera solución la constituyen las disposiciones transitorias de las leyes. Son disposiciones que, por lo general, están destinadas precisamente a solucionar dichos problemas.¹⁹

Cuando no existen disposiciones transitorias que resuelvan los problemas derivados del cambio de legislación, se debe recurrir entre nosotros a la ley de 7 de octubre de 1861, denominada Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes.

Esta denominación es engañosa. Cuando una ley es retroactiva debe aplicarse como tal y no existe un conflicto que resolver. El problema se produce precisamente cuando cambia la legislación y la nueva ley no es o no puede ser retroactiva. Es necesario determinar aquí hasta dónde llega el ámbito de la ley antigua y hasta qué punto las situaciones que ella regulaba deben adaptarse y desaparecer o ser modificadas por la nueva legislación.

La ley está basada principalmente en la teoría de los derechos adquiridos y de las meras expectativas.

Esta teoría considera que la ley no puede vulnerar derechos adquiridos en virtud de la ley anterior y sólo puede afectar a las meras facultades legales o a las simples expectativas.

Por derecho adquirido se entiende el derecho que por un hecho o acto del hombre o por ministerio de la ley se ha incorporado al patrimonio, o bien, la facultad legalmente ejercida. Una mera expectativa es el derecho no incorporado al patrimonio o la facultad no ejercida legalmente.²⁰

65. La Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes establece en su artículo 1º que su fin es decidir los conflictos que resultaren de la aplicación de leyes dictadas en diversas épocas. Se inspira,

¹⁹ R. D. J., t. 82, s. 1, p. 43.

²⁰ R. D. J., t. 77, s. 3, p. 17; t. 81, s. 2, p. 68.

en general, en la teoría de los derechos adquiridos y de las meras expectativas; su artículo 7º dice expresamente: “Las meras expectativas no forman derecho”.

Trataremos de agrupar las diversas materias a que ella se refiere en ciertas categorías principales.

a) *Estado civil*. Se refieren a él los arts. 2º a 7º de la ley.

El estado civil es la calidad permanente que ocupa un individuo en la sociedad y que depende principalmente de sus relaciones de familia.

El estado civil adquirido conforme a la ley vigente a la fecha de su constitución subsiste aunque ésta pierda después su fuerza.

Las leyes que establezcan para la adquisición del estado civil condiciones diferentes de las que antes existían se aplican desde que comienzan a regir.

Los derechos y obligaciones anexos al estado civil se subordinan a la ley posterior, sin perjuicio del pleno efecto de los actos ejecutados válidamente bajo el imperio de la ley anterior.

Las reglas que el art. 3º prescribe para el estado civil se aplican a la existencia y derechos de las personas jurídicas, conforme al art. 10º de la ley.

b) *Capacidad*. Se refieren a ella los arts. 7º inc. 2º y 8º de la ley.

La capacidad es la aptitud legal de una persona para la adquisición de los derechos civiles (capacidad de goce) o para el ejercicio de los mismos (capacidad de ejercicio).

Respecto a la capacidad de goce generalmente se acepta que ella es una mera expectativa y queda sujeta a la nueva legislación. Se cita al efecto el inc. 2º del art. 7º de la ley.

El art. 8º, en cambio, dispone que la capacidad de ejercicio, vigente en el momento de obtenerla, no se pierde aunque la nueva ley exija otras condiciones para ella.

El ejercicio y continuación de la capacidad se rigen por la ley posterior. Se argumenta que al subordinar la continuación de la capacidad a la ley posterior se está contraviniendo el principio sustentado en la misma disposición.

Una norma análoga señala para los guardadores el art. 9º que constituidos bajo una ley continúan ejerciendo sus cargos bajo una ley posterior, pero que quedan sometidos a esta última en cuanto a sus funciones, remuneración, incapacidad o excusas.

c) *Derechos reales*. Los contemplan los arts. 12, 15, 16 y 17 de la ley.

El derecho real adquirido bajo el imperio de una ley y en conformidad a ella subsiste bajo la ley posterior.

Sus goces, cargas y extensión se rigen por la nueva ley. Se hace el mismo argumento señalado en cuanto a que si la nueva ley rige

la extensión del derecho, se atenta en realidad al derecho adquirido, que puede ser totalmente suprimido por la nueva legislación.

d) *Posesión*. Se refiere a ella el art. 13 de la ley.

La ley posterior rige tanto la retención como la pérdida o recuperación de la posesión. En realidad la posesión queda totalmente entregada a la nueva ley. Es lógico, ya que la posesión no constituye un derecho.

e) *Derechos condicionales*. Art. 14 de la ley.

El plazo para que se considere fallida una condición bajo la cual se ha definido un derecho es el de la ley antigua, a menos que excediere el establecido en la ley nueva a contar desde su vigencia.

f) *Sucesiones*. Arts. 19, 20 y 21 de la ley.

Las solemnidades o requisitos externos de los testamentos se rigen por la ley vigente a la época de su otorgamiento.

Las disposiciones testamentarias y, por lo tanto, las reglas que fijan la incapacidad o indignidad de los herederos o asignatarios, las legítimas, mejoras, porción conyugal y desheredaciones, se rigen por la nueva ley.

Nada dice la ley respecto de los requisitos internos del testamento, como la capacidad y libre voluntad del testador. Algunos autores estiman que ellos deben regirse por la ley vigente a la apertura de la sucesión; otros, a la ley vigente al otorgarse el testamento; otros, en fin, que deben conformarse tanto a la ley vigente al otorgarse el testamento como a la apertura de la sucesión. La opinión hoy día más aceptada es que ellos se rigen por la ley vigente al tiempo de otorgarse el testamento.

En las sucesiones forzosas o intestadas el derecho de representación de los llamados a ellas se rige por la ley bajo la cual se hubiere verificado su apertura.

La adjudicación o partición de una herencia o legado se rige por la ley vigente al tiempo de su delación.

Debe hacerse presente que de acuerdo a los arts. 955 y 956 del Código Civil la sucesión de una persona se abre en el momento de su muerte y que en ese momento se defieren también las herencias o legados.

g) *Contratos*. Arts. 22 y 23 de la ley.

El art. 22 de la ley de efecto retroactivo establece el principio fundamental de que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

Por lo tanto, es la ley antigua la que rige tanto los requisitos externos como los requisitos internos de los actos y contratos y aún más los efectos de dichos actos en el futuro.

Este principio, de enorme importancia en la vida del derecho, y que es de aplicación prácticamente universal, plantea en reali-

dad no un problema de retroactividad de la ley, sino un problema de supervivencia de la ley.

El art. 22 habla sólo de los contratos; en cambio el art. 23 habla de los actos y contratos. La omisión de la palabra actos en el art. 22 se debe a un error en la tramitación de la ley, pero, en todo caso, la disposición debe entenderse que se aplica a todos los actos jurídicos y no sólo a los contratos.

El mismo art. 22 señala dos excepciones a la regla que considera incorporadas al acto las leyes vigentes al tiempo de su celebración. La primera consiste en las leyes concernientes a reclamar en juicio los derechos que resultaren de ellos; y la segunda a las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado.

De acuerdo con el art. 23 los actos o contratos podrán probarse con los medios de prueba que establecía la ley vigente al celebrarlos, pero que la forma de rendir la prueba se regulará por la ley vigente al tiempo de rendirla.

h) *Procedimiento judicial*. Arts. 22 N^o 1^o y 24 de la ley.

Las leyes procesales rigen *in actum*. No obstante esta disposición general, los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias ya iniciadas se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.²¹

i) *Prescripción*. Arts. 25 y 26 de la ley.

Existen la prescripción adquisitiva y la prescripción extintiva.

La prescripción adquisitiva es un modo de adquirir las cosas ajenas por haberlas poseído durante cierto lapso de tiempo y con los demás requisitos legales.

La prescripción extintiva es un modo de extinguir las acciones y derechos ajenos, por no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto espacio de tiempo y con los demás requisitos legales.

El art. 25 de la ley da al prescribiente, ya sea en la prescripción adquisitiva o extintiva, la opción de escoger entre el plazo de la ley antigua o el de la ley nueva, pero si escoge el de la ley nueva no se comienza a contar el plazo sino desde que ésta haya empezado a regir.

El art. 26 dispone que si una ley declara algo imprescriptible no puede adquirirse por prescripción adquisitiva bajo su vigencia, sin importar para ello cuánto tiempo de posesión llevara antes el prescribiente.²²

²¹ R. D. J., t. 79, s. 4, p. 165.

²² R. D. J., t. 68, s. 1, p. 290.

66. Ya hemos señalado que el artículo 22 de la Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes establece una situación de supervivencia de la ley. Esta, no obstante haber sido derogada, puede continuar rigiendo determinadas situaciones jurídicas.

El inciso 1^o del artículo 22 de la ley, con las excepciones que él mismo señala, dispone: “En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”. Ya hemos analizado el problema de si esta disposición se refiere exclusivamente a los contratos o se aplica a todos los actos jurídicos.

Respecto a los contratos debe anticiparse que el artículo 1546 del Código Civil dispone que “...obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”. Al fijar este precepto el contenido de los contratos incluye en él, además de las estipulaciones de las partes, las cosas que le han sido asignadas por la ley. Esta disposición se ha entendido corrientemente que se refiere sólo a los contratos nominados en cuanto ellos contienen una reglamentación supletoria de la voluntad de las partes y que establece la ley.

Ahora bien, el artículo 22 de la Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes no hace distinciones; dispone que se incorpora al contenido de todos los contratos, nominados o innominados, la ley vigente al tiempo de su celebración.

De esta manera la ley normativa pasa a formar parte de lo que se ha llamado “la ley del contrato” de acuerdo con los términos del artículo 1545 del Código Civil. Podrá derogarse el precepto legal, pero éste, sin embargo, continuará subsistiendo como norma del contrato celebrado durante su vigencia.²³

Esta subsistencia temporal no es de carácter general, pero afecta sí a las partes ligadas por el vínculo contractual. Se impone también al juez, quien, al interpretar o aplicar el contrato, deberá considerar la normativa legal, actualmente derogada, pero vigente al tiempo de su celebración.

Efectos de la ley en cuanto a las personas

67. El artículo 14 del Código Civil dispone que “La ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros”.

²³ R. D. J., t. 79, s. 5, p. 176.

Es decir, toda persona que habite el territorio chileno, cualquiera que sea su nacionalidad, está sujeta a la ley chilena.

Esta disposición puede relacionarse con el domicilio político a que se refiere el artículo 60 del Código Civil, que dice que es el "...relativo al territorio del Estado en general. El que lo tiene o adquiere es o se hace miembro de la sociedad chilena, aunque conserve la calidad de extranjero". Todo el que habite en el país tiene domicilio político en Chile, de acuerdo al artículo 60, y está sometido a la ley chilena, de acuerdo al artículo 14.

Las excepciones a este principio, reconocidas por el derecho internacional y relativas a la persona de un Soberano extranjero, de los Agentes Diplomáticos y de las naves de guerra o tropas extranjeras en tránsito, están analizadas en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 24 de septiembre de 1926 (R. D. J., t. 25, s. 2ª, pág. 49).

Naturalmente el que la ley sea obligatoria para todos los habitantes no significa que en todo momento deban cumplir todos con todas las leyes. La ley será potencialmente obligatoria para todos, pero sólo obligará efectivamente a los que se encuentren en las circunstancias determinadas por la ley.

El concepto de chileno o extranjero lo establece el artículo 56 del Código Civil al decir que: "Son *chilenos* los que la Constitución del Estado declara tales. Los demás son *extranjeros*".

Pero al mismo tiempo que el Código somete a los chilenos y a los extranjeros a la ley chilena, iguala o asimila a los extranjeros en materia de derechos civiles. El artículo 57 del Código Civil dispone. "La ley no reconoce diferencias entre el chileno y el extranjero en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regla este Código".

Esta asimilación o igualdad del extranjero frente a la legislación civil tiene algunas excepciones. El propio Código Civil prohíbe a los extranjeros transeúntes pescar en el mar territorial (art. 611), ser testigos en un testamento solemne (art. 1012), ser tutores o curadores (art. 497), ser albaceas (art. 1272); la ley de Matrimonio Civil en su artículo 14 no les permite ser testigos de un matrimonio y la Ley de Registro Civil, en su artículo 16, ser testigos de una inscripción en el registro respectivo. La Ley Nº 7.492 restringió la capacidad de los extranjeros para adquirir propiedades en ciertas provincias limítrofes.

Efectos de la ley en cuanto al territorio

- Territorio

68. El territorio del Estado está delimitado por sus fronteras, pero la autoridad del Estado se extiende al mar territorial y en cierto sentido al espacio aéreo sobre el territorio.

El mar territorial es el mar adyacente a la costa de Chile hasta la distancia de 12 millas marinas medidas desde las respectivas líneas de base (art. 593 del Código Civil).

Por su parte, el artículo 22 del Decreto con Fuerza de Ley Nº 221 de 1931 declara que el Estado ejercerá plena y exclusiva soberanía sobre el espacio atmosférico existente sobre su territorio y sus aguas jurisdiccionales.

- Territorialidad de la ley

69. Se denomina territorialidad de la ley su aplicación dentro de los límites del territorio del Estado, extraterritorialidad su aplicación fuera de dichos límites.

El principio general en nuestro derecho es la territorialidad de la ley; la extraterritorialidad es excepcional.

La territorialidad de la ley está establecida en el artículo 14 e inciso 1º del artículo 16 del Código Civil. El primero dispone que la ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso extranjeros. El segundo, que los bienes situados en Chile están sujetos a las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile.

Por último, del art. 17 se desprende que la forma de los actos otorgados en el país se rige por la ley chilena. Aplicación de estos principios es el art. 975 del Código de Comercio que establece que el fletamento de naves extranjeras efectuado en puerto chileno está sujeto a las disposiciones de ese Código.

En esta materia debemos señalar los arts. 120 y 121 del Código Civil. El art. 121 citado dispone que "el matrimonio que según las leyes del país en que se contrajo pudiera disolverse en él, no podrá, sin embargo, disolverse en Chile, sino en conformidad a las leyes chilenas". El art. 120 va aún más lejos, pues establece que: "El matrimonio disuelto en territorio extranjero en conformidad a las leyes del mismo país, pero que no hubiera podido disolverse según las leyes chilenas, no habilita a ninguno de los dos cónyuges

ges para casarse en Chile, mientras viviere el otro cónyuge”. Cabe recalcar que estos preceptos se aplican a chilenos y extranjeros, de tal manera que un extranjero divorciado válidamente en su país no puede casarse en Chile mientras viva el otro cónyuge.

– *Extraterritorialidad de la ley*

A) Aplicación de la ley extranjera en Chile

70. De acuerdo con su inciso 2º el art. 16 del Código Civil da valor en Chile a las estipulaciones de los contratos otorgados válidamente en país extraño. Conforme con esta disposición la ley extranjera va a tener efecto en Chile, no sólo en cuanto ha regulado la validez del contrato otorgado en el extranjero, sino también por el principio de aplicación prácticamente universal que hemos estudiado y que se refiere a la “Ley del contrato”, es decir, al hecho de entenderse incorporadas en él las leyes vigentes en el país y época de su celebración. Pero este último efecto está en gran parte limitado por el inciso 3º del mismo art. 16 que dispone que “...los efectos de los contratos otorgados en país extraño para cumplirse en Chile, se arreglarán a las leyes chilenas”. En otros términos, aunque se reconoce validez al contrato otorgado en el extranjero, los derechos y obligaciones emanados de él están sujetos a la ley chilena.

El art. 955 inciso 2º del Código Civil establece que la sucesión se rige por la ley del domicilio en que se abre. De manera que una sucesión se regirá por la ley extranjera si se ha abierto en el extranjero. Pero dicha disposición agrega “salvas las excepciones legales”, de tal manera que los bienes situados en Chile y que forman parte del haber de la sucesión estarán sujetos a la ley chilena, y a este respecto el art. 998 del Código Civil dispone que en la sucesión de un extranjero que fallezca dentro o fuera del territorio de la República, tendrán los chilenos, a título de herencia, de porción conyugal o de alimentos, los mismos derechos que según las leyes chilenas les corresponderían sobre la sucesión intestada de un chileno.

B) Aplicación de la ley chilena en el extranjero

71. El artículo 15 del Código Civil dispone:

“A las leyes patrias que reglan las obligaciones y derechos civiles, permanecerán sujetos los chilenos, no obstante su residencia o domicilio en país extranjero.

1º En lo relativo al estado de las personas y a su capacidad para ejecutar ciertos actos, que hayan de tener efecto en Chile;

2º En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia; pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes chilenos”.

Esta disposición es doblemente excepcional. En primer término, en cuanto a las personas a quienes afecta, ya que rige exclusivamente para los chilenos y no se aplica a los extranjeros. En segundo lugar, en cuanto a las leyes a que queda sujeto el chileno en el extranjero, porque no se refiere a todas las leyes, ni siquiera a todas las leyes personales, sino sólo a las que taxativamente enumera.

Dichas leyes son, en primer lugar, las que se refieren al estado de las personas. Es decir, la constitución, derechos y obligaciones inherentes al estado civil y la terminación del mismo respecto de un chileno se regirán, en general, por la ley chilena en todo lo que vaya a tener efectos en Chile. Lo anterior tiene una excepción en cuanto a los derechos obligaciones que de él emanan, pues de acuerdo con lo dispuesto en el Nº 2º del art. 15 del Código Civil la aplicación de la ley chilena en cuanto a las obligaciones y derechos derivados del estado civil sólo regirá respecto a los cónyuges y parientes chilenos y no respecto a los cónyuges y parientes extranjeros.

La Ley de Matrimonio Civil aplica estos principios en su art. 15. En efecto, el inciso 1º de esa disposición da absoluto valor en Chile al matrimonio celebrado en país extranjero en conformidad a las leyes de dicho país, pero el inciso 2º agrega: “Sin embargo, si un chileno o chilena contrajere matrimonio en país extranjero contraviniendo a lo dispuesto en los artículos 4º, 5º, 6º y 7º de la presente ley, la contravención producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere cometido en Chile”. Es decir, frente a la ley chilena el chileno queda sujeto a los impedimentos, prohibiciones para contraer matrimonio, aunque lo contraiga en el extranjero.

El art. 15 del Código Civil se refiere en segundo término a la capacidad de las personas. La capacidad del chileno en el extranjero queda sujeta a la ley chilena, pero sólo en cuanto vaya a ejecutar un acto que haya de tener efecto en Chile. Si los efectos del acto se producen también en el extranjero el chileno no tiene por qué ceñirse a las disposiciones chilenas que regulan su capacidad. Cabe repetir aquí que los efectos del acto serán las obligaciones y derechos que crece.

Podemos preguntarnos si la disposición se refiere sólo a los actos que se ejecuten precisamente para tener efecto en Chile, es

decir, los actos que necesariamente deban tener efecto en el país, o se refiere también a los actos que ocasionalmente puedan tener efecto en Chile. Nos inclinamos por el criterio de que sólo los actos que necesariamente deban tener efecto en Chile están cubiertos por el precepto. Ello por la expresión “que hayan” utilizada en el artículo; al mismo tiempo, porque no se puede exigir a las personas que anticipen situaciones eventuales imprevisibles de sus actos y, finalmente, porque se impone una interpretación restrictiva de una disposición doblemente excepcional.

– *Leyes relativas a los actos*

72. Para que se produzca un conflicto de legislación en materia de actos es necesario que el acto se celebre en un país y produzca efectos en otro. Para la ley chilena el problema es el relativo al acto celebrado en el extranjero y que produce efectos en Chile.

A este respecto debemos distinguir entre los requisitos externos o solemnidades del acto, sus requisitos internos y sus efectos. Al analizar estos tres aspectos repetiremos en parte algunos de los principios que ya hemos señalado.

– *Requisitos externos*

Los requisitos externos, de acuerdo con el principio *locus regit actum*, se rigen por la ley del país en que el acto se ha realizado. El art. 17 del Código Civil dice al respecto que la forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados, aclarando más adelante que la forma se refiere a las solemnidades externas. El mismo principio establecen el inc. 2º del art. 16 del Código Civil al dar valor en Chile a los contratos otorgados válidamente en país extraño; el art. 1027 del Código Civil, que da valor en Chile a los testamentos escritos otorgados en el extranjero si sus solemnidades se han conformado a la ley del país en que se otorgaron; y el art. 15 inc. 1º de la Ley de Matrimonio Civil que ya hemos citado, que da valor en Chile al matrimonio celebrado en el extranjero en conformidad a la ley del país en que se contrajo.

Se ha dicho que el art. 17 se refiere solamente a los instrumentos públicos, pero el principio *locus regit actum* se aplica también a los instrumentos privados por la disposición general del inciso 2º del art. 16.

La autenticidad del instrumento público otorgado en el extranjero, es decir, el hecho de haber sido otorgado realmente por las personas que aparecen suscribiéndolo y el hecho de que las solemnidades se hayan ajustado a las leyes del país en que se otorgó, se probará en Chile de acuerdo con las normas establecidas en el art. 345 del Código de Procedimiento Civil (art. 17 del Código Civil).

Cabe señalar que la regla *locus regit actum* no es obligatoria. Los chilenos pueden en el extranjero, si lo desean, sujetarse para realizar determinados actos a la ley chilena. En efecto, ciertos funcionarios diplomáticos y consulares chilenos tienen atribuciones para actuar como Ministros de Fe. Al realizar un acto de otorgar un instrumento en el extranjero ante tales funcionarios se simplifica enormemente la prueba de la autenticidad del mismo, ya que se evitan los largos y costosos trámites de legalización en el extranjero.

Puede señalarse como una excepción a lo preceptuado en el art. 17, el art. 18 del Código Civil que dispone que: “En los casos en que las leyes chilenas exigieren instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y producir efecto en Chile, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el país en que hubieren sido otorgadas”. Uno de los efectos de un instrumento es la prueba o perfeccionamiento del acto o contrato de que da constancia; si la ley chilena exige a este respecto que se otorgue un instrumento público, no tiene valor la escritura privada otorgada en el extranjero, aunque tenga pleno valor en el país en que se otorgó. Cabe señalar que el art. 16 no se refiere sólo a las pruebas judiciales, sino a todos los casos en que la ley chilena exige el otorgamiento de un instrumento público. Es concordante en esta materia con lo dispuesto en el art. 1701 del Código Civil que establece que cuando la ley requiere como solemnidad de un acto o contrato el instrumento público, su falta no puede suplirse por otra prueba.

Otra excepción que podría señalarse al art. 17 está contenida en el art. 1027 del Código Civil que sólo reconoce validez a los testamentos otorgados en país extranjero si ellos lo han sido por escrito. Los testamentos verbales otorgados en el extranjero no tienen validez en Chile, sin entrar a considerar su valor según las leyes del país en que se realizaron.

Respecto a la hipoteca el artículo 2411 del Código Civil da validez a los contratos hipotecarios celebrados en el extranjero sobre bienes situados en Chile; pero, para dar hipoteca, exige que dichos contratos sean inscritos en el competente Registro.

– *Requisitos internos*

En general, la ley del país en que se otorgó el acto rige sus requisitos internos, o sea, la capacidad y voluntad o consentimiento de los que lo otorgan, y el objeto y causa del acto.

No hay a este respecto otra limitación que la del art. 15 en cuanto a que la capacidad y estado de las personas que ejecutan el acto quedan sujetos a la ley chilena si dichas personas son chilenos.

– *Efectos*

Los efectos del acto, es decir los derechos y obligaciones que de él emanan, quedan sujetos a la ley chilena. Dicha ley respeta las estipulaciones contenidas en los contratos otorgados válidamente en el extranjero, pero si en cuanto a los efectos del contrato hay contraposición entre la ley chilena y la ley extranjera, prima la ley chilena de acuerdo con el inciso final del artículo 16.

INTERPRETACIÓN DE LA LEY

– *Concepto*

73. La interpretación de la ley consiste en fijar su verdadero sentido y alcance, pero además incluye el conjunto de actividades indispensables para aplicar el derecho.

En realidad comprende dos elementos, uno abstracto, que es la interpretación propiamente tal, y radica en fijar el sentido de la ley, y uno concreto, que es la aplicación, y significa adaptar la ley al hecho concreto. En la interpretación judicial ambos procesos constituyen un todo unitario. La ley es una formulación general de situaciones pensadas como posibles. En la sentencia, o sea, en la individualización jurisdiccional del derecho, esta generalidad de la ley debe armonizarse con las características y circunstancias específicas del caso concreto. La norma jurídica debe tener idéntico sentido que la situación real para que puedan recíprocamente ser puestas en correspondencia.

Según que la legislación establezca o no normas de interpretación ésta se denomina reglada o no reglada.

A diferencia del Código Napoleón, que no establece normas para la interpretación de la ley, nuestro Código Civil ha adoptado

la interpretación reglada y establece normas de interpretación de la ley especialmente en los artículos 19 a 24 y en algunas otras disposiciones como los artículos 3º, 4º, 11 y 13.

Según de quien emane la interpretación de la ley ésta se divide en interpretación por vía de doctrina o privada e interpretación por vía de autoridad.

Interpretación doctrinal

74. La interpretación privada o por vía de doctrina es la que realizan los jurisconsultos, los tratadistas, los abogados y otros. Esta interpretación no tiene fuerza obligatoria. Constituye sólo una opinión abonada cuya importancia dependerá del prestigio de la persona de quien emana o de los fundamentos que se hagan valer.

Los tratadistas y jurisconsultos han preconizado diversos métodos en el análisis e interpretación judicial de la ley.

75. Los grandes comentaristas del Código Napoleón en el siglo XIX, Duranton, Aubry et Rau, Demolombe, Troplong, Laurent, formaron lo que se ha llamado la Escuela de la Exégesis en el Derecho Civil.

Esta doctrina tiene como características el culto del texto de la ley; el predominio de la búsqueda de la intención del legislador en la interpretación del texto de la ley; el concepto de la omnipotencia del legislador y de su infalibilidad, la ley es la única fuente de las decisiones jurídicas; un respeto sacramental por las autoridades y los precedentes.²⁴

El aplicar un criterio exegético impide toda evolución y progreso del derecho a través de la interpretación jurídica. Impide que éste, a través de una interpretación progresiva, pueda adaptarse a la evolución y cambios del medio social y condena al mundo actual a la aplicación estricta de fórmulas dictadas tomando en consideración un estado social a veces anterior en siglos al momento presente.

La reacción fundamental contra la escuela tradicional o de la exégesis la determinó la aparición en 1899 del tratado de François Geny: *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Dio origen a lo que se ha llamado Escuela Científica o “teoría de la libre investigación científica” en materia de interpretación.

²⁴ J. BONNECASE, *L'école de l'exégèse en droit civil*, Boccard, 1924.

Esta doctrina preconiza un método libre para llegar no sólo a las fuentes formales de las reglas de derecho que son la costumbre y la ley, sino a las fuentes reales de dichas normas. Estas fuentes reales están constituidas por un elemento racional que es la noción del derecho y un elemento experimental que es la aspiración a la armonía colectiva que existe en el medio social.

Según ella la interpretación procede cuando hay dudas sobre el sentido de la ley y del texto. En ella se consideran el precepto y el fin social de la ley, siempre que junto al texto –fuente formal de la ley– esté la ciencia del derecho –fuente real de la ley.

Existen numerosas otras escuelas de interpretación, entre las que merece citarse la Escuela Histórica del derecho desarrollada por Savigny.²⁵

Puede señalarse también la Escuela del Derecho Libre, elaborada por Germán Kantorowicz.²⁶ Sostiene que frente al derecho estatal existe un derecho libre, que pueden o no coincidir; la jurisprudencia no puede basarse exclusivamente en el derecho estatal y si la ciencia del derecho posee fuerza creadora, la jurisprudencia no será nunca mera servidora de la ley. Se la ha criticado señalando que esta escuela destruye la certeza del derecho.

La Doctrina Teleológica iniciada por Ihering busca la finalidad de la ley ya que, según él, el fin es el creador de todo derecho.²⁷ Como un desarrollo de esta teoría podemos considerar la jurisprudencia de intereses de acuerdo con la cual el intérprete debe decidir el conflicto de intereses, dando preeminencia a los que han sido preferidos por el legislador. Esto lleva a la jurisprudencia de valorización de intereses, que propician muchos autores.

Por último, debemos señalar la Teoría del Derecho Puro formulada por Hans Kelsen.²⁸ Según ella todo derecho deriva de la voluntad del Estado y no hay más derechos que el derecho positivo. Los ideales jurídicos pertenecen a la moral, la religión o la metafísica, pero no a la jurisprudencia. El sistema jurídico constituye una pirámide donde las normas de menor jerarquía están condicionadas por las de mayor valor hasta llegar a la Constitución. Cuando por indeterminación de la norma o por no existir una única determinación correcta el juez debe optar, puede ha-

²⁵ F.K. SAVIGNY y otros, *La escuela histórica del derecho*. Suárez, Madrid, 1908.

²⁶ GERMAN KANTOROWICZ, *La lucha por la ciencia del derecho*. Losada, 1949.

²⁷ RUDOLPH VON IHERING, *El fin en el derecho*. Traducción de Adolfo Posada. Omega. Buenos Aires. 1960.

²⁸ HANS KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*. Universitaria, Buenos Aires, 1960.

cerlo libremente dentro del margen de posibilidades que le brinda la ley, sin necesidad de recurrir a ningún criterio director.

Interpretación por vía de autoridad

76. Se ha dicho tradicionalmente que la interpretación por vía de autoridad emana del legislador o del juez. Esto no es exacto entre nosotros, pues existen diversos organismos autorizados legalmente para interpretar la ley.

Tenemos así la Contraloría General de la República, la Superintendencia de Seguridad Social, el Servicio de Impuestos Internos, el Servicio Nacional de Aduanas, la Dirección General del Trabajo, etc.

Estos organismos pueden interpretar leyes, no toda ley, sino aquellas que se refieren a las funciones que les están encomendadas. Por otra parte, y dentro de la distinción que haremos más adelante, su interpretación tiene un carácter más amplio que la interpretación judicial, pues tiene una validez general más allá del caso específico en que fue pronunciada.

Interpretación por el legislador

77. El art. 3º del Código Civil dispone que: “Sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio.

Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”.

Esta norma establece la primera gran diferencia entre la interpretación legal y la interpretación judicial; la legal tiene una fuerza obligatoria general, la segunda una fuerza relativa exclusivamente al litigio que ha sido resuelto.

Desde otro punto de vista la interpretación hecha por el legislador no está sujeta a reglamentación alguna. A la inversa, la interpretación judicial debe ceñirse a las normas que establece el Código Civil.

Esta interpretación se llama también auténtica por provenir del mismo órgano que dictó la norma interpretativa. Lo anterior no quiere decir que la interpretación auténtica esté restringida sólo a la ley; puede existir también una interpretación auténtica de la sentencia (p. ej., el recurso de aclaración) y aun del contrato, como es el caso contemplado en el inciso final del art. 1564 del Código Civil.

78. La interpretación la efectúa el legislador por medio de una ley, la ley interpretativa. Este carácter se contraponen al que informa el contenido de otras leyes: las leyes modificatorias.

Una ley es interpretativa de una anterior en la medida en que en esta última exista algo oscuro o confuso que requiera de aclaración o interpretación; si nada existe en una ley que requiera de tal esclarecimiento, sino que simplemente la ley posterior modifica su texto, se está en presencia de una ley modificatoria que no es interpretativa y, en consecuencia, debe regir a partir de la fecha de su publicación.²⁹

Resulta a veces difícil distinguir entre el carácter de ambos tipos de leyes. Algunas sentencias han sostenido que para que una ley se entienda interpretativa debe decirlo expresamente.³⁰ No parece lo correcto, ya que será el contenido de la ley lo que determinará si debe entenderse interpretativa o modificatoria, sin necesidad de palabras sacramentales. A la inversa, no servirá que una ley se autocalifique de interpretativa si de su contenido no se desprende ese carácter.³¹

El inciso 2º del art. 9º del Código Civil dice que “...las leyes que se limiten a declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en éstas; pero no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio”.

Por lo tanto, la ley interpretativa es necesariamente retroactiva, ya que se entiende incorporada a la ley interpretada.

Esta retroactividad impone limitaciones a la interpretación legal.

La primera limitación se desprende del propio texto legal citado. La ley interpretativa, aunque se entienda incorporada a la ley interpretada, no puede modificar los efectos de las sentencias ejecutoriadas en el tiempo intermedio.

La segunda dice relación con el efecto retroactivo de las leyes interpretativas.

El legislador puede dictar leyes retroactivas, pues no lo afecta la prohibición contenida en el artículo 9º del Código Civil que, no teniendo rango constitucional, es un mero consejo para el legislador. Sin embargo, esta retroactividad no puede trasgredir las garantías constitucionales.

²⁹ R. D. J., t. 81, s. 5, p. 16 (cons. 6º).

³⁰ R. D. J., t. 34, s. 1, p. 127. F. del M., Nº 86, p. 335. R. D. J., t. 80, s. 5, p. 76.

³¹ R. D. J., t. 57, s. 1, p. 65; t. 58, s. 1, p. 20; t. 59, s. 1, p. 114; t. 61, s. 1, p. 428; t. 80, s. 5, p. 90.

En materia civil la principal limitación la constituye el que una ley no puede trasgredir la garantía constitucional del derecho de propiedad contenida en el Nº 24 del artículo 19 de la Constitución. En materia penal la limitación proviene del Nº 3º, inciso 7º, del artículo 19 de la Constitución que establece que “ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”.

Interpretación judicial

79. La interpretación judicial de la ley es la que realiza el Juez en las causas sometidas a su conocimiento.

Como hemos indicado, el Código Civil fija normas que regulan esta interpretación. Ellas se aplican, como lo señalaba el propio don Andrés Bello, a la interpretación no sólo de los preceptos del Código, sino a la de cualquiera ley, no importa su clasificación o categoría.

Tampoco importa para su aplicación cuál sea el organismo distinto de los Tribunales Ordinarios (exceptuado el legislador) que realice la interpretación. Ello no sólo porque debe existir una interpretación concordante y uniforme de la ley sino también porque en muchas ocasiones la interpretación legal que realizan otros organismos va a tener una revisión judicial y no sería lógico ni aceptable que en ambas instancias imperaran criterios diferentes.

– Integración de la ley

80. Frente a un caso específico el Juez puede encontrarse en la situación de que no exista una norma precisa del ordenamiento positivo que resuelva la materia de que conoce. En este supuesto ya no nos encontramos frente a un problema de interpretación, sino a uno de integración de la ley. Nuestro Código Civil, a diferencia del proyecto de 1853, no contempla esta situación, pero ella está resuelta por otros preceptos legales.

El inciso 2º del artículo 73 de la Constitución y el inciso 2º del artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales establecen que: “Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión”. Por su parte, el artículo 170 del Código de Procedi-

miento Civil que fija los requisitos de las sentencias dispone en su N° 5° que ellas contendrán: “La enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo”. Estas disposiciones establecen expresamente la facultad de integración de los jueces, los que deben fallar aun frente a una falta de ley (laguna legal). Los vacíos pueden existir en la ley, pero no en el derecho.

Por ello se ha resuelto que cuando no hay ley aplicable al caso que se deba fallar, por mandato expreso de la ley, los tribunales deben recurrir a la “equidad natural”. Que también puede un juez, para solucionar los casos que no tienen una ley aplicable, apoyarse en las reglas de interpretación de las leyes contenidas en el art. 24 del C. C., que le permite actuar del modo que más conforme le parezca al espíritu general de la legislación y la equidad natural. Que ésta no es otra cosa que una virtud anexa a la justicia, cuyo objeto es conferir a la voluntad el temperamento y deseo necesarios para imponer la justicia cuando la razón natural y los principios de la mora no se encuentran en la posibilidad de aplicar una ley escrita o consuetudinaria. La equidad, pues, es el fundamento de la justicia.³²

Se ha dicho corrientemente que el Juez frente a un vacío legal debe fallar por analogía (concepto que analizaremos más adelante). Esto no es exactamente así. El Código de Procedimiento Civil exige una razón de equidad para el fallo. La analogía y el espíritu general de la legislación a que se refiere el artículo 24 del Código Civil, pueden sólo servir al Juez para establecer la razón de equidad que a su vez servirá de fundamento al fallo.³³

– Finalidad de la interpretación

81. Los elementos que los artículos 19 a 24 del Código Civil señalan al Juez para realizar la interpretación tienen una finalidad fundamental: buscar el sentido de la ley.³⁴

³² R. D. J., t. 81, s. 5, p. 88 (cons. 32, 33 y 46).

³³ Existen numerosos fallos que han procedido a la integración de la ley en virtud de la equidad; así: Gaceta de los Tribunales (2° semestre, N° 89, p. 411; R. D. J., t. 7, s. 2, p. 55; t. 28, s. 1, pp. 639 y 689; t. 34, s. 2, p. 28; t. 40, s. 1, p. 183; t. 48, s. 4, p. 70; t. 55, s. 2, p. 54, t. 68, s. 2, p. 65; t. 78, s. 5, p. 207; Fallos del Mes, N° 202, pp. 175 y 181. R. D. J., t. 79, s. 5, p. 202, cons. 16.

³⁴ R. D. J., t. 56, s. 1, p. 207; t. 64, s. 1, p. 127; t. 65, s. 1, p. 208; t. 67, s. 1, p. 405; t. 79, s. 5, p. 202, pág. 253; t. 82, s. 5, p. 36, cons. 19.

Este sentido es la correspondencia entre la generalidad de la ley y los antecedentes específicos del caso particular, que permitan dar a éste una solución de justicia.

Este “sentido de la ley”, que los autores modernos llaman “La naturaleza de la cosa”, como mediación entre la justicia normativa y la justicia objetiva, es una expresión usada consciente y reiteradamente por el legislador. La encontramos en el inciso 1° del artículo 19, se repite en el inciso 1° del artículo 22 y en el inciso 2° del artículo 23 y la explica el párrafo antepenúltimo del Mensaje.

El inciso 1° del art. 19 del Código dispone: “Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”. La gran influencia que entre nosotros tiene hasta hoy la escuela de la exégesis ha querido fundamentar en esta disposición una primacía para la aplicación de la ley, de acuerdo a su texto literal. Nada más inexacto. La disposición se refiere a la claridad de sentido de la ley y no a la claridad de su tenor literal. Este se aplicará sólo y en el cuanto refleje ese sentido claro.³⁵

El punto de partida de toda interpretación lo constituye, sin duda, el elemento literal, el tenor de la norma. Ello no significa que la labor interpretativa pueda reducirse a un análisis gramatical que presenta, desde luego, problemas semánticos y sintácticos.³⁶

El significado de las palabras no es constante. Hay palabras equívocas, o cuyo significado común e ilustrado no coinciden, o cuyo significado varía o se desvirtúa por los usos lingüísticos de la comunidad. Por otra parte, la sintaxis de las normas no es siempre correcta; ella depende además de la técnica del lenguaje usada por el legislador o por aquel de quien la norma procede. Por otra parte, como se trata aquí de fijar el sentido de una proposición entera, el significado fijado individualmente a las palabras que la forman puede variar para que cuadre con el sentido general de la proposición. Por último, debe considerarse que la norma es una proposición general, fruto de experiencias pasadas o anticipo de situaciones imaginadas como posibles, pero que rara vez coincidirá totalmente con las características particulares del caso en conflicto

³⁵ R. D. J., t. 79, s. 5, p. 253.

³⁶ JOAQUÍN DUALDE, *Una revolución en la lógica del derecho*. Bosch, 1933. EDUARDO GARCÍA MAYNEZ, *Lógica del raciocinio jurídico*. Fondo de Cultura Económica, 1964.

LUIS RECASENS SICHES, *Experiencia jurídica*. Fondo de Cultura Económica, 1971.

EMILIO BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Guiffre, 1927. LUIS DIEZ-PICAZO, *Interpretación de la ley*. Anuario de derecho civil. Madrid 1970.

y con todas sus variantes especiales. Por otra parte, la norma no es, por lo general, un texto simple y escueto, sino que, corrientemente, para obtener la norma hay que coordinar textos diferentes.

Si esto no fuera así, no habría jamás discrepancias en la aplicación de la ley.

El que un tenor literal, gramaticalmente muy claro, no refleje el sentido de la ley, puede provenir de muy diversas circunstancias. Principalmente de la necesidad de buscar el sentido de la ley, disposición general y previa frente a las circunstancias específicas de un caso particular y posterior. Otras veces, porque las relaciones reguladas han sobrepasado la disciplina de la norma (así ha sucedido con el contrato de promesa que reglamenta el artículo 1554 del Código Civil). También cuando la lógica orgánica de una institución obliga a abandonar el claro tenor literal del precepto (tal es el caso de la formación de la cuarta de mejoras frente al texto del inciso 2º del artículo 1184 del Código Civil).

El que sea necesario determinar, en forma previa, si el sentido de la ley es claro, significa que siempre debe realizarse un proceso interpretativo. Sería imposible efectuar tal determinación sin interpretar previamente la ley.

– Criterios de interpretación

82. Al interpretar la ley pueden en teoría adoptarse dos criterios esenciales. Uno, que podríamos llamar histórico o subjetivo, trata de reconstituir el pensamiento o voluntad del legislador. Otro, que se denomina normativo u objetivo, sostiene que la ley tiene una significación propia independiente del pensamiento de sus autores.

Todos los autores modernos señalan el engaño de un criterio subjetivo. En primer lugar por la imposibilidad de determinar una voluntad subjetiva del legislador. En segundo término, porque si ello fuera posible, esa supuesta voluntad carecería de sentido frente a la evolución y a los cambios que experimentan en el tiempo las costumbres, las técnicas y, en general, todo el medio social. Por último, porque la ley es la voluntad del Estado y ésta se manifiesta por la ley misma y no por la opinión de los que participaron en su formulación.³⁷

³⁷ EDUARDO GARCIA MAYNEZ, *op. cit.*

LUIS DIEZ-PICAZO, *op. cit.*

GUSTAVO RADBRUCH, *Introducción a la filosofía del derecho*. Fondo de Cultura Económica. (3ª ed.) F.C.E. México. 1965.

EDMUNDO MEZGER, *Tratado de derecho penal*. Rev. de D. privado. Madrid. 1959.

Nuestro Código es terminante a este respecto. El art. 19 en su inciso 1º se remite al sentido “de la ley”; en su inciso 2º se refiere a “su” intención o espíritu claramente manifestado “en ella misma”; el art. 22 habla de “el contexto de la ley”; el art. 23 de su “genuino sentido”. Por lo tanto, siempre se está refiriendo al sentido objetivo de la ley que debe buscarse en ella misma.

Por otra parte, no hay disposición alguna que permita interpretar la ley, buscando una supuesta voluntad del legislador. La única norma que se refiere a la historia de la ley, el inc. 2º del art. 19, lo hace para buscar “su” intención o espíritu, es decir el sentido objetivo de la ley.

– Elementos de interpretación

83. Para buscar el sentido de la ley, el Código señala los elementos tradicionales de la interpretación judicial: el gramatical, el histórico, el lógico, el sistemático y, en el art. 24, el espíritu general de la legislación y la equidad natural.

La ordenación de estos elementos no significa que ellos deban emplearse sucesiva y subsidiariamente; todos ellos deben ser utilizados para fijar el sentido de la ley frente al caso específico al cual debe aplicarse. Su concurrencia permitirá al juez llegar a la determinación jurisdiccional del derecho.

84. El elemento gramatical que se señala en el inc. 1º del art. 19 implica el análisis de la semántica y de la sintaxis del precepto legal.

Al efecto los artículos 20 y 21 dan diversas normas.

En primer término que las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio.³⁸ Durante mucho tiempo nuestros tribunales estimaron que este sentido natural debía encontrarse en el Diccionario de la Real Academia Española;³⁹ hoy día, y considerando los cambios que experimenta el lenguaje, se ha reaccionado frente a este criterio y se ha considerado que el sentido natural de una palabra o frase es el que se le atribuye en el medio que la emplea.⁴⁰ Es por lo demás el criterio del Código que, en su artículo 51, al referirse a la denominación de las medidas, dice que a falta de definición legal se entenderán “en el sentido general y popular, a menos de expresarse otra cosa”.

³⁸ R. D. J., t. 80, s. 5, p. 163.

³⁹ R. D. J., t. 37, s. 1, p. 411; t. 40, s. 1, p. 169, p. 281, p. 357; t. 49, s. 1, p. 218.

⁴⁰ R. D. J., t. 60, s. 4, p. 214; t. 66, s. 1, p. 29; t. 7, s. 1, p. 405.

Una segunda norma es que a las palabras que el legislador haya definido expresamente para ciertas materias se les dará su significado legal. Esta indicación no es absoluta, porque a veces el propio Código no emplea las palabras en su estricto sentido legal (“tradicición” en el inc. 2º del art. 2174), o el legislador en general las usa en un sentido distinto que su definición.⁴¹

Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan esa ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso.

85. El elemento histórico se contempla en la parte final del inc. 2º del art. 19, que se refiere a la historia fidedigna del establecimiento de la ley.

Esta historia fidedigna sirve para fijar “su” intención o espíritu, es decir, los objetivos de la ley, y es sólo un elemento supletorio para fijar ese alcance de la ley que no se halle claramente manifestado en ella misma. La secuencia de la disposición deja plenamente establecido que la historia fidedigna se utiliza para fijar la intención o espíritu intrínseco de la ley y no una supuesta voluntad del legislador.

86. El elemento lógico consiste en la concordancia que debe existir entre las diversas partes de la ley, pues es natural que éstas no sean contradictorias y exista entre ellas una unidad conceptual y de criterio.⁴²

El elemento lógico se encuentra establecido en el inciso 2º del art. 19 y en el inc. 1º del art. 22.

El primero señala que las expresiones oscuras de la ley pueden interpretarse, buscando en ella misma su intención o espíritu. Es decir, es el contexto de la ley el que servirá para fijar el sentido de cada una de sus partes. Es conveniente destacar que el término “expresión” que utiliza este artículo no tiene el significado de “palabra”, sino el discurso, de oración con un contenido conceptual.

El inciso 1º del art. 22 reafirma este concepto al señalar que: “El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía”. O sea, debe buscarse la concordancia entre las distintas partes de la ley, y esta concordancia debe ser consecuente, es decir, armónica.

⁴¹ R. D. J., t. 37, s. 1, p. 531.

⁴² R. D. J., t. 32, s. 1, p. 75; t. 61, s. 2, p. 24.

87. En el elemento sistemático esta correspondencia de la legislación se busca más allá de la propia ley interpretada, analizando, como lo establece el inciso 2º del art. 22, otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto.

La extensión del elemento sistemático puede llevar al análisis del espíritu general de la legislación, a que se refiere el art. 24.

88. El Código, en último término, se refiere al espíritu general de la legislación y a la equidad natural. Aunque el art. 24, que los contempla, comienza con la frase: “En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes”, ello no significa que se trate sólo de elementos supletorios de interpretación.⁴³

Ya hemos visto que el espíritu general de la legislación se encuentra implícito en el elemento sistemático; ahora bien, la equidad natural no puede estar ausente en ningún criterio de interpretación. El fin de la aplicación de la ley es hacer justicia y la equidad es la justicia referida a un caso concreto. Por lo tanto, todo fallo y la interpretación en que se fundamenta deben ser justos y equitativos.

La frase inicial del art. 24 a que nos hemos referido sólo tiene el alcance de señalar que el juez no está facultado para dictar una resolución basada exclusivamente en la equidad, como él subjetivamente la entienda. Ello significaría una absoluta falta de seguridad jurídica. Por eso los demás elementos de interpretación lo vinculan a la norma para seguridad del derecho, pero no lo liberan de considerar fundamentalmente la equidad al realizar la interpretación.⁴⁴

El juez debe buscar la solución justa, la más justa entre todas las posibles.⁴⁵

89. La disposición del art. 4º que establece la aplicación preferente de los Códigos especiales y la del art. 13º que dispone que las disposiciones de una ley, relativas a cosas o negocios particulares, prevalecerán sobre las disposiciones generales de la misma ley, señalan la aplicación preferente de las disposiciones especiales.

90. El art. 23 dispone que lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación.

⁴³ R. D. J., t. 70, s. 1, p. 39; t. 71, s. 5, p. 253.

⁴⁴ R. D. J., t. 79, s. 5, p. 253, cons. 28 y 29.

⁴⁵ BENJAMIN CARDOZO, *The nature of the judicial process*. Yale Univ. Press, 1921.

Esta es una norma general ya que, por ejemplo, el art. 4º del Código Tributario dispone que sus normas sólo se aplican a su interpretación y aplicación y a las demás disposiciones relativas a la tributación fiscal interna, no pudiendo aplicarse analógicamente en otras materias.

En el campo de la legislación penal se ha estimado que ella es de aplicación restrictiva, aunque no existe ninguna norma específica al efecto.

En materia de legislación laboral se estima que la interpretación debe favorecer al dependiente, fundándose este criterio en el carácter tutelar que inviste la legislación del trabajo.

91. Lo anterior nos lleva a la existencia de dos procedimientos distintos de interpretación: uno extensivo, el otro restrictivo.

El primero puede realizarse aplicando a una situación particular normas que fijan reglas generales, o deduciendo una norma generalizada de los ejemplos no taxativos que contienen algunas disposiciones. Igualmente puede utilizarse la analogía.

El argumento analógico (o *a simili*) supone una similitud en las situaciones, tanto para las circunstancias de hecho como para el fin jurídico a realizarse; de acuerdo con él los hechos que tienen igual valor jurídico implican las mismas consecuencias jurídicas.

Se puede emplear la analogía como elemento de interpretación cuando el alcance jurídico de una norma lo determinamos por el sentido de otras que regulan una situación jurídica semejante. Se emplea como base de integración cuando se traspone una solución jurídica a una hipótesis semejante que no se encuentra cubierta por la ley. En este último caso puede servir de base a la razón de equidad en que se fundará la sentencia.

92. La interpretación restrictiva significa, por el contrario, que el precepto no puede aplicarse extensivamente ni servir de base para una interpretación analógica.

La interpretación estricta y/o restrictiva, que se funda en motivos lógicos o en el respeto a los derechos individuales, se aplica a una gran variedad de preceptos.

En primer término son de interpretación restrictiva las leyes penales, debiendo hacerse presente que la jurisprudencia ha dado el carácter de pena a las sanciones en general, más allá del campo estrictamente penal.

Dentro de este concepto se ha estimado en forma reiterada que las leyes tributarias no permiten una interpretación extensiva.

Se ha fallado igualmente que son de interpretación estricta las leyes de excepción, los preceptos prohibitivos, los que establecen

incapacidades y prohibiciones, las leyes delegatorias, las que confieren un beneficio, las que limitan el derecho de propiedad, etc.

93. Fuera de la analogía existen diversos aforismos o reglas prácticas que, en realidad, no son sino formas que toman la argumentación o la lógica jurídicas.

Entre ellos podemos señalar el argumento *ab auctoritate*, que consiste en invocar la opinión favorable de los tratadistas o de la jurisprudencia.

El argumento *a generale sensu*, que supone que donde la ley no distingue no es lícito al intérprete distinguir.

Los argumentos *a fortiori*, que en realidad son dos. *A maiore ad minus*, o sea, quien puede lo más, puede lo menos; y *a maiore ad maius*, que implica que a quien le está prohibido lo menos con mayor razón le está prohibido lo más.

Por último, el argumento *a contrario sensu*, con el que se sostiene que incluida una cosa se entienden excluidas las demás.

– La lógica y el razonamiento jurídicos

94. Aunque las reglas prácticas que hemos señalado son llamadas operaciones lógicas y son de uso frecuente, ellas no constituyen por sí solas una interpretación lógica de la ley, ya que la lógica impone un esquema muy preciso en toda la operación intelectual.⁴⁶

⁴⁶ La lógica formal distingue dos modos de razonamiento: el razonamiento deductivo y el razonamiento inductivo.

Conviene señalar que toda la razón humana está dominada por un principio fundamental: el acuerdo del pensamiento consigo mismo, que se descompone en dos: el principio de la identidad y el principio de la contradicción. Estos constituyen los principios lógicos.

El principio de la identidad implica la necesidad de que cada cosa sea idéntica a sí misma; todo sujeto es su propio predicado. Se expresa abstractamente en la forma más simple: A es A.

El principio de la contradicción establece que dos proposiciones de las cuales una niega lo que otra afirma, no pueden ser ambas verdaderas. Es decir, no se puede a la vez afirmar y negar lo mismo. “A” no puede ser a la vez “A” y “no A”.

El razonamiento deductivo consiste en pasar de una proposición conocida a una desconocida, yendo de una proposición general a una particular.

Esto se efectúa a través del silogismo, que consiste en una reunión de tres proposiciones, de tal manera que de las dos primeras resulta necesariamente la tercera.

Podemos expresarlo diciendo: Si todo M es P (primera proposición) y si todo S es M (segunda proposición), luego todo S es P (conclusión). En el

Es indudable que el juez no puede determinar la interpretación de la ley arbitrariamente, por un mero capricho, sino que tiene que ceñirse a ciertos procesos de razonamiento de los cuales emana su decisión y que, al mismo tiempo, la justifican.

Durante mucho tiempo se estimó que la lógica pura, el razonamiento deductivo, era el método de la ciencia jurídica. Dentro de este razonamiento la norma jurídica era la primera proposición, el caso concreto la segunda proposición y de su puesta en correspondencia emanaba la conclusión que constituía la decisión del caso.

La sencillez de esta solución es engañosa, porque la aplicación del razonamiento deductivo puro resulta casi imposible. Para que este razonamiento tenga valor es indispensable que la verdad de las premisas sea absoluta, que haya sido constatada científicamente; es también necesario que el proceso de razonamiento se desarrolle estrictamente de acuerdo a los cánones del silogismo.

Ahora bien, el juez al escoger y fijar el alcance de la norma, que constituiría la primera proposición, no está estableciendo una verdad absoluta, apodíctica, sino que está señalando una normativa y un sentido de ésta que le parecen los más verosímiles y aceptables. Igualmente al fijar la segunda proposición tampoco ha señalado una verdad absoluta, porque al analizar el caso, al separar sus aspectos atinentes de aquellos que no lo son, al determinar los elementos que considera probados de los que no lo están, al interpretarlo, al valorarlo jurídicamente, ha realizado una serie de apreciaciones personales y subjetivas, no una constatación científica de una realidad indiscutible.

De lo anterior resulta que el razonamiento lógico formal será difícilmente aplicable en la interpretación y aplicación de la ley.

silogismo encontramos también tres términos: uno general, que es el atributo de la conclusión (P en el ejemplo propuesto), un término particular, que es el sujeto de la conclusión (S en el ejemplo) y un término intermedio que reúne los dos términos anteriores (M en el ejemplo).

El silogismo es una unión lógica que sólo garantiza la relación de la conclusión con las premisas, pero no la verdad intrínseca de las proposiciones. Aristóteles señalaba que en el silogismo la primera proposición debía ser apodíctica, es decir, evidente por sí misma.

El método inductivo, a la inversa del deductivo, va de lo particular a lo general. Consiste en deducir de un número de experiencias particulares una ley general.

Este razonamiento descansa en el principio que las mismas causas (en las mismas circunstancias) producen los mismos efectos. Es lo que se denomina el principio de la causalidad.

95. Lo expuesto nos lleva a que, en materia jurídica, va a ser necesario utilizar otra clase de razonamientos, no ya lógicos sino extralógicos (lo que no quiere decir ilógicos).

Estos argumentos extralógicos pueden ser dialécticos o retórico-argumentativos.

En el argumento dialéctico se sigue el mismo canon lógico del razonamiento deductivo, pero en este caso las premisas no constituyen una verdad absoluta; el juez las establece o el abogado las invoca, porque parecen ser las más verosímiles o porque tienen una general aceptación.

El uso de los razonamientos extralógicos se justifica y se impone, porque en el derecho no se busca determinar una verdad absoluta, sino que se trata de encontrar una solución de justicia. El abogado procura convencer al juez, el juez trata de que su sentencia, proveyendo una decisión de justicia, sea recibida con general asentimiento por la comunidad.

Dentro del razonamiento dialéctico tiene especial importancia hoy el método tópico desarrollado por el jurista alemán Teodoro Viehwig en su obra *Tópico y Jurisprudencia*. En realidad no se trata de una idea original, sino de hacer nuevamente vigente un método de pensamiento que expresaron Aristóteles y Cicerón. Como en el razonamiento dialéctico las proposiciones no son verdades absolutas sino solamente probables y generalmente aceptadas, pueden utilizarse en él tópicos, o sea, puntos de vista preestablecidos que van a servir de base al razonamiento.

El razonamiento retórico-argumentativo trata, a través de un método persuasivo, de lograr una convicción o la aceptación de una tesis. Se aparta del método dialéctico porque, o bien las premisas no tienen aceptación general, o bien la argumentación no sigue los cánones de la lógica formal. En él se desarrolla una serie de razonamientos para combatir o apoyar una tesis, es decir, que critican o justifican una decisión.

El profesor italiano Giuliani, que en sus obras ha estudiado la lógica jurídica como una teoría de la controversia, y el profesor belga Perelman, en su *Tratado de la Argumentación*, han analizado y renovado el método argumentativo.⁴⁷

En este sistema no se trata ya de demostrar la razón lógica de una solución sino que se utilizan otras bases: "es más justo", "es más conveniente", "está más de acuerdo con otras soluciones simi-

⁴⁷ A. GIULIANI, *La controversia*. Pavia, 1966.

GII. PERELMAN, *Logique juridique*. Nouvelle rhétorique. Dalloz, 1976.

lares”, etc. Son estos fundamentos los que caracterizan al razonamiento retórico-argumentativo.

96. Pero con cualquier sistema de razonamiento el juez debe adaptar continuamente el ordenamiento jurídico, ya sea porque el cuerpo social está en continua evolución, ya sea porque el propio ordenamiento varía a través de las renovaciones y cambios que aporta la nueva legislación.

El juez puede al efecto recurrir a diversos modos de actuar, a distintos sistemas de operación.

Los que preconizan un criterio subjetivo y tratan de desentrañar una supuesta voluntad del legislador adoptan una “jurisprudencia historicista”. En ella se trata, a través del análisis de documentos, del estudio de los trabajos de preparación, de las exposiciones de motivos, de las circunstancias que existían al dictarse la ley, de reconstituir la presunta voluntad real de un legislador histórico.

Ya hemos señalado los inconvenientes de este criterio subjetivista. La dificultad de determinar la voluntad del legislador. El hecho de que respecto de las normas antiguas mantenidas en vigor, la voluntad del originario legislador pierde toda relevancia. El que hace imposible que el ordenamiento jurídico pueda adaptarse a nuevas situaciones que el legislador histórico no conoció ni pudo prever.

Por eso se ha impuesto la interpretación objetiva de la ley. La ley una vez promulgada se separa de su autor y alcanza una existencia objetiva. El texto de la ley y el sentido que de él puede desprenderse es lo único que tiene valor. Las expectativas, los propósitos, las representaciones mentales del legislador no tienen valor preceptivo. La ley es la voluntad del Estado, y esta voluntad se encuentra sólo en la ley.

Esto impide la obsolescencia de la ley, ya que ella puede adaptarse a los cambios y a las nuevas situaciones sociales. Además se cumple una misión esencial de justicia, pues permite que la ley se aplique a sus destinatarios, los súbditos, no con un sentido histórico, sino con un sentido actual que es el que a ellos les suscita y al cual adaptan su conducta.

Dentro del criterio objetivo se ha utilizado un sistema de interpretación denominado “jurisprudencia de conceptos”. Este método presupone la existencia de un sistema jurídico dentro del cual las normas se conectan entre sí, como una gran pirámide en que, a partir de un principio común, las normas derivan unas de otras y condicionan las siguientes, es decir, supone correlación y coherencia.

La idea de un “sistema” entre nosotros es insostenible. Aunque nuestro sistema jurídico es completo, ya que en defecto de norma existe la integración de la ley, dista mucho de ser coherente. La coherencia significa que no exista contradicción entre la normas, ni en los principios axiológicos o de valorización que las informan, ni entre los fines o valores que persiguen o protegen. Nuestra frondosa legislación, inspirada por principios contradictorios y que a través de los años ha perseguido fines muy diversos, no constituye en absoluto un sistema coherente de derecho.

Se ha reprochado además a la jurisprudencia de conceptos su carácter abstracto y no cumplir la función esencial, que es la de dar soluciones reales y prácticas a los problemas vitales.

Ante ella se desarrolló la “jurisprudencia de intereses”, cuyo origen puede remontarse a Von Ihering. La ley es una resultante de expresión de intereses y los conflictos jurídicos son conflictos de intereses. El intérprete no debe tratar de hacer deducciones lógicas sino decidir el conflicto a favor de aquellos intereses que han sido preferidos por el legislador. En un paso más ha nacido la “jurisprudencia de valores”, que más que los intereses mismos considera los juicios de valor que los intereses suscitan.

Lo anterior nos lleva al problema de saber qué juicios de valor se aplican. Si son los del legislador, caemos de nuevo en los inconvenientes de la interpretación subjetiva; si los del intérprete, nos enfrentaríamos con una interpretación libre y la consiguiente falta de seguridad jurídica; por último, pueden ser los juicios de valor que actúan, son admitidos y generales a la comunidad o grupo humano en que el conflicto se suscita.

Se ha tratado, partiendo de la legislación, de establecer categorías de intereses y su prelación, pero casi siempre se llega al punto en que concurren intereses de igual grado y entonces los criterios de preferencia se hacen casi imposibles.

LA COSTUMBRE

– *La costumbre como fuente de derecho*

97. La costumbre constituye también una fuente formal del derecho.

En el fondo la costumbre es anterior y determina el origen de la ley. La norma jurídica no nace como un producto de creación espontánea y arbitraria, sino que recoge un uso consuetudinario social, uniformemente aceptado, que determina que ciertas situa-

ciones o conflictos deben ser abordados o resueltos en determinada forma. La ley no hace sino recoger esta costumbre y darle fijeza, claridad y fuerza obligatoria.

El diccionario, en las definiciones de costumbre, distingue entre hábito, y uso y práctica que ha adquirido fuerza de ley. Pueden, pues, existir hábitos o usos que no constituyen costumbre dentro del concepto en que la estamos analizando. Así los hábitos de cortesía, los usos sociales, los usos del tráfico a que se refiere el Código alemán.

¿Qué requisitos necesita la costumbre para tener jurídicamente el carácter de tal? Generalmente se ha estimado que debe tratarse: a) de un uso social de carácter general (dentro de un ámbito determinado); b) que tenga el carácter de uniforme; c) que sea constante; d) que tenga una cierta duración en el tiempo; e) que tenga un substrato jurídico. Se entiende por esto último, no que se tenga el deseo de crear a través del comportamiento normas jurídicas o de contribuir a su creación; basta la intención o voluntad de obrar jurídicamente.

De lo anterior resulta entonces que en la costumbre intervenirían elementos objetivos, la realización durante un espacio de tiempo de actos uniformes y constantes en un territorio determinado, y elementos subjetivos, la convicción de obrar jurídicamente y la aceptación de este comportamiento por la comunidad.

Nuestro Código Civil, aunque se refiera a la costumbre, no la define ni señala sus características. El Código de Comercio, en cambio, en su artículo 4º dice que las costumbres mercantiles son tales “cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad, y reiterados por un largo espacio de tiempo, que se apreciará prudencialmente por los juzgados de comercio”.

La costumbre se diferencia de la ley en primer término en cuanto a su origen. La costumbre emana de los usos del cuerpo social, la ley requiere un acto de legislación. A la inversa, mientras la ley para que pierda su eficacia necesita ser derogada, la costumbre puede perderla porque desaparece cualquiera de los elementos que la constituyen. La ley rige en el acto; en cambio, la costumbre necesita la reiteración de los actos que la conforman en un largo espacio de tiempo.

98. En la clasificación de la costumbre se ha distinguido entre costumbre conforme a la ley, costumbre fuera de la ley y costumbre contra la ley.

La costumbre según la ley consiste en maneras uniformes de interpretar y aplicar la ley. Cuando esta costumbre emana de las

sentencias de los Tribunales de Justicia, nos encontramos frente a una costumbre jurisprudencial, cuyos alcances analizaremos separadamente.

La costumbre fuera de la ley complementa el derecho escrito. Se aplica cuando la ley se remite a ella o cuando pasa a formar parte del contenido de los contratos y, por lo tanto, de la ley del contrato.

La costumbre contra la ley es la que deja sin aplicación o infringe un precepto legal. El primer caso constituye lo que se llama desuso de la norma. Ya hemos señalado que el desuso no hace perder su vigencia y validez a un precepto legal, para lo cual es necesario un acto derogatorio. El segundo supuesto no significa sólo un desuso, sino además una infracción del precepto legal; ella lleva aparejada la sanción que corresponde a dicha infracción.

La costumbre puede clasificarse también en cuanto al territorio en que impera. Así, en el Código Civil los artículos 1938 y 1944, por ejemplo, se refieren a la costumbre del país; el artículo 1986 a la costumbre del departamento. El artículo 4º del Código de Comercio, ya citado, habla de los actos ejecutados en la República o en una determinada localidad.

– Valor de la costumbre

99. El artículo 2º del Código Civil dispone que: “La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella”.

El Código no se refiere a la costumbre, sino en materias de escasa importancia, lo que ha hecho decir que la costumbre no tiene prácticamente aplicación en materia civil.

Entre esas disposiciones podemos señalar los artículos 608, 1198 inc. final, 1938, 1940, 1944, 1951, 1954, 1986 y 2117 inc. 2º.

Pero existe una disposición que amplía en mucho el ámbito de aplicación de la costumbre en materia civil. El artículo 1546 del Código Civil dispone: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la *costumbre* pertenecen a ella”.

Por lo tanto, por expresa disposición de la ley, la costumbre pasa a formar parte del contenido de los contratos y a constituir un elemento de lo que se ha denominado la ley del contrato. En efecto, el artículo 1545 del Código Civil dice que todo contrato

legalmente celebrado es una ley para los contratantes. Conviene señalar que no es necesaria ninguna declaración de los contratantes para que las costumbres en vigencia a la época de celebrarlo pasen a formar parte de él; tampoco es necesario que tengan conciencia de que dichas costumbres existen: ellas se incorporan al contrato por el solo ministerio de la ley. Ello se refuerza con las normas que fija el Código en la interpretación de los contratos. Así el artículo 1563 en su inciso 2º dice que: “Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen”.

Constituyendo los contratos una de las fuentes más abundantes y dinámicas de la actividad jurídica, la costumbre, que forma parte de su contenido, lejos de no tener ninguna importancia, pasa a tener una importancia considerable, no sólo en materia civil sino en todas las disciplinas de derecho privado o público en que se apliquen subsidiariamente las disposiciones del Código Civil.

En materia mercantil, el Código de Comercio dice en forma expresa en su artículo 4º, que: “Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley”.

Mientras el Código Civil no establece normas especiales para la prueba de la costumbre, y siendo ésta un hecho, puede acreditarse con cualquier medio de prueba, el Código de Comercio fija normas especiales al efecto.

Así el artículo 5º dispone: “No constando a los juzgados de comercio que conocen de una cuestión entre partes la autenticidad de la costumbre que se invoque, sólo podrá ser probada por alguno de estos medios:

1º Por un testimonio fehaciente de dos sentencias que, aseverando la existencia de la costumbre, hayan sido pronunciadas conforme a ella;

2º Por tres escrituras públicas anteriores a los hechos que motivan el juicio en que debe obrar la prueba”.

Conviene destacar que esta prueba es necesaria solamente cuando la costumbre no consta a los juzgados de comercio. Por lo tanto, si el tribunal estima que la costumbre le consta por ser ésta, por ejemplo, pública y notoria, podrá aplicarla sin necesidad de prueba específica.

El artículo 6º del Código de Comercio señala además que: “Las costumbres mercantiles servirán de regla para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos o convenciones mercantiles”.

En materia penal la costumbre no tiene ningún valor. Tanto por disposición constitucional como por lo establecido en el Código Penal, en este ámbito se aplica el principio de la legalidad. No

hay pena sin ley, más aún, sin ley anterior al hecho delictivo. Lo anterior se aplica tanto al punto de determinar si un hecho cualquiera constituye o no delito, como para, en caso afirmativo, establecer la pena que debe aplicársele.

– La costumbre jurisprudencial

100. El inciso 2º del artículo 3º del Código Civil dispone: “Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”.

No obstante lo anterior, si los tribunales fallan determinadas materias de una manera uniforme se produce lo que se llama “jurisprudencia uniforme” sobre esa materia. Sobre todo si emana de la Corte Suprema, que mediante la casación en el fondo unifica la jurisprudencia, se produce un antecedente muy fuerte en favor de una forma constante de interpretar y aplicar la ley.

La Corte Suprema tiene, por disposición constitucional, la superintendencia directiva de todos los tribunales de la República. Aunque los tribunales inferiores no están obligados a ajustarse a una determinada interpretación de la ley realizada por la Corte Suprema, una razón de subordinación hace que por lo general se acate el criterio del más alto tribunal. Por otra parte, un recurso corriente de los abogados en los alegatos y escritos es apoyar la tesis expuesta, señalando una jurisprudencia favorable a la pretensión, especialmente si ella emana de la Corte Suprema.

Lo anterior no significa que el más alto tribunal mantenga siempre un criterio invariable en la interpretación de la ley.

En algunas ocasiones, porque no se estimaba satisfactoria la solución dada con anterioridad en algún caso de difícil interpretación y aplicación legal. Puede señalarse al efecto el determinar la sanción que acarrea el no realizar las inscripciones que establece el artículo 688 del Código Civil. La Corte Suprema, entre 1905 y 1912, dictó cinco sentencias al respecto con criterios diversos; el último criterio adoptado es, sin embargo, criticado por la doctrina.

En otros casos la evolución de una institución en el tráfico jurídico determinó adaptar los criterios a las realidades prácticas. Así, al plazo que señala para el contrato de promesa el artículo 1554 del Código Civil se le dio, durante mucho tiempo por la jurisprudencia, el carácter de extintivo. Los insolubles problemas prácticos que originaban este criterio determinaron un cambio en la jurisprudencia que hoy estima que dicho plazo tiene el carácter de suspensivo.

En otras circunstancias el cambio está determinado por el apareamiento o agravación de ciertos problemas y conflictos en el medio social y la necesidad de adaptar la interpretación de la ley para darles solución. Por ejemplo, durante muchos años nuestros tribunales no aceptaron la indemnización del daño moral; no obstante, en un cambio de criterio, a partir del año 1922 se aceptó la indemnización del daño moral en la responsabilidad extracontractual, pero sólo a partir de 1951 en la responsabilidad contractual. Otro ejemplo lo encontramos en la reajustabilidad de las obligaciones. Nuestros tribunales estimaban sin excepción que nuestro Código Civil establecía el sistema nominalista y que el reajuste de las obligaciones era improcedente. Sin embargo, la acelerada y gran inflación que existió en el país transformó el problema del reajuste de las obligaciones para compensar la desvalorización monetaria en una materia urgente, de gran impacto social y de profunda justicia. De esta manera, a partir de una sentencia de la Corte de Concepción de 1972, se ha ido aceptando paulatinamente la reajustabilidad. En primer término, en las indemnizaciones por causa de expropiación, después en el pago de indemnizaciones laborales, en las indemnizaciones emanadas de la responsabilidad extracontractual, igualmente en las provenientes de responsabilidad contractual. Así, aceleradamente, se ha ido imponiendo el criterio de que en las obligaciones se debe un valor y no una cantidad de unidades monetarias. En forma paralela se produjo parcialmente la reforma legal y el Decreto N° 455 de 1974 derogó el artículo 2199 del Código Civil y estableció el reajuste de las obligaciones de crédito de dinero.

En uno u otro sentido, en forma siempre uniforme o a través de una variación de criterio que establece una nueva apariencia o práctica de interpretación del sistema normativo, los tribunales van modificando o creando una situación de derecho muchas veces con grandes proyecciones en la vida del cuerpo social.

Desde que nuestra jurisprudencia aceptó que la fuerza probatoria de las inscripciones del Registro Civil se reglaba por las normas que regulan la prueba del estado civil y no por las que determinan el valor probatorio de los instrumentos públicos, fue posible plantear y obtener la declaración de nulidad del matrimonio basada en una prueba testimonial. Es difícil apreciar hoy el impacto que, sin un cambio de legislación, significó esta nueva jurisprudencia en nuestra organización social.

Por lo tanto, aunque es fácil decir que la jurisprudencia no crea el derecho, que las sentencias no tienen más fuerza que la que les señala el artículo 3° del Código Civil, es posible ver que en la práctica el panorama real es muy diferente.

101. Es por lo anteriormente expuesto que los autores se han planteado muchas veces la interrogante de si la jurisprudencia es o no una fuente formal del derecho.

Es necesario destacar aquí, en primer término, las diferencias que existen al respecto entre el sistema legal codificado y el sistema anglosajón del *common law*.

En el derecho inglés, ya sea en el consuetudinario del *common law*, o en el de la *Equity*, que fue elaborado posteriormente, los precedentes judiciales tienen obligatoriedad jurídica. En la práctica, en Gran Bretaña los jueces están continuamente estableciendo una nueva legislación. Incluso el efecto práctico de la legislación emanada del Parlamento (*statute law*) depende de la manera en que los jueces la interpreten. Los jueces, en materia de derecho, están obligados por las resoluciones de cualquier tribunal superior y la Cámara de los Lores, que es el tribunal supremo, se encuentra obligada por sus propias decisiones anteriores.

En los sistemas codificados, la fuerza de la jurisprudencia varía de intensidad. En México los jueces deben acatar lo resuelto por el Tribunal Federal Superior quien, a su vez, sólo puede variar su jurisprudencia mediante un quórum más alto. En Francia, donde no existe la sentencia de reemplazo, la Corte de Casación puede hacer obligatorio su criterio al tribunal inferior a través de una resolución conjunta de las salas reunidas de la Corte, pero esta sentencia, por definitivo que sea su valor en la práctica, en teoría es sólo obligatoria en el caso en que se ha dictado.

Entre nosotros el alcance de la disposición del artículo 3° del Código Civil es que un tribunal no está jamás ligado por las decisiones que haya podido adoptar precedentemente; puede siempre cambiar de opinión.⁴⁸ Igualmente ningún tribunal está obligado a respetar la jurisprudencia de un tribunal superior.

No obstante ya hemos destacado la importancia y peso que tiene en la práctica, para los tribunales inferiores, una jurisprudencia emanada de la Corte Suprema.

102. Podemos entonces concluir que la jurisprudencia no podrá constituir en teoría una fuente formal del derecho, porque ella sólo tendrá valor general en cuanto los tribunales libremente decidan ajustar su criterio en determinadas materias a la jurisprudencia establecida.

⁴⁸ Véanse al efecto sentencias de la Excma. Corte Suprema absolutamente contradictorias sobre la misma materia. Dos de la misma sala y fecha: R. D. J., t. 78, s. 5, págs. 207 y 224, igualmente t. 79, s. 5, págs. 84 y 202.

Pero, aunque la sentencia no tiene la facultad de formular el derecho en forma general, sí lo establece en el caso particular que ella resuelve. Basta al efecto considerar la diferencia entre la interpretación legal que efectúe el juez y la que realice un jurista privado. La diferencia no estará en el contenido lógico; ambos estarán realizando una labor interpretativa, pero sí en el carácter vinculante que el ordenamiento jurídico reconoce a la sentencia y que niega el parecer privado del jurista.

La sentencia judicial es vinculante no porque al decidir la causa el tribunal la desee, sino porque las partes en la relación procesal se han sujetado objetivamente a la competencia del órgano jurisdiccional, y porque éste, al pronunciar la sentencia, excluye la posibilidad o relevancia de un juicio distinto del que se ha formulado.

Por lo tanto, para las partes, el derecho es aquel que el juez dictamina.

Como ya lo hemos señalado, la norma es casi siempre un criterio para muchos casos posibles; no es la realidad del derecho sino una mera posibilidad; el derecho se realiza a través de la decisión judicial; es ella la que constituye el derecho concreto.

De lo anterior resulta que si bien la jurisprudencia no es una fuente formal del derecho, en el sentido teórico de la expresión, por su falta de generalidad y obligatoriedad, para el particular sí lo es ya que su pretendido derecho, en caso de discusión, sólo será tal si el juez así lo reconoce.

– *La sentencia judicial*

103. Lo anterior nos lleva a analizar la sentencia judicial y sus efectos.

Las resoluciones judiciales están tratadas en el artículo 158 del Código de Procedimiento Civil. De las distintas resoluciones nos estamos refiriendo a la sentencia definitiva que, según la disposición citada, es la que pone fin a la instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio.

Ante todo debemos señalar que las sentencias emanan generalmente del poder judicial. El artículo 73 de la Constitución dice que la facultad de juzgar las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley.

Las sentencias deben contener los elementos que señala el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, los que podemos dividir en tres grupos. El primero es la parte expositiva de la sentencia que contiene la individualización de las partes y la enun-

ciación de las peticiones y acciones del demandante y excepciones y defensas del demandado. El segundo es la parte considerativa de la sentencia y contiene las consideraciones de hecho o de derecho que le sirven de fundamento y la enunciación de las leyes o principios de equidad con arreglo a los cuales se pronuncia. El tercero es la parte resolutive o dispositiva y contiene la decisión del asunto controvertido.

Para que en la práctica la sentencia verdaderamente resuelva el asunto controvertido es menester que lo que ella dispone pueda ser cumplido o que el litigio a que ha puesto fin no pueda renovarse. De esta necesidad nace lo que se denomina la acción y excepción de cosa juzgada.

104. La acción y excepción de cosa juzgada emanan de las sentencias firmes (artículo 175 del Código de Procedimiento Civil), que son aquellas que no pueden ser modificadas.

El artículo 174 del Código de Procedimiento Civil establece que se entenderá firme o ejecutoriada una sentencia si no procede recurso alguno contra ella, o desde que terminen los recursos deducidos, o desde que transcurran todos los plazos para interponerlos sin que se hayan hecho valer.

La cosa juzgada es irreversible, ya que la sentencia no puede ser modificada ni por los propios tribunales ni aun por el legislador. Aunque el inciso 2º del artículo 9º del Código Civil dice que las leyes interpretativas se entienden incorporadas a la ley interpretada, agrega que no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias ejecutoriadas en el tiempo intermedio.

La idea tradicional ha considerado la cosa juzgada como uno de los efectos de la sentencia y que dice relación con su específica eficacia. Los procesalistas actuales que señalan diversas categorías de sentencias (declarativas, constitutivas, de condena, ejecutivas, cautelares, etc.), hacen sutiles distinciones y concluyen que la cosa juzgada es una cualidad de ciertos efectos de algunas sentencias que se encuentran en determinada situación.

La acción de cosa juzgada la establece el artículo 176 del Código de Procedimiento Civil, diciendo que es la que corresponde a aquel a cuyo favor se ha declarado un derecho en el juicio, para el cumplimiento de lo resuelto o para la ejecución del fallo.

La excepción de cosa juzgada la determina el artículo 177 del mismo Código manifestando que puede alegarse por el litigante que haya obtenido en el juicio y por todos aquellos a quienes según la ley aprovecha el fallo, siempre que entre la nueva demanda y la anteriormente resuelta haya:

1º Identidad legal de personas;

- 2º Identidad de la cosa pedida, y
3º Identidad de la causa de pedir.

La entidad de personas es el límite subjetivo de la cosa juzgada. Para estas partes, que pueden ser de distintas especies, ya sea originarias, ya sea por sucesión, por adhesión o por sustitución, debe existir identidad en sentido legal (jurídico), mas no en sentido físico. Es decir, los límites subjetivos de la cosa juzgada se extienden exclusivamente a los sujetos de la relación substancial controvertida y a sus herederos o sucesores a cualquier título.

Veremos más adelante cómo la sentencia puede afectar reflejamente a extraños a quienes no alcanza la cosa juzgada.

Los límites objetivos de la cosa juzgada son la cosa pedida u objeto pedido y la causa de pedir.

El Código no define lo que se entiende por objeto o cosa pedida, pero los tratadistas sostienen que está constituido por “el beneficio jurídico que se persigue por litigante”.

Así si en distintos juicios se litiga respecto a una misma cosa, pero el beneficio jurídico perseguido en ella es distinto, no existirá identidad de la cosa pedida.

El inciso final del mismo artículo 177 del Código de Procedimiento Civil dice que: “Se entiende por causa de pedir el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio”.

Los procesalistas actuales, dentro del nuevo concepto de la acción, estiman que la causa de pedir es la “razón de la pretensión deducida en juicio”.

Se ha discutido si la causa de pedir es la causa próxima o la causa remota. Por ejemplo, si alguien pide la nulidad de un contrato por error, podrá estimarse que la causa de pedir es un vicio del consentimiento (causa próxima) o bien que es el error (causa remota). Según cuál sea el criterio que se adopte existirá o no cosa juzgada frente a una nueva demanda por otro vicio del consentimiento.

105. Más allá de la cosa juzgada la eficacia de la sentencia puede alcanzar a terceros que no han sido ni son partes en el litigio. Se trata de situaciones en que la relación controvertida entre las partes es conexa a situaciones jurídicas configuradas substancialmente respecto de terceros.

Estos terceros son afectados por la sentencia no en razón de la eficacia de la cosa juzgada, pues al efecto falta la identidad legal de personas, sino porque la relación controvertida se conexiona con situaciones jurídicas propias.

Así, por ejemplo, el artículo 2381 del Código Civil dispone que la fianza desaparece por la extinción de la obligación princi-

pal en todo o parte, de tal manera que si en un juicio se declara la nulidad de una obligación, el fiador del deudor queda liberado, esto es, la sentencia lo afecta extinguiendo la fianza, aunque no ha sido parte en el juicio. Igualmente si se declara la rescisión de una primera hipoteca, el segundo acreedor hipotecario pasa a ser afectado y beneficiado por la sentencia, porque la suya pasa a ser primera hipoteca, y esto sin tener la calidad de parte.

Estos efectos que alcanzan a terceros que no han sido parte en el litigio y que, por lo tanto, no provienen de la eficacia de la cosa juzgada, son lo que se ha denominado efectos reflejos de la sentencia.

106. Existen, sin embargo, sentencias que son absolutas, que, más allá de la cosa juzgada, no sólo afectan a las partes, sino a todo el mundo.

A este respecto debemos distinguir entre las sentencias declarativas y las sentencias constitutivas.

Las sentencias declarativas son las que se dictan en los juicios del mismo carácter, que son los que se limitan a reconocer una situación de derecho creada anteriormente. A ellos se aplica la relatividad de la cosa juzgada.

Paralelamente tenemos los juicios constitutivos que por su sentencia crean una situación jurídica nueva. Estas sentencias producen efectos *erga omnes*, es decir, atañen a todo el mundo. Basta considerar al respecto las sentencias que establezcan una interdicción, una separación de bienes o que declaren una quiebra.

Excepcionalmente hay sentencias declarativas que, por expresa disposición de la ley, producen efectos generales.

Así el artículo 315 del Código Civil dispone: “El fallo judicial que declara verdadera o falsa la legitimidad del hijo, no sólo vale respecto de las personas que han intervenido en el juicio, sino respecto de todos, relativamente a los efectos que dicha legitimidad acarrea.

La misma regla deberá aplicarse al fallo que declara ser verdadera o falsa una maternidad que se impugna”.

Otro ejemplo lo encontramos en el artículo 1246 del Código Civil que establece: “El que a instancia de un acreedor hereditario o testamentario ha sido judicialmente declarado heredero, o condenado como tal, se entenderá serlo respecto de los demás acreedores, sin necesidad de nuevo juicio.

La misma regla se aplica a la declaración judicial de haber aceptado pura y simplemente o con beneficio de inventario”.

Por último podemos señalar el caso de la prescripción, ya que el artículo 2513 del Código Civil dice que: “La sentencia judicial

que declara una prescripción hará las veces de escritura pública para la propiedad de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos; pero no valdrá contra terceros sin la competente inscripción”.

Debemos, finalmente, señalar que hay sentencias que, por disposición de la ley, no producen determinados efectos. El inciso 1º del artículo 320 del Código Civil dispone: “Ni prescripción ni fallo alguno, entre cualesquiera otras personas que se haya pronunciado, podrá oponerse a quien se presente como verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros, o como verdadero hijo del padre o madre que le desconoce”.

LOS SUJETOS DEL DERECHO

PERSONA Y RELACION JURIDICA

– *Sujetos*

107. El primer elemento de la relación jurídica son los sujetos.

La palabra “relación” implica por sí misma la idea de personas que se encuentran ligadas jurídicamente. En forma próxima o mediata la existencia de sujeto es indispensable para la posibilidad de una relación jurídica.

Como ya lo hemos señalado anteriormente, para un hombre aislado la idea de derecho, el concepto de relación jurídica, son totalmente extraños. Es la sociedad, la vida de relación, la que da existencia y significado a estos términos.

Los sujetos de derecho son las personas. El término persona significa precisamente en derecho la posibilidad de ser sujeto de una relación jurídica.

Mientras la idea de personalidad implica la posibilidad de ser sujeto de una relación jurídica, de un derecho, cuando una persona llega a ser precisamente sujeto de una relación, de un derecho determinado, decimos que es “titular” del mismo.

Ahora bien, si analizamos los aspectos de sujeto activo y sujeto pasivo de la relación jurídica para individualizar a uno y otro sujeto, debemos hablar de “acreedor” y “deudor”. Estas designaciones, que son muy exactas, tienen, sin embargo, el inconveniente de usarse normalmente no para deferirse a los sujetos de cualquiera relación jurídica, sino de una clase determinada, la relación jurídica personal.

LAS PERSONAS NATURALES

– *Concepto y existencia*

108. En primer término son personas los hombres, el ser humano. Nuestro Código Civil dice en su art. 55: “Son *personas* todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”.

Esta definición acentúa la igualdad de los hombres ante el derecho. Puede parecer redundante en su enumeración; no lo es, sin embargo, si pensamos en condiciones históricas, a veces muy próximas, que la justifican. Basta pensar en la existencia de la esclavitud que privaba a ciertos hombres, los esclavos, de su condición de personas. Nuestro propio Código Civil en los arts. 95 a 97, hoy derogados, privaba de la personalidad a los denominados muertos civiles, que eran aquellos que habían hecho profesión solemne en un instituto monástico reconocido por la Iglesia Católica.

A los hombres los designamos “personas naturales” para diferenciarlos de las personas jurídicas, que estudiaremos más adelante.

El nacimiento constituye el inicio de la personalidad natural. El art. 74 del C. Civil expresa: “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre.

La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás”.

Por lo tanto, para que el nacimiento constituya un principio de existencia se requiere que la criatura haya sido totalmente separada de su madre, lo que se realiza al cortar el cordón umbilical. Se requiere también que haya sobrevivido a esta separación un momento siquiera. Este es un punto en casos de duda de comprobación médica y se traduce generalmente en que haya alcanzado a respirar. En otras legislaciones se exige además la viabilidad. Esto es, que el recién nacido nazca con posibilidades de sobrevivir.

Cuando el nacimiento no constituye un principio de existencia se reputa que la criatura no ha existido jamás, pero no obstante esta afirmación y el hecho de que la personalidad sólo comience con el nacimiento, existe una realidad, cual es la de la criatura ya concebida, realidad que no ha podido ser ignorada por el derecho.

El propio Código Civil establece en su art. 75 que la ley protege la vida del que está por nacer. En su art. 77 dispone, además, que “los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron”.

Lo anterior está de acuerdo con lo dispuesto en las sucesiones por el art. 962 del C. Civil que hace válidas las asignaciones hechas a personas que no existen al tiempo de abrirse la sucesión, pero se espera que existan.

Igualmente los arts. 485 y ss. del C. Civil disponen que, a falta de patria potestad de padre o madre, se nombrará un curador de bienes para los derechos eventuales del que está por nacer.

Por su parte, la legislación penal configura también como delito los atentados contra la vida de la criatura que aún no ha nacido.

LA MUERTE NATURAL

109. Tal como el nacimiento determina el comienzo de la persona natural, la muerte implica el fin de la existencia de la misma.

El artículo 78 del Código Civil dispone: “La persona termina en la muerte natural”.

La muerte es la terminación de las funciones vitales del individuo.

Es un concepto claro, aunque hoy día se habla también de “muerte clínica”. Se entiende por tal un estado en que se conservan algunas funciones vitales, especialmente vegetativas, que se mantienen, por lo general, en forma artificial, pero, no obstante ellas, el individuo ha perdido toda conciencia o proceso intelectual.

El concepto de muerte clínica o cerebral ha sido aceptado por la Ley N° 18.173, de 15 de noviembre de 1982, que autoriza el trasplante de órganos de cadáveres con fines terapéuticos. En tal caso el certificado de defunción se otorgará “cuando se haya comprobado la abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas, lo que se acreditará mediante la certeza diagnóstica de la causa del mal y, a lo menos, dos evidencias electroencefalográficas”.

110. La muerte es un hecho jurídico natural; como hecho jurídico produce consecuencias de derecho; por este motivo es necesario poder determinar la fecha de la muerte.

La fecha de la muerte será la que indique la inscripción respectiva en el Registro de Defunciones del Registro Civil. Dicha fecha es requisito esencial de la inscripción según el artículo 50 de la Ley N° 4.808. De acuerdo al artículo 45, al requerirse la inscripción debe presentarse un certificado médico de fallecimiento.

El artículo 79 del Código Civil reglamenta el caso de los comurientes. Si dos o más personas han perecido en un mismo acontecimiento y “no pudiere saberse el orden en que han ocurrido sus fallecimientos”, se procederá como si todas hubieren perecido en un mismo momento, y ninguna de ellas hubiere sobrevivido a las otras.

Dijimos que la muerte producía numerosos efectos jurídicos:

a) En primer término la sucesión de los bienes de una persona se abre al momento de su muerte (art. 955 C. C.); al mismo tiempo se defieren las asignaciones hereditarias o testamentarias, excepto las condicionales (art. 956 C. C.). Sólo pueden suceder los que existan en ese momento. Excepto los que ya estén concedidos en ese instante (arts. 962 y 77 del C. C.).

b) El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges (artículo 37 de la Ley de Matrimonio Civil).

c) La muerte determina la extinción de los derechos intransmisibles. Así, por ejemplo: el derecho de pedir alimentos (art. 334 C. C.); la expectativa del fideicomisario (art. 762); los derechos de usufructo, uso o habitación (arts. 773 y 812); la expectativa de una asignación testamentaria condicional (art. 1078); la solidaridad de una obligación no pasa individualmente a los herederos de los deudores solidarios (art. 1523);

d) Hay contratos que se extinguen por la muerte de uno de los contratantes, así: El de confección de una obra material (art. 2005); el de sociedad (art. 2103); el de mandato (art. 2163); el de comodato (art. 2180); el de renta vitalicia (en los términos de los arts. 2264 y 2274).

e) En materia de formación del consentimiento, la oferta se extingue por la muerte del proponente (art. 101 C. de Comercio).

f) En materia de familia la muerte determina la emancipación de los hijos, por la muerte del padre, salvo que corresponda a la madre ejercer la patria potestad, y por la muerte de la madre, en caso de que ella la ejerza (art. 266 N°s 1° y 2°).

g) Algunas instituciones terminan por la muerte del que las desempeña. Por ejemplo: las guardas, cargos otorgados en atención a las personas (art. 531); el albaceazgo (art. 1279).

h) Por último, podemos señalar también que por la muerte se extinguen determinadas acciones civiles. Entre otras la acción de nulidad del matrimonio que, según el artículo 34 de la Ley de Matrimonio Civil, no podrá intentarse si no viven ambos cónyuges, salvo casos de excepción que contienen el mismo artículo y el siguiente; igualmente el artículo 24 de la misma ley dispone que la acción de divorcio corresponde únicamente a los cónyuges.

LA MUERTE PRESUNTA

111. Pero como fin de la existencia de las personas existe también en el derecho la institución de la muerte presunta.

Se presume la muerte de la persona que ha desaparecido y de quien no se tienen noticias si se cumplen los demás requisitos que señala la ley.

Después de un cierto espacio de tiempo debe determinarse si está viva o ha muerto una persona que ha desaparecido de su domicilio y de la cual no se tienen noticias.

Es el juez quien debe declarar la presunción de muerte presunta por desaparecimiento, por medio de una sentencia judicial ejecutoriada.

El Código Civil reglamenta con gran detalle la muerte presunta en los artículos 80 a 94. Ello porque es necesario cautelar los intereses del mismo ausente, mientras no se otorga la posesión definitiva de sus bienes; los intereses de los presuntos herederos del desaparecido; el interés de sus acreedores; por último, el interés social involucrado en la certidumbre y actividad de un patrimonio.

La declaración puede solicitarla al juez cualquiera persona que tenga interés en ello.

112. En la muerte presunta se distinguen en general tres períodos: el de mera ausencia; el de posesión provisoria de los bienes del desaparecido; el de posesión definitiva de dichos bienes.

El período de posesión provisoria no está siempre presente, para lo cual se atiende a la edad del desaparecido y a las circunstancias en que se produjo su desaparicimiento.

El período de mera ausencia comienza desde que han dejado de tenerse noticias del ausente. Es un estado de hecho en el cual el objetivo fundamental es proteger los derechos del ausente, para lo cual se tiende a la administración de sus bienes. Si el ausente ha dejado apoderados o representantes con poder suficiente o tiene un representante legal, ellos administrarán los bienes y no se adop-

tará medida especial alguna. Si no existen tales apoderados o representantes procede nombrar un curador de los bienes del ausente en conformidad a los artículos 473 y ss. del Código Civil.

El período de mera ausencia dura normalmente cinco años, pero durará un año si la desaparición se produjo en un sismo o catástrofe (art. 81 N° 9° del C. C.); o seis meses si provino de la pérdida de una nave o aeronave (art. 81 N° 8° del C. C.).

El período de la posesión provisoria de los bienes del desaparecido no existirá en los dos casos de excepción señalados en el párrafo anterior, o bien, cuando el desaparecido recibió una herida grave en la guerra o le sucedió otro peligro semejante (art. 81 N° 7° del C. C.). En estas situaciones se concede de inmediato la posesión definitiva de los bienes del desaparecido.

La posesión provisoria o definitiva de los bienes es una consecuencia de la declaración de muerte presunta.

113. Para declarar la muerte presunta es indispensable que:

a) Se pruebe la ausencia. Para este efecto no basta la simple ausencia física; es además necesario que no se hayan recibido noticias del desaparecido y que se hayan efectuado todas las posibles gestiones y diligencias para averiguar su paradero (art. 81 N° 1°).

b) La citación del desaparecido. Se efectúa por una publicación repetida tres veces en el Diario Oficial (art. 81 N° 2°).

c) Que se oiga al Defensor de ausentes (art. 81 N° 4°).

d) Que hayan transcurrido los plazos que la ley señala y a que nos hemos referido. Además el que tenga interés en ella no puede pedir la declaración de muerte sino transcurridos tres meses a lo menos desde la última citación (art. 81 N° 3°).

e) La sentencia debe publicarse en el Diario Oficial (art. 81 N° 5°).

Es además indispensable fijar el día presuntivo de la muerte. Para este efecto se atiende a las causas que motivaron el desaparecimiento y al respecto se fijan una norma general y dos excepciones.

La norma general es que el juez fijará como día presuntivo de la muerte el último del primer bienio contado desde la fecha de las últimas noticias (art. 81 N° 6°).

La primera excepción la encontramos cuando el desaparecido recibió una herida grave en la guerra o le sobrevino otro peligro semejante. El juez fijará como día presuntivo de la muerte el de la acción de guerra o peligro o, no siendo enteramente determinado ese día, un término medio entre el principio y el fin de la época en que pudo ocurrir el suceso. El mismo criterio se aplica en los casos de pérdida de una nave o aeronave (art. 81 N° 7° y 8°).

La segunda excepción se produce cuando el desaparecimiento ha coincidido con un sismo, catástrofe o fenómeno natural; será la fecha de tal evento la que el juez fijará como día presuntivo de la muerte (art. 81 N° 9°).

114. El decreto de posesión provisoria tiene diferentes efectos. En primer lugar pone término a la sociedad conyugal o al régimen de participación en los gananciales, según cual hubiera habido con el desaparecido (art. 84 y 1764 N° 2° del C. C.). Se produce la emancipación de los hijos, salvo que el desaparecido sea el padre y le corresponda ejercer la patria potestad a la madre (art. 266 N° 1°, 6° y 7° del C. C.). Se abre la sucesión del desaparecido. Al efecto se procede a la apertura y publicación del testamento, si hubiere dejado alguno; en caso contrario se da la posesión provisoria a los herederos presuntivos; si no existieren se declara la herencia yacente (arts. 84, 955 y 1240 del C. C.).

Se entienden por herederos presuntivos los testamentarios o legítimos a la fecha de la muerte presunta. Tienen los derechos y limitaciones que señalan los artículos 85 a 89 del Código Civil.

El decreto de posesión provisoria termina o bien porque el presunto desaparecido reaparece o porque se concede la posesión definitiva de sus bienes.

115. El decreto de posesión definitiva de los bienes del desaparecido se concede sin pasar por la etapa de la posesión provisoria en los casos que ya hemos analizado.

Fuera de esos casos de excepción se concede también de inmediato si pasados los cinco años desde las últimas noticias se probare que han transcurrido setenta desde el nacimiento del desaparecido. El juez concederá la posesión definitiva transcurridos diez años desde la fecha de las últimas noticias, cualquiera que fuere la edad del desaparecido a la expiración de dicho plazo.

El decreto de posesión definitiva produce diversos efectos:

En primer término determina la disolución del matrimonio. A este efecto el artículo 38 de la Ley de Matrimonio Civil exige para ello que pasados cinco años de las últimas noticias el desaparecido tuviere más de setenta años de edad; en caso contrario, que hubieren transcurrido quince años desde las últimas noticias. Lo anterior no se aplica en el caso de que la desaparición se deba a la pérdida de una nave o aeronave, porque entonces el matrimonio se disuelve transcurridos dos años desde el día presuntivo de la muerte (art. 38 de la Ley de Matrimonio Civil, art. 81 N° 8° del C. C.).

En segundo lugar, todos aquellos que tengan derechos subordinados a la condición de muerte del desaparecido podrán hacerlos valer (legatarios, p. ej.), (art. 91 del C. C.).

En tercer término, si no hubiere precedido posesión provisoria, por el decreto de posesión definitiva se abrirá la sucesión según las reglas generales (art. 90 inc. 3º del C. C.).

En cuarto término se cancelan las cauciones constituidas por los herederos provisorios y cesan las restricciones impuestas a ellos (art. 90 incisos 1º y 2º del C. C.). En consecuencia, los herederos no tendrán limitaciones y podrán enajenar libremente los bienes de la herencia.

Finalmente, y en conformidad a las normas generales, podrá procederse a la partición de los bienes.

116. Naturalmente esta presunción no puede sobreponerse a la realidad. Por ello el artículo 93 del Código Civil dispone: “El decreto de posesión definitiva podrá rescindirse a favor del desaparecido si reapareciere, o de sus legitimarios habidos durante el desaparecimiento, o de su cónyuge por matrimonio contraído en la misma época”.

La revocación o rescisión del decreto de posesión definitiva puede pedirla el presunto desaparecido en cualquier tiempo; las demás, dentro de los respectivos plazos de prescripción, plazo que se contará desde la muerte del desaparecido.

Pronunciada la rescisión, los herederos presuntivos deben restituir los bienes en el estado en que se hallaren y serán considerados poseedores de buena fe, a menos de prueba en contrario (art. 94, reglas 4ª y 5ª). Por lo tanto, estando de buena fe, no pesa sobre ellos ninguna responsabilidad y no deben devolver el valor de las enajenaciones efectuadas. Cabría preguntarse si este valor no podría serles exigido a través de una acción de enriquecimiento sin causa.

Respecto a los terceros, el reaparecido carecerá de acciones frente a ellos y las enajenaciones efectuadas a su favor continuarán a firme (art. 94, regla 4ª del C. C.).

En último término, cabe señalar que la regla 6ª del artículo 94 dispone que: “El haber sabido y ocultado la verdadera muerte del desaparecido, o su existencia, constituye mala fe”.

ATRIBUTOS DE LA PERSONALIDAD

– *Concepto*

117. Existen ciertos elementos que son inherentes, que integran el concepto mismo de la personalidad. A veces se les deno-

mina atributos de la personalidad, pero esta expresión es engañosa, porque ellos no consisten solamente en derechos o prerrogativas, sino que imponen simultáneamente deberes o cargas.

Desde el momento en que se tiene personalidad se tienen los atributos anexos a ella, pero, al mismo tiempo, se está sujeto a los deberes o cargas que impone. No pueden los atributos ser negados a una persona, ni ésta tampoco puede despojarse de ellos. Igual sucede con los deberes o cargas inherentes a ella; la ley los impone por sobre la voluntad de los interesados.

Desde el punto de vista económico se trata de bienes extrapatrimoniales, sin un significado o valor económico directo. Ello no impide que puedan llegar a tenerlo especialmente cuando se lesionan dichos atributos y hay lugar a una indemnización.

Muchos autores en lugar de atributos de la personalidad hablan de derechos de la personalidad. Creemos que esta denominación sólo conduce a equívocos. Los atributos de la personalidad son calidades que corresponden a todo ser humano sólo en virtud de ser tal; en cambio “derechos” son aquellos esenciales o absolutos que pueden ejercerse eventualmente y están destinados a proteger elementos que la constituyen, como el derecho a la vida, a la integridad física, al honor, etc.

Desde este punto de vista podemos decir que los atributos esenciales de la personalidad son:

- a) el nombre,
- b) la capacidad,
- c) la nacionalidad,
- d) el domicilio,
- e) el estado civil,
- f) el patrimonio,
- g) los derechos de la personalidad.

EL NOMBRE

118. El nombre es la designación que sirve para individualizar a una persona en la vida social y jurídica.¹

El nombre de las personas está constituido por dos elementos: el pronombre, o nombre propiamente tal, que individualiza a una persona dentro del grupo familiar; y el o los apellidos, o nombre patronímico o de familia, que señala a los que pertenecen a un

¹ R. D. J., t. 81, s. 2, p. 117.

grupo familiar determinado. El conjunto de ambos individualiza a una persona en el cuerpo social.

El Código Civil no reglamenta el nombre; no obstante lo anterior numerosas disposiciones se refieren al nombre y apellido de una persona. Así, por ejemplo, los artículos 103, 447, 455, 690, 691, 1016, 1023, 1024, 1037 y 1432. La Ley N° 4.808 sobre Registro Civil dispone en su artículo 31 que las partidas de nacimiento deberán contener: “3° El nombre y apellido del nacido, que indique la persona que requiere la inscripción”. Por su parte, el N° 4° establece que la inscripción contendrá también los nombres y apellidos de los padres si el recién nacido fuese hijo legítimo; y si fuese ilegítimo, el del padre o madre que le reconozca o haya reconocido. La misma disposición prohíbe imponer nombres extravagantes, ridículos, impropios o equívocos.

El artículo 14 de la Ley N° 7.613 sobre adopción autoriza al adoptado para tomar el o los apellidos del o de los adoptantes. De acuerdo con la Ley N° 16.346 sobre Legitimación Adoptiva, la sentencia que la conceda ordenará que se inscriba al adoptado legítimamente como hijo de los adoptantes (art. 8°).

Por su parte el Código Penal protege el nombre castigando al que en un instrumento cometiere falsedad “contrahaciendo o fingiendo letra, firma o rúbrica” (arts. 193 y 197) y, más directamente, en el artículo 214, que pena al que “usurpare el nombre de otro”. El artículo 468 castiga al que defraudare a otro usando nombre fingido.

El nombre, considerado como un bien extrapatrimonial, es indivisible, irrenunciable, imprescriptible, intransferible, intransmisible (salvo el derecho de los hijos de usar el patronímico de sus padres), inembargable e inmutable, salvo las excepciones que analizaremos.

119. De acuerdo con lo expresado, el nombre se adquiere en primer término por filiación. El hijo legítimo tiene el nombre que sus padres le asignen y el patronímico formado por los apellidos de éstos. Esta no es una costumbre universal; en otras partes, especialmente en Europa y en los países sajones, el patronímico está compuesto exclusivamente por el apellido del padre. El apellido de soltera de la madre sólo se usa, a veces, para una mayor singularización, como un segundo nombre entre éste y el patronímico. De esto resulta que el apellido paterno es siempre el último del nombre total, y que la costumbre nuestra de usar ambos apellidos produce la confusión de hacer creer que el apellido materno es el paterno.

Lo anterior tiene atinencia con los efectos del matrimonio en relación con el patronímico de la mujer. En otros países la

mujer al casarse pierde su patronímico y pasa a tener el apellido del marido. Entre nosotros, sin ninguna disposición legal que regule materia en uno u otro sentido, la mujer al casarse conserva su patronímico agregando el apellido del marido, precedido de la reposición “de”.

Ya hemos visto que los hijos ilegítimos (naturales o no) toman el apellido del padre que los hubiere reconocido. Los hijos adoptivos corrientes pueden tomar el apellido de su adoptante; los adoptados en forma legítima, necesariamente el del matrimonio que los ha adoptado.

120. Hemos dicho que, en general, el nombre es inmutable, pero a este efecto la Ley N° 17.344 autorizó el cambio de nombre y apellidos. Conviene hacer presente que aun antes de la dictación de dicha ley, nuestros tribunales habían procedido a autorizar el cambio de nombres cuando éstos eran ridículos o de otra manera lesivos a las personas. Se fundaban en la facultad general de alterar o modificar las inscripciones contenidas en los artículos 17 y 18 de la Ley de Registro Civil.

La Ley N° 17.344 consagra el derecho de una persona de usar los nombres y apellidos con que haya sido inscrita, pero autoriza a solicitar, por una sola vez, su cambio, por tres órdenes de razones: a) si menoscaban moral o materialmente a la persona (ridículos, risibles, etc.); b) cuando la persona ha sido conocida por un nombre distinto en la vida civil durante más de cinco años; y c) para que la inscripción no haga manifiesta una filiación ilegítima.

Después de hecha la alteración la persona no podrá usar en el futuro sino su nuevo nombre.

121. El seudónimo es un nombre imaginario que voluntariamente adopta una persona para esconder o caracterizar su verdadera personalidad en una actividad determinada. Corrientemente el seudónimo es usado en las labores literarias.

Muchas veces el renombre de la persona en la actividad en que utiliza el seudónimo hace que éste desplace al verdadero nombre y que llegue a ser conocida exclusivamente por él (Gabriela Mistral, p. ej.).

Aunque a diferencia del nombre el seudónimo no es impuesto sino voluntario, sirve también para un proceso de identificación de la persona.

El Código Civil no reglamenta ni se refiere al seudónimo. Distinto es el caso con la Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual. Dicha ley en la letra c) de su art. 5° denomina obra seudónima “aquella en que el autor se oculta bajo un seudónimo que no lo

identifica...”; por su parte el artículo 8º dice que “se presume que es autor de la obra la persona que figure como tal en el ejemplar que se registra, o aquella a quien, según la respectiva inscripción, pertenece el seudónimo con que la obra es dada a la publicidad”. Por último el Nº 5 del art. 14 da al autor el derecho de exigir que se respete su voluntad de mantener la obra anónima o seudónima.

Dicha ley en su artículo 1º dice que el derecho de autor comprende los derechos patrimonial y moral, que protegen el aprovechamiento, la paternidad e integridad de la obra. El derecho patrimonial contiene el aprovechamiento de la obra y los beneficios pecuniarios que de ella provengan. El seudónimo formará parte del derecho moral como lo señala el art. 14 de la ley; como tal será un derecho extrapatrimonial y, por lo tanto, intransferible pero transmisible por expresa disposición del artículo 15 de la ley.

Formando parte de la propiedad intelectual gozará de la protección que la Ley Nº 17.336 otorga a dicha propiedad.

LA CAPACIDAD

122. Desde el nacimiento el ser humano puede ser sujeto de relaciones jurídicas, puede ser titular de derechos; en otros términos, adquiere personalidad.

Uno de los atributos de la personalidad es precisamente lo que se denomina “capacidad de goce”; es decir, la posibilidad de ser titular de derechos.

Pero ser titular de derechos no implica necesariamente el que esté habilitado para ejercerlos personalmente. Esta posibilidad es lo que se denomina “capacidad de ejercicio”.

Si bien toda persona, por ser tal, tiene capacidad de goce, no todas poseen capacidad de ejercicio. En otros términos, aunque pueden ser titulares de derechos no pueden ejercitar dichos derechos por sí mismas.

Por lo tanto, en relación a la capacidad de ejercicio debemos distinguir entre capaces e incapaces. No hay persona que no tenga capacidad de goce, pero las hay que no tienen capacidad de ejercicio.

La regla general es la capacidad. El art. 1446 del C. Civil dispone: “Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces”.

Estas incapacidades están establecidas en razón de que el legislador considera que determinadas personas no tienen discernimiento para actuar en la vida jurídica, o no tienen el suficiente discernimiento para actuar en ella correctamente.

El art. 1447 del C. Civil señala los casos de incapacidad y establece dos tipos de ella: la incapacidad absoluta y la incapacidad relativa.

Los incapaces absolutos no pueden actuar nunca personalmente en la vida jurídica; pueden actuar sólo representados. Los incapaces relativos, además de actuar representados, pueden actuar también personalmente si son debidamente autorizados.

El mismo artículo que hemos señalado establece que son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito.

Son relativamente incapaces los menores adultos y los disipadores que se hallen bajo interdicción de administrar lo suyo.

Dementes son los seres privados de razón y son absolutamente incapaces, se encuentren o no declarados en interdicción por causa de demencia.

Con relación a la edad, las personas son plenamente capaces, como lo dispone el art. 26 del C. Civil, al cumplir 18 años de edad. Menores de esa edad se dividen en impúberes y menores adultos.

Impúberes son el hombre que no ha cumplido 14 años y la mujer que no ha cumplido 12, y la ley los considera absolutamente incapaces. Mayores de esa edad y hasta cumplir 18 años se denominan menores adultos y son relativamente incapaces.

El disipador, como lo establece el art. 445 del C. Civil, es el que manifiesta una total falta de prudencia por actos repetidos de dilapidación. Debe haber sido declarado en interdicción como disipador para que, ante la ley, sea relativamente incapaz.

Hemos visto que los incapaces pueden actuar en la vida jurídica representados y los relativamente incapaces también autorizados. Las personas a quienes corresponde esta representación o autorización son las que la ley denomina “representantes legales”.

El art. 43 del C. Civil dice: “*Son representantes legales* de una persona el padre o la madre legítimos, el adoptante y su tutor o curador”.

De acuerdo con lo anterior el representante legal de los hijos no emancipados será el padre o madre que ejerza la patria potestad. El adoptante será el representante del adoptado. Para las personas sometidas a tutela o curaduría será el guardador que desempeñe el cargo el que las represente.

El inc. final del art. 1447 del Código Civil se refiere a otras incapacidades particulares. No se trata aquí de verdaderas incapacidades sino de prohibiciones impuestas a determinadas personas para realizar ciertos actos. Encontramos ejemplos de estos casos en los arts. 402, 412, 1294, 1796 a 1800, etc., del Código Civil.

LA NACIONALIDAD

123. La nacionalidad es el vínculo jurídico que une a una persona con un Estado determinado.

Este vínculo crea derechos y deberes entre el Estado y el sujeto. Los deberes del sujeto, que son a la vez los derechos del Estado, se encuentran por lo general establecidos en las leyes y consisten principalmente en defender y prestar determinados servicios al Estado y en respetar su ordenamiento jurídico (Constitución, artículos 22 y 23).

Los deberes del Estado, que son recíprocamente los derechos del sujeto, derechos del hombre, son normalmente de carácter constitucional. Esencialmente comprenden el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, la protección de los derechos, la admisión a los empleos y funciones públicas, la igual repartición de los impuestos y contribuciones, etc. (Constitución, artículo 19).

El artículo 56 del Código Civil dispone que: “Son *chilenos* los que la Constitución del Estado declara tales. Los demás son *extranjeros*”.

La Constitución en su artículo 10 señala cinco formas de adquirir la nacionalidad chilena. En primer término por nacer en el territorio chileno; habiendo nacido en el extranjero por ser hijo de padre o madre chilenos y avecindarse en Chile; siendo extranjero por obtener carta de nacionalización en conformidad a la ley, y los que obtuvieren especial gracia de nacionalización por ley.

Lo mismo que la nacionalidad se adquiere, también puede perderse. El artículo 11 de la Constitución señala las causales de pérdida de la nacionalidad.

La nacionalidad debe ser una, pero el mismo artículo 11 a que nos hemos referido permite la doble nacionalidad cuando los chilenos deban adoptar la del país en que residan como exigencia legal o constitucional para su permanencia en él.

124. En materia de derecho privado el artículo 57 del Código Civil establece que “la ley no reconoce diferencias entre el chileno y el extranjero en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regla este Código”.

Este principio tiene muy escasas excepciones. El Decreto Ley N° 1.939 de 1977 limita, en su art. 6° a sólo las personas naturales o jurídicas chilenas la ocupación a cualquier título de ciertas tierras fiscales. El art. 7° prohíbe a determinados extranjeros la propiedad, posesión o mera tenencia de bienes raíces en la Provincia de Arica u otras que determine el Presidente de la República.

En el Código Civil encontramos ciertas distinciones entre chilenos y extranjeros. Por ejemplo en el caso de extraterritorialidad de nuestra ley que establece el artículo 15 y que se refiere sólo a los chilenos. Igualmente en el artículo 998 que da cierta protección a éstos en la sucesión de un extranjero que se abra dentro o fuera del territorio de la República.

En otras materias el artículo 611 sólo permite pescar en el mar territorial a los chilenos y extranjeros domiciliados. Los extranjeros no domiciliados no pueden ser testigos de un testamento (art. 1012 N° 10), ni tampoco testigos de un matrimonio (artículo 14 N° 6° de la Ley de Matrimonio Civil).

EL DOMICILIO

125. El domicilio es el asiento jurídico de una persona para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

El artículo 59 del Código Civil lo define como “la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella”. Agrega que se divide en político y civil.

126. El artículo 60 dice que el domicilio político es relativo al territorio del Estado en general. El que lo tiene o adquiere es o se hace miembro de la sociedad chilena, aunque conserve la calidad de extranjero.

El domicilio político no se refiere a los derechos de esa designación; significa que una persona se encuentra vinculada al país, no a un lugar determinado de él, sino al país entero, como dice el Código, a la sociedad chilena. Los chilenos lo tienen por origen; los extranjeros por el hecho de habitar en Chile. Por eso el artículo 14 del Código Civil dice que la ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros; y, a su vez, el artículo 57 les reconoce el derecho y goce de los derechos civiles.

El domicilio civil tiene otro alcance: se refiere a una parte determinada del territorio. El domicilio civil no es sino una determinación del domicilio político. El que tiene domicilio civil en Chile tiene necesariamente domicilio político en el país.

127. La definición del artículo 59 se aplica con mayor propiedad al domicilio civil.

Señala dos elementos: 1° la residencia; 2° el ánimo, real o presuntivo, de permanecer en ella. Por lo tanto, comprende un elemento físico, la residencia, y un elemento psicológico, el ánimo de permanecer en ella.

Otras legislaciones sólo miran al elemento físico. El artículo 40 del Código Civil español dice: “el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual”.

De ambos el más importante es el elemento “ánimo”; puede darse el caso de un ánimo sin residencia, pero la sola residencia sin ánimo no puede constituir domicilio. Por esto nuestra jurisprudencia ha dicho que el domicilio, antes que un mero y simple hecho, es un concepto jurídico.

Tenemos aquí que distinguir tres conceptos distintos: habitación, residencia y domicilio.

La habitación o morada es una relación de hecho de una persona con un lugar donde permanece y generalmente pernocta, pero puede ser accidental, ocasional o transitoria. Podemos pensar, al efecto, en el pasajero que habita un tiempo en un hotel.

La residencia es siempre una noción concreta. Se diferencia de la habitación en que aquí desaparece el aspecto de transitorio, o mejor, de ocasional. La residencia implica la idea de algo estabilizado; la permanencia física de una persona en un lugar determinado en forma permanente o habitual, lo que no significa que siempre, en todo momento, deba estar allí. La mera residencia hará las veces de domicilio civil respecto de las personas que no tuvieren domicilio civil en otra parte (art. 68 del C. C.).

El domicilio, en cambio, es la intención de la persona de tener el lugar de su residencia como asiento de su vida social y jurídica.

El caso más corriente es que ambos elementos coincidan. Por eso, el artículo 62 del Código Civil dispone: “El lugar donde un individuo está de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio, determina su *domicilio civil* o *vecindad*”.

De acuerdo con las disposiciones del Código el ánimo puede ser real o presunto. Al efecto establece diversas presunciones de domicilio o de ánimo tanto positivas como negativas.

– Presunciones de domicilio

128. El Código establece presunciones positivas y negativas de domicilio o ánimo.

Los autores consideran que el artículo 62 que hemos citado implica una presunción positiva de domicilio. Puede estimarse así, pero en el fondo es la norma general que reconoce la situación corriente de las personas en cuanto al domicilio.

Otras presunciones positivas son que se presume desde luego el ánimo de permanecer y avecindarse en un lugar, por el hecho

de abrir en él tienda, botica, fábrica, taller, posada, escuela u otro establecimiento durable, para administrarlo en persona (art. 64 del C. C.).

Igualmente rige la misma presunción por el hecho de aceptar en un lugar un cargo concejil, o un empleo fijo de los que regularmente se confieren por largo tiempo; y por otras circunstancias análogas (art. 64 del C. C.).

Como presunción negativa se establece que no se presume el ánimo de permanecer, ni se adquiere, consiguientemente, domicilio civil en un lugar, por el solo hecho de habitar un individuo por algún tiempo casa propia o ajena en él, si se tiene en otra parte su hogar doméstico o por otras circunstancias aparece que la residencia es accidental (art. 63 del C. C.).

En el mismo carácter se establece que el domicilio civil no se muda por el hecho de residir el individuo largo tiempo en otra parte, voluntaria o forzadamente, conservando su familia y el asiento principal de sus negocios en el domicilio anterior (art. 65 del C. C.).

– Clasificación del domicilio

129. Ya vimos la distinción inicial que hace el Código Civil entre domicilio político y civil.

Como otra distinción podemos señalar la de domicilio general y domicilio especial.

Domicilio general es el normal de una persona para todas sus relaciones jurídicas. El domicilio especial se refiere sólo a ciertas relaciones determinadas. Así el artículo 2350 del Código Civil establece un domicilio especial para la fianza. Para los efectos procesales todo litigante deberá, en su primera gestión judicial, designar un domicilio conocido dentro de los límites urbanos en que funcione el tribunal respectivo (art. 49 del Código de Procedimiento Civil). Pero generalmente el domicilio especial tiene el carácter convencional. Así el establecido en un contrato se aplica a los actos judiciales o extrajudiciales a que diere lugar.

130. Desde el punto de vista de su origen podemos distinguir entre domicilio legal, convencional y real.

El domicilio legal es impuesto por la ley a determinadas personas. Esto puede provenir de su situación de dependencia respecto de otras, o bien, del cargo que desempeñan.

Respecto de los menores, el artículo 72 del Código Civil establece que los que viven bajo patria potestad tendrán el domicilio

paterno o materno, según el caso. Esta disposición se refiere por lo tanto a los hijos legítimos.

Respecto a los hijos naturales, si ellos han sido reconocidos con arreglo a los N^{os} 1^o y 5^o del artículo 271 del Código Civil, tendrán el domicilio de su padre o madre (art. 277 del C. C.).

Los hijos naturales reconocidos en conformidad a los otros números del artículo 271 o los simplemente ilegítimos tendrán el domicilio de su guardador.

El hijo adoptivo tendrá el domicilio del adoptante, ya que éste tendrá la patria potestad o la guarda del adoptado.

Los interdictos tendrán el domicilio de sus guardadores. El art. 72 del Código Civil dice que el que se halla bajo tutela o curaduría sigue el domicilio de su tutor o curador.

Sin perjuicio de lo que hemos señalado respecto de estos domicilios legales, el artículo 73 agrega que los criados y dependientes tendrán el domicilio de la persona a quien sirven si residen en la misma casa.

El domicilio legal proveniente del cargo que se desempeña está señalado en forma general en el artículo 64 que presume el domicilio por el hecho de aceptarse en un lugar un cargo concejil o un empleo fijo de los que se confieren por largo tiempo. Asimismo el artículo 66 del Código Civil dice que los eclesiásticos obligados a una residencia determinada tienen su domicilio en ella. Cabe señalar que el inciso 1^o del artículo 311 del Código Orgánico de Tribunales dispone que “los jueces están obligados a residir constantemente en la ciudad o población donde tenga asiento el tribunal en que deban prestar sus servicios”.

131. El domicilio convencional está establecido por el Código Civil en el artículo 69 que dice: “Se podrá en un contrato establecer de común acuerdo un domicilio civil especial para los actos judiciales o extrajudiciales a que diere lugar el mismo contrato”.

Este domicilio especial, que puede ser ficticio o llegar a serlo, es, sin embargo, unilateralmente inmutable mientras dure la convención; ello porque ha pasado a formar parte del contenido y, por lo tanto, de la ley del contrato (arts. 1545 y 1546 del C. C.).

Cabe agregar que el artículo 1589 del Código Civil dice que: “si hubiere mudado de domicilio el acreedor o el deudor entre la celebración del contrato y el pago, se hará siempre éste en el lugar en que sin esa mudanza correspondería”. Esta subsistencia del domicilio durante la vigencia del contrato se aplica no sólo al domicilio convencional, sino también al domicilio real o efectivo.

El domicilio convencional es limitado tanto en la materia como en el tiempo. Es limitado en la materia porque sólo se aplica a los

efectos a que diere lugar el contrato; esto mismo hace que deba interpretarse y aplicarse restrictivamente. Es limitado en cuanto al tiempo, porque sólo durará mientras tenga efecto el contrato.

132. El domicilio real, llamado también de hecho o voluntario, es la norma general y el que resulta de la definición del artículo 59 del Código Civil.

Estará constituido por la residencia acompañada del ánimo de permanecer en ella y será aplicable siempre que el individuo no esté sometido a ninguna de las reglas que según la legislación le imponen un domicilio especial.

Como los factores que configuran el domicilio pueden variar, puede existir un cambio de domicilio. Ello sucederá cuando haya un cambio real y efectivo de sus elementos constitutivos.

Esta posibilidad de cambio nos lleva a examinar la prueba del domicilio. Como una persona está amparada por la disposición o presunción general del artículo 62, no necesita probar que el lugar en que está de asiento sea su domicilio. El que quiera alegar la falsedad o el cambio de domicilio deberá probarlo. Igualmente el interesado si alega que el domicilio que se le asigna no es el verdadero o ha sido cambiado.

El domicilio es un hecho material y, por lo tanto, al producirse prueba al respecto son admisibles todos los medios probatorios.

Debemos señalar, eso sí, que no siempre el cambio de domicilio tiene efectos jurídicos. El artículo 1589 del Código Civil dispone: “Si hubiere mudado de domicilio el acreedor o el deudor entre la celebración del contrato y el pago, se hará siempre éste en el lugar en que sin esa mudanza correspondería, salvo que las partes dispongan de común acuerdo otra cosa”. Por lo tanto, salvo convención al respecto, el cambio de domicilio no varía el lugar del pago de una obligación de género que debe hacerse en el domicilio del deudor.

Por su parte el artículo 49 del Código de Procedimiento Civil establece que el domicilio que cada litigante debe designar en su primera gestión judicial “se considerará subsistente mientras no haga otra la parte interesada, aun cuando de hecho cambie su morada”. El alcance de la norma es más amplio del que aparece a primera lectura; el domicilio designado subsiste, no sólo si el litigante cambia de morada, sino también si cambia su domicilio real.

- Pluralidad de domicilios

133. Apartándose del Código Napoleón (art. 102) y de la doctrina francesa, que establecen que una persona sólo puede

tener un domicilio, nuestro Código Civil acepta la pluralidad de domicilio.

En efecto, el artículo 67 dispone: “Cuando concurren en varias secciones territoriales, con respecto a un mismo individuo, circunstancias constitutivas de domicilio civil, se entenderá que en todas ellas lo tiene; pero si se trata de cosas que dicen relación especial a una de dichas secciones exclusivamente, ella sola será para tales casos el domicilio civil del individuo”.

Esta disposición, que acepta la pluralidad de domicilios y que puede tener especial importancia respecto a las personas jurídicas, hace concordante la posibilidad de un domicilio convencional, que en muchos casos puede ser ficticio.

– Importancia del domicilio

134. La principal importancia del domicilio es que fija para las personas el lugar en que habitualmente deben ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones.

Los artículos 1587 a 1589 del Código Civil señalan el lugar donde debe efectuarse el pago. Si no hay un lugar establecido convencionalmente las obligaciones de género deben pagarse en el domicilio del deudor. Por lo tanto, el domicilio sirve aquí para saber dónde debe ejercer su derecho el acreedor y dónde debe el deudor cumplir sus obligaciones.

Otra importancia fundamental es en materia sucesoria, ya que el artículo 955 del Código Civil dispone que la sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte en su último domicilio; más adelante agrega que la sucesión se regla por la ley del domicilio en que se abre.

En materia procesal el domicilio es importante para determinar la competencia, que es la facultad que tiene cada juez o tribunal para conocer de los negocios que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones. Al respecto, el artículo 134 del Código Orgánico de Tribunales dispone que “en general, es juez competente para conocer de una demanda civil o para intervenir en un acto no contencioso, el del domicilio del demandado o interesado”.

El artículo 31 de la Ley de Matrimonio Civil dispone que es nulo el matrimonio que no se celebre ante el Oficial del Registro Civil correspondiente. Por su parte, el artículo 9º de la misma ley dice que es Oficial competente el del domicilio o residencia de cualquiera de los contrayentes; agrega que se tendrá por lugar de residencia aquel en que cualquiera de los contrayentes haya vivido los últimos tres meses anteriores. Esta disposición, fuera de

su importancia práctica, es jurídicamente de interés, porque usa los tres conceptos: de domicilio, residencia y morada.

En materia de estado civil posesión notoria del carácter de cónyuge o hijo legítimo debe haberse desarrollado ante el vecindario del domicilio (arts. 310 y 311 del C. C.), igualmente la calidad de hijo natural (art. 271 N° 3º).

Las inscripciones en el Registro Conservatorio deben consignar el domicilio de las partes (arts. 690 del C. C. y 78 N° 3º del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces). Igualmente en el Registro Civil toda inscripción deberá expresar el domicilio de los comparecientes y en la de defunción, si es posible, el domicilio del difunto (arts. 12 N° 2º y 45 inciso 3º de la Ley de Registro Civil).

Con relación a los extranjeros ya hemos visto que la ley efectúa ciertas distinciones en cuanto a si son transeúntes o tienen domicilio en Chile.

EL ESTADO CIVIL

– Concepto y características

135. El artículo 304 del Código Civil lo define diciendo: “El *estado civil* es la calidad de un individuo, en cuanto le habilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles”. En realidad la definición es muy deficiente, porque no señala a qué calidad del individuo se está refiriendo; podría perfectamente referirse con más propiedad a la capacidad. Por otra parte, la habilidad de un individuo para ejercer derechos o contraer obligaciones puede ser muy diversa, aunque su estado civil permanezca invariado; así un mayor de edad, hijo legítimo, soltero, tiene plena capacidad, pero si cae en demencia, su capacidad va a desaparecer, aunque no varía en nada su estado civil.

Se ha definido generalmente el estado civil como la calidad permanente que un individuo ocupa en la sociedad y derivada de sus relaciones de familia. La calidad de permanente no es exacta, porque existen circunstancias que pueden hacer variar el estado civil. Así, aunque la calidad de hijo legítimo es permanente, no lo es la de ilegítimo el que puede ser reconocido como hijo natural o adoptado legitimariamente. Por lo tanto, el estado civil de una persona puede variar, o ser permanente para él mientras no lo afecte un nuevo acto constitutivo de estado civil.

El estado civil es un atributo de la personalidad y, por lo tanto, toda persona debe tener un estado civil.

Se ha dicho también que es uno e indivisible, lo que es exacto en cuanto se atiende a una clase de relaciones de familia, filiación

o matrimonio; p. ej., en cada una de estas relaciones puede tener sólo un estado civil, pero ambas pueden yuxtaponer dos estados basados en relaciones diferentes. Una persona, por ejemplo, puede ser hijo legítimo en cuanto a su filiación y, al mismo tiempo, casada si consideramos el matrimonio.

En cuanto a las dos clases de relaciones que hemos señalado, dan origen al parentesco.

El estado civil da origen a derechos y cargas u obligaciones. Tal sucede en los derechos y cargas de familia u obligaciones patrimoniales que se producen entre los padres y los hijos o entre los cónyuges.

Cabe, por último, señalar que todo lo relativo al estado civil es de orden público. Toda la regulación del estado civil está establecida por la ley y escapa a la autonomía de la voluntad particular. Aunque el matrimonio, por ejemplo, es en sí un acto voluntario, las consecuencias que de él se derivan están establecidas por la ley, aun las de índole patrimonial, salvo las escasas estipulaciones posibles en las capitulaciones matrimoniales.

Lo anterior determina que el estado civil sea personalísimo. De esto se deriva que en los actos de estado civil no se admita la representación legal sino sólo la voluntaria (arts. 103 y 271 N^o 1^o inciso 3^o del C. C.). Al mismo tiempo son estrictamente personales las acciones judiciales para adquirirlo o protegerlo y, por lo tanto, intransferibles e intrasmisibles (arts. 182, 272, 317 del C. C.), al mismo tiempo son intransables. El artículo 2450 del Código Civil dispone: “No se puede transigir sobre el estado civil de las personas”.

El carácter personalísimo alcanza también a ciertos derechos patrimoniales inherentes a estados civiles, lo que determina que dichos derechos sean inembargables. El artículo 2466 del Código Civil dispone en su inciso final: “no será embargable el usufructo del marido sobre los bienes de la mujer, ni el del padre o madre de familia sobre los bienes del hijo”.

Por último podemos señalar que el estado civil es imprescriptible, ya que el artículo 2498 del Código Civil dice que se gana por prescripción el dominio de los bienes que “están en el comercio humano”. Además el artículo 320 del Código Civil señala que “Ni prescripción ni fallo alguno, entre cualesquiera otras personas que se haya pronunciado, podrá oponerse a quien se presente como verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros, o como verdadero hijo del padre o madre que le desconoce”; la disposición limita además el efecto de las sentencias en materias de estado.

– Fuentes del estado civil

136. Las fuentes del estado civil están constituidas por hechos jurídicos, actos jurídicos y sentencias judiciales.

Entre los hechos jurídicos podemos señalar el nacimiento, la edad y la muerte. Entre los actos jurídicos, el matrimonio, la legitimación, el reconocimiento voluntario de hijos naturales. Entre las sentencias, las de nulidad de matrimonio, de reconocimiento forzado de hijos naturales, la que declara verdadera o falsa la legitimidad de un hijo.

Es necesario destacar que cuando el estado civil emana de un hecho jurídico constituye una imposición de la ley y la voluntad de los interesados no tiene ninguna influencia. El hijo concebido durante el matrimonio de sus padres es legítimo y el concebido en una unión ilegítima será necesariamente ilegítimo, cualquiera que sea la voluntad del hijo o de los padres.

– La familia y el parentesco

137. Dijimos que las relaciones de filiación y matrimonio que sirven de base al estado civil daban origen al parentesco.

La familia es el conjunto de personas unidas por un lazo de parentesco o de matrimonio.

La adopción no tiene aquí efectos, ya que el artículo 1^o de la Ley N^o 7.613 dispone que la adopción no constituye estado civil. El artículo 14 declara que no establece relaciones entre el adoptante y el adoptado y la familia del otro. Por último el artículo 15 dice que el adoptado continuará formando parte de su familia.

El parentesco o vínculo de familia puede ser por consanguinidad o afinidad.

El parentesco consanguíneo se produce cuando dos personas descienden una de otra o tienen un antepasado común.

El parentesco por afinidad es el que se produce entre una persona que ha conocido carnalmente a otra y los consanguíneos de ésta.

138. En el parentesco debemos distinguir entre la línea y el grado. La línea es la serie de parientes que descienden unos de otros de un antepasado común. En el primer caso se llama línea recta; en el segundo, línea colateral. Según esto, padres, abuelos, hijos, nietos, son parientes en línea consanguínea recta; hermanos, tíos, sobrinos, primos, son parientes consanguíneos en línea colateral.

Se entiende por grado el número de generaciones que separan a los parientes. En la línea recta el cálculo es muy fácil. El padre y el hijo son parientes en primer grado; el abuelo y el nieto parientes en segundo grado.

Para contar los grados en la línea colateral es necesario subir desde un pariente hasta el antepasado común, y desde él bajar hasta el otro. Así, entre tío y sobrino tenemos: desde el sobrino a su padre, un grado; a su abuelo, otro; del abuelo descendiendo al tío, un nuevo grado; en total tres grados. Los parientes más cercanos por línea colateral son los hermanos, cuyo parentesco es de segundo grado de consanguinidad colateral.

Si aplicamos estas reglas en forma ilimitada, todas las personas del mundo de acuerdo a la tradición bíblica serían parientes por muy infinitamente lejano que fuera el grado. ¿Hasta qué grado podemos considerar que los colaterales son parientes y forman parte de la familia?

La ley no da una respuesta directa a esta interrogante, pero si examinamos las reglas de la sucesión intestada, en que los herederos son llamados en distintos órdenes sucesivos a la sucesión del causante atendiendo a ser cónyuges o parientes de éste, podemos encontrar una respuesta. En efecto el artículo 992 del Código Civil, que establece el último orden de sucesión, a falta de ascendientes, descendientes o cónyuge sobreviviente, llama a la sucesión a los otros colaterales legítimos, prefiriendo a los de grado más próximo. En su regla 2ª establece que “los derechos de sucesión de los colaterales no se extienden más allá del sexto grado”. En este grado de parentesco están los que en el lenguaje corriente se llaman primos de segundo grado.

Los colaterales pueden serlo de simple conjunción, esto es, los que sólo son parientes por parte de padre o por parte de madre, o de doble conjunción, esto es, los que a la vez son parientes por parte de padre y por parte de madre. Ambos se consideran iguales; los últimos no tienen ninguna preferencia en cuanto al parentesco sobre los primos (artículo 992 regla 3ª del Código Civil).

Por lo tanto, podemos concluir que jurídicamente el parentesco y la familia se extienden hasta abarcar a los colaterales de sexto grado, sin que importe la simple o la doble conjunción.

139. El parentesco por afinidad no se produce solamente entre un cónyuge y los consanguíneos del otro. Nuestro Código, siguiendo la tradición de Las Partidas, establece el parentesco de afinidad entre dos personas que no han contraído matrimonio y se han conocido carnalmente y los consanguíneos de la otra (artículo 32 del Código Civil).

El artículo 31 del Código dice que la línea y grado de afinidad legítima con un consanguíneo de su marido o mujer, se califican por la línea y grado de consanguinidad del dicho marido o mujer con el dicho consanguíneo. De acuerdo con esto el marido está en primer grado de afinidad en línea recta con su suegro o suegra y en segundo grado de afinidad en línea colateral con su cuñado.

Conforme con el artículo 33 del Código Civil, en la afinidad ilegítima se califican las líneas y grados de la misma manera que en la afinidad legítima.

140. Lo anterior nos lleva a considerar el problema de la legitimidad o ilegitimidad del parentesco.

La distinción tiene especial importancia en el derecho de alimentos, en los derechos y deberes entre los padres y los hijos, en materia sucesoria, etc. En esta última existen dos clases de sucesión intestada; una regular, cuando el causante es hijo legítimo, y otra irregular, cuando el causante es hijo natural. Por otra parte, en la sucesión regular el único pariente ilegítimo que la ley considera es el hijo natural. Además, en la sucesión testada, los únicos parientes ilegítimos que pueden ser legitimarios son los hijos naturales y los padres naturales que hayan reconocido voluntariamente al hijo (art. 1182 del C. C.), y los hijos naturales son los únicos parientes no legítimos que pueden ser asignatarios de la cuarta de mejoras (art. 1184 del C. C.).

El parentesco es legítimo cuando, como lo expresa el artículo 28 del Código Civil, todas las generaciones de que resulta han sido autorizadas por la ley, e ilegítimo, de acuerdo al artículo 29, cuando una o más de las generaciones de que resulta no han sido autorizadas por la ley.

Lo anterior se aplica también al parentesco por afinidad, pero en éste existe una causa adicional de ilegitimidad y es que el hombre y la mujer no hayan contraído matrimonio.

De esta manera, el parentesco por afinidad puede ser ilegítimo en dos situaciones: existiendo matrimonio, porque el consanguíneo de uno de los cónyuges (pariente del otro por afinidad) es ilegítimo; o bien, porque no existe matrimonio entre el hombre y la mujer (arts. 31 y 32 del C. C.).

Importancia del parentesco

141. El parentesco tiene importancia en muchas instituciones jurídicas.

Podemos señalar los derechos y obligaciones que nacen entre los padres y los hijos legítimos (Título IX del Libro I del C. C.), entre los padres e hijos naturales (Título XIII del mismo Libro).

El deber de alimentos legales se debe al cónyuge o a los parientes en distinto grado. Hay una sola excepción en el N° 9° del artículo 321 del Código Civil.

Es el parentesco el que determina quienes son llamados a la guarda legítima de una persona (artículo 367 del Código Civil).

Ya hemos señalado la importancia que tiene el parentesco en materia sucesoria. En la sucesión intestada la ley estima que la afección del causante habría estado determinada por la mayor cercanía del parentesco y con este criterio establece los distintos órdenes de sucesión.

En el matrimonio el parentesco tiene importancia en cuanto al asenso que necesitan para contraerlo los menores de 21 años. Tal licencia deberán otorgarla los parientes que señalan los artículos 107 y 108 del Código Civil.

Pero más importante es el hecho de que puede constituir un impedimento para contraer matrimonio. El artículo 5° de la Ley de Matrimonio Civil dispone: “Tampoco podrán contraer matrimonio entre sí: 1° Los ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad; 2° Los colaterales por consanguinidad hasta el segundo grado inclusive”.

En el artículo 2° de la Ley N° 7.613, sobre adopción, sólo se autoriza a adoptar a las personas naturales que no tengan descendencia legítima.

Además hay varias disposiciones en distintas materias que se refieren al parentesco en puntos específicos. Por ejemplo, el artículo 1411 del Código Civil autoriza a aceptar la donación por el donatario, sin poder especial ni general, a cualquier ascendiente o descendiente legítimo suyo; el artículo 1796 establece que es nulo el contrato de compraventa entre el padre o madre y el hijo de familia; el artículo 1061 invalida las disposiciones testamentarias a favor de determinados parientes del notario o funcionario que autorizare el testamento, o ciertos parientes de los testigos del mismo etc.

– Prueba del estado civil

142. El Código Civil en el Título XXI del Libro IV establece normas diversas que regulan la prueba de las obligaciones, complementadas especialmente por lo dispuesto en el Título XI del Libro II del Código de Procedimiento Civil. Estas normas proba-

torias no se aplican a la prueba del estado civil, la que se regula en el Título XVII del Libro I del Código Civil.

La prueba fundamental del estado civil se efectúa por medio de los certificados o partidas del Registro Civil.

Estas partidas son esencialmente las de nacimiento, matrimonio y muerte. Las partidas de que habla el Código Civil son los certificados o copias de inscripciones efectuados en el Registro Civil, por expresa disposición del artículo 24 de la Ley N° 4.808. Estas partidas no prueban directamente el estado civil sino los hechos constitutivos del mismo. Así, la prueba del carácter de hijo legítimo requerirá dos partidas: la de nacimiento del interesado y la de matrimonio de sus padres.

El artículo 24 de la Ley N° 4.808 dice que los certificados o copias de inscripciones o subinscripciones que expidan el Conservador o los oficiales del Registro Civil, tendrán el carácter de instrumentos públicos.

El artículo 1699 del Código Civil define el “instrumento público o auténtico” y fija su valor probatorio en el artículo 1700. La autenticidad, de acuerdo al inciso 2° del artículo 17 del Código, se refiere “al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en los tales instrumentos se exprese”.

Las partidas pueden rechazarse, aun cuando conste su autenticidad, probando que no son una misma la persona a que el documento se refiere y la persona a quien se pretenda aplicar (art. 307 del C. C.).

Respecto a las partidas de matrimonio el artículo 308 del Código Civil dice que las partidas “atestiguan la declaración hecha por los contrayentes de matrimonio, por los padres, padrinos u otras personas en los respectivos casos, pero no garantizan la veracidad de esta declaración en ninguna de sus partes.

Podrán, pues, impugnarse, haciendo constar que fue falsa la declaración en el punto de que se trata”.

Esta disposición es concordante, en su primera parte, con el mérito probatorio general de los instrumentos públicos. El artículo 1700 del Código Civil establece que: “El instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte no hace plena fe sino contra los declarantes”.

La autenticidad del instrumento público está garantizada por la fe pública que el Estado deposita en el funcionario que lo autoriza; esta misma fe pública cubre el hecho de haberse realmente efectuado las declaraciones de los interesados en el matri-

monio, de las personas a que se refiere el art. 308 del C. C. En resumen, todo lo que forma parte del documento y que el funcionario ha podido constatar personalmente; pero no garantiza la veracidad de las declaraciones, porque el funcionario no puede saber si éstas son verídicas o no.

Respecto a la veracidad de las declaraciones hay una diferencia esencial entre el valor probatorio general del instrumento público establecido en el art. 1700 del C. C. y el valor probatorio de la partida de matrimonio señalado en el art. 308 del Código.²

En efecto, el instrumento público hace plena fe en relación al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan podido hacer los interesados. En este sentido, no hace plena fe, sino en contra de los declarantes. Esto no quiere decir que las partes no puedan impugnar la verdad de sus declaraciones, pero, al efecto, necesitarán un medio probatorio que tenga al respecto la misma fuerza que el instrumento público, es decir, otra plena prueba. Esto descarta muchos medios probatorios, por ejemplo, el testimonial.

En cambio, el artículo 308 del Código Civil, después de decir que la partida de matrimonio no garantiza la veracidad de las declaraciones contenidas en ella en ninguna de sus partes, admite que tanto los interesados como los terceros puedan impugnarla sin ninguna limitación probatoria. El inciso 2º de la disposición señala en forma amplia: "Podrán, pues, impugnarse, haciendo constar que fue falsa la declaración en el punto de que se trata".

La procedencia de la nulidad de matrimonio por incompetencia del Oficial del Registro Civil, probándose por medio de testigos un domicilio distinto del declarado por los contrayentes, fue aceptada cuando nuestros Tribunales estimaron que era el artículo 308 y no el 1700 el que regulaba el valor probatorio de la partida de matrimonio.

143. A falta de partidas, el Código establece otros medios supletorios de prueba del estado civil. Estos medios no pueden usarse en contra de la partida ni en vez de la partida si ésta existe; sólo proceden cuando la partida falta.

Esta falta podrá suplirse, en primer término, por otros documentos auténticos.

Se ha estimado que la ley en esta materia se está refiriendo a instrumentos públicos. No lo creemos así; la palabra auténtico está utilizada en un sentido más amplio. Servirán al efecto sin duda, otros instrumentos públicos, pero pueden servir algunos

instrumentos privados cuya autenticidad esté establecida. Así el testamento solemne otorgado ante cinco testigos (art. 1014 del C. C.) no constituye un instrumento público, pero si es reconocido en la forma que establece el artículo 1020 del Código Civil, y se designa en él a una persona, por ejemplo, como hijo legítimo sería absurdo no darle valor como prueba de un estado civil.

144. Otro medio supletorio es la declaración de testigos que hayan presenciado los hechos constitutivos del estado civil.

Estos testigos deben ser presenciales y no de oídas. Para el matrimonio podrán ser, por ejemplo, los testigos del mismo; para el nacimiento, el médico o matrona que atendió a la madre, etc.

145. El último de los medios supletorios es la posesión notoria del estado civil.

En materia de bienes, y de acuerdo con el artículo 700 del Código Civil, la posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño. El poseedor puede o no ser dueño; si no lo es puede adquirir el dominio por prescripción (art. 2492 del C. C.). En este caso el término "posesión" tiene un sentido diverso. En primer término el estado civil no puede adquirirse por prescripción; aquí la posesión es un hecho social y no sirve para adquirir un estado sino para probar un estado.

Si examinamos los artículos 310 y 311 del Código Civil, el primero de los cuales señala en qué debe consistir la posesión notoria del estado de matrimonio y el segundo la del estado de hijo legítimo, vemos que está constituida por hechos notorios, es decir, públicos, que tradicionalmente se ha dicho consisten en el trato, nombre y fama que la persona ha tenido ante terceros.

De acuerdo con el artículo 312 del Código Civil deberá haber durado diez años continuos, por lo menos.

Por último, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 313, "se probará por un conjunto de testimonios fidedignos, que lo establezcan de un modo irrefragable; particularmente en el caso de no explicarse y probarse satisfactoriamente la falta de la respectiva partida, o la pérdida o extravío del libro o registro, en que debiera encontrarse".

146. Estas normas probatorias, de acuerdo con lo dispuesto en los incisos 2º y 3º del artículo 305 del Código Civil no se aplican a la filiación natural ni a la simplemente ilegítima.

La calidad de hijo natural, que implica siempre un reconocimiento por parte del padre o de la madre o de ambos, se probará si dicho reconocimiento se ha efectuado en alguna de las formas que señalan los números 1º a 5º del artículo 271 del Código Civil.

² R. D. J., t. 64, s. 1, p. 127, cons. 7º.

Las formas de reconocimiento que dicha disposición señala pueden dividirse en voluntarias, números 1º y 5º, y forzadas, números 2º, 3º y 4º.

Estas formas no excluyen los medios antes estudiados, porque bastará la partida, por ejemplo, si en la inscripción de nacimiento del hijo se ha consignado el nombre del padre y/o madre a petición de ellos (art. 271, N° 1º, inc. 2º del C. C.). Podrán ser otros instrumentos igualmente auténticos como la escritura pública o el acto testamentario a que se refiere el mismo número. La posesión notoria servirá de base a la sentencia que contempla el N° 3º.

En general la prueba en el caso de los N°s 2º, 3º y 4º del artículo 271 será la sentencia judicial dictada en el juicio respectivo. En el caso del número 5º será la resolución judicial en la gestión que en él se señala.

La filiación simplemente ilegítima se probará por medio de la sentencia que acoja la acción de alimentos en los casos y circunstancias contemplados en el artículo 280 del Código Civil.

– Sentencias en materia de estado civil

147. Decíamos anteriormente que entre las fuentes del estado civil se encontraban las sentencias judiciales.

Para que una sentencia tenga este carácter es necesario, en primer término, que el estado civil que ella establece no aparezca como una cuestión accesoria de un problema diverso. La cuestión principal debatida debe haber sido precisamente el estado civil (arts. 272, 280, 315 del C. C.).

Para que los fallos en estos juicios produzcan efecto en la materia el artículo 316 del Código Civil exige, además, tres requisitos:

- 1º Que hayan pasado en autoridad de cosa juzgada;
- 2º Que se hayan pronunciado contra legítimo contradictor;
- 3º Que no haya habido colusión en el juicio.

El concepto y alcance de la cosa juzgada ya los hemos analizado. Los producen las sentencias definitivas o interlocutorias firmes o ejecutoriadas, que lo son porque no hay recursos pendientes en contra de ellas, o no proceden, o no se interpusieron oportunamente.

La noción de legítimo contradictor a que se refiere esta disposición y también el artículo 272 del Código Civil está explicada en el artículo 317. Legítimo contradictor en la cuestión de paternidad es el padre contra el hijo o el hijo contra el padre, y en la cuestión de maternidad el hijo contra la madre o viceversa.

Por último, colusión es un acuerdo fraudulento y secreto entre las partes en un juicio para obtener una sentencia determinada.

Estas sentencias, no obstante constituir sentencias declarativas, no valen sólo respecto de las personas que intervinieron en el juicio, sino respecto de todos, es decir, tienen efectos absolutos (art. 315 del C. C.).

La acción que se ejerce en estos juicios, en que se reclama o pretende un estado civil, se denomina acción de reclamación de estado. Esta acción es imprescriptible por lo dispuesto en el artículo 320 del Código Civil, que establece: “Ni prescripción ni fallo alguno, entre cualesquiera otras personas que se haya pronunciado, podrá oponerse a quien se presente como verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros, o como verdadero hijo del padre o madre que le desconoce”.

Cabe agregar que la calidad de hijo ilegítimo, ya sea natural o simplemente ilegítimo, sólo puede establecerse por los medios indicados en los artículos 271 y 280 del Código Civil (art. 284 del C. C.). Además la acción que concede el artículo 280 no podrá intentarse contra ninguna mujer casada no divorciada perpetuamente (art. 288 del C. C.).

– El Registro Civil

148. La primera ley sobre Registro Civil fue dictada en el año 1884. Forma parte de un grupo de grandes leyes liberales que determinaron cesar con la intervención eclesiástica en importantes materias de la vida civil; el mismo año se dictaron la Ley de Matrimonio Civil, hasta hoy vigente, y la ley que autorizó la creación de los cementerios laicos.

La ley actualmente vigente en materia de Registro Civil es la N° 4.808 de 10 de febrero de 1930.

En su artículo 1º establece que “las inscripciones de los nacimientos, matrimonios, defunciones y demás actos y contratos relativos al estado civil de las personas, se harán en el Registro Civil, por los funcionarios que determina esta ley”.

El Registro consta de tres libros: nacimientos, matrimonios y defunciones.

En el libro de nacimientos no se inscriben sólo éstos, sino que en el registro de la misma comuna en que se hubiere inscrito el nacimiento se inscribirán: la escritura pública de legitimación y la de repudiación de ésta (arts. 208 y 209 del C. C.); la escritura pública o el testamento en que se reconoce al hijo natural (art. 271 N° 1º); la escritura de repudiación de este reconocimiento

(art. 273); la escritura que autoriza la emancipación voluntaria o la sentencia que decreta la emancipación judicial (arts. 265 y 267); y las sentencias en que se declare o altere el estado de hijo legítimo o natural. Todo lo anterior de acuerdo con el artículo 6º de la Ley de Registro Civil.

En el libro de matrimonios se inscribirán éstos.

En el libro de defunciones se inscribirán éstas como igualmente las sentencias ejecutoriadas que declaren la muerte presunta.

149. Fuera de las inscripciones pueden o deben realizarse diversas subinscripciones.

En general deben subinscribirse las sentencias ejecutoriadas que dispongan la rectificación de cualquiera partida (arts. 7º y 8º L. de R. C.). En el registro de matrimonios deben subinscribirse especialmente los instrumentos en que consten las capitulaciones matrimoniales y las sentencias ejecutoriadas que declaren la nulidad del matrimonio, el divorcio perpetuo o temporal, la simple separación de bienes, las que concedan la administración extraordinaria de la sociedad conyugal a la mujer o a un curador y las que declaren la interdicción del marido.

El artículo 1723 del Código Civil autoriza para que los cónyuges durante el matrimonio substituyan el régimen de sociedad conyugal por el de participación en los gananciales o por el de separación total de bienes. La escritura en que conste este pacto debe subinscribirse al margen de la respectiva inscripción matrimonial dentro de los treinta días siguientes a su fecha; si esto no se cumple no surtirá efecto entre las partes ni respecto de terceros. En realidad la subinscripción dentro del plazo constituye aquí una solemnidad del acto.

150. La ley establece la forma, contenido y requisitos de las inscripciones y subinscripciones.

Tal como en las escrituras públicas los particulares actúan presentando copias de las inscripciones, ya que los Registros originales naturalmente no son de uso público.

Los certificados o copias de las inscripciones o subinscripciones que expidan el Conservador o los Oficiales del Registro Civil tendrán el carácter de instrumentos públicos, y surtirán los efectos de las partidas a que se refieren los artículos 305, 306, 307 y 308 del Código Civil (art. 24 de la L. de R. C.).

151. El Registro Civil es un servicio nacional dirigido por un funcionario único que se denomina Director General del Registro Civil e Identificación.

El Registro Civil está organizado por comunas: cada una de ellas está a cargo de un Oficial del Registro Civil. Ellos llevan los libros respectivos correspondientes a su comuna y deben otorgar las copias o certificados de las inscripciones que en ellos constaren.

En las comunas que no sean asiento de un Notario deberán llevar ciertos Registros públicos para autorizar determinados actos como testamentos abiertos, poderes judiciales, etc. (art. 86 de la L. de R. C.).

EL PATRIMONIO

– *Concepto e importancia*

152. Se ha definido corrientemente el patrimonio como el conjunto de derechos y obligaciones de una persona susceptibles de estimación pecuniaria.

Dentro de la teoría clásica, elaborada por Aubry y Rau,³ el patrimonio es un atributo de la personalidad distinto de la capacidad. Esto le da el carácter de ser: a) único; b) inalienable; c) imprescriptible (no se pierde ni adquiere por prescripción); d) inembargable, y e) intransmisible. Ya veremos cómo esta característica no es aplicable en nuestro derecho positivo.

Desde otros puntos de vista el patrimonio es: a) una universalidad jurídica; está compuesto no por cosas u obligaciones determinadas, sino por la totalidad de los bienes y obligaciones de que la persona es sujeto o titular; b) consecuentemente es independiente, distinto, de los derechos y obligaciones que los componen; c) tiene un activo y un pasivo, ya que está integrado por derechos y obligaciones; d) por ser un atributo de la personalidad e independiente de los bienes que lo componen, no necesita un saldo positivo para existir. Una persona tiene patrimonio aunque no tenga bienes; e) por ser una universalidad jurídica tiene su origen en la ley; la voluntad de los particulares no puede crear universalidades jurídicas.

153. Nuestro Código Civil, al igual que el Código francés, no define ni trata en forma orgánica el patrimonio. Hay, sin embargo, numerosas disposiciones que a él se refieren. Así el artículo 85

³ C. AUBRY et C. RAU, *Cours de Droit Civil Français*, t. VI, pág. 229, Librairie Générale de Jurisprudence, 1873.

inciso 2º habla del patrimonio del desaparecido; el 534 del patrimonio del pupilo; el 347, en las guardas, habla de indivisión de patrimonios y de su división; el 1341 se refiere a la confusión de patrimonios; los 1170 y 1172 hablan del patrimonio del difunto; los 1114 y 1115 hacen una clara distinción entre el patrimonio y las cosas que existan en él; el 1750 dice: “el marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio”, etc.

Tal vez la disposición que puntualiza con más claridad el concepto de patrimonio, aunque no lo nombra, es el artículo 549 del Código Civil, que dice: “Lo que pertenece a una corporación, no pertenece ni en todo ni en parte a ninguno de los individuos que la componen; y recíprocamente las deudas de una corporación, no dan a nadie derecho para demandarlas, en todo o parte, a ninguno de los individuos que componen la corporación, ni dan acción sobre los bienes propios de ellos, sino sobre los bienes de la corporación”. Más adelante el inciso final agrega: “Si una corporación no tiene existencia legal según el artículo 546, sus actos colectivos obligan a todos y cada uno de sus miembros solidariamente”.

Toda la esencia de la teoría del patrimonio está en esta disposición. Si la corporación está constituida, es una persona jurídica, tiene un patrimonio propio, sus actos no afectan el patrimonio personal de los asociados. Si no lo está, no tiene patrimonio, y los actos colectivos que realicen las personas que la forman obligan a éstas solidariamente en sus propios patrimonios.

154. El concepto de patrimonio es el que regula y hace posible la responsabilidad del deudor por sus obligaciones civiles.

El artículo 2465 del Código Civil establece lo que denominamos la prenda general de los acreedores al disponer: “Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el artículo 1618”.

Lo anterior deja en claro que el deudor responde de sus obligaciones, no con los bienes que tuvo al tiempo de contraerlas, sino con los bienes que existan en su patrimonio al tiempo de exigirse el pago de la obligación. Ello permite al deudor una completa libertad en la vida jurídica; puede contraer nuevas obligaciones, puede enajenar sus bienes, puede adquirir nuevos bienes. Son los bienes que existan en el patrimonio al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación aquellos sobre los cuales ésta puede perseguirse.

Todo ello porque es el patrimonio el que responde. No el patrimonio en sí mismo, que es atributo de la personalidad e inembargable, sino los bienes que contenga. Tanto es así que en el pago por cesión de bienes o en el pago con beneficio de competencia, con los cuales se libra el deudor de apremios pero no se solventan totalmente las obligaciones, el patrimonio continúa respondiendo. El N° 3º del artículo 1619, en la cesión de bienes, dice que “si los bienes cedidos no hubieren bastado para la completa solución de las deudas, y el deudor adquiere después otros bienes, es obligado a completar el pago con éstos”. El beneficio de competencia por el cual ciertos deudores no son obligados a pagar más de lo que buenamente puedan es “con cargo de devolución cuando mejoren de fortuna” (art. 1625 del C. C.).

A la inversa, tal como son los bienes en el patrimonio los que responden a la obligación, los acreedores no pueden perseguir los bienes que ya salieron del patrimonio, salvo el caso muy excepcional de la acción pauliana (art. 2468 del C. C.), que se fundamenta en otras consideraciones.

Consecuentemente, si determinado patrimonio es el obligado, los créditos no pueden hacerse valer en un patrimonio distinto. El artículo 150 del Código Civil, que reglamenta el patrimonio reservado de la mujer casada, señala en sus incisos 6º y 8º que las obligaciones de la mujer en su patrimonio separado no obligarán el del marido y, a la inversa, que los acreedores del marido no tendrán acción contra los bienes de la mujer, salvo, en ambos casos, que hayan obtenido beneficio de las obligaciones, pero esto, no en relación a una responsabilidad directa, sino a la derivada del enriquecimiento sin causa. Otro tanto sucede en la herencia que el heredero ha aceptado con beneficio de inventario, lo que determina que no se confunda su patrimonio propio con el patrimonio heredado; de acuerdo con los artículos 1247 y 1263 del Código Civil su patrimonio personal no será responsable de las obligaciones hereditarias o testamentarias. Igualmente el artículo 253 del Código Civil establece que los actos y contratos del hijo de familia no autorizados por el padre, o por la madre, o por el curador adjunto, según el caso, le obligarán exclusivamente en su peculio profesional o industrial; inversamente, los actos y contratos que el hijo celebre fuera de su peculio y que el padre o la madre autorice o ratifique por escrito, obligarán directamente al padre o a la madre y subsidiariamente al hijo hasta concurrencia del provecho que hubiere reportado (art. 254 del C. C.).

Por último, cabe señalar que la responsabilidad del patrimonio se ejerce indistintamente sobre los bienes que éste contenga, no sobre bienes determinados. Cuando existen garantías reales, como

la hipoteca, puede perseguirse en primer término el bien gravado, pero ésta es una característica especial del derecho real. Si el bien hipotecado no alcanza a solventar la obligación el saldo se hace efectivo en forma indeterminada sobre los demás bienes. Si el bien hipotecado ha pasado a manos de un tercero puede hacerse efectiva la garantía a través de la acción persecutoria, pero no sobre el patrimonio del tercero, sino exclusivamente sobre el bien hipotecado. Si quedare un saldo insoluto, éste no se hará valer sobre el patrimonio del tercer adquirente sino sobre el del deudor original.

155. Como lo hemos señalado, en la teoría clásica del patrimonio se dice que éste es intransmisible. Esto es debido a la ambigüedad del Código Napoleón en la materia. El artículo 711 primero del Libro Tercero de dicho Código, en que se tratan las sucesiones, se refiere a la propiedad de los bienes que se adquieren y transmiten, entre otras fuentes, por las sucesiones y donaciones testamentarias. En los artículos 745 y siguientes trata de las sucesiones deferidas a los parientes; muchos más adelante, en el artículo 1003, se refiere a los legados universales en que el testador ha dejado a una o varias personas la universalidad de sus bienes. Esto ha dado lugar a que se opine que no existe la transmisión del patrimonio, o bien, que ésta sólo puede realizarse respecto de los herederos parientes, pero no extraños.

Estas dudas no caben en nuestro derecho, porque, con una notable precisión y claridad, el artículo 951 dice: “Se sucede a una persona difunta a título universal o a título singular.

El título es *universal* cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles, o en una cuota de ellos, como la mitad, tercio o quinto”.

Más adelante el artículo 1097 agrega: “Los asignatarios a título universal, con cualesquiera palabras que se les llame, y aunque en el testamento se les califique de legatarios, son herederos; representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles”.

No cabe entonces duda de que en nuestro ordenamiento el patrimonio es transmisible; pasa del causante a su o sus herederos, criterio que corroboran muchas otras disposiciones, como los artículos 996 y 1382 del Código Civil.

En consecuencia, una segunda importancia del concepto de patrimonio en nuestro derecho es que hace concordante y orgánica la regulación de la sucesión por causa de muerte.

156. Otro capítulo por el cual tiene especial importancia la teoría del patrimonio es el de las personas jurídicas.

Nuestro Código Civil en su artículo 545 dice que ellas son capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y el artículo 549 agrega que lo que pertenece a una corporación no pertenece en todo ni en parte a ninguno de los individuos que la componen; igualmente que éstos no son responsables de las deudas de la corporación, las que sólo pueden hacerse valer sobre sus propios bienes.

El que esta propiedad y esta responsabilidad pueden radicarse exclusivamente en la corporación y no en los miembros que la componen, no puede explicarse jurídicamente sino a través del concepto de que ella tiene un patrimonio propio distinto del patrimonio personal de los asociados.

El fundamento de la personalidad jurídica, ya se trate de corporaciones, fundaciones, sociedades anónimas, sociedades colectivas de responsabilidad limitada, adquiere, a través del concepto de patrimonio, una base y explicación coherentes.

157. Otra figura jurídica que la teoría del patrimonio explica es la representación.

La representación se produce cuando una persona actúa jurídicamente a nombre de otra, estando autorizada para hacerlo, y los efectos del acto se radican, no en sí mismo, sino en el tercero; es lo que se denomina “la representación”.

El artículo 1448 del Código Civil dice que “Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo”.

De la propia disposición resulta que la representación puede ser legal o voluntaria. El artículo 43 del Código Civil señala los representantes legales; en el contrato de mandato (arts. 2116 y ss. del C. C.) se reglamenta la representación voluntaria.

Si el representante actúa por el representado, los efectos del acto jurídico se van a radicar en éste y no en la persona que materialmente está actuando. El patrimonio vinculado es entonces el patrimonio del representado, en el cual se radican los efectos del acto. Si el representante no adquiere ningún derecho ni contrae obligación alguna es porque no ha comprometido su propio patrimonio sino el del representado.

Hay otra situación todavía más evidente. El artículo 2144 del Código Civil dispone que el mandatario no puede comprar para sí las cosas que el mandante le ha ordenado vender, ni vender de lo suyo lo que éste le ha ordenado comprar, sino con aprobación expresa del mandante. Este artículo demuestra que el autocontrato del mandatario es posible; en este caso, como asimismo en el

del artículo 245 del Código Civil y 371 del Código de Comercio, entre otros, con autorización del mandante, pero, como regla general, sin necesidad de autorización.

En ambos supuestos es imposible entender que la persona esté contratando consigo misma si no entendemos que está actuando por dos patrimonios: el propio y el del representado.

– Características

158. Al analizar las características del patrimonio debemos señalar en primer término que se trata de una universalidad jurídica.

Más adelante haremos la distinción entre universalidades de hecho y universalidades jurídicas, señalando que las primeras pueden derivar de la voluntad privada pero que las segundas sólo pueden ser establecidas por la ley. Así, mientras la ley (artículo 2056 del Código Civil) prohíbe toda sociedad a título universal, el artículo 135 establece que por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges.

Ahora bien, nuestras normas positivas dejan en claro que el patrimonio es una universalidad. El artículo 549 del Código Civil y otras disposiciones que se refieren a él y que ya hemos indicado señalan que contiene un conjunto de derechos y obligaciones sin especificación. Por eso, al referirse a la comunidad, el artículo 2306 del Código Civil dice expresamente que la herencia es una cosa universal. También lo ha establecido así nuestra jurisprudencia al resolver sobre la forma de tradición del derecho de herencia.

159. El carácter de universalidad jurídica del patrimonio trae aparejado su carácter de intransferible.

Aunque no hay ningún precepto legal que lo establezca directamente, ello resulta de diversas disposiciones: del artículo 1407 del Código Civil, que prohíbe las donaciones a título universal; del artículo 1811, que declara nula la venta de todos los bienes presentes o futuros o de unos y otros, ya se venda el total o una cuota; del artículo 2056, que prohíbe toda sociedad a título universal.

Parecería oponerse a este carácter intransferible del patrimonio la cesión del derecho de herencia que autoriza la ley.

En realidad no es así, porque en tal caso el cedente no enajena su patrimonio personal u originario, el que siempre es intransferible.

Además nuestro Código ha creado al respecto un sistema original que, entre otras cosas, hace lógica la posibilidad de enajenación.

En efecto, el Código Civil al enumerar los derechos reales, en el artículo 577 incluye el derecho de herencia; el artículo 1264 señala que en este derecho puede fundamentarse una acción real; este derecho es susceptible de posesión legal (art. 688 del C. C.) o efectiva y ésta con o sin justo título (art. 704 y 1269 del C. C.); y puede adquirirse por prescripción de acuerdo al artículo 2512 del Código Civil.

Por otra parte, la sucesión por causa de muerte es un modo de adquirir el dominio (art. 588 del C. C.), que se aplica tanto a las cosas singulares contenidas en la herencia como al derecho real de herencia en su totalidad (art. 1268 del C. C.).

De este modo al heredero no sólo se le ha transmitido el patrimonio del causante por la muerte de éste, sino que, al mismo tiempo, ha ingresado a su patrimonio un derecho real de herencia que ha hecho suyo por el modo de adquirir sucesión por causa de muerte.

El derecho real de herencia es muy similar al dominio; se ejerce respecto de todos, *erga omnes*, pero en lugar de recaer en una cosa corporal o incorporeal (arts. 582 y 583 del C. C.), recae sobre una universalidad jurídica. Así, el que cede un derecho de herencia (art. 1909 del C. C.) está transfiriendo un derecho real que está contenido en su patrimonio personal u originario que subsiste.

160. El hecho de que el patrimonio esté fuera del comercio humano hace que a la vez sea inembargable.

Además ya sabemos que el artículo 2465 del Código Civil exceptúa a los bienes no embargables de aquellos sobre los cuales el acreedor puede perseguir el cumplimiento de sus obligaciones.

El artículo 1618 del Código Civil en su N° 9° establece que no son embargables aquellos derechos cuyo ejercicio es enteramente personal, lo mismo repite el N° 15 del artículo 445 del Código de Procedimiento Civil, y tal es el caso del derecho de dominio que sobre su patrimonio tiene una persona.

161. Igualmente el que el patrimonio no esté en el comercio humano implica además que él es imprescriptible; no puede adquirirse ni perderse por prescripción.

El artículo 2498 del Código Civil dice que se gana por prescripción el dominio de los bienes raíces o muebles que están en el comercio humano, lo que ratifica el artículo 2510 al referirse a la prescripción adquisitiva extraordinaria de las cosas comerciales. La prescripción extintiva tampoco procede por lo dispuesto en el artículo 2517 del Código Civil, ya que ella requeriría la prescripción adquisitiva del derecho.

Lo anterior es absoluto respecto del patrimonio personal u originario y lo mismo se aplica a ciertos patrimonios vinculados o fraccionados correspondientes a ciertos incapaces.

Cabe sí hacer presente que el derecho de herencia puede adquirirse o perderse por prescripción, como expresamente lo establece el artículo 2512 del Código Civil. Lo anterior se funda en las mismas razones que analizamos al estudiar la enajenación del derecho de herencia.

162. Finalmente, podemos señalar como característica del patrimonio el ser unitario.

Esto es evidente si consideramos el patrimonio como un atributo de la personalidad: cada persona es y debe ser titular de un patrimonio, único e indivisible al cual hemos denominado patrimonio personal u originario.

Esto no obsta a que cierto conjunto de bienes dentro de un patrimonio puedan estar vinculados o adscritos a ciertos fines u obligaciones especiales.

Tal sucede, por ejemplo, en el caso del heredero que acepta la herencia con beneficio de inventario. Este beneficio, de acuerdo con el artículo 1247 del Código Civil, “consiste en no hacer a los herederos que aceptan responsables de las obligaciones hereditarias y testamentarias, sino hasta concurrencia total de los bienes que han heredado”. Lo anterior no significa una dualidad de patrimonios, sino una limitación de responsabilidad; las obligaciones hereditarias y testamentarias que pasan al heredero se reducirán, en el caso de ser mayores, al monto de los bienes heredados.

Distinto es el caso del peculio profesional o industrial del hijo y del patrimonio reservado de la mujer casada, en los que la figura jurídica es más compleja. Aquí no hay sólo vinculación de determinados bienes a ciertas obligaciones; hay también ingreso de bienes a este patrimonio fraccionado y, por último, una administración distinta a la del patrimonio originario del incapaz.

El N° 1° del artículo 243 del Código Civil establece que el padre no gozará del usufructo, de los bienes adquiridos por el hijo en el ejercicio de un empleo, profesión liberal, industria u oficio mecánico; agrega que éstos forman su peculio profesional o industrial. Más adelante el artículo 246 dispone que el hijo de familia se mirará como mayor de edad para la administración de este peculio.

Por otra parte, el artículo 150 del Código Civil se refiere a la mujer casada, de cualquiera edad, que desempeñe cualquier empleo o ejerza una profesión, oficio o industria separadamente de su marido. En tal caso se considerará como separada de bienes

para el ejercicio de dichas actividades y para la administración de lo que en ellas obtenga.

Tenemos entonces el caso de patrimonios fraccionados. Estos peculios están sometidos a un régimen jurídico distinto del patrimonio normal u originario del titular.

El régimen jurídico es distinto porque estos patrimonios tienen una administración especial. Los bienes del hijo de familia son administrados por el padre; este patrimonio lo es por el propio hijo. Igualmente los bienes de la mujer casada son administrados por el marido; los bienes reservados, por la propia mujer. Los frutos de los bienes del hijo los percibe el padre, los de los bienes de la mujer el marido; aquí los frutos los reciben respectivamente el hijo o la mujer. Igualmente las obligaciones que pueden hacerse valer en ellos no son todas las obligaciones de los titulares, sino ciertas obligaciones (artículo 150 incisos 6° y 7°, artículo 253 del Código Civil).

El Código a este respecto no habla de patrimonios. Referente al hijo la denominación es “peculio profesional o industrial”. Con relación a la mujer habla de “administración separada” o “bienes reservados”; sin embargo, el inciso final del artículo 4° de la Ley N° 3.918 sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada se refiere al “patrimonio” que separadamente administra la mujer.

No podríamos hablar aquí de patrimonios o bienes de afectación, porque ellos no están afectos o destinados a una finalidad especial; es la procedencia de los bienes la que determina la formación del patrimonio separado. Tienen además un carácter eventual, porque si el posible titular no ejerce las actividades que le dan origen, no existirá jamás.

Por otra parte, si el titular adquiere o recobra su plena capacidad, el patrimonio separado desaparece y pasa a confundirse con su patrimonio originario o personal, cuya identidad y permanencia, por lo tanto, no han sido afectadas.

DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Concepto

163. Corresponde ahora analizar un vasto conjunto de derechos, aún no totalmente determinados, pero que son inherentes a la persona humana y que por esto llamamos derechos de la personalidad. Constituyen un atributo de la persona por ser tal y, en consecuencia, son iguales para todos.

Podemos agruparlos en categorías muy genéricas, pero es imposible hacer una enumeración exhaustiva de ellos. Como su violación es sancionada generalmente por la responsabilidad civil, los tribunales, sobre todo en los países de una jurisprudencia más avanzada que la nuestra, van agregando periódicamente nuevas situaciones que estiman merecedoras de la protección jurídica y que sólo pueden englobarse dentro del concepto general de derechos de la personalidad.⁴

Algunos autores, como Biondi, reconocen que no hay duda de que existe un derecho al honor, al nombre, a la libertad y que la ley acepta aquellos derechos que se resumen en la categoría de los derechos de la personalidad, pero puesto que tales derechos, como todos otros, deben tener un objeto, es imprescindible reconocer que honor, nombre, libertad, son entidades jurídicas que pueden encuadrarse en el amplio círculo de las cosas.⁵

Esto no constituye una objeción entre nosotros por el significado amplio de la palabra cosa, en cuanto objeto, que analizaremos más adelante.

Otros autores, como Enrico Allorio, señalan con relación a los llamados derechos de la personalidad que ellos no son autónomamente declarables en juicio y, por consiguiente, no son auténticos derechos o estados. Ellos serían sólo un hecho constitutivo de la obligación de reintegro o de resarcimiento de daños, que se contrae comportándose de modo contrario a las fundamentales prerrogativas de la persona ajena.⁶

En realidad estos derechos no tienen directamente un interés pecuniario, son de los que comúnmente se denominan extrapatrimoniales, pero ello no significa que no puedan llegar a tener una valorización económica, porque en caso contrario no podrían tener una tutela jurídica.

Algunos autores llaman a estos derechos “derechos políticos” por estar muchos de ellos consagrados en la Constitución Política, pero esto es reducir el ámbito de aplicación del concepto que en realidad es mucho más amplio.

Podemos intentar una clasificación de estos derechos, distinguiendo aquellos que se refieren a la individualidad de la persona y que comprenden dos órdenes de conceptos: la integridad física

⁴ Ver: RAYMOND LINDON, *Les droits de la personnalité. (Une création prétorienne)*. Dalloz, 1974.

ALEX WEIL-FRANÇOIS TERRE, *Droit Civil. Les personnes*. Dalloz, 1978, p. 25.

⁵ BIONDO BIONDI, *Los Bienes*. Bosch, 1961, p. 31

⁶ ENRICO ALLORIO, *El ordenamiento jurídico*. Europa América, 1958, p. 160.

y la libertad personal. En seguida, los que se refieren a la protección de la personalidad civil de las personas; por último, los que dicen relación con la protección de su personalidad moral.

– Derechos a la individualidad

164. La individualidad comprende, en primer término, el derecho a la integridad física que implica la protección de la vida y de la integridad corporal.

La Constitución señala entre los derechos constitucionales, en el N° 1° del art. 19, “derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona”. Los atentados a estos derechos constituyen delitos penados específicamente por el Código Penal.

Los delitos de homicidio, mutilaciones y lesiones sancionan la protección de la integridad física.

Estos hechos, aunque no lleguen a ser constitutivos de un delito penal por la falta de intencionalidad, constituirán, generalmente, un hecho culpable en que la culpa, real o presunta, determinará la existencia de un cuasidelito civil y dará lugar a la indemnización correspondiente.

165. La protección de la individualidad, no ya como persona física, sino como persona libre, comprende una serie de derechos que en general, pero no necesariamente, tiene el individuo con relación al Estado; son definidos y reglamentados por el derecho público y se encuentran establecidas en la Constitución.

En primer término el derecho a la libertad misma. La Constitución que ya en el N° 1° de su artículo 19 reconoce el derecho a la vida y a la integridad personal, en el N° 7° del mismo artículo establece el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.

Los crímenes y simples delitos que puedan cometer los particulares contra la libertad y seguridad de otros están penados en el párrafo 3° del Título III del Libro II del Código Penal.

El mismo Código, en el párrafo siguiente, pena los agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantidos por la Constitución.

Dentro de este mismo orden de derechos que dicen relación con la libertad podemos señalar los derechos de reunirse y asociarse (N°s 13° y 15°, art. 19 de la Constitución); los derechos de pensar, opinar y creer (N°s 6° y 12°); el derecho de residir y trasladarse (N° 7°); el derecho y la libertad de trabajo (N° 16°), etcétera.

Podríamos también incluir dentro de esta enumeración lo que, en general, puede llamarse el derecho a la intimidad privada. Este derecho comprende los actos y sentimientos de la vida íntima de una persona para que éstos no sean revelados a la faz pública y el que una persona pueda realizar su vida con el mínimo de interferencias o perturbaciones de terceros.

El N° 4° del artículo 19 de la Constitución asegura “el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia”.

La infracción de este precepto, cometida a través de un medio de comunicación social, constituye un delito, a menos de probarse la verdad de la imputación.

Por su parte el N° 5 del mismo art. 19 garantiza “la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada”.

La palabra “comunicación” es tan amplia, que cubre toda una gama, no sólo la epistolar, sino también la telefónica, telegráfica, etc. No toda comunicación sino que, dentro del sentido de la disposición, la que tiene el carácter de privada.

El derecho al secreto se extiende al que tiene una persona para que guarde silencio un tercero a quien se ha confiado algo por razones profesionales.

El artículo 247, inciso 2° del Código Penal castiga “a los que, ejerciendo alguna de las profesiones que requieren título, revelen los secretos que por razón de ella se les hubieren confiado”.

– Derechos a la personalidad civil

166. Los derechos que se refieren a la protección de la personalidad civil de las personas consisten especialmente en el derecho al nombre, al estado civil y a la propia imagen.

Hemos estudiado el nombre como atributo de la personalidad; aquí nos referimos al derecho subjetivo que una persona tiene de usar su nombre y oponerse a la usurpación o uso indebido del mismo por parte de terceros.

La usurpación del nombre es un delito contemplado en el Código Penal. El artículo 214 castiga al que usurpare el nombre de otro y agrega que esto es “sin perjuicio de la pena que pudiere corresponderle a consecuencia del daño que en su fama o intereses ocasionare a la persona cuyo nombre ha usurpado”. Asimismo en la falsificación de instrumentos públicos o privados una de las formas de configuración del delito es el contrahacer o fingir una firma.

Como toda responsabilidad penal es sin perjuicio de la responsabilidad civil que pueda acarrear el acto, es fácil entender la protección

del nombre frente a estas usurpaciones voluntarias. El problema es más confuso si se considera un uso del nombre ajeno no intencional sino solamente culpable. El caso más corriente ha consistido en designar al personaje de una obra literaria con un nombre que corresponde a una persona real. Los tribunales extranjeros han estudiado cada caso para ver si el uso del nombre perjudicaba a la persona. Lo mismo ha pasado con el uso de nombres para fines comerciales. En este último caso se ha fallado que el uso de un nombre para designar una calle o plaza no autoriza para utilizarlo con fines comerciales.

En cuanto al estado civil el Código Penal contempla también los crímenes o simples delitos que se cometan contra el estado civil de las personas; considera especialmente la usurpación de estado civil y la ocultación o sustitución de una persona para hacerla perder su estado.

El estado civil está protegido por diversas acciones civiles. Entre ellas tenemos las “acciones de reclamación de estado”, que son acciones para determinar un estado que se tiene, pero que parece no tenerse; así, por ejemplo, el caso que contempla el artículo 272 del Código Civil. Existen también “acciones de contestación de estado”; tenemos, por ejemplo, las acciones de impugnación de legitimidad (arts. 183, 186, 188, 216 del C. C.); impugnación del reconocimiento de hijo natural (art. 275 del C. C.), etc. Por último, hay sentencias “constitutivas de estado”, porque su fin es la constitución o atribución de un nuevo estado civil; por ejemplo, la que acoge una adopción legitimaria.

Estas acciones de estado tienen caracteres especiales en sus efectos que ya hemos señalado.

En esta categoría se ha incluido el derecho a la propia imagen. La jurisprudencia francesa ha considerado en general que la reproducción de los rasgos de una persona, sin su consentimiento, es una acción culpable; que constituye la violación de un derecho subjetivo y que, en consecuencia, para obtener una reparación no es necesario justificar otro daño distinto que el propio desconocimiento del derecho.

Sin embargo, esta teoría tan amplia ha debido ser limitada en base a diversas consideraciones; por ejemplo, la libertad de información, que justifica reproducir la imagen de personas que tienen una actuación pública; igualmente en consideración al sitio u ocasión en que una fotografía ha sido tomada; si se trata de lugares o sucesos públicos, su publicación no puede estar subordinada al consentimiento de cada una de las personas presentes.⁷

⁷ R. D. J., t. 79, s. 5, p. 111.

Por último, en este orden de materias, cabe señalar que el Tribunal de Gran Instancia de París, en una sentencia de 1976, ha sancionado la imitación de la voz ajena, ya que constituye “uno de los atributos de la personalidad” y de que “toda persona tiene el derecho de impedir que se imite su voz en condiciones susceptibles de crear una confusión de persona o de causarle cualquier otro perjuicio”.

– *Derechos a la personalidad moral*

167. La protección de la personalidad moral implica la protección de su honor, de su reputación e incluso de sus sentimientos de afección.

Nuestra Constitución consagra como derecho fundamental, en el N° 4° del art. 19 “el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia”. Conviene señalar que esta disposición tiene mayor amplitud que las normas penales que configuran los delitos contra el honor de las personas ya que consagra el respeto y protección de la vida privada y pública de la persona y de su familia.⁸

El Código Penal en sus artículos 412 y 416 contempla los delitos de calumnia e injuria. El primero consiste en la imputación de un delito determinado pero falso y que pueda actualmente perseguirse de oficio. El segundo, en toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona.

La correspondencia que existe siempre entre la sanción penal y la indemnización civil del hecho se destruye aquí por una disposición totalmente anacrónica de nuestro Código Civil. En efecto, el artículo 2331 dispone que: “Las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero”.

Cabe señalar que al adoptarse en Colombia nuestro Código Civil, el Título XXXV del Libro IV no sufrió modificación alguna, salvo la eliminación de este artículo.

La protección de los sentimientos de afección constituye, dentro de la responsabilidad civil, el vasto campo de lo que se ha llamado indemnización del daño moral.

Nuestra jurisprudencia ha definido el daño moral como el que proviene de toda acción u omisión que pueda estimarse lesiva

a las facultades espirituales, a los efectos o a las condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad humana.

Muy discutida en un comienzo la indemnización del daño moral, es aceptada sin reservas por nuestra jurisprudencia, en materia extracontractual, desde 1922, y en materia de responsabilidad contractual, desde 1951.

La objeción general consistió en que no se ve cómo un daño que hería los sentimientos de afecto, que causaba dolor, podía ser indemnizado pecuniariamente. Se ha considerado que la indemnización pecuniaria, aunque no significa una reparación, constituye, a lo menos, una compensación.

Aunque los tribunales civiles franceses han aceptado ya tradicionalmente la indemnización del daño moral, en materia administrativa el Consejo de Estado francés, que es el más alto tribunal en la materia, se negó hasta 1961 a aceptar la indemnización del daño puramente moral. Antes había concedido indemnizaciones fundadas en la alteración de las condiciones de existencia de los demandantes, fórmula bastante feliz, que no ha sido abandonada, y que puede cubrir en muchos casos la indemnización del daño exclusivamente moral.

La ley sobre abusos de publicidad contempla diversas situaciones relacionadas con esta materia y consagra el derecho de respuesta que se concede al afectado.

LAS PERSONAS JURIDICAS

– *Concepto y clasificación*

168. Como sujetos de la relación jurídica existen no sólo las personas naturales sino también las personas jurídicas.

Se trata de entidades colectivas que tienen una personalidad propia, independiente de la personalidad individual de los seres que las componen.

A ciertas colectividades jurídicamente organizadas de hombres o de bienes, el Estado las reconoce y la ley las eleva a la categoría de sujetos de derecho.⁹

Conviene señalar, sin embargo, que la Corte Suprema ha fallado que tiene legitimación para obrar en el recurso de protección –calidad sustancial que corresponde al titular de los derechos de

⁸ R. D. J., t. 79, s. 5, p. 178.

⁹ R. D. J., t. 79, s. 4, p. 188.

los que emana esta acción cautelar— no sólo la persona natural, sino todo ente, individual o colectivo, que tenga o crea tener un derecho dentro del ordenamiento constitucional, y ello aunque se trate de grupos o personas morales que carezcan de personalidad jurídica,¹⁰ no así las zonas geográficas, provincias o divisiones territoriales.¹¹

El que ciertas entidades que no son personas humanas puedan ser sujetos de una relación jurídica, no obstante constituir una realidad muy común en la vida social, es desde el punto de vista jurídico un problema difícil para cuya explicación se han formulado muy diversas teorías.

Algunas de estas teorías sostienen que la persona jurídica es una ficción; otras, que es una realidad, técnica en unos casos, objetiva en otros.

El representante más ilustre de la teoría de la ficción es el jurista alemán Savigny; para él las personas jurídicas son seres creados artificialmente capaces de tener un patrimonio. El que las personas colectivas sean seres ficticios no significa que carezcan de realidad; quiere decir solamente que aunque este ente real carezca de voluntad, la ley se la atribuye ficticiamente al otorgarle personalidad jurídica.¹²

Se ha combatido la teoría de la ficción por los que estiman que la capacidad jurídica no está determinada por la voluntad. Si ello fuera necesario, los infantes y los dementes no podrían ser sujetos de derechos. De lo anterior resulta que el hecho de no tener voluntad propia no podría esgrimirse como un argumento en contra de la realidad de la persona jurídica. Se alega también que las personas jurídicas no son entes ficticios, sino que tienen un importante y notorio poder como individualidades sociales.

Algunos autores, como Brinz, estiman que se trata de patrimonios que no pertenecen a una persona determinada, sino que están destinados a un fin. Los derechos de la persona jurídica no son de alguien, sino de algo, del patrimonio. Es lo que se llamaría un patrimonio de afectación.¹³

Otras teorías declaran que las personas jurídicas son realidades, especialmente la de Otto Gierke, que las considera un organismo social, o sea, una realidad objetiva; o la de Francisco Ferrera,

¹⁰ R. D. J., t. 78, s. 5, p. 92; t. 81, s. 5, p. 260. Eduardo Soto Kloss, t. 81, primera parte, Derecho, p. 55.

¹¹ R. D. J., t. 81, s. 5, p. 232.

¹² FEDÉRICO CARLOS DE SAVIGNY, *Sistema di diritto romano*. Págs. 239 ss.

¹³ BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*. Erlangen, 1873.

ra, que las considera como asociaciones o instituciones formadas para la consecución de un fin y reconocidas por el ordenamiento jurídico como sujetos de derecho, esto es, una realidad abstracta.¹⁴

Nuestro Código Civil acepta la teoría de la ficción, ya que el artículo 545 dispone: “Se llama *persona jurídica* una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”. Por otra parte, en esta materia don Andrés Bello siguió la doctrina de Savigny, que fue uno de los autores que le sirvieron de antecedente en muchas partes del Código Civil.

169. Por su función las personas jurídicas pueden clasificarse, en primer término, en personas jurídicas de derecho público y personas jurídicas de derecho privado.

Nuestro Código Civil, que, por otra parte, fue uno de los primeros que reglamentaron la personalidad jurídica, las trata en el Título XXXIII del Libro I. En él se expresa, en el inciso 2º del artículo 547, que las disposiciones de este Título no se extienden a las corporaciones o fundaciones de derecho público, como la nación, el fisco, las municipalidades, las iglesias, las comunidades religiosas y los establecimientos que se costean con fondos del erario.

Las personas jurídicas de derecho privado se dividen entre las que no persiguen fines de lucro y aquellas que sí los persiguen. Las primeras pueden ser corporaciones o fundaciones.

A éstas solamente se refiere el Título que hemos señalado del Código Civil. Las personas jurídicas que persiguen fines de lucro, y que se denominan sociedades, no están comprendidas en él. Al efecto, el inciso 1º del art. 547 del Código Civil, que ya hemos citado, dice: “Las sociedades industriales no están comprendidas en las disposiciones de este título, sus derechos y obligaciones son reglados, según su naturaleza, por otros títulos de este Código y por el Código de Comercio”.

Por lo tanto, las personas jurídicas que persiguen fines de lucro, o sociedades, pueden ser civiles o comerciales. Serán comerciales cuando estén destinadas a realizar actos de comercio.

El Código Civil reglamenta las sociedades civiles al referirse al contrato de sociedad en el Título XXVIII del Libro IV. El primer artículo de dicho título, el 2053, expresa: “La *sociedad o compañía* es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en

¹⁴ FRANCISCO FERRARA, *Teoría de las personas jurídicas*. Reus, 1929.

común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan.

La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados”.

Las sociedades pueden ser colectivas, en comandita, o anónimas, según lo establece el artículo 2061 del Código Civil.

Las sociedades colectivas o en comandita pueden ser civiles o comerciales si se forman para negocios que la ley califica de actos de comercio. La sociedad anónima es siempre mercantil aunque se forme para la realización de negocios de carácter civil.

La sociedad colectiva es aquella en que todos los socios administran por sí o por un mandatario elegido de común acuerdo. Además, los socios responden personalmente de las obligaciones sociales cuando el patrimonio social es insuficiente para solventarlas. Este último aspecto hizo que posteriormente se creara por ley una clase especial de sociedades colectivas, llamadas de responsabilidad limitada, en que la responsabilidad personal de sus socios queda limitada al monto de sus aportes.

Las sociedades en comandita están constituidas por dos clases de socios: los socios comanditarios, que efectúan un aporte a la sociedad, y sólo son responsables hasta concurrencia de su aporte, y los socios gestores, que administran la sociedad y son responsables de todas las obligaciones y pérdidas de ella.

La sociedad anónima es una persona jurídica formada por la reunión de un fondo común, suministrado por accionistas responsables sólo hasta el monto de sus respectivos aportes, y administrada por un directorio integrado por miembros esencialmente revocables.

– *Las personas jurídicas sin fines de lucro*

170. Señalamos que nuestro Código Civil al referirse en el Título XXXIII del Libro I a las personas jurídicas, sólo reglamentaba las personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro. En el artículo 547 señala que las sociedades industriales no están comprendidas en las disposiciones de ese Título, las que no se extienden tampoco a las corporaciones o fundaciones de derecho público.

Las personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro pueden ser corporaciones o fundaciones.

Las corporaciones son personas jurídicas formadas por un cierto número de individuos asociados para la realización de un fin común que no tenga carácter de lucro.

Las fundaciones están constituidas por un conjunto de bienes destinados a un fin de interés general.

De aquí nace una diferencia fundamental: es la reunión de personas la que determina la corporación; si estas personas desaparecen o son muy exiguas para la consecución de los fines y los estatutos no hubieren prevenido el modo de renovarlas y la autoridad no las renueva, desaparece la corporación. En cambio, la existencia de bienes no es indispensable para la subsistencia de la corporación.

Por el contrario, la existencia de bienes es indispensable a la existencia de las fundaciones; las que como lo dispone el artículo 564 del Código Civil, perecen por la destrucción de los bienes destinados a su manutención. Las personas, en cambio, no son necesarias para la constitución de la fundación; lo son sólo para la administración de su patrimonio.

Ambas tienen de común la persecución de un fin, naturalmente lícito, no lucrativo y determinado. La corporación puede perseguir un fin común que propenda al bienestar de sus asociados o que consista en actividades de interés general o social. Las fundaciones, en cambio, por su constitución, sólo pueden tener un fin ideal en interés de personas indeterminadas.

– *Corporaciones*

171. Las corporaciones se constituyen por ley o a través de la aprobación del Presidente de la República.

En el segundo caso su constitución se rige por el Reglamento sobre Concesión de Personalidad Jurídica, N° 110 de 1979 (D.O. 20-03-79).

La constitución es solemne, ya que los artículos 2° y 3° del Reglamento exigen que la solicitud en que se pida la concesión de la personalidad jurídica deberá constar en escritura pública. Esta solicitud, que debe contener las indicaciones que señalan los artículos 4° y 9° a 10° del Reglamento, deberá ser aprobada por el Presidente de la República de conformidad al artículo 23.

Los estatutos de una corporación tienen fuerza obligatoria sobre toda ella. Estos estatutos regularán la forma en que se manifestará la voluntad de la corporación. Al respecto el artículo 550 del Código Civil dispone que la mayoría de los miembros que tenga voto deliberativo constituirá una “sala” o reunión legal de la corporación y que la voluntad de la mayoría de la sala será la voluntad de la corporación.

Las corporaciones son representadas por las personas designadas al efecto por la ley o los estatutos y sus actos son actos de la corporación en cuanto no excedan los límites de su mandato.

Los estatutos de una corporación pueden reformarse. Esta reforma deberá ajustarse a lo que al respecto dispongan los estatutos; con sujeción a ellos o a falta de sus disposiciones, dicha reforma deberá ser aprobada en una Junta General de la corporación. En todo caso, esta reforma debe sujetarse a los mismos requisitos y formalidades establecidos para la concesión de la personalidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 24 del Reglamento respectivo.

Se ha discutido en teoría si en la modificación de estatutos puede cambiarse el objeto de una corporación. Al respecto cabe señalar que el artículo 24 del Reglamento sobre Concesión de Personalidad Jurídica establece en su inciso 4º: “Las corporaciones no podrán alterar sustancialmente sus fines estatutarios y corresponderá al Presidente de la República calificar si concurre o no dicha circunstancia”.

Las corporaciones pueden disolverse por su propia voluntad, pero al efecto, como lo disponen el artículo 559 del Código Civil y el artículo 25 del Reglamento, es necesaria la aprobación de la autoridad que legitimó su existencia.

También pueden disolverse por disposición de la autoridad o por ley, aun contra la voluntad de sus miembros, si llegan a comprometer la seguridad o intereses del Estado, o no corresponden al objeto de su institución (art. 559 inc. final del C. C.).

Otra causal de disolución podría ser la contemplada en el artículo 560 del Código Civil, que se pone en el caso de que falten todos los miembros de una corporación o queden reducidos a tan corto número que no puedan ya cumplirse los objetos para que fue instituida. En tal caso, debe estarse en primer término a lo que dispongan los estatutos respecto a su integración; si nada han previsto corresponderá a la autoridad la forma en que haya de efectuarse la integración o renovación. Si esta facultad no se ejercitare, la corporación desaparecerá por falta de las personas naturales que deben integrarla.

Una vez disuelta la corporación se dispondrá de sus bienes en la forma prescrita en los estatutos; si éstos nada han dispuesto al efecto, sus propiedades pertenecerán al Estado, con la obligación de emplearlas en objetos análogos de la institución, correspondiendo al Presidente de la República señalarlos.

– Fundaciones

172. En general, la reglamentación que hemos señalado para las corporaciones se aplica también a las fundaciones de benefi-

cencia, de acuerdo a lo establecido en el artículo 563 del Código Civil y a lo que dispone el artículo 30 del Reglamento respectivo.

A diferencia de las corporaciones, las fundaciones se constituyen por la voluntad de su fundador y el Presidente sólo aprueba su existencia. Se rigen por los estatutos dictados por el fundador; si él no hubiera manifestado su voluntad a este respecto o sólo la hubiere manifestado incompletamente, será suplido este defecto por el Presidente de la República (art. 562 del C. C.).

De lo anterior se desprende que para la creación de una fundación es indispensable la existencia de un fundador. Este puede hacerlo en primer término por medio de una asignación testamentaria. El artículo 963 del Código Civil al determinar que son incapaces de todo legado las organizaciones que no sean personas jurídicas, agrega en su inciso 2º: “Pero si la asignación tuviere por objeto la fundación de una nueva corporación o establecimiento, podrá solicitarse la aprobación legal, y obtenida ésta, valdrá la asignación”.

No siempre deberá tratarse de una asignación que cree directamente la fundación, sino que puede tener también el carácter de una asignación modal. Asignación modal, de acuerdo al artículo 1089 del Código Civil, es aquella en que se asigna algo a una persona para que lo tenga por suyo, pero con el objeto de aplicarlo a un fin especial. Este fin especial puede ser la creación de una fundación con una finalidad determinada. Puede también tratarse de una donación modal.

Puede crearse igualmente la fundación por un acto entre vivos que consistirá en una declaración unilateral de voluntad del fundador. En todo caso, es un acto solemne ya que, de acuerdo al Reglamento, en la solicitud de aprobación de estatutos debe acompañarse una copia autorizada del instrumento público en que consten el acto de fundación, los estatutos y el poder de la persona que la solicita (artículo 30 en relación con el artículo 3º del Reglamento).

Otro punto fundamental en que la reglamentación de las fundaciones se diferencia de la de las corporaciones es que éstas tienen una causal especial de disolución. El artículo 566 del Código Civil dispone: “Las fundaciones perecen por la destrucción de los bienes destinados a su manutención”.

Esto es lógico si consideramos, como se dijo en un comienzo, que la fundación está constituida por un conjunto de bienes destinados a un fin de interés general; si estos bienes desaparecen, también se extingue la fundación, ya que ellos la constituyen y son el medio que tiene para realizar su fin.

ATRIBUTOS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

173. Los atributos de la personalidad que corresponden a las personas naturales no podemos asignarlos en igual forma ni en su totalidad a las personas jurídicas. Por de pronto carecerán de estado civil y el concepto de patrimonio tendrá un alcance diverso. Reglas especiales gobernarán su nombre, su nacionalidad, su capacidad y domicilio.

Nombre y domicilio

174. Las personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro, corporaciones y fundaciones, establecen su nombre y domicilio desde su origen. El Reglamento sobre Concesión de Personalidad Jurídica (Decreto Supremo de Justicia N° 110 de 1979) dispone en su artículo 4° que: “Los estatutos de toda corporación deberán contener:

1) La indicación precisa del nombre y domicilio de la entidad”.

A su vez, el artículo 31 dice: “Los estatutos de toda fundación deberán contener:

a) El nombre, domicilio y duración de la entidad”.

Respecto a las sociedades el Código Civil no tiene normas directas, pero da por sentado que debe existir una firma o razón social (art. 2062).

Respecto a las sociedades comerciales colectivas el Código de Comercio en su artículo 352 señala que la escritura social debe expresar: “2° La razón o firma social... 11° El domicilio de la sociedad”.

Lo anterior se aplica a las sociedades en comandita de acuerdo al artículo 474 del Código de Comercio. Respecto a las sociedades anónimas el artículo 4° de la Ley N° 18.046 que regula este tipo de sociedades, señala que la escritura de sociedad debe expresar: “2° El nombre y domicilio de la sociedad”.

El Código de Comercio reglamenta en cierto detalle la razón o firma social de la sociedad colectiva en los artículos 365 y ss. Por otra parte, la Ley sobre Sociedades Anónimas (Ley N° 18.046 de 1981) dice que “si el nombre de una sociedad fuere idéntico o semejante al de otra ya existente, esta última tendrá derecho a demandar su modificación en juicio sumario” (art. 8°).

Los autores han estimado que en caso de litigio los tribunales pueden determinar si el domicilio efectivo de la sociedad corres-

ponde o no al fijado en los estatutos. Al mismo tiempo, estimamos que puede ser aplicable a las personas jurídicas lo dispuesto en el artículo 67 del Código Civil, especialmente si tienen agencias o sucursales. Ello significará que si concurren en varias secciones territoriales circunstancias constitutivas de domicilio civil, se entenderá que en todas ellas lo tiene.

Nacionalidad

175. La nacionalidad de una persona jurídica puede tener importancia cuando ella actúa en otro país y puede plantearse internacionalmente el problema del derecho aplicable en caso de controversia.

Al respecto tradicionalmente existían dos criterios distintos. En los países de la Europa continental se estimaba que debía atenderse a la sede social, es decir, una sociedad tiene la nacionalidad del país en que está ubicada su sede social.

Los países del *common law* adoptaron un criterio diferente, el de la autorización. La nacionalidad de una sociedad era la del Estado que la autorizó a funcionar como tal.

Las grandes guerras mundiales crearon problemas nuevos; en especial cuál es la vinculación de una sociedad a un Estado que autorice a ésta para otorgarle protección diplomática. Frente a esto las grandes potencias cambiaron su criterio y comenzaron a reivindicar para las sociedades el mismo derecho de protección diplomática que correspondía a los individuos y se estableció una analogía entre las reglas que rigen su nacionalidad y las que rigen las de los individuos.

Posteriormente se presentaron problemas relacionados con la protección diplomática de intereses de nacionales que formaban parte de una sociedad extranjera a la que se inferían daños en cualquier país. También se presentó el caso de ciudadanos de un país que constituían una sociedad en un país distinto para que tuviera la nacionalidad de éste. Así podían realizar actos que, en su carácter de extranjeros, les eran prohibidos o ilícitos personalmente.

Surgió así la teoría del control, que sostiene que la nacionalidad de una sociedad está determinada por la nacionalidad de las personas que controlan sus decisiones.

Este criterio tuvo influencia en nuestra legislación. El Decreto con Fuerza de Ley N° 251 de 1931 exige en sus artículos 4° y 6° que para ejercer el comercio de seguros las sociedades anónimas debían tener un capital que en sus dos terceras

partes, a lo menos, fuera suscrito y conservado por accionistas chilenos o extranjeros radicados en Chile. El Decreto Ley N° 3.057 ha modificado el artículo 6° y, aunque habla de sociedades anónimas nacionales de seguros, suprime la exigencia relativa a la propiedad del capital, con lo cual parece volverse al criterio de que es la constitución en Chile lo que da a una sociedad anónima el carácter de nacional. Igualmente la Ley General de Bancos deja en claro que son nacionales los constituidos en Chile; al referirse a los bancos extranjeros el artículo 29 dice: “Los bancos constituidos en el extranjero”.

Frente a estos criterios dispares puede señalarse que la última decisión jurisdiccional importante sobre este tema, dada a conocer por la Corte Internacional de Justicia el 5 de febrero de 1970, descartó el criterio del control y siguió considerando válidos para determinar la nacionalidad, a los efectos de la protección diplomática, a los de la sede social y de la autorización. Entre nosotros estimamos que es la autorización, o sea, la constitución en Chile, lo que determina la nacionalidad chilena.

Patrimonio

176. Las personas jurídicas tienen también un patrimonio.

Es tal vez la noción de patrimonio la que hace posible la comprensión en derecho de la persona jurídica. Es precisamente el hecho de que la persona jurídica tenga un patrimonio propio distinto del de las personas naturales que puedan formarla, lo que hace posible lo dispuesto en el artículo 549 del Código Civil: 1° que lo que pertenece a la corporación, no pertenece ni en todo ni en parte a ninguno de los individuos que la componen; 2° que las deudas de la corporación no dan a nadie derecho para demandarlas, en todo o parte, a ninguno de los individuos que componen la corporación.¹⁵

Sin embargo, en las personas jurídicas el patrimonio puede tener un carácter fundamental que no lo tiene en las personas naturales. Hemos visto que el patrimonio tiene un activo y un pasivo y que no importa el signo negativo del balance entre ambos. No importa tampoco que una persona carezca de bienes, porque en todo caso tendrá un patrimonio; lo que importa es el continente y no el contenido.

¹⁵ R. D. J., t. 75, s. 1, p. 201.

En las personas jurídicas, en cambio, el patrimonio con un valor positivo, como continente de bienes, puede ser indispensable para la subsistencia de la personalidad.

Tenemos así el artículo 564 del Código Civil, que establece: “Las fundaciones perecen por la destrucción de los bienes destinados a su manutención”. Por otra parte, el artículo 2100 dice: “La sociedad se disuelve asimismo por su insolvencia, y por la extinción de la cosa o cosas que forman su objeto total”.

El Código de Comercio aplica la disposición anterior, porque en el artículo 407 dispone que “la sociedad colectiva se disuelve por los modos que determina el Código Civil”.

Tenemos entonces que, en todos estos casos, un patrimonio que tenga un signo positivo de una magnitud determinada es indispensable para la subsistencia de la personalidad jurídica.

Capacidad

177. El Código Civil dice en forma general en el artículo 545 que las personas jurídicas son capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representadas judicial y extrajudicialmente.

Pero, por su naturaleza propia, esta capacidad está restringida a los derechos patrimoniales; los derechos de familia son sólo compatibles con la persona natural.

Aun dentro de los derechos patrimoniales pareciera que ciertos derechos personalísimos no entraran dentro de la capacidad de las personas jurídicas. Se trata de aquellos derechos que el Código Civil en el N° 9° del artículo 1618 llama “derechos cuyo ejercicio es enteramente personal”, dando como ejemplo los de uso y habitación.

Por otra parte, ciertos cargos sólo pueden ser desempeñados por personas naturales. Así los artículos 338 y siguientes del Código Civil (en especial arts. 497, 500, 514, etc., del C. C.) giran en torno a las personas naturales. La Ley General de Bancos al autorizar, en su artículo 48 N° 4°, a los bancos para ser guardadores testamentarios en determinados casos, señala que el cargo sólo se extenderá a la administración de los bienes del pupilo. Salvo ciertas excepciones relacionadas también con los bancos, las personas jurídicas no pueden desempeñar el cargo de partidores, albaceas o depositarios.

En general, la capacidad de una persona jurídica se encontrará además determinada y subordinada a su tipo y finalidad.

RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

– *Responsabilidad penal*

178. La posibilidad de responsabilidad penal para las personas jurídicas no ha sido resuelta de modo uniforme por los tratadistas.

Los partidarios de que la personalidad jurídica es una ficción estiman que ella es imposible porque, en primer término, tal responsabilidad se basa en la voluntad de un ser humano para realizar actos razonados; en segundo lugar, por el principio de personalidad o individualidad de las penas.

En efecto, la sanción contra una persona jurídica la sufrirían todos los asociados, incluso los que no tuvieron ninguna participación en el hecho punible.

Los que estiman que las personas jurídicas son realidades objetivas admiten que tienen responsabilidad penal, pero deben restringirse a casos excepcionales y a penas determinadas.

Los que sostienen que las personas jurídicas son una realidad, pero abstracta, estiman que no pueden ser autoras de delito en el sentido natural o legal; que si por parte de la persona jurídica se cometiere un delito, no personal sino colectivo, debe ser castigado a través del derecho penal administrativo.

Entre nosotros no cabe esta discusión teórica. En efecto, el inciso segundo del artículo 39 del Código de Procedimiento Penal dice: “La responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que hayan intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que afecte a la corporación en cuyo nombre hubieren obrado”.

– *Responsabilidad civil*

179. En la responsabilidad civil debemos distinguir si se trata de responsabilidad contractual o extracontractual.

En materia contractual las personas jurídicas responden de todas las obligaciones contraídas en su nombre por sus representantes si éstos han obrado dentro de los límites de su mandato.

En efecto, el artículo 545 del Código Civil dice que la persona jurídica es capaz de contraer obligaciones civiles y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

Por otra parte, el artículo 552 agrega que: “Los actos del representante de la corporación, en cuanto no excedan de los límites del ministerio que se le ha confiado, son actos de la corporación; en cuanto excedan de estos límites, sólo obligan personalmente al representante”.

Por lo tanto, la persona jurídica está obligada al cumplimiento de sus obligaciones; en caso contrario, incurrirá en responsabilidad civil contractual y estará constreñida a pagar las indemnizaciones de perjuicios, compensatorias y/o moratorias, que procedan.

180. Igualmente la persona jurídica puede incurrir en responsabilidad civil extracontractual.

Ahora bien, esta responsabilidad emana de los delitos o cuasidelitos civiles, que son aquellos hechos ilícitos, dolosos o culpables que causan daño a un tercero. La responsabilidad consiste en la obligación de indemnizar este daño.

Considerando la disposición expresa del artículo 39 del Código de Procedimiento Penal que ya hemos citado y que no existe ninguna disposición limitativa en el Título XXXV del Libro IV del Código Civil que reglamente la responsabilidad extracontractual, no hay razón alguna para sostener, como lo han hecho algunas sentencias, que la persona jurídica sea incapaz de cometer delitos o cuasidelitos civiles.¹⁶

Si la persona jurídica puede contraer obligaciones civiles, como expresamente lo dispone el artículo 545 del Código Civil, no hay razón alguna para limitar esta capacidad a una sola de las fuentes de las obligaciones, ni tampoco para excluir a una de dichas fuentes.

En cuanto al daño que causen las personas, la responsabilidad extracontractual puede provenir del hecho propio, o bien, del hecho de un tercero por el cual se es civilmente responsable.

Esta situación excepcional en que alguien responde del delito o cuasidelito ajeno la plantea en forma general el artículo 2320 del Código Civil al decir que “toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado”. En los ejemplos que señala dicha disposición, y que no son taxativos, dice que los artesanos y empresarios responden del hecho de sus aprendices o dependientes, mientras estén bajo su cuidado.

¹⁶ R. D. J., t. 12, s. 1, p. 410; t. 22, s. 1, p. 681; t. 28, s. 1, p. 164.

181. En relación con la responsabilidad personal de las personas jurídicas, se ha sostenido por los autores franceses y por Alessandri, entre nosotros, que el delito o cuasidelito debe haber sido cometido por sus “órganos”, esto es, por las personas naturales o asamblea en que reside la voluntad de la persona jurídica, o sea, la mayoría de la sala de acuerdo al artículo 550 o las personas que la representan en conformidad al artículo 551 del Código Civil, y además obrando en ejercicio de sus funciones.¹⁷

De acuerdo a este criterio el daño inferido por cualquiera persona natural que forme parte de la sociedad jurídica, pero que no tenga su representación, sólo podría hacerla responsable a través del mecanismo de responsabilidad por el hecho ajeno.¹⁸

No compartimos este criterio que parte de no considerar aquí la diferente reglamentación de la capacidad en materia contractual y en materia de responsabilidad civil extracontractual. Para realizar válidamente actos jurídicos es necesario tener la capacidad al efecto, capacidad que está regulada por las disposiciones del artículo 1447 del Código Civil. La capacidad para contraer responsabilidad civil la fija el artículo 2319 del Código Civil; de acuerdo con él, los únicos incapaces son los menores de siete años (infantes) y los dementes.

Por lo tanto, para contraer responsabilidad civil no es necesaria la capacidad para realizar actos jurídicos, lo que es lógico, porque aquí estamos en presencia de simples hechos jurídicos; consecuentemente, para que la persona jurídica contraiga responsabilidad civil no es necesario que actúen las personas que la representan y realicen los actos exigidos para obligarla contractualmente.

¿Cómo actúa la persona jurídica en el mundo real? A través de las personas naturales que forman parte de ella en cualquier carácter, tengan o no su representación. Es precisamente en los hechos de la vida diaria, en las ocurrencias de la actividad, en los que se causan daños y se incurren en responsabilidad civil. Ahora bien, esta actividad no la realizan las personas jurídicas, entes abstractos, sino las personas naturales que las componen o forman parte de ellas como administradores o como dependientes.

Por lo tanto, las personas jurídicas incurren en responsabilidad civil extracontractual por los daños que produzca su activi-

dad, realizada por intermedio de cualquiera de las personas que la componen, tengan o no su representación.

182. Las personas jurídicas pueden ser también responsables por el hecho ajeno.

La disposición general del artículo 2320 del Código Civil, que hemos citado, no tiene limitaciones. A mayor abundamiento, entre los ejemplos que coloca el artículo se encuentra la responsabilidad de los empresarios por sus dependientes, y el artículo 2322 establece la responsabilidad de los amos por la conducta de sus criados.

Por empresario se ha entendido entre nosotros, en forma limitativa, que es la persona natural o jurídica que ejecuta una obra o explota un servicio público. Por dependientes se ha entendido los que están a su servicio, tales como empleados y obreros. Aplicando el texto del artículo 2320, resulta que la responsabilidad del empresario puede existir mientras los dependientes estén a su cuidado y cesa cuando no están a su servicio. Aun en el primer caso la responsabilidad del empresario cesará si prueba que empleó la debida vigilancia y cuidado y no obstante no pudo impedir el hecho.

Hemos citado también la responsabilidad de los amos, porque la jurisprudencia ha dado a los términos “amo”, “criado” y “sirviente” un significado amplio, abarcando en los últimos a las personas que sirven por salario, y en el primero, a todas las personas o entes que tienen asalariados a su servicio. Aquí también la responsabilidad cesa si el amo prueba que el criado ejerció sus funciones de un modo impropio que el primero no tenía medio de prever o impedir (art. 2322 del C. C.).

Resalta de inmediato lo restringida que resultaría la responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas si la derivada de los daños que originan las personas que actúan por ellas sólo pudiera perseguirse a través del mecanismo de la responsabilidad por el hecho ajeno.

¹⁷ A. ALESSANDRI R., *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Ed. Universitaria. 1943, N° 106.

¹⁸ A. ALESSANDRI R., *op. cit.*, N° 111.

CAPÍTULO IV
LOS OBJETOS DEL DERECHO

COSAS - BIENES Y OBJETO

183. El segundo de los elementos de la relación jurídica es el objeto de la misma. En toda relación jurídica existe un ámbito que recibe la acción de los sujetos y que constituye el objeto de ella.

Ante todo debemos señalar que este objeto de las relaciones jurídicas, este objeto jurídico, está configurado en ellas de manera distinta a la del mundo objetivo de cualquiera otra disciplina. Atendida esta especialidad y dentro de la perspectiva del derecho, la idea de “bien jurídico” da una noción bastante exacta y comprensiva, pues nos permite aplicar el concepto tanto al derecho privado, lo mismo civil que penal, como al derecho público con la figura del bien público.

Al analizar el concepto de bien jurídico pensamos, en primer término, en las cosas, y entendemos claramente que casi todas ellas pueden ser objeto de una relación jurídica y constituir, por lo tanto, un bien jurídico. Al mismo tiempo pensamos que una prestación, que no es una cosa material, puede ser igualmente objeto de una relación y que, en consecuencia, debemos considerarla un bien. Es por esto que resulta indispensable analizar en el ordenamiento jurídico los conceptos de “cosas”, “bienes” y “prestaciones”.

184. El concepto vulgar de “cosa” implica cualquiera entidad perceptible por nuestros sentidos. El concepto de “bien” implica el que esta cosa pueda ser objeto de apropiación. En este sentido, la alta mar, la atmósfera, son cosas, pero no son bienes.

Desde otro punto de vista, ciertas abstracciones intelectuales, como la honra, o determinadas prestaciones, podrían constituir bienes jurídicos, pero no serían cosas por falta de materialidad.

Sin embargo, el concepto de “cosa” en el derecho se ha ido extendiendo y continúa ampliándose para rebasar con mucho el concepto de cosa material, para terminar abarcando todo aquello que puede ser objeto de una relación jurídica. En este sentido el Código austríaco dice en su art. 285 que “todo aquello que no es persona y sirve para el uso del hombre, en sentido jurídico, se llama cosa”.

En consecuencia, cosa se contrapone a persona; el primero de sus caracteres, como noción jurídica, es precisamente éste, ser extraña al sujeto.

En segundo lugar, debe tener relevancia jurídica, es decir, consistir en un interés que merezca la protección del ordenamiento jurídico.

En seguida debe ser susceptible de apropiación o sujeción. Sólo importa la posibilidad, no la apropiación o sujeción actuales.

Relacionado con lo anterior está el que proporcione o pueda proporcionar una utilidad, material o moral, actual o futura.

Debe además ser individualizable en el mundo externo, ya sea materialmente, ya por categoría, cantidad, calidad, situación o función. Esta individualización no implica que se trate de una cosa actual, porque las cosas que no existen, pero se espera que existan, también pueden ser objeto de una relación jurídica.

A este efecto nuestro Código Civil permite, en el art. 1813, la venta de las cosas que no existen, pero se espera que existan, y en el art. 1113 dispone que: “El legado de una cosa futura vale, con tal que llegue a existir”.

Las características que hemos señalado se desprenden del conjunto de nuestro ordenamiento jurídico y, en especial, de los artículos 1460 y 1461 del Código Civil.

El art. 1460 dice: “Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración”.

Por su parte, el art. 1461 dispone en sus dos primeros incisos: “No sólo las cosas que existen pueden ser objetos de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciables, y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género.

La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla”.

El que el concepto de cosa rebase en derecho el significado corriente o material de la palabra es evidente. El artículo 1460, ya citado, al hablar de “una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer” es definitivo al respecto; la acción o la omisión pueden

ser cosas en el derecho. Si se trata de una obligación de dar, es evidente que ella se refiere a una cosa material, pero al hablar también de las obligaciones de hacer o de no hacer, señala que la cosa objeto de la declaración de voluntad puede ser una prestación. Por lo tanto, las prestaciones son también, en nuestro derecho, cosas.

Esto se opone al concepto teórico, que estima que el objeto del derecho puede consistir, o bien en una cosa corporal o incorporal, o bien en un comportamiento humano.

Ahora la distinción entre “cosas” y “bienes”, precisada antes intelectualmente, se pierde en la normativa jurídica. Para nuestro Código Civil, como para muchos Códigos extranjeros, bienes y cosas son una misma entidad jurídica.

El art. 565 de nuestro Código Civil dice en su inciso 1º: “Los bienes consisten en cosas corporales e incorporales”. Más adelante habla indistintamente de cosas (por ejemplo: arts. 566, 576, 582, 583, 606, 889, 1113, 1810, 2510, entre muchos otros), y de bienes (por ejemplo: arts. 589, 590, 85, 580, 1811, 2056, por señalar algunos). Esto resulta aún más evidente si consideramos, por ejemplo, que los arts. 566 y 567 definen los “muebles” como las cosas que pueden transportarse de un lugar a otro, y, un poco más adelante, el art. 574 se refiere a los bienes muebles para volver a referirse en el artículo siguiente a las cosas muebles.

La distinción puede tener utilidad si consideramos la cosa una entidad objetiva y el bien como el derecho subjetivo que se ejerce sobre la cosa. Sobre una misma cosa pueden ejercerse simultáneamente una pluralidad de derechos: dominio y usufructo, por ejemplo, sobre un mismo fundo. Tendríamos en este caso un mismo objeto, el fundo, pero dos bienes, la utilidad de los respectivos derechos.

COSAS CORPORALES

185. Las cosas se dividen en corporales e incorporales.

El art. 565 del Código Civil establece: “Los bienes consisten en cosas corporales o incorporales.

Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro.

Incorporales las que consisten en meros derechos, como los créditos, y las servidumbres activas”.

Las cosas corporales son, por lo tanto, entidades corpóreas que tienen realidad física en el mundo material. Las cosas incorporales son abstracciones; no pertenecen al mundo físico, sino que constituyen conceptos intelectuales.

– *Clasificación*

186. Las cosas corporales se clasifican a su vez en muebles e inmuebles.

De acuerdo con lo que disponen los artículos 568, 569 y 570 del Código Civil, inmuebles son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro, como las tierras y las minas. También las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios y los árboles. Finalmente son inmuebles las cosas que están destinadas permanentemente por su dueño al uso, cultivo o beneficio de un inmueble.

Para nuestra ley los términos inmueble, finca o bien raíz son sinónimos.

En conformidad a los artículos 567 y 571 del Código Civil, muebles son las cosas que pueden transportarse de un lugar a otro, ya sea moviéndose por sí mismas (semovientes) o por una fuerza externa (inanimadas). Se consideran también muebles los productos de los inmuebles y las cosas accesorias a ellos, para el efecto de constituir un derecho sobre dichos productos o cosas a favor de un tercero.

187. La distinción entre bienes muebles e inmuebles tienen gran importancia en nuestro derecho. A través de una tradición medieval recogida por el Código francés, los bienes inmobiliarios son la base de la fortuna; éste es el criterio que inspira nuestro Código Civil que, como veremos, aplica al tráfico de bienes raíces una serie de requisitos, garantías y controles que no son exigidos para los bienes muebles. Hoy día aparece esta diferenciación como anacrónica, ya que los bienes muebles tienen una importancia patrimonial igual o mayor que los bienes inmuebles.

Entre las diferencias más importantes podemos señalar:

a) Con relación a los modos de adquirir: la ocupación se aplica sólo a los muebles; las reglas de accesión son distintas; en la tradición, la entrega de la cosa, si ésta es inmueble, debe efectuarse por la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces; en la prescripción, los plazos de la prescripción adquisitiva ordinaria son distintos para muebles e inmuebles.

b) Ciertos derechos reales, limitaciones del dominio, sólo pueden ejercerse en inmuebles; así la servidumbre y el derecho de habitación.

c) Ciertos derechos reales de garantía sólo proceden respecto a inmuebles, así la hipoteca y el censo; la prenda sólo cabe respecto de muebles.

d) Mientras la compraventa de muebles es consensual, la de inmuebles debe otorgarse por escritura pública; igual solemnidad se exige para la donación de bienes raíces y para la constitución de fideicomiso y usufructo sobre inmuebles.

e) La protección de los incapaces es mucho más estricta si se trata de inmuebles. Al guardador le está prohibido donar los bienes raíces del pupilo: su venta debe hacerla en pública subasta, previa autorización judicial, la que también se necesita para la división de inmuebles en que el pupilo tenga interés. Igual autorización es necesaria al padre para enajenar o hipotecar los bienes raíces del hijo.

f) En la sociedad conyugal no entran a ella los bienes raíces aportados ni los que se adquieran durante el matrimonio a título gratuito. Para enajenar y realizar otros actos respecto a los bienes raíces propios de la mujer, el marido necesita su consentimiento y autorización judicial; si los bienes raíces son sociales necesita consentimiento de la mujer.

g) La posesión de los bienes inmuebles se adquiere, conserva y prueba normalmente por la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces y está protegida por acciones posesorias que no se aplican a los muebles.

h) En materia procesal la competencia varía según sean muebles o inmuebles las cosas objeto del litigio. La prohibición de celebrar actos y contratos y el embargo de bienes raíces deberán inscribirse en el registro conservatorio respectivo. En el juicio ejecutivo la realización de los bienes embargados tiene trámites especiales si se trata de bienes raíces.

i) En materia comercial sólo constituyen actos de comercio la compra y venta de bienes muebles. La compra o permuta de bienes raíces para negociar con ellos no constituye acto de comercio.¹

j) En materia penal los delitos de hurto y robo corresponden a bienes muebles; el de usurpación, a bienes raíces.

Bienes inmuebles

188. Para nuestra ley los términos “inmueble”, “finca” o “bien raíz” son sinónimos. También se usa la denominación “predios”,

¹ RICARDO SANDOVAL PEREZ, *Manual de derecho comercial*. Editorial Jurídica de Chile, 1981, N° 51 y 69.

los cuales pueden ser rústicos o urbanos. Para los predios rústicos se usa también el nombre de “fundos”.

Nuestro Código ha distinguido entre bienes inmuebles por naturaleza, por adherencia y por destinación.

El actual Código Civil italiano abandona tanto las definiciones como la clasificación, y en su artículo 812 enumera los bienes inmuebles taxativamente.

El bien inmueble por naturaleza es el suelo. Nuestro Código señala las tierras y las minas, pero lo son también las cosas que son inherentes a él o le están incorporadas; por eso el artículo 568 del Código Civil agrega las cosas que adhieren al suelo permanentemente, como los edificios, los árboles.

El concepto de los inmuebles por adherencia lo señala el artículo 569 del Código Civil al decir: “Las plantas son inmuebles, mientras adhieren al suelo por sus raíces, a menos que estén en macetas o cajones, que puedan transportarse de un lugar a otro”.

Tenemos finalmente los inmuebles por destinación. Aquí nos encontramos frente a bienes que en realidad son muebles, pero que, por una ficción jurídica, pasan a considerarse inmuebles. Se trata de las cosas que están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo de que puedan separarse sin detrimento.

El artículo 570 del Código Civil que las señala da diversos ejemplos, algunos de los cuales no son exactos (como las losas de un pavimento), pues en realidad son inmuebles por adherencia.

La disposición exige que estos muebles deben haber sido “puestos, “destinados” o pertenecer al dueño de la finca. No se exige esto en los dos primeros ejemplos, pero ya se ha señalado que ellos son erróneos, pues se trata de inmuebles por adherencia.

Se ha discutido si esta enumeración tiene un carácter taxativo, pero evidentemente ello no es así.

Bienes muebles

189. Los bienes o cosas muebles según el art. 567 del Código Civil son los que “pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismas, como los animales (que por eso se llaman *semovientes*), sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas”.

Lo anterior define los bienes muebles por naturaleza. Los autores han hecho enumeraciones de los bienes que deben entenderse comprendidos en la calificación. Estimamos esto innecesario, pues los bienes muebles constituyen la regla común o gene-

ral; los inmuebles son la excepción. Este es el criterio del Código italiano que, después de enumerar los bienes raíces, agrega: “Son muebles todos los demás bienes”.

Pero no sólo existen los muebles por naturaleza, sino que hay también los llamados bienes muebles por anticipación.

El inciso 1º del artículo 571 del Código Civil establece: “Los productos de los inmuebles, y las cosas accesorias a ellos, como las yerbas de un campo, la madera y fruto de los árboles, los animales de un vivar, se reputan muebles, aun antes de su separación, para el efecto de constituir un derecho sobre dichos productos o cosas a otra persona que el dueño”.

Dos requisitos son entonces necesarios para que estos bienes tengan el carácter de muebles: que constituyan productos o cosas accesorias de un inmueble y que se constituya sobre ellos un derecho a favor de un tercero.

Se trata entonces de verdaderos inmuebles, ya que están adheridos o son accesorios o productos de un inmueble. Separados pasarían en cambio a ser muebles por poderse transportar de un lugar a otro. La especialidad jurídica consiste en que se los considere muebles antes de la separación.

La entrega, que completa la tradición, se verifica respecto de estos bienes en el momento de la separación. Así lo establece el inciso 1º del artículo 685 del Código Civil que dispone: “Cuando con permiso del dueño de un predio se toman en él piedras, frutos pendientes u otras cosas que forman parte del predio, la tradición se verifica en el momento de la separación de estos objetos”.

Por lo tanto, normalmente, la venta y tradición de estos objetos antes de su separación deberían hacerse con las solemnidades establecidas para los bienes raíces (escritura pública e inscripción), ya que antes de separarse “forman parte del predio”. En cambio, a través de la ficción de considerarlos muebles aun antes de su separación para constituir un derecho a favor de otra persona, pueden venderse como bienes muebles y su tradición se hará en tal carácter.

– Especie y género

190. Cuando las cosas muebles son el objeto de una relación jurídica es necesario distinguir entre obligaciones de especie o cuerpo cierto y obligaciones de género. Esta es una distinción que el Código no efectúa al tratar de los bienes, pero sí en muchas otras disposiciones.

Es particularmente claro lo que dispone el inciso final del artículo 951 al tratar de las asignaciones por causa de muerte a título singular. Dice al efecto: “El título es *singular* cuando se sucede en una o más especies o cuerpos ciertos, como tal caballo, tal casa; o en una o más especies indeterminadas de cierto género, como un caballo, tres vacas, seiscientos pesos fuertes, cuarenta fanegas de trigo”. El artículo 1548, referente a las obligaciones de dar, distingue si ellas se refieren a una especie o cuerpo cierto o no. Por último, el artículo 1508 dice que son obligaciones de género aquellas en que se debe indeterminadamente un individuo de una clase o género determinado.

Si el objeto de la relación jurídica es una especie o cuerpo cierto éste debe estar individualmente determinado. Si el objeto es genérico, esto es, si se trata de una obligación de género, no es necesario determinar el o los individuos del género; basta determinar sólo el género mismo y la cantidad.

Por eso, y tal como lo dispone el artículo 1509 del Código Civil, en tales obligaciones el acreedor no puede pedir determinadamente ningún individuo y el deudor cumple entregando cualquier individuo del género de calidad a lo menos mediana.

Es necesario señalar, como se desprende de las explicaciones anteriores, que los bienes inmuebles son siempre especies o cuerpos ciertos. Siempre deben precisarse individualmente. Si una obligación se refiere a diferentes inmuebles, estaremos en presencia de una pluralidad de objetos, pero no de una obligación de género.

– Cosas consumibles y fungibles

191. Las cosas muebles corporales genéricas admiten también la distinción entre fungibles y no fungibles, y consumibles y no consumibles.

Tratamos ambas clasificaciones conjuntamente porque nuestro Código en el artículo 575 las confunde al decir: “Las cosas muebles se dividen en fungibles y no fungibles.

A las primeras pertenecen aquellas de que no puede hacerse el uso conveniente a su naturaleza sin que se destruyan”.

En realidad nuestro Código mezcla dos conceptos distintos: fungibilidad y consumibilidad.

En doctrina cosas fungibles son las que tienen igual poder liberatorio, las que pueden reemplazarse unas a otras mutua o recíprocamente en la ejecución de las obligaciones sin perjuicio ni reclamo del acreedor.

Las especies monetarias, como lo dice el inciso final del artículo 575, son esencialmente fungibles.

En general, son cosas fungibles las que pueden substituirse unas a otras, porque se determinan sólo por cantidad, peso o medida.

El concepto de consumibles es distinto, aunque por lo general las cosas fungibles son consumibles.

Los bienes consumibles son los que perecen por el uso que se haga de ellos.

Puede distinguirse en consumibilidad física y consumibilidad jurídica. La primera consiste en que la cosa desaparezca por el uso, como el carbón o la harina; la segunda, en que el propietario ejecute un acto de disposición que no puede ser repetido respecto de la misma cosa.

Las cosas no consumibles no se destruyen al primer uso; admiten un goce material o jurídico prolongado, conservando su individualidad.

Hay ciertos contratos que sólo pueden aplicarse a las cosas no consumibles, como el comodato, ya que el comodatario debe restituir la misma especie después de terminado el uso (art. 2174 del C. C.). Otros, como el mutuo, deben referirse necesariamente a cosas fungibles. El artículo 2196 del Código Civil dice expresamente que el mutuo o préstamo de consumo “es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas ‘fungibles’ con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad”.

COSAS INCORPORALES

– *Concepto*

192. Las cosas incorporales son las que consisten en meros derechos como lo dispone el inciso final del artículo 565 del Código Civil.

A su vez, el artículo 576 dice: “Las cosas incorporales son derechos reales o personales”.

No obstante que el artículo 565 dispone que los derechos son cosas incorporales, se ha querido restringir esta denominación exclusivamente a los derechos reales y personales por lo dispuesto en el artículo 576, que se supone excluiría otros derechos del carácter de cosas incorporales. Con este criterio los bienes intangibles a que nos referimos más adelante (ver N° 199), los derechos personalísimos, etc., no serían ni derechos ni cosas.

Como lo señala Biondi, la doctrina tiene la culpa de haber considerado sólo los derechos reales y los derechos de crédito, cuando aun permaneciendo en el campo privatístico, hay una serie, muy lejos de ser excepcional de derechos, respecto a los cuales no se puede en absoluto decir que tengan como objeto cosas o comportamientos humanos. Pero ellos, aunque no tengan siempre un carácter patrimonial, son susceptibles de valorización económica y deben encuadrarse dentro del amplio círculo de las cosas incorporales, pues de otra manera no serían susceptibles de tutela jurídica.²

Por eso, dentro del concepto de cosas incorporales deben incluirse no sólo los derechos no patrimoniales, sino también una serie de entidades que se pueden concebir sólo intelectualmente y a las cuales hemos denominado bienes intangibles.

Otro criterio significaría dejar a todos estos derechos en un nimbo jurídico. No serían ni personas ni cosas y no podrían tener tutela jurídica. Por de pronto no gozaría su dominio de la garantía constitucional del derecho de propiedad sobre toda clase de bienes corporales e incorporales, que otorga el N° 24 del art. 19 de la Constitución. Por el mismo motivo la privación, perturbación o amenaza de dichos derechos no sería susceptible del recurso de protección que establece el art. 20 del texto constitucional.³

Se ha sostenido que no toda la gama de derechos son cosas incorporales susceptibles de propiedad; únicamente lo son los derechos reales personales. Los que no componen el patrimonio por carecer de significación económica, los que no son apreciables en dinero aunque causen secuelas pecuniarias, no son cosas incorporales comprendidas en el derecho de propiedad.⁴

En nuestra opinión sostener que los derechos intangibles, potestativos, personalísimos, etc., no son cosas, significaría dejarlos ajenos al derecho y desprovistos de toda tutela jurídica.

Por lo tanto, todos estos derechos, aunque escapen a la clasificación de reales o personales, son cosas incorporales.

Acogiendo este criterio, la Corte de Apelaciones de Santiago, ha considerado que no puede desestimarse a priori la posibilidad de que derechos de la índole de aquellos que se dicen vulnerados

² BIONDO BIONDI, *Los bienes*. Bosch, 1961, p. 38.

³ Por las razones expuestas se niega protección en los recursos de Ahumada Collao, R. D. J., t. 78, s. 5, p. 138. Iribarren Arrieta, C. Suprema 2-7-1981, ambas con voto disidente del Ministro Sr. E. Correa Labra; y Jara Zubicueta, Corte Suprema 21-9-1981, con voto disidente del Ministro Sr. Rafael Retamal. R. D. J., t. 79, s. 5, p. 242.

⁴ R. D. J., t. 80, s. 5, p. 12.

en el recurso, no puedan ser considerados como bienes incorporales, respecto de los cuales la Constitución Política asegura amplia libertad de adquisición (artículo 19 N° 23), y reconoce como objeto del derecho de propiedad que, en sus diversas especies y sobre toda clase de bienes, la misma Carta Fundamental asegura a todas las personas (artículo 19 N° 24).

Que, en efecto, la extensión de los términos utilizados en las citadas disposiciones constitucionales, plenamente concordantes con los preceptos de los artículos 565, 582, 583 y 584 del Código Civil, no faculta para restringir solamente a los derechos personales o reales del ámbito propio de aquellos susceptibles de integrar el concepto de cosa incorporal que puede ser objeto de dominio o propiedad, sino que dicho concepto debe estimarse comprensivo, también, de bienes inmateriales diversos, como sucede con simples relaciones de hecho o situaciones de trascendencia económica, entre las que la doctrina civilista incluye, por ejemplo, el crédito de un comerciante, la clientela de un establecimiento mercantil, etc.⁵

Debe señalarse, eso sí, que las preferencias generales de pago de que gozan determinados derechos no constituyen por sí mismas derechos subjetivos, sino que importan un accesorio, una calidad o modo de ser de ciertos créditos.⁶

Dentro de las cosas incorporales, y con la salvedad que hemos hecho en los párrafos precedentes, estudiaremos en primer término y separadamente los derechos reales y personales.

Derechos reales

193. Derecho real, dice el art. 577 del Código Civil, "es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona". Es decir, en el derecho real hay una relación directa entre el titular y la cosa; no necesita para realizar su interés de un comportamiento ajeno. El interés del titular está destinado a realizarse inmediatamente, sin intermediarios, y por su propia actividad; la exclusión de los demás es una consecuencia. El deber ajeno sólo tendrá relevancia cuando algún tercero llegue a estar en contacto con el derecho real y pretenda desconocerlo o turbarlo. Es un problema de precedencia; en el derecho real lo primero es el lado activo, el poder del titular; en cambio, en las relaciones personales, lo pri-

⁵ R. D. J., t. 80, s. 5, p. 94.

⁶ R. D. J., t. 81, s. 2, p. 9.

mero es el lado pasivo, el vínculo del deudor, y a continuación viene el poder del que tiene el derecho.

De esto resulta que el derecho real no tiene nunca por fundamento un comportamiento ajeno; la limitación de la conducta de terceros es sólo una consecuencia del derecho del titular.

El derecho real es la pertenencia de algo, en cuanto está defendida contra eventuales injerencias o perturbaciones de terceros.

Consistiendo el derecho real en la pertenencia de algo, los grados de esta pertenencia pueden ser establecidos y delimitados. De ello resulta que los derechos reales, a diferencia de los derechos personales, pueden ser establecidos y enumerados en una cantidad relativamente escasa.

Los artículos 577 inciso final y 579 del Código Civil nos enumeran los derechos reales. Son ellos: el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda, el de hipoteca y el de censo, en cuanto se persiga la finca acensuada.

Fuera del Código Civil, la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras establece en su art. 2º: “Las concesiones mineras son derechos reales e inmuebles; distintos e independientes del dominio del predio superficial, aunque tengan el mismo dueño”. Por su parte, el Código de Aguas dispone en su art. 6º: “El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este código”.

El dominio es el más amplio de los derechos reales. Lo define el art. 582 del Código Civil diciendo: “El *dominio* (que se llama también *propiedad*) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra ley o contra derecho ajeno”. Aunque este artículo habla de cosas corporales el art. 583 establece que “sobre las cosas incorpóreas hay también una especie de propiedad”. Este concepto está perfectamente claro en la Constitución Política del Estado, que en el N° 24 de su artículo 19 dispone que la Constitución asegura a todas las personas “El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorpóreas”. Por lo tanto, no debemos olvidar que, por ejemplo, un acreedor es titular del derecho de crédito, pero, al mismo tiempo, propietario de dicho derecho; un usufructuario es titular del derecho de usufructo y dueño de dicho derecho.

El propietario, como consecuencia del derecho de dominio, tiene las facultades de usar de la cosa, esto es, servirse de ella; la de gozarla, o sea, recibir y apropiarse de sus frutos; y la de disponer, que significa el poder enajenarla.

El usufructo, definido por el Código Civil en el artículo 764, sólo da al usufructuario el derecho de usar y gozar de la cosa por un tiempo determinado o por toda su vida. Por lo tanto, el usufructuario no es dueño de la cosa, no puede disponer de ella. El propietario ha perdido las facultades de uso y goce y, por eso, se llama nudo propietario. Terminado el usufructo recupera la totalidad de su dominio. Mientras dura éste hay dos derechos simultáneos sobre la misma cosa: el del usufructuario y el del nudo propietario.

Los derechos de uso y habitación son aun más limitados. Los define el artículo 811 del C. Civil diciendo: “El *derecho de uso* es un derecho real que consiste, generalmente, en la facultad de usar de una parte limitada de las utilidades y productos de una cosa.

Si se refiere a una casa, y a la utilidad de morar en ella, se llama *derecho de habitación*”.

Las servidumbres son gravámenes impuestos a un predio en favor de otro predio de distinto dueño (tránsito, acueducto, etc.). Son una limitación del dominio del dueño del predio sirviente, como se denomina al que sufre el gravamen.

La prenda, la hipoteca y el censo son derechos reales de garantía. Una cosa mueble en la prenda y una inmueble en la hipoteca y el censo, aseguran el cumplimiento de un crédito.

El derecho real de herencia tiene por objeto una universalidad jurídica. A través de la sucesión por causa de muerte los herederos pasan a ser los sujetos de todos los derechos y obligaciones transmisibles del causante. Como dice el art. 1097 del C. Civil, los herederos “representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles”.

Pero los derechos reales se diferencian de los personales no sólo en los puntos que hemos señalado. Es necesario destacar también la distinta forma de constituirse.

Los derechos reales se adquieren a través de lo que precisamente se denomina los modos de adquirir. Por su propia naturaleza estos modos de adquirir no se aplican todos a los mismos derechos reales y con respecto a la misma clase de bienes.

El primero es la “ocupación”, por el cual, según el art. 606 del Código Civil, “se adquiere el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie, y cuya adquisición no es prohibida por las leyes chilenas, o por el Derecho Internacional”.

Este modo de adquirir sólo permite constituir el derecho de dominio. Este se adquiere por la aprehensión material de la cosa. Sólo puede aplicarse a bienes muebles ya que, en nuestro derecho, no existen bienes inmuebles que no pertenezcan a nadie. Al efecto el art. 590 del C. Civil dice que “Son bienes del Estado

todas las tierras que, estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño”.

La caza y la pesca son las especies más corrientes de ocupación.

El segundo de los modos de adquirir es la accesión. Como lo dice el art. 643 del C. Civil, “es un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce, o de lo que se junta a ella”.

Este modo de adquirir se aplica sólo al derecho real de dominio, pero tanto de bienes muebles como inmuebles. Tiene importancia práctica, porque a través de él el dueño se hace propietario de los frutos naturales que produzcan sus cosas como igualmente de sus frutos civiles, rentas o intereses.

La tradición es el modo más importante de adquirir el dominio de las cosas y consiste (art. 670 del C. C.) “en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo”.

Lo que se dice del dominio se extiende a todos los otros derechos reales”.

Tiene una importancia fundamental, porque en nuestro derecho los contratos traslativos de dominio no transfieren la propiedad, sólo dan al acreedor el derecho personal de exigir la entrega de la cosa, su tradición, y es esta la que los hace dueños. Así, en un contrato de compraventa, el comprador por el solo contrato no adquiere el dominio; tiene únicamente un derecho personal para que el vendedor le haga la tradición de la cosa vendida y, mientras ella no se efectúe, no será dueño.

La tradición se aplica a todos los derechos reales, no sólo al dominio. Pueden adquirirse a través de ella toda clase de bienes ya sea muebles o inmuebles e incluso derechos personales (cesión de créditos). Puede aplicarse también a una universalidad jurídica ya que existe la cesión del derecho de herencia.

La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas (art. 2492) por haberse poseído dichas cosas “durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales”.

Para que alguien pueda adquirir por prescripción una cosa ajena es necesario que la posea. El concepto de posesión es la tenencia de la cosa con ánimo de señor y dueño. El que tiene una cosa, reconociendo dominio ajeno (arrendatario), es un mero tenedor, no un poseedor, y no puede adquirir nunca la cosa por prescripción.

Por el modo de adquirir prescripción adquisitiva pueden adquirirse todos los derechos reales, incluso el derecho real de he-

rencia. Se exceptúan sólo ciertas servidumbres especiales denominadas discontinuas e inaparentes. Los derechos personales no se adquieren por prescripción.

El último modo de adquirir es la sucesión por causa de muerte. Ella está reglamentada en todo el Libro III del Código Civil.

El art. 951 del Código establece que se puede suceder a una persona a título universal o singular. Es a título singular cuando se la sucede en una o más especies o cuerpos ciertos o en una o más especies indeterminadas de cierto género. A título universal, cuando se la sucede en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles, o en una cuota de ellos, como la mitad, tercio o quinto.

La sucesión por causa de muerte es un modo de adquirir que, por lo tanto, se aplica a toda clase de bienes, corporales o incorporales, muebles o inmuebles.

Más adelante veremos cómo se constituyen los derechos personales.

Hemos señalado las diferencias fundamentales entre el derecho real y el derecho personal. No son las únicas; podríamos señalar las acciones que los protegen, la norma de operar la prescripción, etc.

Derechos personales

194. El art. 576 del C. Civil dice que las cosas incorporales son derechos reales o personales. El art. 578 define estos últimos diciendo: “Derechos *personales* o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas, que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas”.

El derecho personal tiene, pues, por objeto la prestación que debe efectuar un miembro social en interés de otro miembro de la sociedad. Esta prestación está garantizada con los bienes del deudor (art. 2465 del Código Civil), y, en caso de incumplimiento, con las sanciones correspondientes.

Existe una total correlación entre el derecho del acreedor y la obligación del deudor. Dicho derecho no puede hacerse efectivo sino a través de la prestación del deudor, ya sea que ésta se realice en forma directa o subrogada.

En los derechos personales se resuelve un problema de cooperación (cumplimiento de obligaciones convencionales o legales), o de reparación (obligaciones de responsabilidad extracontractual).

Es tan importante el que el derecho personal implique necesariamente la prestación por parte de un tercero, que el lenguaje

jurídico enfatiza el aspecto pasivo de la relación jurídica. No hablamos de derechos personales, sino de obligaciones; no indicamos la fuente de los derechos, sino que nos referimos a la fuente de las obligaciones; no enumeramos los modos de cumplirse los derechos personales, sino que indicamos los modos de extinguirse las obligaciones.

195. A diferencia de los derechos reales, cuyo número es limitado, los derechos personales son innumerables, porque las prestaciones a que el sujeto pasivo puede estar obligado no son susceptibles de determinación dentro de la infinita diversidad posible. A lo más que puede llegarse es a clasificaciones genéricas muy amplias.

Desde otro punto de vista existe una diferencia fundamental entre los derechos reales personales. Mientras los primeros se constituyen a través de los modos de adquirir, los segundos tienen su origen en las fuentes de las obligaciones.

El artículo 1437 del Código Civil dispone: “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia”.

Por su parte, el artículo 2284 del mismo Código expresa: “Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella.

Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un *cuasicontrato*.

Si el hecho es ilícito, y cometido con intención de dañar, constituye un *delito*.

Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un *cuasidelito*”.

De las disposiciones citadas resulta que las fuentes de las obligaciones son: el contrato, el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito y la ley.

El contrato lo define el artículo 1438 del Código diciendo: “*Contrato o convención* es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”.

La definición del Código hace sinónimos los términos contrato y convención, que en teoría jurídica tienen un alcance distinto. Convención es cualquier acto jurídico bilateral; contrato es un

acto jurídico bilateral específico, el que da nacimiento a obligaciones.

Para analizar estos conceptos es necesario estudiar los hechos y los actos humanos frente al derecho, lo que haremos más adelante.

Derechos muebles e inmuebles

196. Las cosas incorporales admiten también la clasificación en muebles e inmuebles.

El artículo 580 del Código Civil dice que “los derechos y acciones se reputan bienes muebles o inmuebles, según lo sea la cosa en que han de ejercerse o que se debe”.

De este modo el dominio de un bien raíz es inmueble; el de un bien mueble, mueble. El usufructo constituido sobre una cosa inmueble (art. 767 C. C.) tiene tal carácter, pero es mueble el usufructo constituido sobre una cosa de esa calidad (art. 787 Código Civil).

Por la naturaleza de las cosas sobre que pueden recaer, algunos derechos reales serán necesariamente inmuebles, como la servidumbre o la hipoteca; otros serán necesariamente muebles, como la prenda.

Respecto a las obligaciones de dar se origina el problema que analizaremos más adelante al estudiar el contenido de tal obligación. No hay dudas, si nos atenemos al concepto doctrinario de la obligación de dar, o sea, transferir el dominio o constituir un derecho real sobre la cosa que deba darse. La obligación de entregar, en cambio, es un concepto más amplio. Puede consistir en una obligación de dar propiamente tal, pero puede consistir en un simple acto material en que el que recibe la cosa sólo tiene el carácter de mero tenedor (el arrendatario, p. ej.). ¿Queda tal obligación contenida dentro de lo dispuesto en el artículo 580? Se ha entendido que sí, y que la obligación de entregar en su sentido amplio queda comprendida dentro de la expresión “que se debe” de dicha disposición. Por lo tanto, serán muebles o inmuebles según la cosa que deba entregarse.

Respecto a las obligaciones de hacer el artículo 581 del Código Civil dispone: “Los hechos que se deben se reputan muebles”. Por lo tanto, toda obligación de hacer es necesariamente mueble. Igual criterio debemos aplicar a las obligaciones de no hacer, porque en ellas el hecho debido consiste en una abstención.

Esta clasificación de las cosas incorporales tiene importancia desde diversos puntos de vista. En primer término en cuanto al

contenido de la relación jurídica, como más adelante lo analizaremos. En cuanto a la ejecución forzada de la obligación, que procederá siempre en las obligaciones de dar, excepto cuando la pérdida de la cosa debida no ha extinguido la obligación; en las obligaciones de hacer dependerá de la elección del acreedor, en conformidad al art. 1553 del Código Civil; por último, en las obligaciones de no hacer cuando pueda deshacerse lo hecho. También, y como más adelante se estudiará, tendrá importancia con relación a la constitución en mora del deudor.

UNIVERSALIDADES

197. Debemos distinguir también entre cosas individuales y conjunto de cosas individuales o universalidades.

La universalidad es un conglomerado respecto del cual se puede actuar “jurídicamente” en conjunto, como un todo unitario, sin detenerse en la especificación de cada uno de sus componentes. En teoría se distingue entre universalidades de hecho y universalidades jurídicas.

Este concepto debe analizarse después de la división de las cosas en corporales e incorporeales, porque no es exclusivo de ninguna de ellas. Mientras las universalidades de hecho sólo pueden referirse a cosas corporales, las universalidades jurídicas pueden contener tanto cosas corporales como incorporeales.

Nuestro Código no regula específicamente a las universalidades de hecho, pero se refiere a ellas al hablar por ejemplo de los muebles de una casa en los arts. 574 inc. 2º y 1121 y del legado de un rebaño en el art. 1123. El Código Civil italiano, en cambio, en el art. 816 habla de la pluralidad de muebles y dice que se considera como tal la pluralidad de cosas que pertenecen a una misma persona y que tienen una destinación unitaria.

Las universalidades jurídicas se caracterizan por tener tanto elementos corporales como incorporeales, muebles o inmuebles, activos o pasivos.

Mientras a las universalidades de hecho su carácter se lo confiere la destinación unitaria que les da un individuo, a las universalidades jurídicas tal carácter les es impuesto por la ley.

La importancia de la universalidad es su carácter unitario, que permite la posibilidad de un acto único de disposición; por otra parte, está la permanencia de la universalidad, no obstante el variar de los elementos que la componen.

Nuestro Código se refiere a las universalidades jurídicas, sin definir las, en los arts. 1317, que habla de los coasignatarios de

una cosa universal o singular, y 2304, que dispone: “La *comunidad* de una cosa universal o singular, entre dos o más personas, sin que ninguna de ellas haya contratado sociedad o celebrado otra convención relativa a la misma cosa, es una especie de cuasicontrato”.

Más adelante señala un caso, específicamente, al decir en el art. 2306 “si la cosa es universal, como una herencia”.

Tiene importancia el señalar esta característica, porque el derecho real de herencia, que corresponde a esta universalidad, tiene normas especiales de prescripción y, de acuerdo a lo resuelto por nuestra jurisprudencia, su tradición se hace sin considerar la calidad o categoría de los bienes individuales que la integran.

La más importante de las universalidades jurídicas es el patrimonio.

– *Establecimientos de comercio*

198. Existen ciertas universalidades que, por no estar claramente configuradas en nuestra legislación, merecen un análisis especial. Tales son las empresas y los establecimientos de comercio.⁷

Estas entidades no están tratadas en el Código Civil, pero sí se refiere a ellas el Código de Comercio. El artículo 3º del Código de Comercio, al determinar cuáles son los actos de comercio, dice en su número 2º: “la compra de un establecimiento de comercio”. El concepto lo aclara más adelante al tratar del seguro y establecer, en su artículo 524: “Los establecimientos de comercio, como almacenes, bazares, tiendas, fábricas y otros, y los cargamentos terrestres o marítimos pueden ser asegurados con o sin designación específica de las mercaderías y otros objetos que contengan”. Esta disposición fija dos aspectos fundamentales: en primer término, que el establecimiento de comercio constituye una universalidad, ya que su seguro se hace sin especificación de los objetos que contiene; en segundo lugar, que la expresión “establecimiento de comercio” comprende también lo que se designa con el término “empresa”, ya que en la enumeración señala las fábricas, que no son propiamente establecimientos de comercio sino establecimientos industriales, esto es, “empresas”.⁸ Hay que señalar aquí cierta inconsistencia del Código, ya que en el artículo 3º ha tratado se-

⁷ R. D. J., t. 56, s. 2, p. 7; t. 59, s. 1, p. 4; t. 78, s. 5, p. 168.

⁸ R. D. J., t. 75, s. 1, p. 196.

paradadamente, en el N° 2º, el establecimiento de comercio, y en los números 5º, 6º, 7º, 8º, 9º y 13º a diversas empresas de actividades específicas.

Otra disposición legal vigente que se refiere a los establecimientos de comercio la encontramos en el Decreto ley N° 1.606 que contiene la ley sobre Impuesto a las Ventas y Servicios.

Esta ley grava ciertas ventas y en el artículo 2º N° 1º define la expresión venta para los efectos de la ley, y dice que es “toda convención independiente de la designación que le den las partes, que sirva para transferir a título oneroso el dominio de bienes corporales muebles...”. Más adelante el artículo 8º en su letra f), entre distintas figuras jurídicas gravadas ya sea como ventas o como servicios, señala: “La venta de establecimientos de comercio y, en general, la de cualquier otra universalidad que comprenda bienes corporales muebles de su giro. Este tributo no se aplicará a la cesión del derecho de herencia”. Más adelante el artículo 16 letra d) habla de la venta de universalidades a que se refiere esta disposición.

Estos preceptos dejan claramente configurado al establecimiento de comercio como una universalidad jurídica. En efecto, lo denominan expresamente una universalidad, lo gravan si contiene en su haber bienes corporales muebles, lo que indica que puede tener otros bienes corporales o bienes incorporeales. A mayor abundamiento al exceptuar de la disposición al derecho de herencia, que constituye precisamente una universalidad jurídica, indican que tienen igual carácter los establecimientos de comercio.

Lo anterior resulta más claro si pensamos que la inclusión expresa del establecimiento de comercio en la ley se debió a que, como la antigua ley de impuesto a las ventas N° 12.120 no gravaba sino la venta de bienes específicos, la Excm. Corte Suprema resolvió: “Que lo dicho en el considerando precedente está demostrando que no es posible confundir una universalidad o un todo jurídico, en que no se puede precisar o separar los bienes corporales de los incorporeales, ni su proporción dentro de ese todo, con las cosas específicas y determinadas cuya venta ha gravado el artículo 1º de la Ley N° 12.120”.⁹

Concordante con este criterio la Dirección de Impuestos Internos dictaminó que la venta de un establecimiento comercial era una operación distinta y separada de cada uno de los bienes que la constituyen. En consecuencia, la venta de un estableci-

miento de comercio no estaba gravada en la Ley de Timbres, Estampillas y Papel Sellado N° 12.120.

Por lo demás, ya la ley estableció claramente el concepto de “empresa” al definirla en el N° 4 del artículo 2º de las disposiciones sobre impuesto al patrimonio que contenía la Ley N° 17.073, derogada por el artículo 4º del Decreto Ley N° 298 de 1974. Dicha disposición decía que se entenderá “Por empresa, todo negocio, establecimiento u organización de propiedad de una o varias personas naturales o jurídicas, cualquiera sea el giro que desarrolle, ya sea éste comercial, industrial, agrícola, minero, de explotación de riqueza del mar u otra actividad”.

La misma ley señalaba claramente el carácter de universalidad jurídica de la empresa, indicando en su artículo 16 que se considerarían en el patrimonio por el monto del capital, entendiéndose por tal la diferencia entre el activo y el pasivo exigible. Es decir, había que conjugar en conjunto los valores positivos y negativos para determinar, dentro del patrimonio del empresario, el valor de la empresa.

No podemos considerar a las empresas o a los establecimientos de comercio entre las personas jurídicas. Basta señalar al efecto la disposición precisa del artículo 546 del Código Civil: “No son personas jurídicas las fundaciones o corporaciones que no se hayan establecido en virtud de una ley, o que no hayan sido aprobadas por el Presidente de la República”. Por su parte el artículo 350 del Código de Comercio dice que la sociedad colectiva se forma y prueba por escritura pública inscrita; igual requisito es aplicable, entre otros, a las sociedades anónimas (art. 3º de la Ley N° 18.046).

Si no constituyen personas jurídicas, debemos concluir, dadas sus especiales características, que se trata de universalidades jurídicas que, como tales, comprenden derechos corporales e incorporeales y en las que hay, o puede haber, bienes corporales, derechos y obligaciones.¹⁰

En su haber pueden considerarse también determinados valores intangibles que no tienen valorización económica sino en cuanto se transfieran formando parte de una empresa, sea ésta una persona jurídica o una universalidad jurídica.

Es necesario señalar que, sin el concepto de “universalidad”, la enajenación de un establecimiento de comercio sin individualizar cada uno de los bienes que lo componen y el precio respectivo, sería nula por falta de objeto determinado (arts. 1461 y 1811 del C. C.) o en la compraventa por falta de determinación del

⁹ R. D. J., t. 59, s. 1, p. 118.

¹⁰ R. D. J., t. 80, s. 3, p. 62.

precio (arts. 1801 y 1808 del C. C.). No es nula, precisamente por constituir una universalidad jurídica que es en conjunto el objeto del acto jurídico y cuyo precio es el de la totalidad.

– Bienes intangibles

199. Los bienes intangibles, llamados también bienes inmateriales (derecho de llaves, clientela, nombre comercial, etc.), no son derechos reales ni personales. No son reales, porque no se ejercen sobre una cosa, pero tampoco son personales porque no implican una prestación por parte de un tercero sino que se ejercen respecto de todos (características del derecho real). Pero, en todo caso, son bienes incorporales.¹¹

La noción de bienes intangibles ha sido reconocida por la legislación. Así, el artículo 8º del Decreto Ley Nº 164 de 1973, expresa: “Para los efectos de esta ley se entenderá por capital efectivo de la empresa el total del activo con exclusión de aquellos valores que no representan inversiones efectivas, tales como valores intangibles, nominales, transitorios y de orden...”

Por otra parte, la Ley de Impuesto a la Renta al tratar del reajuste del capital propio para los efectos de la corrección monetaria, se refiere en el Nº 6º del artículo 41 al “valor de los derechos de llave” y más adelante al valor de los “derechos de fabricación”, “derechos de marca”.

Estos bienes provienen generalmente de una actividad humana exitosa; tal es el caso de la clientela, del prestigio de una marca, de la especial atracción al público que pueda tener un local determinado. No significa esto que no importen ninguna inversión económica; pueden existir labores de investigación, de publicidad, etc., que han significado un gasto para poder obtenerlos.

La jurisprudencia ha considerado como elementos incorporales de esta categoría: la clientela, el derecho de arrendamiento, las muestras, el nombre comercial, las marcas de fábricas, las patentes de invención, etc.¹²

El valor pecuniario de estos bienes intangibles se materializa al producirse una enajenación, ya sea del todo o parte, de una sociedad o empresa a la que pertenecen.

¹¹ ALEX WEILL-FRANÇOIS TERRE, *Droit civil*, Introduction générale. Dalloz, 1979, Nº 285.

Ver supra Nº 192.

¹² R. D. J., t. 78, s. 5, p. 168.

No entra en esta categoría la razón social, ya que el artículo 369 del Código de Comercio, al regular las sociedades colectivas, dispone que: “La razón social no es un accesorio del establecimiento social o fabril que constituye el objeto de las operaciones sociales y por consiguiente no es transmisible con él”.

El derecho de llaves constituye una figura especial, ya que va a estar generalmente subordinado a la ocupación de un local determinado. Es el traspaso de la ocupación del local lo que puede determinar la procedencia de un derecho de llaves. Dicho traspaso puede provenir del propietario mismo, o de un arrendatario anterior que cede su calidad de tal, ya sea porque está autorizado para hacerlo, o bien porque el propietario acepta el cambio de arrendatario. Puede también estar incluido su valor en el de enajenación de un establecimiento que ocupa el local.

Podemos señalar muchos otros casos de bienes intangibles, como por ejemplo, la tecnología intangible. El Decreto Ley Nº 1748 de 1977 sobre Estatuto del Inversionista admite el aporte y capitalización de la tecnología y la cesión de su dominio, uso y goce en forma separada de la empresa a la cual se haya aportado. Igualmente el *know how* o conocimiento técnico especial, que es independiente de la patente o proceso a que es aplicable y que puede tener un gran valor económico.

– Derechos potestativos

200. Los derechos reales y personales integran la parte más importante del patrimonio y constituyen lo que los autores han llamado “derechos de imperio”, porque aseguran al sujeto el señorío jurídico sobre una parte del mundo exterior o sobre la conducta de otro hombre.

Pero, al estudiar los derechos de la personalidad y los bienes intangibles, hemos visto que no puede restringirse tan sólo a ellos el concepto de cosas o bienes incorporales.

Fuera de la división tradicional se encuentran también los que se denominan derechos potestativos. Están caracterizados por la atribución a un sujeto de la facultad de modificar una situación jurídica preexistente mediante un acto de su voluntad, relevante incluso para terceros interesados en esa situación jurídica, que no pueden oponerse a esa modificación.¹³

¹³ MICHELE GIORGIANI, *La obligación*, Bosch, 1958, Nº 9, p. 80.

CHIOVENDA, *Ensayos de derecho civil*, vol. I, Nº 11, p. 26.

L. ENNECCERUS, *Derecho Civil*. Bosch, 1953. Parte general, párrafo 66-3, p. 288.

Von Thur señala que confieren a su titular la facultad de constituir uno de aquellos derechos de imperio para sí o para otro, o bien la de extinguirlo o modificarlo. Por ello pueden ser constitutivos, modificatorios o extintivos.¹⁴

En nuestro derecho tenemos casos de estos derechos potestativos constitutivos en la aceptación que señala el art. 1449 del C. Civil; en la ratificación contemplada en los arts. 673 y 1450; en la renuncia de la condición resolutoria que autoriza el art. 1487; en la facultad de recuperar la cosa vendida en el pacto de retroventa, art. 1881; y en la de completar el justo precio de la cosa por lesión enorme, art. 1890, etc.¹⁵

Como derechos potestativos modificatorios podemos señalar la renuncia del plazo en el art. 1497 del C. Civil; la elección de las obligaciones alternativas, arts. 1500 y 1501; la elección del acreedor en caso de mora de las obligaciones de hacer, art. 1553; la remisión parcial de la deuda, art. 1652; el retiro del socio contemplado en el art. 2087, etc.¹⁶

Derechos potestativos extintivos encontramos en la repudiación de la legitimación o reconocimiento de hijo, arts. 209 y 273 del C. Civil; en la renuncia del beneficiario, art. 1449; del socio, art. 2108; del mandatario, art. 2163; en la revocación de la donación art. 1428; del mandato, art. 2165; en la remisión total de la deuda, art. 1652, etc.¹⁷

EL CUERPO HUMANO Y EL CADÁVER COMO OBJETOS DEL DERECHO

201. Hemos visto en los derechos de la personalidad cómo una persona tiene derecho a su integridad física.

La integridad física comprende en primer término el derecho a la vida y en segundo lugar el derecho a no sufrir lesiones corporales. Es así como el Código Penal castiga el homicidio en forma general en el artículo 391 y las lesiones corporales en los artículos 395, 396 y 399.

Esto no significa que estos delitos tengan sólo una sanción penal. Como lo establece el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, de todo delito nace la acción penal para el castigo

¹⁴ A. VON THUR, *Tratado de las obligaciones*. Reus, 1934, t. I, N° 2, p. 14.

¹⁵ R. D. J., t. 31, s. 1, p. 43; t. 77, s. 1, p. 1; t. 65, s. 1, p. 210.

¹⁶ R. D. J., t. 28, s. 1, p. 689.

¹⁷ R. D. J., t. 68, s. 1, p. 427; t. 43, s. 1, p. 337.

del culpable, pero puede nacer la acción civil para obtener la indemnización a favor del perjudicado.

Por lo tanto, el cuerpo humano en su totalidad, en cuanto continente de vida, no puede ser objeto de acto o convención jurídica algunos, ya que ellos adolecerían de nulidad absoluta por ilicitud del objeto. Si se tratase de una convención sobre un hecho que atentara a la vida, el objeto sería ilícito, porque se trataría de un hecho moralmente imposible, o sea prohibido por la ley, además de ser contrario a las buenas costumbres y al orden público. Basta considerar al respecto el artículo 393 del Código Penal que castiga al que prestare auxilio a otro para que se suicide. Además hemos señalado que jurídicamente la cosa, como objeto, se contrapone a persona y debe ser extraña al sujeto.

No sólo los actos jurídicos sino los hechos que quiten intencionalmente la vida serán siempre homicidios, incluso la eutanasia, o sea, la muerte dada a un enfermo con un fin humanitario a pedido de éste.

202. Sin embargo, el principio de nulidad de las convenciones que es absoluto respecto de la vida humana no lo es con relación a la integridad física. A este respecto hay una tendencia más o menos generalizada a admitirlas cuando tienen un fin socialmente útil.

La donación de sangre está reglamentada en el Libro VI del Código de Salud Pública de Francia que trata de la utilización terapéutica de la sangre humana, de su plasma y derivados y que implícitamente valida los contratos de los dadores de sangre. También una ley francesa del año 1949 ha autorizado los legados de córnea, pero no se pronuncia sobre contratos posibles a este respecto.

La situación de mayor actualidad la constituyen los trasplantes. Se presentan al respecto dos situaciones: el trasplante de órganos entre personas vivas y el trasplante que proviene de una persona fallecida.

En el segundo caso, en Estados Unidos, donde el trasplante previamente autorizado de un órgano de un cadáver no tiene inconvenientes, se han presentado reclamos aduciendo que se ha acelerado la muerte del donante incurable por urgencia de tratar al receptor.

En Francia la Ley N° 76-1118 de 1976 se refiere a la extracción de órganos para injertos con fines terapéuticos o científicos, y contempla el que ello pueda efectuarse a una persona viva, siempre que se trate "de un injerto que tenga un fin terapéutico sobre un ser humano".

Sin llegar al problema límite del trasplante podemos señalar que hay una gradación en las convenciones lícitas relativas a la integridad física de las personas: a) Tenemos en primer término las que se refieren a una alteración leve y no definitiva del cuerpo (por ejemplo, el corte de pelo, la donación de sangre). b) Las que se acuerdan para el bienestar o salud del interesado mismo y que se ciñen a las reglas de la ciencia médica. Así la extracción de un órgano enfermo (apendicitis) o los contratos de cirugía estética. c) Aquellas a que nos referíamos y en que se autoriza la extracción de un órgano con el fin de salvar otra vida humana.

En la primera categoría incluiríamos la donación de sangre y, en general, las que se refieren a partes renovables del cuerpo. La segunda y la tercera ya constituyen actos de mutilación. En la letra b) la licitud del objeto y de la causa son determinadas por el interés de la salud y/o vida del interesado. En cuanto a la letra c), entre nosotros, y de acuerdo a la Ley N° 18.173, de 15 de noviembre de 1982, que modificó el Código Sanitario, es lícito el aprovechamiento de órganos, tejidos o partes del cuerpo de un donante vivo para su injerto o trasplante en otra persona, cumpliéndose los requisitos de que ello fuere a título gratuito y de que el donante, siendo plenamente capaz, suscriba juntamente con el médico un acta que deje constancia de su voluntad de efectuar la donación.

203. En cuanto al cadáver como objeto de derecho la misma ley citada autoriza su aprovechamiento con fines de investigación científica, docencia universitaria, elaboración de productos terapéuticos o en la realización de injertos.

Al efecto pueden autorizar que se disponga de su cadáver las personas vivas siempre que lo hagan por escrito y sean legalmente capaces o mujeres casadas bajo el régimen de sociedad conyugal.

Al mismo fin pueden ser destinados los cadáveres de personas fallecidas en establecimientos hospitalarios públicos o privados que no fueren reclamados en el plazo que señale el reglamento.

Por su parte, el artículo 79 del Reglamento General de Cementerios en su inciso 2° establece: "Si dentro de las 24 horas siguientes al fallecimiento, nadie reclama el cadáver, el director del establecimiento podrá entregarlo, para fines de investigación científica, de acuerdo con lo previsto en el artículo 145 del Código Sanitario".

Por último, el cónyuge o, a falta de éste, los parientes en el orden señalado en el artículo 42 del Código Civil, pueden autorizar la utilización de los órganos de un cadáver para trasplantes con fines terapéuticos.

Es nulo todo acto o contrato a título oneroso que contenga la promesa o entrega de un órgano o parte del cuerpo para efectuar un trasplante.

Estas donaciones no quedan sujetas a las normas que regulan las donaciones revocables.

CAPÍTULO V
LA RELACION JURIDICA
DE DERECHO PRIVADO

– *Concepto*

204. El derecho en sí mismo es (según la definición de Guasp): “el conjunto de relaciones entre hombres que una sociedad establece como necesarias”.¹

De esta definición resulta que el derecho tiene dos factores únicos pero indispensables: un elemento material, que está constituido por las relaciones entre los hombres, y un elemento formal, que lo constituye la necesidad socialmente establecida de tales relaciones.

Ambas características son de una concurrencia indispensable. El derecho tiene, por lo tanto, una característica material y una característica formal.

La simple relación entre los hombres, separada de su exigencia formal, no puede constituir por sí sola el derecho. Será un estudio sociológico, un análisis ético, pero no derecho.

El puro elemento formal, algo que esté socialmente establecido, pero que no corresponda a relaciones humanas, sería sólo una forma ideal, carente de substancia, y no constituiría derecho.

Es la síntesis de ambos elementos, y no sólo uno de ellos, lo que constituye el derecho.

205. Analizando ahora la definición debemos señalar que la idea de “relación” implica una realidad; es la conexión entre dos términos, los cuales se influyen recíprocamente.

¹ JAIME GUASP, *Derecho*, Madrid, 1971, p. 7.

No podemos concebir la idea de relación respecto a un ente aislado. Ella sólo aparece cuando este ente se pone en contacto con otro. Por lo tanto, en toda relación hay dos o más miembros entre los cuales ella se establece.

Ahora esta relación crea referencias o mediaciones entre los miembros que la componen. Ellas pueden ser de la más diversa naturaleza o de los más variados contenidos.

Pueden, por ejemplo, ser recíprocas e iguales, como las que llamamos relaciones de vecindad y se producen entre vecinos. Pueden ser recíprocas, pero no iguales, como en el matrimonio, ya que los términos de relación del marido y mujer no son exactos ni pueden invertirse. Pero en los dos casos propuestos ambos sujetos lo son, a la vez, activos y pasivos de la relación. Podemos pensar, por último, en el caso de un acreedor y un deudor, en que uno sólo es el sujeto activo y el otro el pasivo de la relación.

Hemos dicho, además, que el derecho regula la conducta entre hombres. Es la relación entre ellos lo que constituye su materia.

El hombre aislado es ajeno al derecho. A Robinson Crusoe, solitario en su isla, el derecho le es innecesario y desconocido. Es sólo cuando se pone en contacto con otros hombres que el concepto se hace presente.

Desde este punto de vista no pueden considerarse como jurídicas las relaciones entre entes puramente espirituales o del hombre con ellos. No son jurídicas las relaciones del hombre con Dios.

Encontramos, sin embargo, en el derecho sujetos como la sociedad, personas jurídicas como la fundación, que es una masa de bienes, que parecieran contradecir lo anteriormente expuesto. Pero si las analizamos veremos que, en definitiva, son sólo figuras de derecho meramente instrumentales o técnicas, pero que siempre está detrás de ellas la persona humana como término de la relación.

206. El segundo concepto de la definición es que el derecho está constituido por aquellas relaciones entre los hombres “que una determinada sociedad establece como necesarias”.

La sociedad es un conjunto de hombres, una pluralidad, pero que además tienen un factor común, un elemento superior que todos comparten. Este puede tener muchos aspectos: un estado que los une, una religión común, un poder que los domina.

Al hablar de relaciones necesarias y que la sociedad considere como tales, estamos empleando un término estricto. La sociedad las establece como necesarias en tal medida que si ellas no se

desarrollan en la forma preceptuada tal comportamiento lleva aparejada una sanción.

Puede existir un sinnúmero de otras relaciones o conductas que la sociedad pueda estimar necesarias o recomendables, pero su cumplimiento no está acompañado de una coacción de su parte.

Así los usos sociales, la moralidad o ética, pueden ser socialmente necesarios, pero su incumplimiento no está sancionado.

Al decir la definición que la sociedad “establece”, no significa necesariamente que dichas relaciones tengan un carácter jurídico exclusivamente a través de una formulación normativa. Podemos aceptar que existen relaciones jurídicas no formuladas, que existen de hecho en el seno de cualquiera sociedad. Si no fuera así, sería imposible comprender la costumbre como fuente del derecho. Sería inexplicable también que el juez pudiera buscar la equidad, es decir, la justicia referida al caso concreto, porque ello significa que la norma jurídica puede ser interpretada y aplicada con distintos alcances. Esto no tiene el significado de que el juez violente el derecho, sino que el criterio de lo justo fija el contenido de la norma, complementa el derecho formulado.

207. Al señalar, por último, la definición que la relación jurídica es necesaria, significa que el hombre debe realizar imprescindiblemente esa conducta jurídica.

Esto se revela en dos proposiciones que escapan a la libertad individual. La primera es que la ignorancia del derecho no excusa de su cumplimiento, postulado que está expresamente establecido en el artículo 8º de nuestro Código Civil. La segunda es que la disconformidad con el derecho no libera de su cumplimiento. El Código Civil en su artículo 1º establece que la ley es una declaración de la voluntad soberana, y en el artículo 14, que la ley es obligatoria. No cabe entonces disconformidad o desacuerdo que autoricen el incumplimiento de la ley.

Se ha señalado en la ciencia del derecho la diferencia entre sus leyes y las leyes de las ciencias físicas o de la naturaleza. Estas últimas no admiten incumplimiento ni violación; en cambio, y no obstante su obligatoriedad, las normas jurídicas pueden cumplirse o no. Se ha distinguido así el mundo del ser del mundo del deber-ser.

Pero el que el derecho esté incluido en el ámbito del deber-ser no implica que la conducta no sea “necesaria” en la forma que ha sido regulada. La conducta debe ajustarse al derecho; si no, este ajuste tratará de hacerse forzosamente y en todo caso existirá una sanción.

– *Contenido de la relación jurídica*

208. La relación jurídica constituye, por lo tanto, una relación de la vida ordenada por el derecho. Así lo ha sido, porque constituye una conexión humana socialmente necesaria.

En ella encontramos dos posiciones: una del ente que, por una razón de atribución, puede influir sobre otro. Es la posición activa, o de poder, en la relación jurídica. La otra, la del ser que es influido, y cuya posición es pasiva, o de deber, en la relación. Estos dos aspectos son lo que llamamos el poder y el deber jurídicos.

La idea de poder jurídico implica el concepto de facultad. Facultad es la que tiene el titular del poder jurídico antes de ejercerlo, la posibilidad de hacer efectivo ese poder.

El deber jurídico implica para su titular una pérdida de libertad, un sujeción.

La relación entre el poder y el deber jurídicos constituye el vínculo jurídico.

Cuando el sujeto del deber jurídico no lo cumple, o aún más, cuando no toma la iniciativa de cumplirlo, aparece un nuevo momento en su situación, el que se denomina “responsabilidad”.

209. Al estudiar la estructura de la relación jurídica resulta de lo que hemos expuesto que debemos considerar tres elementos: los sujetos de la relación, es decir, las personas entre las cuales ella se traba; el objeto sobre el cual ella recae, y, por último, la actividad o prestación que constituyen su contenido.

Más adelante, cuando estudiemos la diferencia entre las relaciones jurídicas reales y personales, veremos que el esquema anteriormente expuesto concuerda exactamente con las relaciones jurídicas personales. En las relaciones jurídicas de carácter real el concepto de prestación desaparece, ya que el titular de un derecho real tiene un derecho de atribución sobre las cosas y el ejercicio de ese derecho no implica jamás una prestación por parte de un tercero.

– *Clasificaciones de la relación jurídica*

210. La clasificación de las relaciones jurídicas ha sido analizada desde distintos puntos de vista.

Un criterio podría consistir en hacer la distinción entre relaciones puramente declarativas, como, por ejemplo, una convencción declarativa o una sentencia de mera declaración. Frente a

ellas consideraríamos las relaciones jurídicas creativas, entendiendo por tales no sólo las que constituyen sino también las que modifican o extinguen una realidad jurídica.

Otro enfoque del problema sería examinar la situación en que una relación jurídica integra el contenido de una situación de derecho determinada. Desde este ángulo podríamos distinguir entre relaciones jurídicas originarias, de las cuales nacen a la vida del derecho ciertos poderes y ciertos deberes, normalmente un deber y un poder correlativos. En segundo término, podríamos considerar las situaciones de desarrollo que marcan la evolución de la relación jurídica. Por último, las situaciones de terminación, que determinan la conclusión de la relación jurídica.

Estimamos que en todos estos criterios de clasificación que han señalado muchos autores se pierde el concepto fundamental que es fijar el contenido de la relación jurídica.

Si queremos referirnos con claridad a él debemos atenernos al momento en que la relación jurídica se estructura. Es este momento de origen el que va a fijar su contenido esencial. Nada importan las variaciones cualitativas o cuantitativas que pueda experimentar en el transcurso del tiempo; lo esencial permanecerá prestándole su carácter propio. Menos aún importan los fenómenos de terminación, porque ellos significarán la finalización de la relación jurídica.

Si deseamos realizar una clasificación del contenido congruente con el desarrollo sistemático futuro del estudio del derecho y, al mismo tiempo, útil a su comprensión, debemos, como lo hemos señalado, referirnos al momento de constitución de la relación jurídica.

Sin que ésta sea la única clasificación posible, y sin pretender, por otra parte, que ella sea exhaustiva, existe una clasificación fundamental que consiste en distinguir entre las relaciones jurídicas de contenido real y las relaciones jurídicas de contenido personal.

Hemos dicho que esta clasificación no es completa. Al analizar las obligaciones cuya fuente es la ley, vimos cómo algunas difieren o escapan de esta división. Pero, desde el punto de vista práctico, sirve para fijar los conceptos del contenido de los dos tipos fundamentales de relación jurídica.

211. En las relaciones jurídicas reales se resuelve un problema de “tener”, esto es, un problema de atribución de bienes. Ellas tienen por base un derecho real.

El artículo 577 del Código Civil señala que “*Derecho real* es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona”.

A continuación y en el artículo 579 enumera los derechos reales, el principal de los cuales es el dominio o propiedad. No son los únicos, porque, por ejemplo, el artículo 11 del Código de Aguas dice que “el derecho de aprovechamiento es un derecho real administrativo que recae sobre las aguas”. Pero, en todo caso, los derechos reales son limitados, están establecidos siempre por la ley y las facultades que confieren a su titular son precisamente las que la ley señala.

En las relaciones personales se resuelve un problema de cooperación o de reparación y tienen como antecedente un derecho personal.

El derecho personal lo define nuestro C. C. en el art. 578 como aquel que sólo puede reclamarse de ciertas personas, que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas.

De lo anterior se desprende que el derecho personal sólo puede hacerse efectivo a través de la prestación ajena.

Mientras el derecho real tiene por objeto una atribución de bienes y, por consiguiente una apropiación, que es defendida contra eventuales injerencias o perturbaciones de terceros, el derecho personal tiene por objeto una prestación debida por un miembro social en el interés de otro.

El objeto del derecho real no es un comportamiento propio o ajeno, sino la pertenencia de algo. El objeto del derecho personal es precisamente el comportamiento ajeno, en cuanto es la prestación del obligado la que conforma el contenido del derecho.

El derecho real es el interés a una utilidad (derechos reales de goce) o el interés a un valor (derechos reales de disposición). El derecho personal es el interés a una prestación ajena. Es por esto que, en la relación de derecho real, el interés del titular se realiza por la actividad propia del mismo directamente y sin intermediarios.

En la relación de derecho personal el interés del titular se realiza a través de un comportamiento ajeno.

De este distinto contenido de ambas categorías de relaciones deriva también la diferencia de terminología empleada. Frente a los derechos reales, nos referiremos precisamente a ellos hablando de “derechos reales”. En los derechos personales se acentúa el aspecto pasivo de la relación y se habla casi siempre de “obligaciones” y no de derechos personales. Así nuestro Código Civil en su Libro IV trata de “Las obligaciones en general”; igual terminología emplean todos los códigos extranjeros.

Por eso, debemos tener presente que, a lo largo de nuestros estudios, cuando hablamos de obligaciones, estamos hablando de

los derechos personales, destacando el factor pasivo de la relación jurídica.

Este mismo contenido del derecho personal, o sea, la prestación ajena, hace que sea imposible determinarlos en cuanto a su número. Los actos o abstenciones humanas capaces de servir de base a la relación jurídica son infinitos. Mientras las facultades de atribución son perfectamente determinables, y ello permite también establecer un número determinado de derechos reales, las prestaciones pueden tener infinitas variantes y no podemos establecer un número determinado de derechos personales. Frente a las obligaciones, lo más que podemos hacer es realizar una serie de clasificaciones bastante genéricas.

Al hablar de relaciones jurídicas de contenido real y de contenido personal nos hemos enmarcado exclusivamente dentro de límites patrimoniales.

Pero existen otras relaciones jurídicas que permiten a un individuo exigir a otro un comportamiento determinado sin que podamos hablar propiamente de un derecho de crédito. Encontramos relaciones en el derecho de familia: deberes personales entre los cónyuges (comunidad de vida, asistencia, fidelidad) u obligaciones de los padres respecto de sus hijos, a los cuales la ley aplica una reglamentación especial. Nos encontramos aquí fuera del derecho patrimonial.

Estos derechos y obligaciones de familia constituyen también indudablemente relaciones jurídicas. El contenido de estas relaciones lo establece la ley y se llega a ellas, no a través de un acto voluntario de obligación, sino como consecuencia inherente a una situación de estado civil.

– Orígenes de la relación jurídica

212. Dentro de la clasificación adoptada de las relaciones jurídicas con relación a su contenido, resulta claramente una distinción en cuanto a su origen.

Las relaciones jurídicas de contenido real se configurarán a través de la existencia de un modo de adquirir.

Al estudiar los derechos reales dentro de las cosas incorporales hemos señalado los distintos modos de adquirir y su alcance.

Del mismo modo las relaciones jurídicas de contenido personal se originarán a través de una de las fuentes de las obligaciones, las que ya hemos analizado.

Respecto de las relaciones jurídicas de familia ellas se originarán cuando se constituya un estado civil al que la ley asigna determinadas consecuencias jurídicas.

Pero más allá de esta distinción es necesario considerar que las relaciones jurídicas pueden nacer de hechos humanos voluntarios o de simples hechos naturales.

Hay modos de adquirir como la accesión en algunos casos (aluvión, v. gr., art. 649 del C. C.), o la sucesión por causa de muerte, en que no existe ningún acto voluntario del adquirente.

Entre las fuentes de las obligaciones las que nacen de la ley, por ejemplo, son muchas veces independientes de cualquier acto voluntario del obligado.

Esta distinción en cuanto al origen de la relación jurídica, de si ella proviene de un hecho jurídico humano voluntario, ya se trate de hechos jurídicos o de actos jurídicos, o bien se deriva de un hecho jurídico natural, tiene enorme importancia para determinar si procede analizar su licitud o ilicitud.

– *Actos lícitos e ilícitos*

213. El término ilícito nos hace pensar casi necesariamente en un acto contrario a la ley. Sin embargo, el concepto de ilícito tiene una extensión mucho mayor en el derecho.

Sin apartarnos de nuestra legislación positiva, vemos que el inciso final del artículo 1461 del Código Civil dispone que si el objeto de una declaración de voluntad es un hecho, éste es moralmente imposible (es decir, ilícito) si es prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público. Asimismo, el artículo 1467, en su inciso segundo, dice que se entiende “por causa *ilícita* la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público”. A mayor abundamiento, el inciso 2º del artículo 1475 dice que es moralmente imposible (ilícita) la condición “que consiste en un hecho prohibido por las leyes, o es opuesta a las buenas costumbres o al orden público”.

De acuerdo con estas disposiciones, la ilicitud no sólo proviene de la infracción a la ley. ¿Pero, fuera de ella, se limitará sólo a la contravención de las buenas costumbres y del orden público?

La respuesta deriva en primer lugar del alcance que demos a la expresión “orden público”.

El orden público tradicional está constituido por los principios fundamentales e instituciones sobre los cuales descansa la sociedad, el concepto actual agrega a su contenido el conjunto de medidas que adoptan los poderes públicos con el objeto de organizar las relaciones económicas. Se ha querido establecer una antinomia entre el orden público clásico y el orden público económico. No nos parece lógico ni deseable. El Código Civil no defi-

nió el orden público y, por lo tanto, dejó abierta, como en muchas otras instituciones, su concepción e interpretación a la que cuadrara, fuera socialmente actual y lógica, fuera justa, en el momento de aplicar el concepto.

Pero la expresión ilícito tiene indudablemente significados más amplios. Así el artículo 1481 del Código Civil habla de que una persona se valga de medios ilícitos para que la condición contenida en una asignación testamentaria no pueda cumplirse. Indudablemente la ilicitud significa aquí la contravención de otros conceptos que no son ni el orden público ni las buenas costumbres.

En general en estos casos la ilicitud provendrá de no actuar en la vida jurídica con aquella buena fe que, como hemos visto, es un principio general de nuestro derecho e informa todo nuestro ordenamiento jurídico.

Así los actos susceptibles de rescindirse por la acción pauliana, de acuerdo con el artículo 2468 del Código Civil, lo serán por haber actuado el otorgante y/o los terceros de mala fe al conocer el mal estado de los negocios del primero.

Es preciso, eso sí, destacar que no toda conducta antiética es necesaria o generalmente ilícita; eso llevaría a confundir el derecho con la moral. En el campo de lo lícito jurídicamente entran ciertos actos que no corresponden al rigor de los ideales éticos.

Una relación jurídica inicialmente lícita puede transformarse en ilícita si uno de sus sujetos pierde la buena fe. Así, el que ha recibido en pago de buena fe una cosa que no se le debía no responde de los deterioros o pérdidas, pero desde que sabe que la cosa le fue pagada indebidamente contrae todas las obligaciones del poseedor de mala fe (artículo 2301 del Código Civil).

214. Como hemos visto, una relación jurídica cualquiera puede nacer a la vida del derecho independientemente de si exista o sobrevenga un factor de ilicitud en su estructura.

Pero la denominación de actos lícitos e ilícitos tiene un alcance más limitado. Hablamos de actos ilícitos precisamente cuando la ilicitud de la conducta es la que da nacimiento a la relación jurídica.

Desde este punto de vista los hechos jurídicos naturales y consecuentemente las relaciones jurídicas que de ellos puedan derivarse no pueden clasificarse en lícitos o ilícitos. No admiten tal clasificación, ya que en ellos no interviene la voluntad ni la capacidad.

Son los hechos jurídicos humanos voluntarios que no constituyen actos jurídicos los que admiten tal clasificación.

Los actos jurídicos darán nacimiento a una relación jurídica independientemente de algún factor ilícito que puedan contener.

En cambio, los hechos jurídicos voluntarios, a los que la ley atribuye un efecto jurídico no querido por su autor, son precisamente clasificados en lícitos o ilícitos (artículo 2284 del Código Civil).

Los actos ilícitos son los delitos y cuasidelitos civiles definidos en el artículo 2284 del Código Civil como hechos ilícitos dolosos o culpables que causan daño a un tercero. Ellos necesariamente dan nacimiento a una relación jurídica, cuyos sujetos son el que causó el daño y el que lo sufrió, y cuyo contenido es precisamente la indemnización de ese daño (artículo 2314 del Código Civil).

Por lo tanto, la expresión “actos ilícitos” la reservamos particularmente para esta fuente de las obligaciones, los delitos o cuasidelitos civiles, cuya organización configura la institución de la responsabilidad civil extracontractual.

LOS DERECHOS SUBJETIVOS

DERECHO OBJETIVO Y DERECHO SUBJETIVO

215. Es corriente distinguir entre “derecho objetivo” y “derecho subjetivo”.

Por “derecho objetivo” se entiende la norma jurídica. Es decir, la regulación que la sociedad hace sancionando determinada conducta o valorizando una relación jurídica. Por “derecho subjetivo” la facultad para actuar o potestad que un particular tiene, sancionada por una norma jurídica.

Esta división, que, en realidad, mira dos caras de un mismo fenómeno, tiende a crear una dualidad en algo que es esencialmente unitario.

Desde el punto de vista objetivo, el hecho de que la norma regule algo, no es derecho por sí solo si la realidad social no es efectivamente afectada por tal determinación. Si no lo es, el derecho, como forma real, no aparece por parte alguna.

Desde el punto de vista subjetivo, las relaciones sociales, incluso determinadas facultades y deberes, no tienen por qué ser necesariamente jurídicos.

Para que una facultad valga legítimamente, tiene que existir algo que la sancione, que le dé legitimidad, y ello es la norma jurídica. Lo anterior significa un fundamental elemento objetivo.

Históricamente “objetivo” es lo antepuesto al sujeto, una creación de nuestro espíritu, una producción artificial; en este sentido, las leyes son objetivas. “Subjetivo” es lo que pertenece al suje-

to, que es inherente a él; en este sentido, derecho subjetivo es una franquicia, una facultad, un atributo del sujeto, que se le otorga desde el exterior.

Como se ha señalado por otros autores, el derecho privado, y especialmente el derecho codificado, se nos presenta como un sistema de derechos subjetivos. Pero incluso el concepto tiene vigencia también en el derecho público ya que, por ejemplo, las garantías constitucionales constituyen una enumeración de derechos subjetivos que los particulares pueden hacer valer contra el poder público.

Para nosotros resulta claro este concepto, según el cual el derecho objetivo regula el universo del derecho y asegura la libertad de las personas, reglamentando sus relaciones con el mundo de las cosas y de las demás personas (derechos reales y personales), es decir, establece (o reconoce) y protege los derechos subjetivos.

216. Los romanistas no están acordes en si en el derecho romano se conocía y usaba la noción de derecho subjetivo. Según Villey el derecho antiguo no conoció la idea de derecho subjetivo y ésta tiene un origen moderno. Para él la primera afirmación del nuevo concepto se encuentra en ciertos escritos de Guillermo de Occam, monje franciscano del siglo XIV, fundador de una filosofía individualista denominada Nominalismo.²

Posteriormente el concepto se enriquece con las obras de filósofos como Hobbes, Spinoza, Locke y especialmente Kant.

Entre los tratadistas modernos hay también opiniones divergentes.

Hay juristas que niegan la existencia del derecho subjetivo. Entre ellos podemos señalar al francés Duguit, que reemplaza el concepto de derecho subjetivo por la noción de la situación subjetiva del derecho; y el austríaco Hans Kelsen que, dentro de una teoría estatista, sostiene que lo que llamamos derecho subjetivo no es sino el resultado de la aplicación a los individuos del derecho objetivo.³

Entre los tratadistas que aceptan la existencia del derecho subjetivo existen diversas teorías para fundamentarlo.

Bernardo Windscheid dice que el derecho subjetivo es un poder o señorío de la voluntad, reconocido por el orden jurídico.⁴

² MICHEL VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*. Montchrétien, 1975, p. 225.

³ HANS KELSEN, *Teoría General del Estado*. Labor, 1934.

⁴ BERNARDO WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*. Torino, 1925, p. 108.

Ihering⁵ en una tesis que suscribe Baudry-Lacantinerie, Planiol y Capitant, sostiene que el derecho es un interés jurídicamente protegido. Según la definición de Capitant el derecho subjetivo es un interés de orden material o moral protegido por el derecho objetivo, que da a aquel que lo posee el de hacer los actos necesarios para la satisfacción de ese interés.⁶

Los autores más modernos consideran que la esencia del derecho subjetivo contiene ambos elementos: la voluntad y el interés.⁷ Coviello lo define como “poder de obrar en satisfacción de los propios intereses, garantizado por la ley”.⁸

CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

217. Los derechos subjetivos pueden clasificarse atendiendo a: a) a su objeto y contenido; o b) su eficacia y naturaleza.

En cuanto a su objeto y contenido pueden dividirse en:

- públicos
- privados.

En cuanto a su eficacia y naturaleza pueden dividirse en:

- absolutos o relativos
- originarios o derivados
- puros y simples o sujetos a modalidades
- patrimoniales y extrapatrimoniales.

– Derechos públicos y privados

La clasificación de los derechos subjetivos en públicos y privados se hace en atención a la norma objetiva en que se fundan. Si dicha norma objetiva es de derecho público, el derecho subjetivo que deriva de ella es público; si es de derecho privado, el derecho subjetivo fundado en ella es privado.

⁵ RODOLFO IHERING, *L'esprit du droit romain*, t. IV, págs. 17, 355.

⁶ HENRI CAPITANT, *Introduction a l'étude du droit civil*, París, 1925.

⁷ GEORGES JELLINEK, *L'état moderne et son droit*, Fardis, cap. XIII.

DE RUGGIERO, *Instituciones de derecho civil*, vol. I, pág. 208.

⁸ NICOLAS COVIELLO, *Doctrina general del derecho civil*. N° 7.

– Derechos absolutos o relativos

Derechos absolutos son aquellos que deben ser respetados por todos, es decir, cuyo sujeto pasivo es la sociedad entera. Normalmente implica una relación directa entre el titular del derecho y una cosa determinada que le confieren prerrogativas y facultades que deben ser respetadas por todos. Ej.: el derecho de propiedad.

El derecho relativo en cambio sólo puede hacerse valer contra personas determinadas que son los sujetos pasivos del derecho. Ej.: los derechos personales, como el crédito que tiene un acreedor con su deudor.

– Derechos originarios o derivados

Derecho originario es el que emana de su titular. Se trata de un derecho que no existía antes y que se ha creado por un hecho del titular.

Derecho derivado es el que antes pertenecía a otro titular. Es decir, se ha verificado un acontecimiento que ha determinado el cambio del titular del derecho.

– Derechos puros y simples y sujetos a modalidades

Derecho puro y simple es aquel que puede ejercerse sin que sea previo el cumplimiento de ningún requisito.

Derecho sujeto a modalidad es aquel que sólo puede ejercerse previo el cumplimiento de un determinado requisito. Ejemplo: el derecho que sólo puede ejercerse vencido cierto plazo o cumplida determinada condición. Estos requisitos a los cuales puede estar sujeto el ejercicio de un derecho se denominan modalidades.

– Derechos patrimoniales y extrapatrimoniales

Los derechos privados se dividen a su vez en patrimoniales, que son aquellos que se refieren al patrimonio y pueden evaluarse en dinero, y extrapatrimoniales.

– *Derechos patrimoniales*

218. Los derechos estrictamente patrimoniales y que no son, no obstante su nombre, los únicos que puedan estar contenidos en el patrimonio, tienen características bien precisas.

En primer término, constituyen aquel contenido del patrimonio a que se refiere el artículo 2465 del Código Civil, al decir que toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros. Esto significa que son embargables y que puede procederse a su realización para satisfacer las obligaciones del deudor. Pueden igualmente ser objeto de la cesión de bienes.

Si se trata de derechos personales y la obligación correlativa no se cumple, ella admite, por lo general, una ejecución forzada y en subsidio por equivalencia.

En segundo lugar, los derechos patrimoniales son casi sin excepción transferibles. Ello determina que formen cerca del total del tráfico jurídico.

Finalmente, y por constituir un valor de cambio, son apreciables en dinero. Esta evaluación en dinero es la que generalmente se da como característica del derecho patrimonial; lo es, en cuanto se conjuga también con los rasgos anteriormente señalados.

Los derechos patrimoniales son, por regla general, transmisibles. Es decir, forman parte de aquellos bienes, derechos y obligaciones transmisibles a que se refiere el artículo 951 del Código Civil. Excepcionalmente pueden no serlo cuando el derecho se extingue con la muerte del titular, como el usufructo (artículo 806 del Código Civil).

Los derechos patrimoniales pueden ser reales o personales conforme a la clasificación que ya efectuamos.

Estos derechos reales y personales, llamados también derechos de imperio, porque, como lo hemos señalado, aseguran al sujeto el señorío jurídico sobre una parte del mundo exterior o sobre la conducta de otro hombre, forman la parte más importante del patrimonio, pero existen, paralelamente a ellos e incluso en el campo patrimonial, otros que escapan a la clasificación.⁹

Hemos tenido ocasión de referirnos a los bienes intangibles y a los derechos potestativos.

– *Derechos extrapatrimoniales*

219. Generalmente se estima que los derechos extrapatrimoniales son los que carecen de valor pecuniario. Esto no es totalmente exacto porque lo adquieren cuando son lesionados y es necesario determinar la indemnización a que esa lesión da lugar. Lo que sucede es que estos derechos no tienen, como los patrimoniales, un valor original apreciable en dinero.

Pero éste no es el único criterio de clasificación, porque debemos examinar su ejercicio, su posibilidad de transferencia y su embargabilidad.

El artículo 1464 del Código Civil dispone expresamente que hay objeto ilícito en la enajenación de los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona. Por otra parte el N° 9° del artículo 1618 del Código Civil señala como inembargables, en una categoría genérica: “Los derechos cuyo ejercicio es enteramente personal, como los de uso o habitación”. El Código no enumera estos derechos; el uso y la habitación son simples ejemplos y ello porque el artículo 819 establece que son intransmisibles, que no pueden cederse a ningún título, prestarse ni arrendarse. Por su parte el artículo 334 del Código Civil dice que: “El derecho de pedir alimentos no puede transmitirse por causa de muerte, ni venderse o cederse de modo alguno, ni renunciarse”.

Estos derechos cuyo ejercicio es enteramente personal cubren una amplia gama, desde el derecho de alimentos legales, que tiene un claro valor pecuniario, hasta los derechos de potestad que encontramos en las relaciones de familia.

La sola inembargabilidad no significa que un derecho sea extrapatrimonial; basta analizar al efecto la enumeración de los bienes inembargables de los artículos 1618 del Código Civil y 445 del Código de Procedimiento Civil para ver que la mayoría de los señalados son bienes claramente patrimoniales.

Por lo tanto, debemos buscar una combinación de estos caracteres para determinar el carácter no patrimonial de los derechos.

Si no tienen un valor original apreciable en dinero, son de ejercicio enteramente personal, son intransferibles porque el acto de enajenación adolecería de objeto ilícito y no pueden embargarse en conformidad al artículo 1618; nos encontramos precisamente, entonces, frente a derechos de los llamados comúnmente extrapatrimoniales.

220. En las relaciones de familia nos encontramos frente a dos órdenes de derechos, unos de potestad y otros de carácter pecuniario.

⁹ A. VON THUR, *op. cit.*, vol. I, págs. 14 y ss.

En el Libro I del Código Civil el Título VI trata de las obligaciones entre los cónyuges; el Título IX de los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos legítimos. Estos derechos de potestad que tienen el marido respecto a la mujer, el padre con relación a los hijos, forman parte de la organización de la sociedad; son de orden público y escapan a la voluntad de los interesados.

Son típicamente derechos de ejercicio enteramente personal, no negociables, es decir, derechos extrapatrimoniales.

Paralelamente a estos derechos de potestad existe otro que ya tiene una significación pecuniaria. En el régimen de sociedad conyugal: los frutos de los bienes de la mujer los percibe el marido (arts. 1725 inc. 2º y 1753 del C. C.). Igualmente el padre tiene el usufructo de los bienes del hijo que se encuentra bajo su patria potestad (art. 243 del C. C.). El inc. 3º del artículo 2466 del Código Civil dice que “no será embargable el usufructo del marido sobre los bienes de la mujer, ni el del padre o madre de familia sobre los bienes del hijo”. En realidad esta disposición es inexacta porque no estamos en presencia aquí de un verdadero usufructo. Además la frase tiene relación con lo que dispone el inciso 1º de la misma disposición que autoriza al acreedor a subrogarse en los derechos de usufructuario del deudor; por lo tanto, lo que establece es que aquí no cabe la subrogación por el acreedor. Los frutos que el marido o padre reciban son perfectamente embargables después de percibidos. Son, por lo tanto, bienes patrimoniales.

En la Ley Nº 17.336 sobre Propiedad Intelectual nos encontramos con el que se llama derecho moral de autor. Este, aunque es transmisible de acuerdo al artículo 15, es inalienable en conformidad al artículo 16; nos encontramos pues frente a un derecho extrapatrimonial. En cambio, el derecho patrimonial de autor puede transferirse total o parcialmente de acuerdo al artículo 17 de la ley.

221. Tenemos por último los derechos de la personalidad a que ya hemos hecho alusión. Ellos se refieren a la individualidad de las personas, tanto en su integridad física como en su libertad; comprenden, asimismo, la protección de la personalidad civil; y, por último, la protección de la personalidad moral.

Se trata de derechos estrictamente extrapatrimoniales, no pueden enajenarse, no son renunciables, son inembargables, todo ello porque son inseparables de la personalidad.

El hecho de ser estrictamente extrapatrimoniales no significa que estos derechos no sean susceptibles de valoración económica.

Si no lo fueran no podrían tener tutela jurídica dentro del ámbito del derecho.

En consecuencia, los derechos de la personalidad tienen la sanción ordinaria de los derechos subjetivos; si el derecho es lesionado su titular puede obtener la indemnización del daño que se le ha infligido.

Por ello la lesión de los derechos de la personalidad es sancionada, en la mayoría de los casos, de acuerdo a las normas de la responsabilidad civil extracontractual en conformidad a los artículos 2314 y ss. del Código Civil. Sin embargo, el juez podría acordar una reparación distinta de la indemnización pecuniaria si le parece más adecuada; por ejemplo, en caso de una expresión difamatoria, la publicación de la sentencia que así lo declara.

Todo ello sin perjuicio de la sanción penal que pueda proceder, lo que no será excepcional si vemos, como lo hicimos oportunamente, todos los delitos que están configurados alrededor de la lesión de los derechos de la personalidad.

NACIMIENTO, TRANSFERENCIA, TRANSMISIÓN Y EXTINCIÓN DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

– *Nacimiento*

222. Para estudiar el nacimiento o adquisición de un derecho debemos recordar la clasificación que hicimos distinguiendo entre derechos originarios y derivados.

Si el derecho no existía antes, su titular ha realizado un acto que ha creado el derecho a su favor. Es decir, el derecho originario nace directamente en manos de su titular.

Por el contrario, en los derechos derivados el derecho existía antes en manos de otro titular, pero se ha verificado un acontecimiento que ha determinado el cambio del titular del derecho.

La mayoría de los derechos personales nacen originariamente, pero hay excepciones, ya que puede efectuarse la tradición de dichos derechos (arts. 699 del Código Civil).

Debe tenerse presente, eso sí, que en los derechos personales, el titular del derecho no lo puede adquirir o crear por un acto exclusivo propio. Lo que puede crear una persona por un acto o hecho suyo es una obligación; al contraer dicha obligación crea el derecho correlativo para el acreedor de la obligación.

La mayoría de los derechos reales nacen derivativamente. En efecto, no se concibe que en nuestro Código, para que se cree un

derecho real, se requiera la presencia de dos elementos: un antecedente jurídico que le sirva de causa, y se denomina título, y un modo de adquirir.

Los modos de adquirir los señala el art. 588 del Código Civil, y son la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción.

Algunos de estos modos de adquirir son originarios, es decir, se confunden en ellos el título con el modo de adquirir. Es lo que sucede con la ocupación, la accesión y la prescripción, que siendo modos de adquirir de acuerdo al art. 588 del Código Civil son, a la vez, títulos constitutivos de dominio de acuerdo con el art. 703 del Código Civil.

Los derechos reales adquiridos por estos modos de adquirir, que son a la vez títulos constitutivos de dominio, son originarios y no derivativos.

– *Transferencia y transmisión*

223. Hemos visto que en los derechos derivados, el derecho pasa de un titular a otro. Este cambio del titular de un derecho es lo que se denomina transferencia o transmisión.

Cuando este cambio en el titular del derecho se verifica por un acto entre vivos hablamos de “transferencia”. Cuando el cambio se produce por causa de muerte estamos en presencia de una “transmisión”.

La transferencia de un derecho es a título singular; esto no quiere decir que sólo pueda transferirse en cada acto sólo derecho, sino que el adquirente no recibe otros derechos y obligaciones que los que resulten del título mismo de la transferencia.

La transmisión puede ser a título universal o a título singular (art. 951 Código Civil).

La transmisión a título universal se produce en las herencias, ya que el heredero recibe todo el patrimonio del causante o una parte alícuota (art. 1097 del Código Civil). La transmisión a título singular se produce en los legados, en los cuales el legatario no representa al testador ni tiene más derechos o cargas que los que expresamente se le confieran o impongan (art. 1104 Código Civil).

En nuestro derecho se denomina causante al que transmite el derecho y causahabiente al que lo recibe.

La transmisión o transferencia no alteran la extensión ni el contenido del derecho.

Debe señalarse que nadie puede transferir o transmitir más derechos que los que tiene, y que nadie puede adquirir más dere-

chos que los que tenía el causante. Diversas disposiciones del Código consagran este principio.

El inc. 1º del art. 682 establece que: “Si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada”.

El inc. 1º del art. 717 dispone que: “Sea que se suceda a título universal o singular, la posesión del sucesor, principia en él; a menos que quiera añadir la de su antecesor a la suya; pero en tal caso se la apropia con sus calidades y vicios”. Es decir, el poseedor, para añadirse la posesión de su antecesor, tiene que hacerlo con sus calidades y vicios.

– *Derechos intransferibles e intransmisibles*

224. Hay derechos, tanto reales como personales, que no pueden transferirse o transmitirse. Se los llama derechos personalísimos.

Especialmente los derechos de familia tienen el carácter de intransferibles e intransmisibles. Así el art. 334 del Código Civil establece que el derecho de pedir alimentos no puede transmitirse por causa de muerte, ni venderse o cederse de modo alguno. El art. 1463 del Código Civil dispone que el derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva no puede ser objeto de una donación o contrato.

Entre los derechos reales los de uso y habitación son intransferibles e intransmisibles. El art. 819 del Código Civil dispone que son intransmisibles a los herederos, y no pueden cederse a ningún título.

Hay otros derechos que pueden transferirse, pero no transmitirse. Así ocurre con el derecho de usufructo que, de acuerdo con el art. 806 del Código Civil, se extingue por la muerte del usufructuario.

Hay otros que no pueden transferirse, como sucede con el derecho que nace del pacto de retroventa, de acuerdo con el art. 1884 del Código Civil.

Debe señalarse que si se llega a efectuar la transferencia de un derecho intransferible, el acto contiene un objeto ilícito de acuerdo con el Nº 2º del art. 1464 del Código Civil y adolece, por lo tanto, de nulidad absoluta conforme al art. 1682.

– *Modificación de los derechos*

225. Modificación de un derecho son las distintas alteraciones que puede sufrir.

Las modificaciones pueden consistir en el cambio de los sujetos activo o pasivo del derecho, lo que se llama modificación subjetiva, o en el cambio del objeto del derecho, lo que se denomina modificación objetiva.

El derecho real sólo puede modificarse subjetivamente cambiando al titular del derecho.

El derecho personal puede modificarse mediante el cambio del sujeto activo del derecho, lo que se realiza por la transferencia (arts. 699 y 1901 y siguientes del Código Civil) o transmisión; pero también por el cambio del sujeto pasivo, lo que sólo puede realizarse, por norma general, en virtud de una novación en que un nuevo deudor sustituye al antiguo, lo que implica el cambio de una obligación por otra (arts. 1628 y 1631 N^o 3^o del Código Civil). Hay casos, sin embargo, en que se realiza el cambio del deudor sin que se produzca novación. Tal sucede, por ejemplo, en la situación del arrendatario insolvente por sus acreedores, que contempla el art. 1968 del Código Civil.

Las modificaciones objetivas pueden consistir en un cambio cuantitativo del derecho, cuyo objeto puede incrementarse o disminuir, o en un cambio cualitativo del objeto. Puede incluso llegar al cambio del objeto, como en el caso de la subrogación real (art. 1727 del Código Civil).

– *Extinción de los derechos*

226. En la extinción de los derechos debemos distinguir en cuanto se extingan solamente para el titular que los detentaba o se extingan definitivamente.

En la transferencia y transmisión hemos visto el primer caso. El derecho se extingue para el titular antiguo, pero subsiste en poder del nuevo titular.

En la extinción definitiva de los derechos podemos señalar numerosas causales.

En primer término, respecto a los derechos reales, los que se extinguen con su titular, como el usufructo, el uso y la habitación (arts. 806 y 812 del Código Civil); los que excepcionalmente se extinguen por haberse dejado de gozar, como las servidumbres (art. 885 N^o 5^o del Código Civil); o, porque siendo accesorios, se

extingue la obligación que garantizan, como sucede con la hipoteca y la prenda (arts. 2434 y 2401 del Código Civil).

Los derechos sujetos a plazo o condición extintivos terminan por el cumplimiento del plazo o el evento de la condición.

Puede también ponerse fin al derecho personal porque el acreedor y el deudor así lo convengan, o bien, puede terminar el derecho al extinguirse la obligación correlativa por cualquiera de los medios que la ley reconoce al efecto. El art. 1567 del Código Civil señala los modos de extinguirse las obligaciones y son: 1^o La solución o pago efectivo. 2^o La novación. 3^o La transacción. 4^o La remisión. 5^o La compensación. 6^o La confusión. 7^o La pérdida de la cosa que se debe. 8^o La declaración de nulidad o la rescisión.

– *Fuentes de los derechos subjetivos*

227. Las fuentes de los derechos subjetivos son los hechos de donde emanan. Los derechos reales tienen como fuente los modos de adquirir. Están señalados en el art. 538 del Código Civil y son la ocupación, accesión, tradición, sucesión por causa de muerte y prescripción.

Los derechos personales tienen su origen en las fuentes de las obligaciones que señala el art. 1437 del Código Civil. Las fuentes de las obligaciones son los antecedentes de donde emanan una obligación y, al mismo tiempo, el derecho correlativo de dicha obligación.

Las fuentes de las obligaciones se clasifican tradicionalmente en contratos, cuasicontratos, delitos, cuasidelitos y la ley. Una clasificación más científica es distinguir entre hechos jurídicos, actos jurídicos y la ley.

En realidad la ley es, en el fondo, la fuente de todos los derechos.

Más adelante nos referiremos con detalle a los hechos y actos jurídicos. Nos limitaremos aquí a señalar las definiciones que da nuestro Código de las distintas fuentes de obligaciones que señala.

El contrato lo ha definido en el art. 1438 como un acto por el cual una parte se coliga para con otra a dar, hacer o no hacer algo.

De los arts. 2284 y 2314 resulta la definición en nuestro Código de los cuasicontratos, delitos y cuasidelitos.

Cuasicontrato es el hecho voluntario, unilateral y lícito del cual nacen obligaciones.

Delito es el hecho ilícito, cometido con intención, que ha inferido daño a otro.

Cuasidelito es el hecho ilícito culpable que ha inferido daño a otro.

En ambos casos el derecho subjetivo que nace es precisamente la facultad del que ha sufrido el daño para exigir su reparación.

EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS. ABUSO DEL DERECHO

228. Los límites en el ejercicio de un derecho y el abuso del derecho constituyen un mismo problema analizado desde dos aspectos diversos.

La interrogante esencial es si el titular de un derecho subjetivo, por el hecho de ser tal, puede ejercerlo sin limitación alguna, lo que significaría que puede utilizarlo arbitrariamente en forma caprichosa, sin que ello le reporte beneficio alguno, o bien, que puede ejercitarlo, culpable o dolosamente, infringiendo un daño a un tercero.

Pensemos en el derecho de propiedad, en el más amplio de los derechos reales, ¿autoriza este derecho al propietario para usar, gozar y disponer de la cosa de que es dueño sin limitación de ninguna especie?

Los legisladores y los juristas modernos se han enfrentado al problema y han dado soluciones diversas. Eso sí que hay un consenso y es que el uso irrestricto de un derecho, sin limitación alguna, no está involucrado en el contenido de un derecho subjetivo.

De los dos supuestos planteados en el segundo párrafo de este número, el que ha tenido más relevancia es el segundo, o sea, el daño causado a un tercero por el ejercicio de un derecho.

De acuerdo con la idea tradicional, el ejercicio del derecho no era objetable. El derecho positivo subjetivo otorgaba a su titular un campo de acción en el cual podía actuar con plena y entera libertad. Incluso la doctrina clásica creía encontrar un fundamento en ciertos textos del Digesto (*nemimen laedit qui suo jure utitur*: el que usa su derecho no causa daño a nadie), o bien un texto similar de Gayo (D. 1- 17-55).

En resumen, si uno actúa dentro de su derecho no incurre en responsabilidad; ella sólo es posible si los límites del derecho se han sobrepasado.

229. La teoría del abuso del derecho, es decir, aquella según la cual el ejercicio de un derecho en forma abusiva no estaba autorizado por la ley, ha sido en algunas partes establecido por la legislación o aceptado por la jurisprudencia.

Así, el artículo 226 del Código Civil alemán (BGB) dispone: “El ejercicio de un derecho es inadmisibles si únicamente puede tener la finalidad de causar daño a otra persona”. En tal caso se ha estimado que existe un acto ilícito que da lugar a indemnización en conformidad al artículo 826 del mismo Código. El artículo 2º del Código Civil suizo dispone por su parte: “Cada uno está obligado a ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones según las normas de la buena fe. El abuso manifiesto de un derecho no está protegido por la ley”.

La jurisprudencia francesa ha aplicado la teoría respecto de los derechos reales, cuando son ejercidos con la intención de causar daño; incluso al uso abusivo de ciertos derechos discrecionales de familia; en los contratos a propósito de su ejecución o de su resciliación unilateral legalmente procedente; incluso en los derechos sindicales, cuando el sindicato prohíbe determinados actos a sus asociados por motivos no profesionales o declara una huelga por motivos políticos.

Aunque numerosos autores franceses han desarrollado la teoría del abuso del derecho, como Josserand, Ripert y Capitant, entre otros,¹⁰ existen jurisprudencias que han atacado el concepto.

Planiol, por ejemplo, señala que el acto abusivo es necesariamente un acto ilícito y que el ejercicio de un derecho no puede ser ilícito. El derecho cesa cuando el abuso comienza; no puede existir el uso abusivo de un derecho cualquiera por la razón irrefutable de que un mismo acto no puede ser a la vez conforme al derecho y contrario al derecho. Bonnetiere participa del mismo criterio, añadiendo que ello significaría considerar determinados ejercicios de un derecho en hechos jurídicos ilícitos para aplicarles la responsabilidad extracontractual; ahora bien, si el uso abusivo es un derecho contractual no se ve cómo podría aplicársele dicha responsabilidad.

Otro problema consiste en determinar en qué momento el ejercicio de un derecho llega a ser abusivo.

Al respecto hay criterios subjetivos que ligan la existencia de culpa (en sentido amplio) para establecer si hay abuso. Es decir, aplican las normas de la responsabilidad extracontractual. Algunos limitándola al caso en que la culpa haya sido intencional, es decir, que haya existido dolo. Otros aun cuando ha existido culpa

¹⁰ JOSSERAND, *De l'abus des droits*. París, 1905. *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits*. París, 1927.

GEORGES RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*. Lib. Gral. de Droit. 1927. N.ºs 89 y ss.

propriadamente tal, esto es, imprudencia o negligencia, apreciadas, no según el caso particular, sino en abstracto.

Otros criterios objetivos estiman que hay abuso si el derecho no se ejerce de acuerdo a su función social. Aquí hay también variantes, porque pueden considerarse los móviles con que el derecho se ha ejercido, o bien estimar que el ejercicio es abusivo si constituye un acto anormal por sus elementos y sus resultados.

Participamos plenamente del criterio de Planiol y estimamos que la expresión “abuso del derecho” es una antinomia. El que, según la expresión corriente, abusa de su derecho no está ejercitando su derecho subjetivo, porque, normalmente, ningún derecho autoriza el abuso.¹¹

En estos casos lo que sucede es que el titular ha excedido los límites de su derecho; éste le da solamente una aptitud para actuar aparente, pero al haber sobrepasado las facultades que éste le confiere, al no haber respetado la buena fe en su ejercicio, al haber trasgredido los límites que le puede imponer la concurrencia de otros derechos, ya no está actuando dentro de su derecho, ni conforme a él, ni autorizado por él. Está actuando fuera de su derecho subjetivo.

Esto nos lleva al problema de tratar de fijar cuáles son los límites al ejercicio de los derechos.

Los límites al ejercicio de los derechos

230. El inciso 1º del artículo 582 del Código Civil dispone que “El *dominio* (que se llama también *propiedad*) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra ley o contra derecho ajeno”.

En realidad estas facultades se aplican a todos los derechos. Ya el artículo 583 del Código nos dice que sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad, concepto que es aún más expresamente establecido en el N° 24 del artículo 19 de la Constitución, al señalar la protección de “el derecho de propiedad en sus diversas especies, sobre toda clase de bienes, corporales o incorporales”.

Por lo tanto, si somos propietarios de nuestros derechos, las limitaciones al ejercicio de la propiedad se aplican también al de aquellos derechos de que somos dueños (titulares). En conse-

cuencia, el ejercicio de cualquier derecho subjetivo personal o real tiene las mismas limitaciones que el ejercicio del dominio.

El artículo 582 citado nos señala ya dos grandes limitaciones: la ley y el derecho ajeno. Esto está expresado en caracteres genéricos y amplios, pero más adelante veremos cómo estos límites se precisan y concretan dentro del conjunto armónico que constituye el ordenamiento jurídico.

Se ha atacado el término y se ha creído significar una potestad sin barreras, la expresión “arbitrariamente” que emplea el artículo 582. Consideramos esta crítica como exagerada, proveniente en general del prurito de considerar al Código Civil como una construcción de un individualismo extremo, contrario a todo criterio o consideración social. Perspectiva insostenible, porque todo derecho y toda ordenación jurídica es esencial y necesariamente social.

La locución “arbitrariamente” no significa en absoluto el poder actuar caprichosamente, sin cortapisa alguna. Tal concepto implicaría una contradicción de términos en la disposición misma que, al señalar límites a la actuación, la ley y el derecho ajeno, indica claramente que no está autorizando una actuación caprichosa, ilícita, dañina o perturbadora.

La expresión no hace sino reafirmar el principio de la autonomía de la voluntad. Arbitrio es la facultad que tiene la voluntad de elegir o determinarse, pero los límites de esta facultad que la disposición señala en forma resumida y genérica, están establecidos en forma precisa a través de todo el ordenamiento. Un criterio distinto significaría sostener que el artículo 582 del Código Civil está en contradicción con todo el resto de la normativa civil, con los preceptos rectores del derecho privado.

231. Examinando el conjunto de nuestro derecho civil, podemos agrupar en grandes categorías las limitaciones al ejercicio de los derechos subjetivos.

Tenemos, en primer término, limitaciones que son inherentes al derecho mismo y a la forma en que debe ejercerse; las llamaremos limitaciones intrínsecas al ejercicio de los derechos.

En cambio, hay otras que aparecen cuando el derecho se pone en movimiento, cuando se desenvuelve en el medio social. Se trata de problemas de reacción, de situaciones externas que actúan frente al derecho y limitan o encauzan su ejercicio; las llamaremos limitaciones extrínsecas al ejercicio de los derechos.

Entre las primeras tenemos las que provienen de la naturaleza del derecho, las que se derivan de la buena fe; por último, las que están determinadas por la función social del derecho.

¹¹ MARCEL PLANIOL-G. RIPERT, *op. cit.*, t. II, N° 871.

Entre las segundas tenemos, en primer término, las que provienen del respeto a la buena fe de los terceros, las inherentes a la concurrencia de derechos; en último término, las que se originan por la colusión de los derechos.

– *Límites intrínsecos*

232. El primero de los límites intrínsecos en el ejercicio de los derechos es el que se determina por la naturaleza o contenido del derecho mismo.

No todos los derechos son iguales. Tenemos distintos derechos reales y son distintos precisamente porque las facultades que confieren a su titular son diferentes. No es lo mismo, en cuanto a facultades, ser dueño de una cosa que ser usufructuario de la misma.

Dentro de los derechos personales y en la infinita variedad que pueden revestir las prestaciones que los integran, es difícil que encontremos un crédito exactamente idéntico a otro.

Lo anterior significa una primera limitación; la facultad del titular de un derecho real, el crédito del sujeto de un derecho personal, no pueden ir más allá de aquello a que su propio derecho los autoriza; más allá de la naturaleza y contenido de su propio derecho.¹²

Nos parece esto evidente si pensamos que el usufructuario no puede disponer de la cosa que tiene en usufructo (art. 764 C. C.); igualmente si consideramos que el acreedor a plazo no puede exigir el pago de su obligación antes de que éste expire (art. 1496 C. C.).

233. El segundo de los límites intrínsecos del ejercicio de un derecho es la buena fe.

Ya hemos señalado el concepto de buena fe e indicado cómo su protección constituye uno de los principios fundamentales de nuestro derecho privado. También hemos indicado cómo la actuación de mala fe puede ser un elemento de ilicitud en la constitución de una relación jurídica.

Aquí señalamos la buena fe como una limitación en el ejercicio de los derechos subjetivos. Su ejercicio de mala fe está más allá de lo que el derecho autoriza y no tiene protección jurídica.

Sin pretender ser exhaustivos podemos señalar en primer término el artículo 1546 del Código Civil, que dispone que los con-

tratos deben ejecutarse de buena fe; el artículo 1617 N° 5° del C. C. que preceptúa que los acreedores no están obligados a aceptar la cesión de bienes cuando ha habido mala fe del deudor; el artículo 1661 del C. C. que señala que la compensación no puede tener lugar en perjuicio de los derechos de un tercero; el artículo 1683 del C. C. que no permite que alegue la nulidad al que celebró el acto o contrato “sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba”; dentro de la misma nulidad el artículo 1685 del C. C. que no permite alegar la nulidad al incapaz de cuya parte ha habido dolo para inducir al acto o contrato; la sanción al que vendió a sabiendas lo que en el todo o en una parte considerable no existía (art. 1814 del C. C.); la acción pauliana que permite rescindir los contratos que el deudor ha celebrado de mala fe (artículos 2468 del Código Civil), etc.

Todos estos ejemplos nos demuestran que es inherente el proceder de buena fe en el ejercicio de los derechos subjetivos. Ellos no autorizan el que se los utilice, el que se los ejercite de mala fe. Tal ejercicio sobrepasa el derecho; se aparta de su contenido y de sus facultades. Tal conducta, aunque invoque como punto de partida un derecho subjetivo, no es una conducta conforme a derecho y carece de protección jurídica. Es una conducta abusiva.

Es lo que se denomina un “acto de emulación” y que el Código Civil alemán considera expresamente al decir: “el ejercicio de un derecho es inadmisibles cuando sólo puede tener por objeto causar un daño a otro” (art. 226 del BGB).

234. El tercero de los límites intrínsecos al ejercicio de los derechos es el de que este ejercicio debe conformarse a su función social.

Debemos señalar, que en el supuesto de que así no sea, al igual que en el caso anterior, estamos en presencia de una juridicidad anormal. Pero, a diferencia de la situación analizada en el número precedente, la relación jurídica aparece aquí en un primer momento como projurídica, querida por el derecho. Es a posteriori que el ejercicio del derecho experimenta un viraje total: lo que era projurídico se convierte en antijurídico; lo que parecía justificado ya no lo está.

En la actuación de mala fe, que antes analizamos, el derecho se ejercita no hacia la finalística inherente a él y que, por ende, tiene protección jurídica, sino hacia otros fines distintos y, por lo tanto, no reconocidos. En lugar de usar el derecho para su meta normal y correcta se lo emplea o utiliza para algo diferente; literalmente se abusa de él. De aquí tal vez la expresión “abuso del derecho”.

¹² R. D. J., t. 79, s. 5, p. 139, p. 271; t. 82, s. 5, p. 10, p. 129.

Pero en la situación que ahora examinamos no existe solamente abuso que implica la idea de desviación que se realiza en causa propia. La anormalidad consiste en la alteración de la finalidad del derecho. Con un cierto resultado jurídico, de por sí admisible, se contraría sin embargo el alcance de otra figura jurídica distinta. Es un acto fraudulento.

Este ejercicio actuando más allá de la interna finalidad y de la función social del derecho subjetivo es un ejercicio inadecuado distinto del acto de emulación o abusivo a que nos referimos en el párrafo anterior.¹³

En el abuso el mecanismo de ejercicio del derecho puede ser objetado de inmediato; en el fraude el mecanismo es irreprochable; es el resultado final el que revela la anormalidad.

Así se ha resuelto que la facultad de una persona para entablar acciones judiciales o administrativas en contra de otra puede adquirir una connotación de ilicitud cuando esas acciones, apreciadas en conjunto y atendida su finalidad, han tenido como único objetivo impedir o, al menos, restringir la competencia en la comercialización de un producto determinado.¹⁴

En estos casos hablamos generalmente de fraude del derecho.

Para demostrar que es artificial e inexistente la aparente normalidad con que el derecho se ha ejercido, debemos examinar otras situaciones a las que la anterior afecta y demostrar cómo el resultado jurídico normal de estas situaciones fue alterado por el fraude contenido en el ejercicio del derecho.

En el ámbito del derecho privado los particulares pueden muchas veces utilizar libertades hacia metas que no sólo no son las previstas por el ordenamiento jurídico, sino que lo contradicen.

Algunos autores estiman, desde otro punto de vista, que los derechos subjetivos son reconocidos a los individuos como funciones sociales, o, al menos, con determinados fines sociales. Si el titular del derecho lo desvía o aparta de su fin comete un fraude que no merece protección jurídica.

En el derecho civil encontramos a veces disposiciones que limitan el ejercicio de un derecho por consideraciones de orden social; así, las limitaciones a la construcción que contienen los artículos 600 y 601 del Código Civil o las limitaciones al derecho de propiedad que contemplan los artículos 930, 932, 937, 948, etc., del Código Civil. Los artículos 279 y 280 del Código de Proce-

dimiento Civil contemplan la posibilidad de solicitarse como prejudiciales las medidas precautorias. Sin embargo, el ejercicio de este derecho por el demandante debe responder a un fundamento y una finalidad legítimos; si por su inactividad o por resolución del tribunal dichas medidas no se mantienen el solicitante es responsable del perjuicio causado y el procedimiento se considera doloso. Está claro aquí que es el resultado lo que ha determinado la antijuridicidad de la conducta.

Igual criterio informa la responsabilidad del empresario en los casos contemplados en los N^{os} 3^o y 4^o del artículo 2003 del Código Civil.

El artículo 524 del Código de Procedimiento Civil autoriza a los acreedores para exigir la liquidación de la comunidad de que sea parte el deudor, salvo si de ello resultare grave perjuicio.

– Límites extrínsecos

235. El primero de los límites extrínsecos al ejercicio de los derechos es el respeto a la buena fe de los terceros.

Aquí nos encontramos no con un nuevo concepto, sino con una nueva dimensión de la buena fe. Aquí no se trata de la buena fe que subjetivamente deben tener u objetivamente respetar los que contraen o desarrollan una relación jurídica. Estamos en presencia de terceros, extraños a dicha relación, pero cuya buena fe no puede ser desconocida y, por lo tanto, su situación jurídica afectada por el ejercicio por un tercero de un derecho subjetivo.

Así se ha fallado que “de lo expuesto debe concluirse, entonces, que hay alguna actividad de suyo legítima, ella se transforma en ilegítima, arbitraria o ilegal si en su ejercicio se afecta un derecho de un tercero reconocido y garantizado por la Constitución, y no queda, a su vez, incluido dentro de las excepciones que la misma Constitución establece, lo que no ocurrió en el caso sub lite, como se ha señalado”.

“Que la conclusión a que se ha arribado es un principio general de nuestra legislación, cuya disposición más clara se encuentra en la antigua disposición del art. 945 del C. Civil, hoy art. 56 del C. de Aguas, disposición que establece que ‘cualquiera puede cavar en suelo propio pozos para las bebidas y usos domésticos, aunque de ello resulte menoscabarse el agua de que se alimente algún otro pozo; pero si de ello no reportare utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegarlos’, y en la disposición del art. 941 del Código de Bello”.

¹³ NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto*. Studi Messineo, vol. IV, págs. 265 ss.

¹⁴ R. D. J., t. 81, s. 6, p. 26, p. 99.

“Estas disposiciones se fundan en el principio inconcuso del abuso del derecho, en virtud del cual una actuación de suyo legítima se transforma en ilegítima si altera o afecta en forma grave el derecho legítimo de un tercero”.¹⁵

Examinando algunas disposiciones del Código Civil por orden correlativo, encontramos este principio establecido en muy diversas materias.

El artículo 94, regla N° 4º, del Código Civil, dispone que en la rescisión del decreto de posesión definitiva de los bienes del desaparecido “se recobrarán los bienes en el estado en que se hallaren, subsistiendo las enajenaciones, las hipotecas y demás derechos reales constituidos legalmente en ellos”. Es decir, la buena fe de los terceros titulares de estos derechos limita el derecho subjetivo del presunto desaparecido.

El artículo 1432 del Código Civil examina cuándo la resolución, rescisión o revocación de las donaciones da acción contra terceros poseedores. Del examen de los tres numerandos del artículo resulta que la acción no procede contra terceros poseedores de buena fe. Al respecto constituye buena fe el haber desconocido la existencia o posibilidad de la acción.

Algo análogo disponen los artículos 1490 y 1491 del Código Civil que, en caso de resolución, dan acción reivindicatoria contra terceros poseedores si éstos están de mala fe. De nuevo ésta se configura por el hecho de haber conocido la existencia de la condición.

En estos casos, la buena fe de los terceros limita el ejercicio del derecho subjetivo de propiedad; en un caso del donante, en el otro, del que obtuvo la resolución.

El inciso 2º del artículo 1576 del Código Civil dispone que “El pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión del crédito, es válido, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía”. Así, el derecho del acreedor se extingue y no puede ya ejercitarlo, aunque no recibió la prestación correspondiente en atención a la buena fe de la persona que realizó el supuesto pago.

En sentido inverso el artículo 1578 del Código Civil establece que es nulo el pago hecho al deudor insolvente en fraude de sus acreedores.

El artículo 2058 del Código Civil establece que la nulidad del contrato de sociedad no perjudica a las acciones que corresponden a terceros de buena fe. Por su parte, el artículo 2114 señala

¹⁵ R. D. J., t. 82, s. 5, p. 67, cons. 14 y 15.

que la disolución de la sociedad no podrá alegarse contra terceros de buena fe; considera por tal el haber ignorado la disolución.

El artículo 2173 del Código Civil contempla el caso de actos ejecutados por el mandatario, no obstante la expiración del mandato. Dichos actos son válidos frente a terceros de buena fe, caso de los dos primeros incisos, e inválidos si éstos están de mala fe, tercer inciso. Aquí, y con similitud a los casos anteriores, la buena fe consiste en que los terceros hayan ignorado la expiración.

Los artículos 2301, 2302 y 2303 del Código Civil, en el pago de lo no debido, limitan los derechos del que pagó lo que no debía frente a terceros de buena fe.

Lo anterior está en perfecta concordancia con lo establecido respecto a las prestaciones mutuas en los artículos 904 y siguientes del Código Civil, en que los derechos del reivindicante frente al poseedor vencido varían en cada caso según si éste ha estado de buena o de mala fe.

236. Una segunda limitación extrínseca al ejercicio de los derechos proviene de la concurrencia de derechos. Es decir, nos encontramos con más de un derecho concurrente, sobre un objeto único.¹⁶

El ejemplo más simple lo podemos suponer respecto de una cosa sobre la que hay constituido un usufructo; el derecho subjetivo de propiedad del dueño va a estar limitado por las facultades que el usufructo confiere al usufructuario. El uso y goce de la cosa, facultades inherentes al dominio, no va a poder ejercitarlas porque van a corresponder al usufructuario. El inciso 1º del artículo 765 del Código Civil señala que “El usufructo supone necesariamente dos derechos coexistentes, el del *nudo propietario* y el del *usufructuario*”.¹⁷

No necesariamente la concurrencia va a significar la existencia de dos derechos reales. Así, si el propietario de un inmueble lo arrienda ve limitado el ejercicio de su derecho de dominio, ya que no tiene el uso de la cosa, el que corresponde al arrendatario y éste es sólo titular de un derecho personal.¹⁸

También puede existir concurrencia entre derechos personales. Al respecto el titular de un crédito a la orden de cualquiera clase puede darlo en prenda a una institución bancaria mediante el endoso en garantía, de acuerdo con la Ley N° 4.287. En tal caso, la facultad de cobro y percepción del pago, inherente al

¹⁶ R. D. J., t. 82, s. 5, p. 72.

¹⁷ R. D. J., t. 80, s. 1, p. 36.

¹⁸ R. D. J., t. 80, s. 5, p. 152, p. 154.

derecho subjetivo de crédito, pasa del acreedor al endosatario, el que puede, sin más trámite, cobrar el valor y aplicarlo al pago de su crédito (artículo 660 del Código de Comercio).

Esta concurrencia de derechos constituye, por lo tanto, una limitación importante al ejercicio de los derechos subjetivos.

237. La última limitación extrínseca al ejercicio de los derechos subjetivos está constituida por la colusión de derechos.

Este es un concepto distinto de la concurrencia de derechos: en ella hay varios derechos que coinciden en un objeto único; en la colusión se trata de derechos independientes, muchas veces equivalentes, que rara vez recaerán sobre el mismo objeto, pero que entran en contacto legítimamente en el mundo del derecho.

Como veremos más adelante, se da el caso en que distintos derechos entren en contacto, se sobrepongan, sean incompatibles, no puedan satisfacerse simultáneamente en su totalidad, todo dentro de un ejercicio normal y legítimo. ¿Es posible preferir a unos sobre otros y, en tal caso, qué criterios debemos aplicar?

Este es uno de los problemas más difíciles de dilucidar en nuestro ordenamiento; no tenemos disposiciones que específicamente nos señalen una regulación general al respecto. El criterio debemos tratar de abstraerlo de distintas normas dispersas sobre las materias más diversas. Es por ello que los conceptos que señalamos a continuación pueden ser revisados y alterados por estudios más precisos que se aboquen específicamente a este problema.

a) La primera hipótesis de colusión de derechos que debemos analizar es la que puede producirse entre derechos reales y personales.

Si examinamos el artículo 1962 del Código Civil vemos que el adquirente de un bien sólo está obligado a respetar el arriendo en casos especiales; por lo tanto, la norma general es que no está obligado a respetarlo. Lo anterior parece indicar que en el caso de colusión de derechos reales y personales, prefieren los derechos reales. Sin embargo el artículo 792 del Código Civil dispone que el usufructuario es obligado a respetar los arriendos de la cosa fructuaria.

Pero hay otras disposiciones que nos afirman en el criterio manifestado al comienzo. Así, el artículo 2401 del Código Civil autoriza al acreedor prendario a retener la prenda si tuviere contra el mismo deudor otros créditos. Por su parte el art. 2476 del C. C. dispone que afectando a una misma especie créditos de la primera clase (personales) y créditos de la segunda (reales-prendarios), excluirán éstos a aquéllos. Por su parte, el artículo 2478 dispone que los créditos personales de primera clase no se extenderán a las fincas hipotecadas, sino en un caso de excepción.

Por estas y otras consideraciones estimamos que, en caso de colusión, los derechos reales prefieren a los derechos personales.

b) El segundo supuesto es que concurren derechos reales de la misma naturaleza.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2477 del Código Civil, prevalecen los constituidos primero. Dicha norma establece que, en caso de concurso, las hipotecas se pagarán según el orden de sus fechas y, aún más, que las de una misma fecha preferirán por el orden de su inscripción. Por su parte el artículo 1817 dispone que si se vende separadamente una misma cosa a dos personas, el comprador que haya entrado en posesión será preferido al otro. Aunque no se trata aquí precisamente de concurrencia de derechos reales, sin embargo es revelador de un criterio; sin importar la fecha del título, el derecho real constituido primero es el legítimo.

c) Una tercera suposición es que concurren derechos de distinta jerarquía y naturaleza.

En tal situación, el criterio de nuestro Código parece ser el que prime el derecho de mayor jerarquía. El artículo 894 del Código Civil concede la acción reivindicatoria (publiciana) al poseedor regular, pero ésta no valdrá contra el verdadero dueño.

Así el artículo 669 autoriza al dueño del terreno en que otra persona, sin su conocimiento, hubiere edificado, plantado o sembrado, para hacer suyo el edificio, plantación o sementera. El artículo 725 dispone que el poseedor conserva la posesión aunque transfiera la tenencia. El inciso 2º del artículo 922 dispone que no valdrá contra el propietario que no ha intervenido en el juicio la sentencia relativa a la posesión del dominio obtenida contra el usufructuario, usuario o habitante. En el legado del dominio de un predio se entienden comprendidas sus servidumbres activas (art. 1120 C. C.). Igualmente en la división de un fundo deben establecerse las servidumbres necesarias para su cómoda administración y goce (art. 1337 Nº 5º C. C.). Aunque la ley ha tratado de repartir las cargas, cuando en la asignación testamentaria se ha separado la mera propiedad del usufructo, el artículo 1370 inciso final del Código Civil impone que las que consistieren en pensiones periódicas serán cubiertas por el usufructuario. El artículo 1815 dispone que la venta de cosa ajena vale, pero sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida. El comodatario tiene la obligación de restituir, pero ella cesa desde que descubre que él es el verdadero dueño de la cosa prestada (art. 2185 del C. C.). En el mismo criterio está basado lo dispuesto en el artículo 2499 del Código Civil respecto de la omisión de actos de mera facultad o la mera tolerancia de actos de que no resulta gravamen.

d) Otra suposición es la colusión de derechos de la misma jerarquía, pero de distinta entidad.

En este caso los ejemplos para fundamentar un criterio son difíciles, porque generalmente los mismos derechos reales tienen la misma entidad. Sin embargo, parece evidente que en este supuesto prima el derecho de mayor entidad.

El artículo 894 del Código Civil que confiere la acción reivindicatoria al poseedor regular establece que no valdrá contra el que posea con igual o mejor derecho.

El artículo 780 dispone que siendo dos o más los usufructuarios habrá entre ellos derecho de acrecer. Es decir, el derecho de mayor entidad, por el tiempo de constitución o de hecho, va a acrecentarse con el de menor entidad.

e) Por último, debemos examinar el problema de los derechos personales entre sí. Los derechos personales no tienen, en general, jerarquía y tampoco se considera su entidad.

La norma común la establece el artículo 2489 del Código Civil que dispone que los créditos que no gozan de preferencia se cubrirán a prorrata, sin consideración a su fecha. Igual criterio aplica el artículo 1374 al señalar que se pagará a los acreedores hereditarios a medida que se presenten, esto es, no se toman en cuenta ni el monto ni la fecha del crédito.

Por lo tanto, en teoría, en la colusión de derechos personales, que puede producirse si el patrimonio del deudor no alcanza para satisfacerlos a todos, ellos deberán concurrir en un plano de absoluta igualdad pagándose a prorrata.

Esta norma general la altera la ley al establecer ciertas categorías de créditos que gozan de una preferencia en virtud de un privilegio. El artículo 2471 del Código Civil dice que "Gozan de privilegio los créditos de la 1ª, 2ª y 4ª clase". Ahora bien, todos los créditos de 1ª y 4ª clase y algunos de la 2ª son créditos personales.

Los créditos privilegiados de primera clase están señalados en nueve números del artículo 2472 del Código Civil. Prefieren a todos los demás créditos y, entre ellos, según el orden de numeración en el artículo citado.

Los créditos personales comprendidos en la segunda clase constituyen casos muy particulares y no afectan con su preferencia todo el patrimonio del deudor, sino ciertos bienes determinados.

El último privilegio lo tienen los créditos de la cuarta clase que señala el artículo 2481 del Código Civil en seis números distintos. Dentro de su clase prefieren unos a otros, no por el orden de enumeración, sino por la fecha de sus causas, entendiéndose por tales las que señala el artículo 2482.

TEORIA DE LOS ACTOS JURIDICOS

HECHOS Y ACTOS JURIDICOS

238. Hecho es, en general, todo lo que sucede.

Los hechos pueden ser irrelevantes jurídicamente (cerrar la puerta, encender un cigarrillo), o consistir en "hechos jurídicos", que son todos aquellos acontecimientos o circunstancias que producen una consecuencia de derecho.

Estos hechos jurídicos pueden ser hechos jurídicos naturales. No requieren voluntad ni capacidad y no pueden clasificarse de lícitos o ilícitos. Así el nacimiento, la muerte, el transcurso del tiempo.

Frente a ellos tendremos los hechos jurídicos humanos, que pueden ser involuntarios o voluntarios. Los primeros derivan de la actividad humana sin voluntad consciente, como los actos de los dementes o de los infantes (arts. 723, 2319 C. C.).

Los hechos jurídicos humanos voluntarios pueden ser o simples hechos jurídicos o actos jurídicos.

Los primeros son aquellos hechos humanos voluntarios a los que la ley atribuye un efecto jurídico no querido o distinto del perseguido por su autor. Pueden ser lícitos (art. 2290 C. C.) o ilícitos (art. 2314 C. C.).

Los "actos jurídicos" son actos humanos conscientes y voluntarios, destinados a producir un efecto jurídico predeterminado y querido por el autor.

239. Estos actos jurídicos pueden ser, a su vez, unilaterales o bilaterales.

El acto jurídico unilateral es la expresión de voluntad de una sola parte. Esta parte puede ser una sola persona en los actos

unilaterales simples, por ejemplo, el testamento (art. 999 del C. C.). Puede consistir también en la manifestación de voluntad de varias personas, pero que, en conjunto, expresan una sola voluntad en un mismo sentido. Así la voluntad de la mayoría de los miembros de una corporación configura la voluntad de ésta (art. 550 del C. C.); hablamos en este caso de actos unilaterales colectivos.

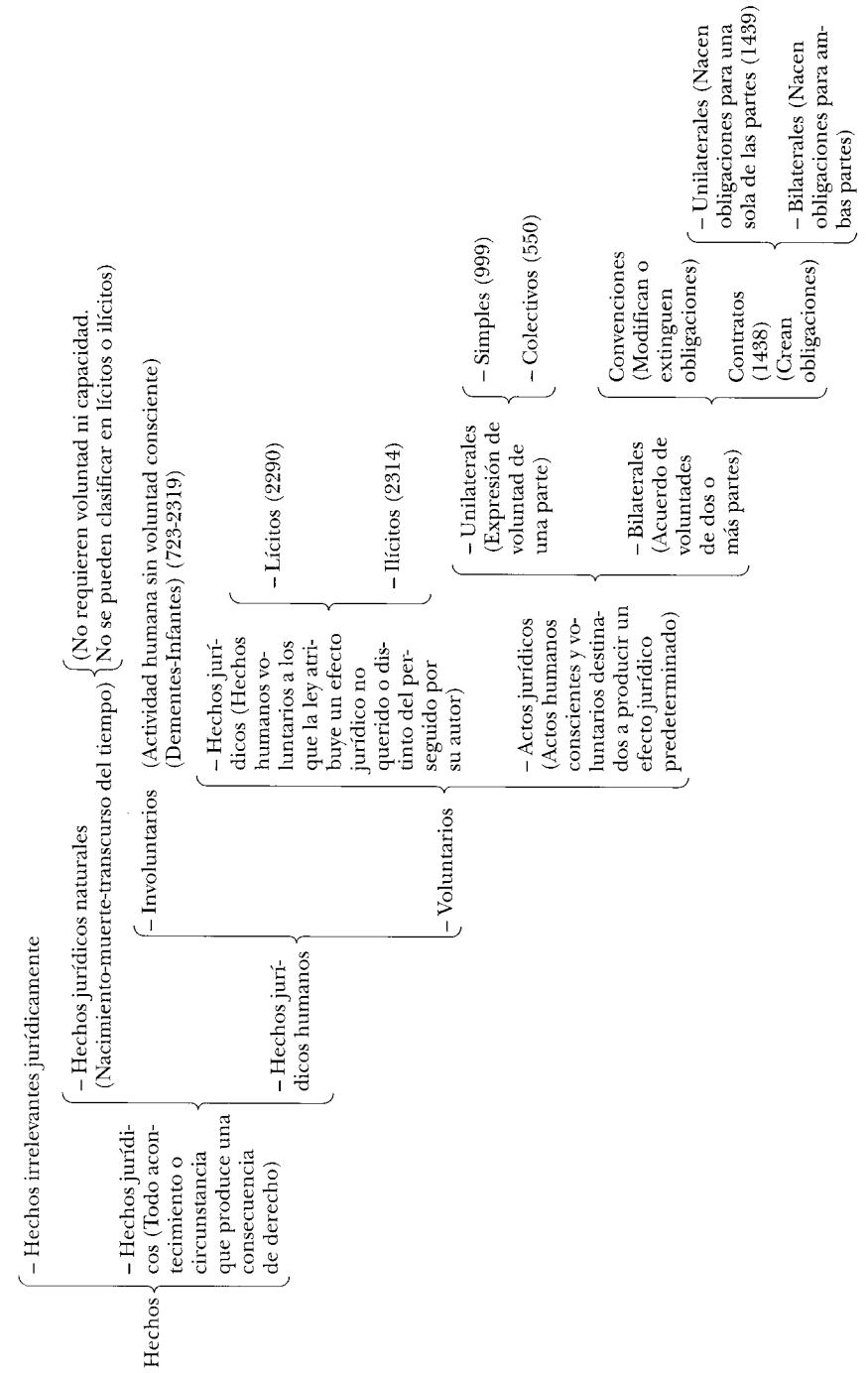
El acto jurídico bilateral es el acuerdo de voluntades de dos o más partes. Este acuerdo de voluntades lo denominamos “consentimiento”.

En los actos jurídicos bilaterales distinguimos entre convenciones y contratos.

Las “convenciones” modifican o extinguen obligaciones. Así el pago (art. 1568 del C. C.) o la tradición (art. 670 del C. C.).

Los actos jurídicos bilaterales de los que nacen obligaciones se denominan contratos. En otros términos, contrato es una convención que crea obligaciones.

No obsta al carácter unilateral de un acto el que posteriormente para producir efectos necesite el que haya otra manifestación de voluntad, como la legitimación voluntaria que requiere la aceptación del hijo (art. 210 del C. C.), o el testamento que para producir efectos necesita la aceptación del heredero (art. 1225 del C. C.). Sólo se mira al número de voluntades necesarias originariamente para que el acto exista.



OTRAS CLASIFICACIONES DE LOS ACTOS JURÍDICOS

240. Fuera de su distinción en unilaterales y bilaterales, los actos jurídicos pueden clasificarse desde otros puntos de vista:

a) En cuanto a la época en que van a producir sus efectos se dividen en:

Actos entre vivos: Aquellos que no suponen la muerte de su autor para producir efectos (Arrendamiento - Donación).

Actos por causa de muerte: Aquellos que suponen la muerte de su autor para producir efectos (Testamento).

b) En cuanto a si todos sus efectos se producen o no de inmediato, en:

Instantáneos: Normalmente todos sus efectos se producen de inmediato (Pago al contado).

De tracto sucesivo: Sus efectos se van produciendo en el tiempo (Arrendamiento).

c) En cuanto a si requieren o no formalidades para su existencia, en atención a la naturaleza del acto, en:

Solemnes: Requieren el cumplimiento de ciertas formalidades para perfeccionarse (Compraventa de bienes raíces).

No solemnes o consensuales: La voluntad o el consentimiento se expresan en cualquier forma (Compraventa de bienes muebles).

d) En cuanto pueden o no subsistir por sí mismos, en:

Principales: No necesitan para subsistir la existencia de otro acto jurídico (Compraventa, sociedad).

Accesorios: Sólo subsisten en cuanto acceden a otro acto jurídico principal (Hipoteca, prenda, fianza).

e) En cuanto a la reciprocidad de las prestaciones, en:

A título gratuito: Una sola de las partes se obliga (Donación).

A título oneroso: Hay obligaciones recíprocas entre las partes (Compraventa, arrendamiento).

f) En cuanto al momento en que se producen sus efectos normales, en:

Puros y simples: Los que producen sus efectos normales de inmediato y sin alteraciones o modificaciones posteriores.

Sujetos a modalidades: Aquellos cuyos efectos normales sólo se producen bajo un requisito denominado modalidad (Condición, plazo o modo), cuyos efectos son alterados por una modalidad.

g) En cuanto a la extensión de las facultades del que los realiza, en:

Actos de disposición: Son los que pueden implicar una disminución del patrimonio.

Actos de administración: Los que no deben implicar una disminución del patrimonio.

Contratos

241. Hemos dicho que cuando la convención tiene por objeto crear obligaciones recibe el nombre específico de “Contrato”.

Contrato es, entonces, la convención que crea obligaciones. La convención es el género y contrato es la especie.¹

Los arts. 1437 y 1438 del Código Civil han confundido ambos conceptos. Así el art. 1438 dice: “*Contrato o convención* es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”.

Como ejemplo de convenciones podemos señalar el pago y la tradición, ya que no tienen por objeto crear obligaciones. Como ejemplo de contratos, la compraventa, el arrendamiento, la sociedad.

Los contratos pueden ser unilaterales, si una sola de las partes se obliga (mutuo), o bilaterales o sinalagmáticos, si ambas partes se obligan recíprocamente (compraventa), art. 1439 del Código Civil.

Pueden dividirse también en gratuitos (el depósito) y onerosos (la compraventa), según que sean en utilidad de una o de ambas partes (art. 1440 del Código Civil).

En conmutativos, si la obligación de ambas partes es equivalente, como en el arrendamiento, y aleatorios, si una de las partes tiene sólo una contingencia incierta de ganancia o pérdida, como en la renta vitalicia (art. 1441 del Código Civil).

En principales y accesorios, según si para subsistir necesitan o no de otra convención (art. 1442 del Código Civil).

En nominados e innominados, según estén reglamentados o no por la legislación positiva.

Por último, desde el punto de vista de su perfeccionamiento, es decir, de cuando nacen a la vida jurídica, en: consensuales, reales y solemnes. Al respecto el art. 1443 del Código Civil dice lo siguiente: “El contrato es *real* cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es *solemne*, cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es *consensual*, cuando se perfecciona por el solo consentimiento”.

¹ R. D. J., t. 67, s. 1, p. 463.

Empleo del término acto en el Código Civil

242. Nuestro Código emplea a veces la palabra acto en sentido genérico para referirse a toda manifestación de voluntad, con el objeto de producir efectos jurídicos (arts. 10, 11, 735, 766, etc.), o bien en sentido restringido para contraponer el acto jurídico unilateral a la convención o contrato (arts. 1453, 1681, 1682, etc.).

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL ACTO JURÍDICO

243. En los elementos de los actos jurídicos debemos distinguir entre elementos esenciales, naturales o de la naturaleza del acto y elementos accidentales.

Elementos esenciales

244. Hemos dicho que el acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a la producción de determinados efectos jurídicos.

Pero para que el acto jurídico tenga valor es necesario que la manifestación de voluntad se realice con cierto contenido y ciertos requisitos.

Este contenido y requisitos necesarios para que el acto jurídico tenga valor son las cosas de la esencia del acto jurídico.

El art. 1444 del Código Civil dice que “Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la *esencia* de un contrato aquellas cosas sin las cuales o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente...”. Aunque el Código habla en esta disposición de los contratos, ella es aplicable a todos los actos jurídicos.

De acuerdo con esta disposición tenemos entonces que en primer término hay cosas de la esencia del acto jurídico cuya falta hace que éste no produzca efecto alguno; ellas serán las cosas o elementos esenciales generales o comunes a todos los actos jurídicos. De acuerdo con el art. 1445 del Código Civil tales elementos esenciales comunes son la voluntad del autor, el objeto y la causa. Su ausencia hace que el acto jurídico no produzca efectos.

En segundo término tenemos aquellas cosas de la esencia del acto jurídico cuya ausencia hace que éste degenera en otro diferente; ellas serán las cosas o elementos esenciales particulares a deter-

minado acto jurídico (ej.: la gratuidad en el depósito, que si no es gratuito degenera en arrendamiento de servicios, art. 2219 del Código Civil. El precio en la compraventa, arts. 1794 y 1808 del Código Civil. La gratuidad en la donación, art. 1386 del Código Civil, que si no es gratuita pasa a ser compraventa u otro contrato oneroso). Faltando estos requisitos esenciales particulares existe un acto jurídico, pero no el acto jurídico que se pretendió realizar.

Elementos de la naturaleza del acto

245. El art. 1444 del Código Civil, que ya hemos citado en parte, dice a continuación que son cosas “de la *naturaleza* de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son *accidentales* a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales”.

Las cosas de la naturaleza del acto jurídico forman parte del acto o contrato sin necesidad de que el actor o las partes lo digan expresamente. La ley suple la voluntad de las partes, y por el hecho de celebrarse el acto o contrato las cosas o elementos de la naturaleza del mismo forman parte del acto realizado como si se hubieran estipulado expresamente en él.

Al estudiarse más adelante los actos jurídicos y contratos en detalle veremos la inmensa importancia práctica que significa la existencia de las cosas o elementos de la naturaleza de tales actos. Ello simplifica enormemente la vida jurídica, ya que las partes no necesitan estipular sino los elementos esenciales del acto; los elementos de la naturaleza del mismo no necesitan expresarse, ya que se encuentran establecidos por la ley. Basta a este respecto examinar en el Código las obligaciones del vendedor y del comprador en la compraventa (arts. 1824 y siguientes), las obligaciones del arrendador y arrendatario en el arrendamiento (arts. 1924 y siguientes). En general, las partes sólo se refieren a los elementos de la naturaleza del acto cuando deseen modificar lo establecido en la ley. La corriente brevedad de nuestros contratos se debe precisamente a que los elementos de la naturaleza de ellos les pertenecen sin necesidad de una cláusula especial.

Elementos accidentales

246. Son elementos accidentales de un acto aquellos que el actor o las partes agreguen por medio de una estipulación especial.

Son elementos que no son ni de la esencia ni de la naturaleza del acto, es decir, no son necesarios ni para su existencia ni para su validez, pero que las partes pueden agregar estipulándolos expresamente. Por ejemplo, el art. 1872 del Código Civil establece que en la compraventa el precio deberá pagarse en el lugar y el tiempo “estipulados”, o en el lugar y el tiempo de la entrega, no habiendo estipulación en contrario. Otro ejemplo lo constituyen las modalidades; así, el art. 1494 del Código Civil dice que el *plazo* es la época que “se fija” para el cumplimiento de la obligación y el art. 1484 dice que “Las condiciones deben cumplirse literalmente, en la forma convenida”.

REQUISITOS DE EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL ACTO JURIDICO

247. La doctrina distingue hoy entre los requisitos de existencia y de validez de los actos jurídicos.

Según esta doctrina, la ausencia de ciertos requisitos determinaría la inexistencia del acto jurídico. Este no nacería a la vida del derecho. Tales requisitos serían las condiciones de existencia del acto jurídico.

La falta de otros requisitos no produciría la inexistencia del acto; éste nacería ante el derecho, pero adolecería de un vicio de nulidad. Tales requisitos serían las condiciones de validez del acto jurídico.

La teoría de la inexistencia nació de los actos de familia, especialmente con relación al matrimonio, y de ellos se extendió a los actos patrimoniales.

No todos los autores la aceptan. Muchos opinan que en nuestro derecho no puede hablarse de inexistencia en los actos patrimoniales, y que nuestro Código reconoce sólo la nulidad de los mismos.

La inexistencia y la nulidad son materia de un párrafo especial, de manera que no cabe aquí extenderse sobre esta materia.

Los requisitos de existencia de los actos jurídicos son:

- 1º La voluntad,
- 2º El objeto,
- 3º La causa,
- 4º Las solemnidades, en los casos en que la ley las exija.

Algunos no consideran a las solemnidades como requisito de existencia del acto jurídico, aduciendo que no se trata de un requisito general, pues sólo ciertos actos las requieren y, en segun-

do término, porque constituyen la manera de manifestación de voluntad en los actos solemnes y, por lo tanto, forman parte de ella.

Un acto sería inexistente cuando no existiera voluntad, cuando careciera de objeto o de causa, o cuando no se cumplieran las solemnidades, tratándose de un acto solemne.

Puede un acto jurídico realizarse materialmente y que, sin embargo, la voluntad de su autor no exista. Esta ausencia total de voluntad puede tener dos causas: la demencia o privación total de razón y el error esencial. Ambos los analizaremos más adelante.

Los requisitos de validez de los actos jurídicos son (art. 1445 del Código Civil):

- 1º La capacidad de las partes;
- 2º La voluntad exenta de vicios;
- 3º El objeto lícito;
- 4º La causa lícita.

La falta de un requisito de validez produce la nulidad del acto jurídico.

– Requisitos externos e internos

248. Desde otro punto de vista los requisitos de los actos jurídicos pueden dividirse en internos o de fondo y externos. Los requisitos internos son la voluntad y la capacidad de las partes y el objeto y la causa de los actos jurídicos. Los requisitos externos son las solemnidades o formalidades del acto prescritas por la ley.

LA VOLUNTAD

249. La voluntad es el fundamento principal de los actos jurídicos y está implícita en sus demás requisitos. Así no sólo la voluntad debe estar exenta de vicios, sino que es ella la que debe emanar de una persona capaz, recaer en un objeto lícito y tener una causa lícita.

Es necesario hacer la distinción entre la ausencia o falta de la voluntad y la voluntad errónea. Puede concebirse que haya existido la apariencia de un acto jurídico, pero que el autor o las partes no hayan tenido en momento alguno deseos de realizar ese u otro acto real. Precisamente en esta situación posible se fundamenta la simulación absoluta.

Distinto es el caso en que las partes desean realizar un acto, pero su voluntad es esencialmente errónea, ya sea porque efec-

túan un acto sustancialmente distinto del deseado, ya sea porque yerran sobre la identidad de la cosa específica objeto del contrato. En este supuesto existe voluntad, pero una voluntad viciada.

El diccionario define la voluntad como la potencia del alma que mueve a hacer o no hacer alguna cosa.

La expresión voluntad se reserva para los actos unilaterales; el concurso de voluntades necesario en los actos jurídicos bilaterales o convenciones recibe el nombre de consentimiento.

Se señalan como requisitos de la voluntad el que sea seria y el que se exteriorice.

El requisito de seriedad de voluntad, es decir, que ésta se manifieste, con el fin de producir el efecto jurídico que se persigue, resulta especialmente de la disposición del art. 1478 del Código Civil, que dispone que es nula la obligación contraída bajo una condición que consiste en la mera voluntad de la persona que se obliga. En el mismo sentido el art. 2121 del Código Civil dice que “La simple recomendación de negocios ajenos no es, en general, mandato; el juez decidirá, según las circunstancias, si los términos de la recomendación envuelven mandato. En caso de duda se entenderá recomendación”.

El requisito de que la voluntad se exteriorice resulta evidente si pensamos que va a crearse una relación jurídica y que, por lo tanto, debe ser conocida. Si se mantiene en el fuero interno de la persona, no puede constituir un factor de relación.

Es por eso que el artículo 1447 del Código Civil establece que son absolutamente incapaces los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Consecuente con ello el artículo 1005 N° 5° dice que no es hábil para testar “Todo el que de palabra o por escrito no pudiere expresar su voluntad claramente”; y el artículo 4° N° 4° de la Ley de Matrimonio Civil dispone que el que se encuentra en esa situación no puede contraer matrimonio.

La exteriorización de la voluntad puede hacerse personalmente o por medio de mandatario o de representante legal. El art. 1448 del Código Civil dice que “Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo”.

– Voluntad expresa y tácita

250. La voluntad puede ser expresa o tácita. La voluntad expresa se manifiesta por cualquier medio que la indique. La palabra, la escritura, los signos.

La voluntad tácita se infiere de ciertos antecedentes, ya sean éstos acciones positivas u omisiones del individuo. En el primer caso la voluntad del individuo se deduce de sus acciones; en el segundo se infiere de su pasividad.

En nuestro Código encontramos diversas disposiciones en que la voluntad se deduce de la conducta del individuo. Así el art. 1230 establece que se entiende que el asignatario acepta la asignación si vende, dona o transfiere de cualquier otro modo el objeto que se le ha deferido. Algo similar dispone el art. 1241 respecto al heredero. El art. 1449, en su inciso 2°, dice que constituye aceptación tácita de lo que ha estipulado un tercero a nuestro nombre, sin tener derecho a representarnos, la realización de actos que sólo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato.

El art. 1654 dispone que “Hay remisión tácita cuando el acreedor entrega voluntariamente al deudor el título de la obligación, o lo destruye o cancela, con ánimo de extinguir la deuda”. Por su parte, el inciso 2° del artículo 2124 establece que “Aceptación tácita es todo acto en ejecución del mandato”.

No siempre los actos que suponen manifestación de voluntad producen ese efecto, pues el actor puede formular una reserva de derechos. Tal situación la contemplan, entre otros, los arts. 1244, 1516, 1637, 1659, 2209.

Por último, hay casos en que la ejecución de actos hace suponer la voluntad tácita; no bastan para que se considere que existe voluntad.

En primer término tenemos los actos solemnes (arts. 1443, 1681 y 1701 del Código Civil) y en segundo lugar los casos en que la ley exige la expresión efectiva de la voluntad (arts. 1517, 1635, 1511, 2144 del Código Civil).

La manifestación tácita de la voluntad por la pasividad del actor ha sido llamada también el silencio como manifestación de voluntad. Requiere que exista un precepto legal o una resolución judicial que establezcan que el silencio del que calla constituye aceptación. Requiere igualmente que dicha persona tenga pleno conocimiento de los hechos. Así se infiere del art. 280 N° 4° del Código Civil, que exige se cite al supuesto padre “expresándose en la citación el objeto”, y el art. 2125, que implica el que el profesional debe conocer el encargo.

Hay diversas disposiciones legales que consideran esta manifestación tácita de la voluntad. Así los arts. 280 N° 4°, 2125 del Código Civil, 160, 667 del Código de Comercio, 21, 492 del Código de Procedimiento Civil. Hay otros casos en que la ley estima que el silencio es una manifestación de voluntad negativa (arts. 1233, 1276 del Código Civil).

En los actos unilaterales la manifestación tácita de voluntad no puede variarse después por una manifestación expresa en sentido contrario (art. 1234 en relación con los arts. 1230, 1244 y 1252 del Código Civil). En los contratos la situación es diversa, ya que el art. 1564 acepta la interpretación que hagan las partes de común acuerdo de las cláusulas del contrato. Esto es lógico, ya que en el acto unilateral la manifestación de voluntad produce efectos para terceros extraños y no sería justo que ella pudiera variarse. Los contratantes, en cambio, si modifican su consentimiento de común acuerdo lo están haciendo respecto a sus derechos y obligaciones recíprocos, pero la ley protege los derechos de los terceros contra las variaciones de la voluntad expresada, como se desprende del art. 1707 del Código Civil.

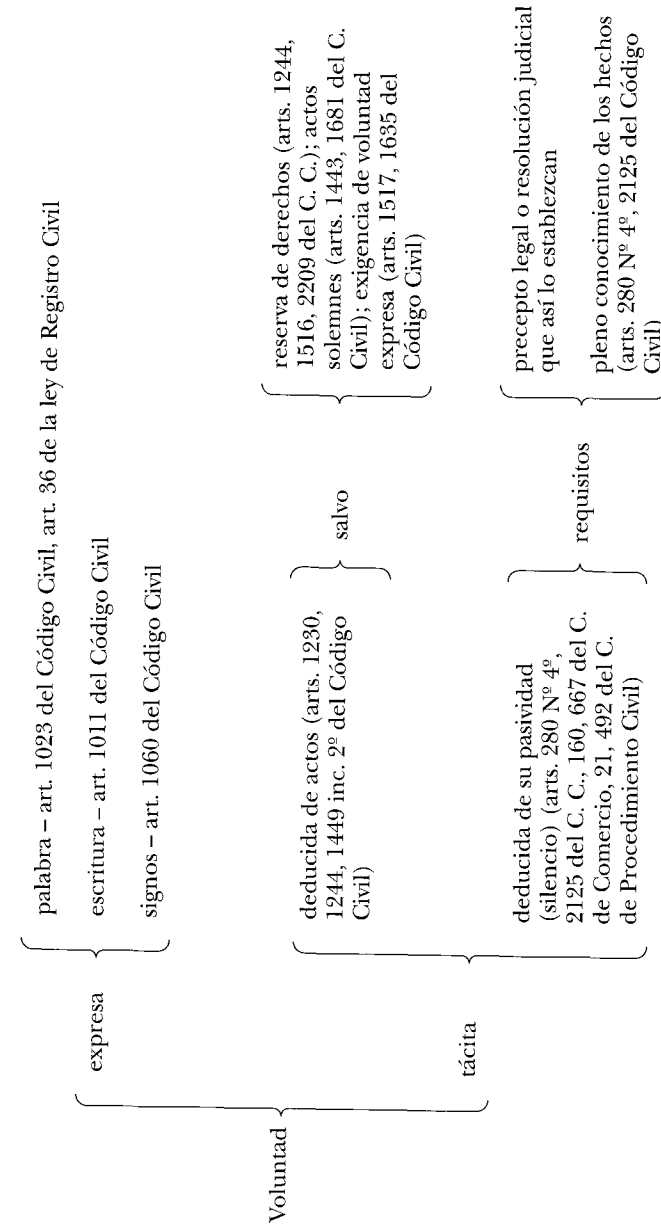
– *Voluntad real y voluntad declarada*

251. Pueden producirse conflictos entre la voluntad que ha manifestado el actor, voluntad declarada, y la que efectivamente ha tenido en su fuero interno, voluntad real.

La teoría ha discutido este problema y hay autores que hacen primar la voluntad real (Savigny) y otros la voluntad declarada. Esta última es la doctrina moderna que sostienen en especial algunos autores alemanes.

Esta discusión teórica no tiene trascendencia práctica entre nosotros, porque el Código Civil establece en el art. 1560 que conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras. Es decir, nuestro Código hace primar la voluntad real. El mismo principio se encuentra en el art. 1069 del Código Civil, que dispone, con relación a la inteligencia y efecto de las disposiciones testamentarias, que prevalecerá la voluntad del testador claramente manifestada.

Aunque la primacía de la voluntad real puede llevar a la simulación, es decir, a que, intencionalmente, la voluntad declarada no corresponda a la voluntad real, ella no puede producirse en perjuicio de terceros.



EL CONSENTIMIENTO

252. Hemos dicho que la expresión voluntad en sentido específico se reserva para los actos jurídicos unilaterales; el concurso de voluntades necesario en los actos jurídicos bilaterales recibe el nombre de consentimiento.

Por lo tanto, para que el consentimiento se forme, se requiere que concuerden las voluntades de dos partes.

Esta concordancia de voluntades debe producirse sobre el mismo objeto jurídico y con una causa jurídica; objeto y causa que, como veremos más adelante, deben ser lícitos.

Pero es imposible suponer que dos o más personas concuerden en un acto jurídico en forma simultánea, sin una negociación previa. Lo natural es que una parte tome la iniciativa y la otra concuerde con ella.

Estas dos etapas necesarias para la formación del consentimiento son las que se llaman la oferta y la aceptación.

La formación del consentimiento no está reglamentada en el Código Civil. El Código de Comercio, en cambio, se refiere a ella en los artículos 97 a 106. En el Mensaje del Código se señala que en el Título II se trata de un asunto difícil e importante, omitido en la Ordenanza y aun en el Código Civil, cual es el de fijar el momento y el lugar en que las propuestas verbales o escritas asumen el carácter de contratos perfectos; agrega que “el Proyecto ha dado soluciones satisfactorias a las cuestiones principales e incidentes que ofrece la materia; y de este modo ha llenado un sensible vacío en nuestra legislación comercial y civil.

Una sentencia de 5 de agosto de 1934 analiza en detalle esta materia y llega a la conclusión de que los artículos respectivos del Código de Comercio deben aplicarse en materia civil.²

En una sentencia posterior, al rechazar un recurso de casación en el fondo por infracción en una materia civil de las disposiciones citadas, la Corte opinó que se trataba sólo de principios aplicables a toda clase de contratos, pero que el Código de Comercio no es ley vigente para la formación del consentimiento en contratos civiles.³

Esta jurisprudencia es evidentemente errada. Si bien el Código de Comercio dice en su art. 1º que rige las obligaciones de los comerciantes, estas disposiciones legales tienen un carácter general, como el propio legislador lo advirtió. La naturaleza de las

disposiciones depende de su propia esencia y no del Código en que estén contenidas. Por razón de oportunidad las normas que regulan la formación del consentimiento que llenaban una laguna en la legislación y tienen alcance general, se colocaron en un código especial como el propio legislador lo deja en claro.⁴

La oferta

253. La oferta es la proposición de celebrar un contrato en condiciones determinadas.

La oferta debe ser completa, es decir, contener todos los elementos necesarios para que, si se produce la aceptación, el contrato quede de inmediato configurado.

La oferta puede ser verbal (art. 97 del Código de Comercio) o escrita (art. 98 del Código de Comercio). Puede también considerarse el caso de la oferta tácita, que se manifiesta por signos inequívocos, como es, por ejemplo, la oferta de contrato de transporte que implica la circulación de un vehículo de movilización pública. Existen también las ofertas indeterminadas, como lo son las contenidas en catálogos, circulares, prospectos, avisos, impresos, etc. (art. 105 inc. 1º del Código de Comercio).

La oferta, desde otro punto de vista, puede ser dirigida a personas determinadas o indeterminadas (art. 105 inc. 2º del Código de Comercio).

Entre las ofertas a personas indeterminadas merecen especial mención aquellas que señalan para un contrato que tienen que ser aceptadas o rechazadas, sin que haya lugar a una libre discusión. Es decir, ofertas respecto de las cuales no cabe una aceptación condicional. Tal sucede en la oferta de contrato de transporte de las empresas públicas, en la suscripción de acciones, en los contratos de seguros, etc.

Tales contratos reciben el nombre de contratos de adhesión.

Producida la aceptación de la oferta, ésta adquiere todo su valor jurídico, pues entonces se forma el consentimiento.

Antes de la aceptación se ha discutido si la oferta tiene o no valor. La doctrina clásica francesa sostiene que carece de valor; la doctrina moderna alemana afirma que es válida antes de la aceptación.

La discusión tiene importancia para saber si antes de la aceptación puede ser revocada (revocación de la oferta); si la afectan o

² R. D. J., t. 34, s. 2, p. 28.

³ R. D. J., t. 68, s. 1, p. 217 (cons. 18).

⁴ Repertorio del Código Civil, suplemento, p. 81.

no la muerte, quiebra o incapacidad sobreviniente del ofertante (caducidad de la oferta), como igualmente para saber si su duración es indefinida o limitada (vigencia de la oferta).

Nuestro Código de Comercio ha adoptado un sistema intermedio, pues la oferta puede tener cierto valor antes de la aceptación.

Ante todo debemos señalar que las ofertas (circulares, catálogos, prospectos, notas de precio, anuncios impresos) hechas a personas indeterminadas no tienen fuerza obligatoria alguna para el que las hace.

– Revocación de la oferta

254. De acuerdo con el art. 99 del Código de Comercio el proponente puede arrepentirse en el tiempo medio entre el envío de la propuesta y la aceptación, salvo que se hubiere comprometido a esperar contestación o a no disponer del objeto del contrato, sino después de desechado o de transcurrido un determinado plazo.

El caso de excepción citado, en que el proponente no puede revocar la oferta antes de que ésta haya sido desechada o antes de transcurrido cierto plazo, porque él, por sí solo, así lo ha dispuesto, es un caso excepcional en que el Código acepta la voluntad unilateral como fuente de obligaciones.

La revocación de la oferta debe ser expresa; no se presume.

Pero, no obstante que la ley reconoce al proponente el derecho de revocar o retractarse de su oferta, y aunque esta retractación haya sido hecha en forma tempestiva u oportuna, debe indemnizar, a la persona a quien fue efectuada, los gastos que hubiere hecho y los daños y perjuicios que hubiere sufrido. Esta responsabilidad especialísima se ha estimado por algunos como fundada en el abuso del derecho.

– Caducidad de la oferta

255. La muerte, quiebra o incapacidad sobreviniente del proponente hacen caducar la oferta de acuerdo con lo dispuesto en el art. 101 del Código de Comercio y en el art. 64 de la Ley de Quiebras.

– Vigencia de la oferta

256. De acuerdo con la parte final del inc. 1º del art. 99 del Código de Comercio, si el proponente ha establecido un plazo, la oferta dura hasta el vencimiento del mismo.

Si no hay plazo, debemos distinguir entre la oferta verbal y escrita.

La oferta verbal dura hasta que es conocida por la persona a quien se dirige (art. 97 del Código de Comercio).

La oferta por escrito dura 24 horas si la persona a quien se dirige vive en el mismo lugar del proponente, o hasta vuelta de correo, si estuviere en otro diverso (art. 98 del Código de Comercio).

La aceptación

257. La aceptación es la conformidad con la oferta por parte de la persona a quien va dirigida. Dicha persona se denomina aceptante. La aceptación puede ser expresa o tácita (art. 103 del Código de Comercio).

Producida la aceptación, queda formado el consentimiento. Para que ello suceda es necesario que la aceptación sea oportuna, es decir, que se produzca mientras la oferta está vigente.

La aceptación extemporánea obliga al proponente, bajo responsabilidad de daños y perjuicios, a comunicar prontamente al aceptante su retracción (inc. 3º del art. 98 del Código de Comercio).

De acuerdo con el art. 102 del Código de Comercio la aceptación debe ser pura, simple, es decir, concordante en todo con la oferta. La aceptación condicional pasa a ser considerada como una propuesta.

– Efectos de la aceptación

258. La aceptación pura, simple y oportuna forma el consentimiento y queda perfeccionado el contrato (art. 101 del Código de Comercio).

Sin embargo hay un caso, y es aquel en que se ha dirigido una oferta indeterminada a personas determinadas en que el perfeccionamiento del contrato, no obstante que se ha producido la aceptación, queda sujeto a la condición de que los objetos ofrecidos no se hayan enajenado, que no se haya alterado su precio y

que existan en el domicilio del proponente (art. 105 inc. 2º del Código de Comercio).

De acuerdo con el art. 101 del Código de Comercio el consentimiento se forma en el momento en que el aceptante manifiesta su aceptación. Dicho artículo dice que el contrato queda en el acto perfeccionado. Esta es la que se llama teoría de la declaración. Otra teoría sostiene que entre ausentes el consentimiento sólo se forma cuando el proponente conoce la aceptación. Tal teoría se llama del conocimiento.

La declaración es pues, entre nosotros, la norma general. Sin embargo, en la donación se aplica la teoría del conocimiento, ya que el donante puede revocar la donación a su arbitrio mientras ella no ha sido aceptada y se le ha notificado la aceptación (art. 1412 del Código Civil).

Por último, de acuerdo con el art. 104 del Código de Comercio el contrato se entiende celebrado para todos los efectos legales en el lugar de residencia del aceptante.

RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

259. Hemos visto cómo el consentimiento se forma una vez producida la aceptación; surge ahora el problema de si esto es suficiente para que nazca un contrato válido.

El artículo 1443 del Código Civil divide los contratos en consensuales, solemnes y reales. Consensuales son aquellos que se perfeccionan por el solo consentimiento; reales son los que para dicho efecto requieren la entrega de la cosa a que se refieren; por último, solemnes son los que están sujetos a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no producen ningún efecto civil.

Formado el consentimiento, si el contrato en gestión es un contrato consensual, queda perfeccionado de inmediato y no se presenta problema alguno.

Distinto es el caso si se trata de contratos reales o, en especial, de contratos solemnes. Puede darse el caso, en estos últimos, de que se haya formado el consentimiento, pero que cualquiera de las partes no concurra a realizar la formalidad que da vida al contrato. Se suscita entonces la interrogante de saber cuál es el valor del acuerdo alcanzado, si puede obligarse a la otra parte a celebrar la solemnidad; en caso contrario, qué derechos tiene la parte a quien perjudica el incumplimiento.

A primera vista parecería que formado el consentimiento podría obligarse a la otra parte a celebrar el contrato. Sin embargo,

esto no es así. En efecto, el artículo 1554 del Código Civil reglamenta la promesa de celebrar un contrato. Esta promesa constituye por sí misma un contrato, que se ha denominado contrato de promesa, en que la obligación que nace de él es una obligación de hacer, la obligación de realizar el contrato prometido, obligación de hacer que, como otras análogas, admite en este caso la ejecución forzada.

Pero el contrato de promesa es un contrato especialmente limitativo; entre otras cosas, debe constar por escrito y contener un plazo o condición que fijen la época de la celebración del contrato prometido. Como hemos visto en la formación del consentimiento, generalmente estas circunstancias no van a estar presentes en la negociación, por lo tanto, el acuerdo alcanzado no va a reunir los requisitos legales para ser considerado un contrato de promesa, una promesa de contrato.

Esto va a determinar que la negociación realizada, en que ha habido una oferta y una aceptación definitivas, en que se ha formado el consentimiento, no va a permitir que se exija legalmente el cumplimiento del contrato acordado.

Esta es la actual situación del problema en nuestra jurisprudencia, ya que ella ha estimado que del artículo 1554 se deduce que la regla general es no aceptar la promesa de celebrar un contrato y reconocerla sólo por excepción cuando reúne los requisitos que en dicho artículo se expresan.⁵

260. No obstante lo anterior, repugna a un criterio elemental de equidad que un acuerdo libremente pactado, cuyo cumplimiento lleva envuelta indudablemente la buena fe de las partes, pueda dejarse de cumplir por cualquiera de ellas sin que esto implique ninguna sanción.

Además, constituiría un contrasentido legal que no importara responsabilidad el incumplimiento de un contrato acordado cuando el Código de Comercio hace responsable al oferente aunque se retracte oportunamente de la oferta. En efecto, el artículo 100 del Código de Comercio dispone: "La retractación tempestiva impone al proponente la obligación de indemnizar los gastos que la persona a quien fue encaminada la propuesta hubiere hecho, y los daños y perjuicios que hubiere sufrido.

Sin embargo, el proponente podrá exonerarse de la obligación de indemnizar, cumpliendo el contrato propuesto".

⁵ G. 1916, 2º sem. N° 77, p. 408. R. D. J., t. 43, s. 1, p. 399; t. 46, s. 2, p. 48; t. 46, s. 2, p. 79; t. 60, s. 2, p. 85; t. 79, s. 2, p. 26.

El mismo Código nos dice en el artículo 101 que “dada la contestación, si en ella se aprobare pura y simplemente la propuesta, el contrato queda en el acto perfeccionado y produce todos sus efectos legales”; a su vez el artículo 106 dice que “el contrato propuesto por el intermedio de corredor se tendrá por perfecto desde el momento en que los interesados aceptaren pura y simplemente la propuesta”. Todas estas disposiciones no tendrían sentido alguno si, frente a un contrato solemne, cualquiera de las partes pudiera, sin incurrir en responsabilidad alguna, negarse posteriormente a otorgar la solemnidad para darle existencia.

Por otra parte, nuestra legislación positiva es perfectamente clara al respecto, tanto que causa extrañeza el que puedan existir dudas doctrinarias y jurisprudenciales frente a esta responsabilidad precontractual. Así el artículo 108 del Código de Comercio dice que el abandono de las arras o su devolución doblada “no exonera a los contratantes de la obligación de cumplir el contrato perfecto o de pagar daños y perjuicios”; a continuación el artículo 109 expone la única alternativa: “cumplido el contrato o pagada una indemnización”. La irresponsabilidad por el incumplimiento no está contemplada por la ley.

Rosende Alvarez, que ha estudiado especialmente esta materia, opina que en los contratos solemnes y reales “al existir un consentimiento formado, pero ineficaz para perfeccionar el contrato, subsiste el derecho de retracto por ambas partes, hasta el momento que se cumpla la solemnidad o se haga entrega de la cosa, pero la parte que se desiste podrá incurrir en responsabilidad precontractual por los daños y perjuicios que dicho retracto cause al otro precontractante”.⁶

No creemos que haya propiamente un derecho al retracto sino, con mayor propiedad, una imposibilidad de exigir directamente el cumplimiento del contrato por la falta de un contrato de promesa en los términos restrictivos del artículo 1554 del C. C. Concordamos, eso sí, plenamente en el nacimiento de una responsabilidad.

261. Ahora corresponde analizar en qué consiste esta responsabilidad.

El artículo 2284 del Código Civil señala como fuente de obligaciones los delitos y cuasidelitos civiles, es decir, aquellos hechos ilícitos que, dolosa o culpablemente, han inferido un daño a otro.

⁶ H. ROSENDE ALVAREZ, *Responsabilidad precontractual*. Ed. Universitaria de Valparaíso. 1979.

Por su parte, el artículo 2314 establece que el que ha cometido un delito o cuasidelito debe indemnizar el daño causado.

Una vez formado el consentimiento, el incumplimiento de lo acordado constituye indudablemente un delito o cuasidelito civil.

En efecto, la esencia de estas figuras jurídicas está constituida por la ilicitud del hecho dañino. Al analizar el concepto de ilicitud vimos cómo ella puede consistir en no actuar en la vida del derecho con aquella buena fe que debe presidir toda actuación jurídica y que constituye un principio fundamental de nuestro ordenamiento.

El incumplimiento de lo acordado a través de las etapas que regulan la formación del consentimiento es, en forma indudable, un acto de mala fe, ya que se ha quebrantado la confianza que la otra parte ha puesto en la palabra empeñada.

Si se trata de un proceder de mala fe es necesariamente ilícito. Este hecho ilícito, doloso o culpable, si ha infligido un daño a la otra parte, constituye un delito o cuasidelito civil.

Se cierra así el ciclo que configura la responsabilidad civil extracontractual. Cualquiera de las partes que han consentido y que no cumpla el contrato acordado deberá indemnizar a la otra cualquier daño que este incumplimiento le cause. Será la forma de hacer efectiva la segunda alternativa que plantea el artículo 109 del Código de Comercio al decir: “Cumplido el contrato o pagada una indemnización”.

262. Pero las gestiones precontractuales no generan responsabilidad tan sólo en el caso de que el contrato convenido no se perfeccione. La actuación de las partes en la gestación de un contrato que se lleva a término puede originar también responsabilidad durante la vigencia de éste, pero ella se encuentra ahora inmersa en la responsabilidad contractual.

El Código Civil italiano contempla expresamente en el art. 1337 la obligación de las partes de proceder de buena fe en las tratativas del contrato. El incumplimiento de esta obligación que cause daños a la contraparte genera responsabilidad.⁷

Entre nosotros estas obligaciones derivadas de la buena fe y antecedentes a la conclusión del contrato,⁸ forman parte de la que preside la ejecución de los contratos de acuerdo al art. 1546 del Código Civil, pero además están comprendidas expresamente

⁷ ENZO ROPPO, *Il Contratto*. Mulino, 1977, p. 96.

⁸ EMILIO BETTI, *Teoría General de las Obligaciones*. Rev. de D. Priv., 1969. T. 1, p. 86.

en nuestro ordenamiento como se desprende de diversas disposiciones particulares. Así, en la compraventa, el artículo 1814 que obliga a resarcir los perjuicios al que vendió a sabiendas lo que en el todo o una parte considerable no existía, o el 1859 que obliga al vendedor a sanear los vicios ocultos, aunque se haya estipulado lo contrario, si tenía conocimiento de ellos y no dio noticia al comprador. Lo dispuesto en los artículos 1928, 1932 y 1959 en el arrendamiento. Los artículos 2188 y 2192 en el comodato, que hacen responsable al comodante que sabía que la cosa era ajena o de mala calidad y no lo declaró.

Por lo tanto, la responsabilidad precontractual puede desarrollarse entre nosotros en dos aspectos. Si se ha convenido en un contrato y éste después no se lleva a efecto porque cualquiera de las partes no realiza las formalidades necesarias al efecto, o bien, porque no se efectúa la entrega de la cosa cuando ello es necesario, los daños que este incumplimiento pueda ocasionar a la otra parte son indemnizables a través de la responsabilidad extracontractual.

El incumplimiento constituye un hecho ilícito y, por lo tanto, un delito o cuasidelito civil.

El otro aspecto resulta si el contrato se ha perfeccionado y una de las partes, por mala fe o negligencia, no comunicó a la otra u ocultó deliberadamente antecedentes o circunstancias o bien dio informaciones inexactas, situaciones de las que se derivaron perjuicios para la contraparte. Esto constituye también un ilícito, porque contraría la buena fe que debe presidir las relaciones contractuales de acuerdo con el artículo 1546 del Código Civil, y la responsabilidad que de él se deriva forma parte de la responsabilidad contractual.

EL AUTOCONSENTIMIENTO

263. Al tratar de la formación del consentimiento hemos partido siempre de la situación normal de un oferente y un aceptante como personas naturales o jurídicas distintas. El problema que debemos analizar es si es posible que una misma persona en una misma relación tenga simultáneamente ambas calidades.

Nuestro Código no contiene normas al respecto, pero la posibilidad de tal situación resulta de diversas disposiciones.

Son especialmente claros los artículos 2144 y 2145 del Código Civil contenidos en el mandato. El primero dispone: “No podrá el mandatario, por sí ni por interpuesta persona, comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender, ni vender de lo suyo al

mandante lo que éste le ha ordenado comprar, si no fuere con aprobación expresa del mandante”. El segundo establece: “Encargado de tomar dinero prestado podrá prestarlo él mismo al interés designado por el mandante, o a falta de esta designación, al interés corriente; pero facultado para colocar dinero a interés, no podrá tomarlo prestado para sí sin aprobación del mandante”.

Tenemos entonces que el mutuo de dinero por el mandatario al mandante es siempre posible; las compras y ventas entre ambos y el préstamo del mandante al mandatario también lo son con aprobación del mandante. En todas estas situaciones nos encontramos en presencia de un contrato en que el consentimiento va a ser prestado por una misma persona que actuará a la vez como vendedor y comprador o como mutuante y mutuario. Tendremos así un caso de autoconsentimiento o, como se denomina comúnmente, de autocontratación.

Lo importante de estas disposiciones así como de otras que prohíben la figura en casos particulares o la someten a restricciones (arts. 410, 412, 1796, 1799 y 1800 del C. C.) es señalar que el acto jurídico consigo mismo, o sea, el autoconsentimiento, es jurídicamente posible y además admisible por regla general.⁹

Es posible, porque una misma persona actúa en dos calidades diversas, por sí y por su representado. Porque está obrando en nombre de dos patrimonios, el patrimonio propio y el patrimonio del representado. La vinculación de ambos patrimonios a través de la voluntad de una sola persona se hace posible por medio de la representación.

El Código Civil alemán (BGB) establece la prohibición de la autocontratación en forma genérica en el artículo 181. Entre nosotros no es así; es admisible en forma general y su prohibición y restricciones en algunos casos obedecen a evitar los conflictos de interés que puedan producirse.

VICIOS DE LA VOLUNTAD

264. El artículo 1451 del Código Civil expresa: “Los vicios de que puede adolecer el consentimiento son error, fuerza y dolo”. En el proyecto de Código Civil de 1853 el artículo correspondiente al señalado, el 1629, agregaba la lesión.

Aunque el Código habla de vicios del consentimiento, está señalando en forma más amplia los vicios de la voluntad.

⁹ A. ALESSANDRI R, *La autocontratación*. Cervantes, 1931.

La teoría de los vicios del consentimiento se ha configurado como una protección de la libertad individual y una garantía de la autonomía de la voluntad.

El derecho romano primitivo no conoció los vicios del consentimiento dentro de su formalismo. Lo que creaba la obligación era la formalidad y no el consentimiento. El Pretor consideró después la posibilidad de dolo (dolus) o violencia (metus) en los contratos. Si el contrato se había cumplido, no se invalidaba, sino que el dolo o la fuerza constituían delitos que podían ser sancionados; si no se había cumplido y se reclamaba su ejecución, el Pretor concedía una excepción al efecto.

El derecho canónico consideró el problema de los vicios del consentimiento no sólo desde el punto de vista de la voluntad individual, sino también como un problema de moralidad, de conciencia.

El Código Napoleón recoge el concepto actual en Pothier y Domat; de él lo toma en parte nuestro Código Civil. Las circunstancias que se han señalado no destruyen el consentimiento, solamente lo vician.

Los vicios del consentimiento obstan a la decisión libre y razonada que constituye el fundamento de la libertad. Esta desaparece, como en el caso de la fuerza, o se desvirtúa, porque la decisión no se basa en un conocimiento real de los antecedentes, como en los casos del error y del dolo.

El error

265. Error, según el diccionario, es un concepto equivocado o un juicio falso.

Aunque la ignorancia es distinta del error, ya que consiste no en el concepto equivocado sino en la falta de concepto respecto de algo; en el derecho, error e ignorancia son equivalentes.

El error puede ser de derecho o de hecho.

Error de derecho es el falso concepto de la ley, error de hecho es el falso concepto respecto de una persona, de una cosa; de una situación.

– Error de derecho

266. El artículo 1452 del Código Civil establece que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento.

Esta disposición parece como una consecuencia del artículo 8º del Código Civil, que dispone que nadie podrá alegar igno-

rancia de la ley después que ésta ha entrado en vigencia. Sin embargo, ya tuvimos ocasión de analizar la irrealidad de este precepto llevada al extremo. Su alcance es de que nadie puede excusarse del cumplimiento de la ley, pero el error de derecho será sancionado en cada institución en forma particular.

Entre nosotros el error de derecho no vicia el consentimiento. No es ésta la solución universal. Así el Código Civil italiano en su artículo 1429 señala los casos de error esencial y uno de ellos es aquel en que, tratándose de un error de derecho, éste ha sido la razón única o principal del contrato. El Código Civil español, aunque no es específico al respecto, no establece una diferenciación de tratamiento entre el error de hecho y el error de derecho en los artículos 1265 y 1266, tesis que ha aceptado la jurisprudencia siguiendo la opinión de diversos autores, entre ellos Castán Tobeñas. Parece también ser el criterio expresado en forma muy general en el Código Civil alemán (BGB, art. 119).

– Error esencial

267. El Código hace una distinción entre el error de hecho propiamente tal (arts. 1453 y 1454) y error sobre la persona (art. 1455). El error de hecho por su parte puede ser esencial, substancial o accidental.

Según la teoría generalmente aceptada, en el primer caso el error impide la formación del consentimiento. Se denomina error esencial o error obstáculo, se trata de casos en que en realidad no ha existido el acuerdo de voluntades.¹⁰

Ya hemos señalado anteriormente la clara diferencia que existe entre ausencia de consentimiento y voluntad o consentimiento que adolecen de error. La confusión entre ambas situaciones, el considerar que el error esencial es igual a una falta de consentimiento, no puede sostenerse en nuestro derecho y es sólo una aplicación de la doctrina francesa que debió elaborarse ante disposiciones positivas distintas de las de nuestro Código Civil.

El Código Civil, en el artículo 1453, señala dos casos de error esencial. El primero es aquel que “recae sobre la especie de acto o

¹⁰ A. ALESSANDRI - A. VODANOVIC, *Curso de Derecho Civil*. Nascimento, 1961, t. I, v. I, N^{os} 423 y 465.

LUIS CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*. Editorial Jurídica de Chile, 1992, vol. V, t. XI, N^o 770.

R. DOMINGUEZ A., *Teoría general del negocio jurídico*. Editorial Jurídica de Chile, 1977, N^o 39.

contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación”. El segundo caso es aquel en que recae “sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra”.

La noción de que estas clases de error equivalen a una ausencia de consentimiento y deben ser tratadas en consecuencia, es decir, sancionándolo con la inexistencia del contrato o, como lo ha dicho una sentencia, con la nulidad absoluta, es un reflejo entre nosotros de la doctrina francesa.¹¹

En efecto, el Código francés no tiene sino una disposición sobre el error, el artículo 1110, que no considera sino el error sobre la substancia de la cosa o sobre la persona. Por lo tanto, la sanción de los errores de mayor gravedad y que nuestro Código contempla expresamente en el artículo 1453 ha debido ser elaborada por la doctrina. A falta de una disposición expresa que sancione estos vicios, ha debido llegar a la conclusión de que ellos son causal de inexistencia o, a lo menos, de nulidad absoluta.

No es una buena solución porque, en tal caso, o no habría prescripción (inexistencia) o sólo al cabo de diez años (nulidad absoluta) y en ninguno de ambos supuestos el acto sería susceptible de confirmación.

Tanto es así que muchos autores franceses han objetado la solución doctrinal aduciendo que es injustificable que tales errores puedan permitir una acción de nulidad después de cinco años y no dejen lugar a una confirmación, cuando la solución es diferente si se trata de un error sobre la persona o la calidad esencial de la cosa que impiden también la realización del fin tenido en vista por los contratantes. En caso de malentendido sobre la naturaleza u objeto del contrato, cada una de las partes podrá pedir la nulidad sin necesidad de que ésta sea absoluta. No habiéndose encontrado la voluntad de las partes, cada una de ellas ha cometido un error y puede invocarlo. Más grave aún es que no se acepte la confirmación del acto, porque si una de las partes acepta lo querido por la otra y confirma el acto ejecutándolo, no se entiende que la otra parte que ha sido satisfecha pudiera pedir la nulidad.

Entre nosotros, ante el tenor expreso del artículo 1453 del Código Civil, que frente a estas situaciones dice explícitamente: “el error de hecho vicia el consentimiento cuando recae,...”, no hay necesidad de recurrir a teoría alguna para llegar a una solu-

¹¹ R. D. J., t. 42, s. 1, p. 551.

ción satisfactoria. Estos errores, aunque muy graves, no significan falta de consentimiento sino vicio del consentimiento; su sanción es la nulidad relativa del acto.¹²

La anterior se confirma si examinamos el artículo siguiente, que dice: “el error de hecho vicia asimismo el consentimiento”; y el artículo 1691 del Código Civil, que, al señalar el plazo para pedir la rescisión, dice, sin hacer ninguna distinción, que dicho plazo se contará “en el caso de error o de dolo, desde el día de la celebración del acto o contrato”.

Este criterio significa que la acción para pedir la nulidad de un contrato en que el consentimiento está viciado por cualquier clase de error es de cuatro años; en segundo término, que ella sólo puede ser solicitada por la parte afectada por el error, pues, de acuerdo con el artículo 1684, es en su beneficio que se encuentra establecida la nulidad; por último, que en concordancia con la misma disposición el acto puede ser confirmado, o sea, ratificado, de acuerdo con el término que utiliza el Código Civil.

– Error sustancial

268. El artículo 1454 dispone que “el error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante”.

Debemos señalar la distinta fraseología del Código; en el artículo 1453 se refirió a la identidad de la “cosa específica”; aquí habla de la sustancia o calidad esencial del “objeto”.

Se trata entonces de una cualidad del objeto que es distinta de su identidad.

El determinar qué cualidad del objeto es esencial ha dado lugar a opiniones diversas. Objetivamente se ha considerado que sustancia es la materia de que la cosa está hecha independientemente de la pretensión de las partes. La teoría subjetiva estima que cualidad esencial es aquella que ha sido la primordial que las partes han tenido en vista.

La teoría subjetiva ha sido la que han adoptado la doctrina y jurisprudencia francesas. Pero nuevamente nuestro Código, con

¹² A. LEON HURTADO, *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, 4ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 1991, N° 134.

una estructura mucho más avanzada que el Código Napoleón, evita los equívocos. En primer término usa las expresiones “sustancia o calidad esencial del objeto”; no hay nada subjetivo en ello; el error debe apreciarse objetivamente.

Más adelante, en el inciso segundo, aclara aún más el concepto, pues pasa a hablar de las calidades accidentales. Aquí retoma el sustantivo “cosa” y expresa que “el error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte”.

Aquí sí que tenemos una concepción subjetiva de la calidad; no es esencial, pero es el “principal motivo” para contratar, pero este subjetivismo se atenúa de inmediato porque exige que este motivo haya sido conocido de la otra parte, y ello significa que debe haber salido del fuero interno del individuo, haberse manifestado, es decir, haberse objetivado.

De este inciso final del artículo 1454 resulta que, en general, no es necesario que el error sea compartido por ambas partes, ya que el conocimiento por la otra parte se exige sólo específicamente en un caso determinado.

El error sobre otras cualidades accidentales que no se encuentren en la situación especial que se ha analizado, no vicia el consentimiento.

– *Error en la persona*

269. El artículo 1455 del Código Civil dispone: “El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato.

Pero en este caso la persona con quien erradamente se ha contratado, tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios en que de buena fe haya incurrido por la nulidad del contrato”.

La primera parte de este artículo es tomada del Código francés; la segunda, original de Bello.

Por lo tanto, para que permita anulación, el error sobre la persona exige que ésta sea determinante del acto o contrato. Esto hace necesario determinar cuáles son estos contratos, denominados *intuitu personae* que se realizan en atención a ella.

Los actos relativos al estado de las personas se efectúan generalmente en consideración a ellas; el problema se suscita en los actos patrimoniales.

Una división simplista llevaría a establecer que los actos a título gratuito se realizan en atención a la persona y lo contrario sucedería en los actos onerosos.

No obstante lo anterior, existen muchos actos onerosos que se ejecutan en consideración a la persona, ya sea de la persona de ambas partes como la sociedad, o bien de una de ellas, como el mandato. En general no puede decirse que tales o cuales contratos son *intuitu personae*; se trata de una cuestión de hecho que, en defecto de una disposición expresa de la ley, el juez deberá decidir en cada caso particular. En el fondo es admisible que se pruebe que un contrato cualquiera se realizó en atención a la persona.

Entre los actos de familia el ejemplo típico de un contrato en atención a la persona es el matrimonio. El artículo 33 de la ley de Matrimonio Civil dice que falta el consentimiento libre y espontáneo si ha habido error en cuanto a la identidad de la persona del otro contrayente.

En los actos patrimoniales tenemos la transacción que, de acuerdo con el artículo 2456 del Código Civil, se presume haberse aceptado por consideración a la persona con quien se transige. Igualmente el depósito en el caso contemplado en el inciso 2º del artículo 2216 del Código Civil.

En algunos actos jurídicos el error en cuanto a una de las partes puede viciar el consentimiento, no así respecto de la otra. Por ejemplo, el pago, en que, por lo general, para que sea válido debe hacerse al acreedor mismo (art. 1576 del C. C.), pero que puede realizarse por cualquiera persona a nombre del deudor (art. 1572 del C. C.). Igualmente la tradición que se invalida por error en cuanto a la persona del adquirente, pero no del tradente (art. 676 del C. C.).

El error en cuanto a la persona debe recaer en la identidad de ésta y no en el nombre. El error en cuanto al nombre no vicia el consentimiento. Así se deduce del artículo 33 de la ley de Matrimonio Civil a que nos hemos referido; del inciso final del artículo 676 del Código Civil, que expresa: “Si se yerra en el nombre sólo es válida la tradición”; y del artículo 1057 del Código Civil, que dispone: “El error en el nombre o calidad del asignatario no vicia la disposición, si no hubiere duda acerca de la persona”.

– *Error en la magnitud de las prestaciones. La lesión*

270. Hasta aquí hemos examinado los aspectos del error que se han analizado tradicionalmente. Sin embargo, surge el problema de estudiar si no debe construirse una teoría del error más

comprendida que abarque situaciones que se estima que no están consideradas por nuestra legislación positiva.

La lesión es el perjuicio que sufre la parte de un contrato oneroso conmutativo por la falta de equivalencia de las prestaciones acordadas al momento de perfeccionarse el contrato.

Nuestro Código Civil en el artículo 1441 dice que “el contrato oneroso es *conmutativo*, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez”.

Esta definición no se consigna por el simple deseo de definir por definir. Es indudable que fija una característica del contrato oneroso conmutativo, cual es que las prestaciones puedan mirarse como equivalentes.

Si este requisito no se cumple, pueden pensarse diversas consecuencias. Una sería considerar la equivalencia como un requisito de la esencia particular del contrato conmutativo; si las prestaciones no pudieran mirarse como equivalentes faltaría este requisito esencial y el contrato degeneraría en un contrato diferente, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1444 del Código Civil. Ahora bien, parece inverosímil el supuesto de que un contrato conmutativo pueda degenerar en un contrato aleatorio.

Otro enfoque más lógico consistiría en estimar que la parte cuyas prestaciones son muy superiores a las de la parte contraria en el momento de celebrarse el contrato ha incurrido en un error en cuanto a la magnitud de las prestaciones y examinar si este error puede ser sancionado.

271. El proyecto de Código Civil de 1853 consideraba expresamente la lesión como un vicio especial del consentimiento y lo establecía en forma general en el artículo 1638 diciendo que “la lesión como causa de vicio en los contratos, es propia de los contratos conmutativos; y para viciar un contrato, ha de ser enorme, esto es, tal que el valor de lo que el uno de los contratantes da al otro no llegue a la mitad de lo que el otro reciba de él, no constando haber habido intención de donar el exceso. Y no se entenderá haber habido tal intención sino cuando se mencionen específicamente las cosas o cantidades que se donan”.

Este artículo y el siguiente, que establecía que no había lesión en las transacciones, en los contratos aleatorios, ni en la venta de un derecho de herencia, no se mantuvieron en el texto definitivo.

Esta supresión ha hecho pensar que nuestra legislación no sanciona la lesión sino en los casos en que taxativamente la establece en una institución determinada.

Estos casos son los siguientes:

1) En la compraventa de bienes raíces, con la excepción de las ventas hechas por intermedio de la justicia y de las compraventas de minas.¹³

El art. 1888 del Código Civil dice que “el contrato de compraventa podrá rescindirse por lesión enorme”, pero el art. 1891 agrega que no habría lugar a esta rescisión en las ventas de bienes muebles, ni en las que se hubieren hecho por el ministerio de la justicia. El art. 77 del Código de Minería agrega que no hay rescisión por causa de lesión enorme en los contratos de compraventa y de permuta de pertenencia o de una parte alícuota de ella.

Como hemos visto, el art. 1888 exige para que pueda haber rescisión que la lesión sea enorme.

El art. 1889 determina lo que se entiende por lesión enorme diciendo que “el vendedor sufre lesión enorme, cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme, cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella.

El justo precio se refiere al tiempo del contrato”.

Decretada la rescisión, puede la parte afectada aceptarla o bien puede evitarla reparando la lesión causada, el comprador si completa el justo precio con deducción de una décima parte y el vendedor si restituye el exceso del precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte.

La acción rescisoria por lesión enorme no puede renunciarse anticipadamente y prescribe en cuatro años contados desde la fecha del contrato.

2) En la permuta de bienes raíces.

Todo lo expresado sobre la lesión en la compraventa se aplica a la permuta en virtud de lo dispuesto en el art. 1900 del Código Civil, que dice que “las disposiciones relativas a la compraventa se aplicarán a la permutación en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato...”

3) Aceptación de una asignación hereditaria.

El art. 1234 del Código Civil dispone que la aceptación de una asignación testamentaria puede rescindirse en el caso de lesión grave en virtud de disposiciones testamentarias de que no se tenía noticia al tiempo de ser aceptada.

El inciso final del mismo artículo señala que “se entiende por lesión grave la que disminuyere el valor total de la asignación en más de la mitad”.

¹³ R. D. J., t. 79, s. 1, p. 2.

La acción rescisoria en este caso no tiene fijado plazo especial de prescripción, de tal manera que se aplican las reglas generales.

4) Partición de bienes.

El art. 1348 del Código Civil dice que “las particiones se anulan o se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos.

La rescisión por causa de lesión se concede al que ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota”.

La jurisprudencia ha establecido que al referirse esta disposición a las reglas de los contratos alude a las normas que se dan para éstos en general y no a las normas particulares que para la lesión en la compraventa dan los arts. 1888 y siguientes del Código Civil.

Fuera de estos casos se ha estimado que la lesión no se encuentra sancionada y que el contrato “leonino”, aquel en que una parte obtiene una ventaja injusta y desmesurada sobre la otra, no tiene correctivo legal.

No constituye un argumento en favor de este criterio el que la lesión se encuentre específicamente considerada en casos especiales. En efecto, aunque en el proyecto de 1853 se establecía, como hemos visto, la lesión como un vicio aparte y general, sin embargo, en los artículos 2067 y ss. de la compraventa se reglamentaba la lesión enorme, lo que se aplicaba también a la permuta; el artículo 1522 la establecía en las particiones; y el artículo 1412 en la aceptación de una asignación testamentaria. Por lo tanto, la consignación de ella en casos particulares no obstaba a su sanción general.

Por otra parte, aunque nuestros legisladores seguían el Código francés, no consignaron una disposición equivalente al artículo 1118 de dicho Código, que establece que “la lesión no vicia las convenciones sino en ciertos contratos y respecto de ciertas personas, tal como se explicará en las secciones respectivas”. Nuestro Código sólo prohíbe la rescisión por lesión respecto a la venta de cosas muebles y de las que se hagan por ministerio de la justicia (art. 1891).

En consecuencia, no tenemos una prohibición general de sancionar la lesión y, además, está la definición de contrato conmutativo, que exige que las prestaciones puedan mirarse como equivalentes.

Por otra parte, debemos considerar la redacción del artículo 1348 del Código Civil, que establece que “las particiones se anulan o se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos.

La rescisión por causa de lesión se concede al que ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota”.

En el proyecto de 1853 el inciso segundo del artículo 1522 decía: “Habrá asimismo lugar a la rescisión en favor del coasignatario que probare haber sufrido lesión...”. El Código actual no dice “asimismo” sino que, por el contrario, no adiciona sino que restringe una de las que considera reglas generales de rescisión de los contratos.

272. Si estimamos que la lesión, sin ser un vicio general independiente, está considerada en nuestro ordenamiento, sólo podemos enfocarla desde el punto de vista del error, error en la magnitud de las prestaciones.

En el caso del error esencial las prestaciones están consideradas, porque cuando recae sobre la especie del acto o contrato, las prestaciones acordadas por las partes son, en general, distintas de las queridas. En el segundo caso el Código se refiere a “la identidad de la cosa específica”. Aquí se está refiriendo a una obligación de dar y en particular a la de dar una especie o cuerpo cierto. Por eso, dentro del amplio significado que hemos visto tiene en nuestro derecho la palabra “cosa”, se encarga de ponerle un calificativo, “específica”, que restringe la acepción y la limita a una especie o cuerpo cierto, a una cosa material.

Pero cuando en el artículo 1454 reglamenta el error sustancial ya no habla de la cosa específica, sino que se refiere a “la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato”. Ahora bien, sólo cinco artículos más adelante, en el 1460, el Código define lo que entiende por objeto. Dice esa disposición:

“Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer”.

Por lo tanto, las prestaciones son cosas y objetos de la declaración de voluntad.

En consecuencia, si el artículo 1454 considera viciado el consentimiento, si el error recae en la sustancia o calidad esencial del objeto, no podemos restringirlo a la obligación de dar una cosa específica. La palabra “sustancia” podría referirse a una cosa material exclusivamente, pero el Código le ha agregado “calidad”, que es una expresión genérica.

El error en la calidad esencial del objeto, cuando este objeto es una prestación, no puede ser otra cosa que la magnitud de la prestación.

Por lo tanto, si la magnitud de las prestaciones es esencialmente distinta de lo que se ha creído, de tal manera que una de ellas no puede mirarse como equivalente de la recíproca, el contrato adolece de error sustancial y puede ser invalidado por este vicio. Al respecto cabe destacar que el artículo 2458 del Código Civil consi-

dera necesario establecer que “el error de cálculo no anula la transacción, sólo da derecho a que se rectifique el cálculo”.

Resulta así un todo lógico y armónico. Si la desproporción de las prestaciones ha sido impuesta, el contrato puede ser atacado por el vicio de fuerza; si esa desproporción proviene de un engaño, por el vicio de dolo; si no se aceptara, además el vicio de error significaría que la desproporción originada por la ligereza o la ignorancia sería legítima, no tendría sanción legal.

Debe tratarse naturalmente de un contrato oneroso conmutativo. Los contratos gratuitos son en beneficio de una sola de las partes; los contratos onerosos aleatorios contienen una contingencia incierta de ganancia o pérdida; en ninguno de ellos se requiere ni es posible que las prestaciones puedan mirarse como equivalentes.

273. Si la lesión es el perjuicio pecuniario que sufre una persona a consecuencia de un acto jurídico realizado por ella, puede ser considerada desde un punto de vista subjetivo y desde un punto de vista objetivo.¹⁴

Subjetivamente la lesión existe cuando explotando la desgracia, inexperiencia o ligereza de otros se obtienen ventajas patrimoniales que exceden el valor de las prestaciones que se dan en cambio.

Objetivamente la lesión consiste en que exceda ciertos límites sin examinar los motivos que la determinaron.

El Código Civil italiano en su artículo 1448 combina ambos caracteres. Sólo concede la acción de rescisión si la desproporción de las prestaciones proviene del estado de necesidad de una de las partes de que la otra se ha aprovechado para sacar ventajas, pero en seguida la limita al caso en que la lesión exceda la mitad del valor que la prestación ejecutada o prometida por la parte perjudicada tenía al tiempo del contrato.

En los casos en que la reglamenta específicamente nuestro Código, considera la lesión desde un punto de vista objetivo. La mitad o el doble del justo precio en el artículo 1889; más de la mitad del valor de la asignación en el artículo 1234; más de la mitad de su cuota en el artículo 1348.

Dentro de este criterio y de la tendencia general de nuestro Código, entendemos que la desigualdad de las prestaciones deberá considerarse objetivamente.¹⁵ El juez deberá examinar el valor

¹⁴ RAMON DOMINGUEZ AGUILA, *Teoría general del negocio jurídico*. Editorial Jurídica de Chile, 1977, N° 74.

¹⁵ Fallos del Mes, N° 274, sent. 2, p. 381.

de las prestaciones recíprocas al momento de celebrarse el contrato y determinar si realmente existe una desproporción que pueda constituir un error sustancial, sin considerar las creencias o expectativas de las partes. No será necesariamente la mitad o el doble, porque esta magnitud de desproporción ha sido establecida arbitrariamente por la ley en casos concretos. pero siempre deberá tratarse, no de cualquiera desproporción, sino de una desproporción esencial.

La desproporción deberá haber existido al tiempo de celebrarse el contrato, porque éste es el momento en que juega el error.¹⁶ Una desproporción producida a posteriori, como puede suceder en un contrato de tracto sucesivo o ejecución diferida, podrá constituir una onerosidad sobreviniente, otra figura jurídica distinta, pero en ningún caso una lesión.

Puede suceder también que la desproporción existente al momento de celebrarse el contrato haya desaparecido con posterioridad. El Código italiano se pone en este caso y dispone que la lesión debe perdurar al momento de entablar la demanda.

– *Error común*

274. Bajo la denominación de error común se plantean en realidad dos problemas absolutamente distintos.

En primer término si en un contrato basta el error unilateral o debe ser compartido por ambas partes, es decir, ser común a ambas partes para que vicie el contrato.

Es evidente que para que exista vicio no se requiere un error compartido. Basta al efecto considerar las expresiones “si una de las partes” del artículo 1453 y “por alguna de las partes” del 1454.

Lo anterior es sin perjuicio de que el elemento que constituye la sustancia o calidad esencial del objeto debe tener tal carácter de “esencial” objetivamente para ambas partes; en caso contrario, caeríamos en que un simple motivo individual, esencial subjetivamente para una parte, puede ser causa principal del contrato. Además el inciso 2° del artículo 1454 exige expresamente que cuando la calidad no esencial sea determinante, ello debe ser conocido por la otra parte para que pueda existir vicio.

Puede también suceder que el error de una parte sea tan burdo, sea una demostración de tal ligereza, que represente una ignorancia inaceptable. En este supuesto, la parte ha incurrido en

¹⁶ R. D. J., t. 65, s. 1, p. 210.

culpa al contratar y en nuestro derecho nadie puede beneficiarse ni excusarse por su propia culpa. En nuestro concepto, en tal caso no sería admisible la acción de nulidad.

275. El segundo problema que debemos analizar bajo la denominación de error común lo constituye aquel que es compartido por un gran número de personas, que no es exclusivo de la parte que ha incurrido en él.

Desde este punto de vista, ¿qué características debe revestir el error para ser considerado un error común?

Nuestro Código no lo define, pero lo considera en diversas disposiciones. Así el artículo 704 N^o 4^o se refiere a los títulos aparentes que denomina meramente putativos; aunque en general son títulos injustos pasan a ser justos por una resolución judicial que erradamente los reconozca; el artículo 1013 dispone que si las causas de inhabilidad del testigo de un testamento se ignoran generalmente en el lugar donde el testamento se otorga, fundándose la opinión contraria en hechos positivos y públicos, no se invalidará el testamento por la inhabilidad real del testigo; el artículo 1576 valida el pago, que no se ha efectuado al acreedor, si se ha hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión del crédito, es decir, por existir el error común de creer que la nulidad de la sociedad que sólo existe de hecho no perjudica las acciones que correspondan a terceros de buena fe.

De estas disposiciones podemos inferir que el error común debe ser general o compartido por la mayoría de las personas de la localidad o lugar. En seguida que debe tener un fundamento lógico, un motivo legítimo que autorice a considerar verdadera una situación falsa. Por último, que debe existir buena fe de parte de quien invoca el error común; dentro del análisis que hicimos de la buena fe, ella va a consistir, en este caso, en la ignorancia de que la situación aparente y aceptada no corresponde a la realidad.

El error así configurado legitima la actuación. Al respecto se invoca la máxima latina de que el error común constituye derecho "*error communis facit jus*".

– Sanción del error

276. El error, en las circunstancias que se han analizado, autoriza para solicitar la nulidad relativa o rescisión del acto o contrato.

Hemos señalado que el error esencial es considerado por la mayoría de los autores como falta de consentimiento y, en

consecuencia, su sanción sería la inexistencia del acto. Otros y algunas sentencias consideran que se trata de un caso de nulidad absoluta.

Por las razones que señalamos nuestra opinión es que, al igual que los demás casos de error y otros vicios del consentimiento, su sanción es la nulidad relativa del acto y queda comprendido dentro de la norma general del último inciso del artículo 1682 del Código Civil, el que dice, después que se han establecido las causas de nulidad absoluta, "cualquiera otra especie de vicio produce *nulidad relativa*, y da derecho a la rescisión del acto o contrato".

La fuerza

277. El segundo de los vicios de que puede adolecer la voluntad es la fuerza.

La fuerza es el temor que experimenta una persona debido a una presión física o moral, y que la obliga a manifestar su voluntad en un sentido determinado.

La presión física consistirá en actos materiales; la presión moral es el temor de la persona que la sufre de que si no consiente sufrirá un daño mayor.

El que la fuerza esté constituida por el temor y no por el acto que lo origina queda de manifiesto si consideramos el artículo 1456 del Código Civil, cuando establece que para ser tal debe ser "capaz de producir una impresión fuerte", y el inciso 2^o de la misma disposición, que al establecer que el temor reverencial no vicia el consentimiento, deja en claro que otro temor puede viciarlo y, además, que es el temor el causante del vicio.¹⁷

278. Para que la fuerza pueda tener el alcance de viciar la voluntad, debe reunir tres condiciones: 1) Ser causa determinante del acto o contrato en que la voluntad se presta; 2) Ser injusta; 3) Ser grave.

1) El que la fuerza debe ser determinante del acto o contrato lo establece la parte final del artículo 1457 del Código Civil al decir que para viciar el consentimiento basta que se haya empleado la fuerza por cualquier persona "con el objeto de obtener el consentimiento".

De lo anterior se desprende que el temor debe actuar sobre el individuo en forma directa y eficaz para que diga, haga o deje de

¹⁷ R. D. J., t. 77, s. 1, p. 35; s. 3, p. 60.

hacer algo en sentido diverso a su intención y sus deseos, o distinta de lo que éstos habrían sido de no existir el temor.

En este sentido es evidente que la fuerza que produce el temor debe actuar en el momento en que el acto se ejecuta o, como dicen algunos autores, debe ser actual. Una fuerza ejercida con mucha anterioridad o posteriormente a la realización del acto no sería determinante del mismo.

Lo anterior no quiere decir que el daño con que se amenaza y determina el temor deba ser coetáneo al acto. La amenaza actual de un daño futuro, ilícito y grave constituye fuerza.

2) La fuerza, en segundo término, debe ser injusta. Es decir, no constituyen fuerza las amenazas legítimas conformes a la ley y al derecho.

El Código Civil no señala esta condición para que la fuerza vicie el consentimiento, pero ella emana del hecho de que no puede constituir fuerza el ejercicio legítimo de un derecho. Así la jurisprudencia ha resuelto reiteradamente que no constituye fuerza la amenaza de entablar una demanda judicial.

3) Por último, la fuerza debe ser grave.

El artículo 1456 del Código Civil dice: “La fuerza no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición”.

La ley exige la existencia de un hecho tal que infunda un justo temor de un mal irreparable y grave en la persona o en los bienes, que debe realizarse si no se da el consentimiento. Un temor ridículo o baladí no constituirá entonces fuerza, pero la gravedad no puede apreciarse en abstracto sino con relación a la persona que experimenta el temor. Lo que para una persona puede constituir fuerza grave para otra puede no serlo.

El artículo 1456 agrega que “se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave”. La enumeración contenida en este precepto no es taxativa. Puede considerarse tanto como sólo una presunción de que constituye fuerza el temor de que las personas indicadas estén expuestas a un mal irreparable y grave, o bien como una disposición imperativa a su respecto. En todo caso, nada impide probar que ha constituido fuerza el temor de que otras personas fuera de las enumeradas puedan verse expuestas a un mal. Basta señalar al efecto la expresión: “se mira como una fuerza de este género...” con que comienza el párrafo. El artículo 1456, en su 2º inciso, termina expresando que “el temor *reverencial*, esto es, el solo temor de desagradar a las personas

a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento”.¹⁸

– Origen de la fuerza

279. El artículo 1457 del Código Civil dispone que “para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza aquel que es beneficiado por ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquiera persona con el objeto de obtener el consentimiento”.

Esta disposición aclara la situación de la fuerza cuando el origen del temor es un acto humano. El vicio existe tanto si éste ha sido ejercido por la parte beneficiada o por un tercero. De otra manera el acto humano no podría constituir fuerza en los actos unilaterales, y, sin embargo, el vicio de fuerza existe en ellos, como lo señala el artículo 1007 del Código Civil.

Nos queda el interrogante de saber si sólo los actos humanos o también las fuerzas externas pueden constituir la coerción.¹⁹

Desde el momento que consideramos que el vicio está constituido por el temor, no vemos razón para circunscribirlo a los casos en que ese temor deriva de actos humanos y no aceptarlo cuando proviene de causas externas. Lo único importante es determinar si hay libertad para expresar el consentimiento; si la voluntad no es libre, el acto se encuentra viciado. Efectuar distinciones en cuanto al origen de las circunstancias que hacen desaparecer la libertad no se conforma a ningún canon lógico. No se comprende hacer una diferencia entre la fuerza y el error, ya que éste se sanciona, haya sido o no voluntariamente provocado.

La situación más corriente de temor producido por fuerzas extrañas la constituye el estado de necesidad. El estado de necesidad está constituido por un peligro inminente o por una situación de violencia insostenible que afectan a una persona. El ejemplo clásico del primer caso es el del capitán de un barco o navegante que, en peligro de zozobrar, debe pedir o aceptar ayuda de un tercero que lo salve. Las condiciones que acepte por este salvamento, si exceden lo razonable, ¿son o no libres o ha actuado exclusivamente bajo el imperio de la fuerza determinada por el temor resultante de su estado de necesidad? El otro caso se presentará generalmente bajo la forma de una mala situación econó-

¹⁸ R. D. J., t. 79, s. 2, p. 1.

¹⁹ RAMÓN DOMÍNGUEZ A., *op. cit.* N° 68.

mica extrema que obligue a una persona a celebrar un determinado negocio en ciertas condiciones. En situación normal esa persona, o no habría realizado el negocio, o lo habría concluido en condiciones muy diversas. Se presenta aquí también el interrogante de saber si ha existido una voluntad libre.

La opinión general ha sido que el estado de necesidad no puede constituir entre nosotros el vicio de fuerza. Sin embargo, un trabajo reciente de María E. Tocornal sostiene y fundamenta la tesis contraria.²⁰

Es también nuestra opinión, no sólo por razones de lógica, sino porque estimamos que nada se opone a ello en nuestra legislación positiva.

Por de pronto el término “acto” que emplea el inciso primero del artículo 1456 no puede circunscribirse exclusivamente a un tercero; lo que infunde temor al capitán náufrago es el acto de decir no al posible salvador que exige condiciones leoninas. Lo importante es el temor, no su causa. Lo aclara el inciso segundo al disponer que, excepcionalmente, el temor reverencial no vicia el consentimiento. Ahora bien, el temor reverencial no proviene de actos de terceros; se genera en la conciencia individual, derivado de circunstancias externas independientes de toda acción humana. Al excluir específicamente el temor reverencial, el precepto está indicando claramente, a contrario sensu, que un temor de las mismas características, pero que no sea reverencial, puede viciar el consentimiento.

Por otra parte, el artículo 1457, que se refiere a quien ejerce la fuerza, tiene un alcance preciso. Se refiere exclusivamente al temor que puede provenir de un acto humano y aclara que el que lo ejerce puede ser la contraparte o un tercero. Pero no excluye la fuerza constituida por un temor de otro origen.

Por lo demás el derecho es una unidad coherente. El artículo 1007 del Código Civil dice que “El testamento en que de cualquier modo haya intervenido la fuerza, es nulo en todas sus partes”. No se circunscribe a la nulidad derivada de actos humanos, sino a la que se haya producido “de cualquier modo”.

– Sanción de la fuerza

280. La fuerza, como los demás vicios del consentimiento, está sancionada con la nulidad relativa del acto.

²⁰ MARIA ESTER TOCORNAL, *La voluntad y el temor en el negocio jurídico*. Editorial Jurídica de Chile, 1981.

Queda ella comprendida dentro de la norma general que contiene el inciso final del artículo 1682 del Código Civil.

El dolo

281. El tercero de los vicios de que puede adolecer la voluntad es el dolo.

El dolo ha sido definido en el inciso final del artículo 44 del Código Civil como “la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”.

El dolo como vicio de la voluntad es específicamente el que ejercita una de las partes para obtener el consentimiento de la otra o para que ese consentimiento se preste en condiciones determinadas. La injuria consiste aquí en que ese consentimiento o esas condiciones especiales son perjudiciales para la otra parte.

El dolo, como vicio de la voluntad, es entonces la maquinación fraudulenta empleada para engañar al autor de un acto jurídico.

El dolo puede ser positivo o negativo según esté constituido por actos tendientes a inducir a la ejecución del acto o por silenciar circunstancias que de ser conocidas habrían determinado que el acto o no se realizara o se realizara en condiciones distintas. La intención positiva de inferir injuria de que habla la definición existe siempre, ya sea que se realicen actos o se silencien circunstancias.

El dolo, en consecuencia, tiene dos elementos: uno psicológico, que consiste en la intención de engañar, el dolo es esencialmente un acto intencional; un segundo elemento, material, es la forma de realizar ese engaño.

Este elemento material puede consistir en actos, es decir, en maniobras, artificios o maquinaciones que lleven al engaño; puede consistir también en una falsedad o mentira que produzca el mismo efecto; puede, por último, y como lo hemos visto, consistir en la reticencia, en el silencio de circunstancias que debería haber conocido la otra parte.

Este último punto no es tan simple. El silencio no es siempre necesariamente doloso. Son raros los contratos en que se establece la obligación para una parte de informar a la otra. El Código de Comercio, al reglamentar el contrato de seguro, obliga al asegurado a dar determinados antecedentes; por ejemplo, en los artículos 534 y 536 y el N° 1° del art. 557 establece que el seguro se rescinde “Por las declaraciones falsas o erróneas o por las reticencias del asegurado acerca de aquellas circunstancias que, co-

nocidas por el asegurador, pudieran retraerle de la celebración del contrato o producir alguna modificación sustancial en sus condiciones". El Código Civil por su parte reglamenta los vicios redhibitorios en el contrato de compraventa y dispone en el artículo 1858 que son tales los que, existiendo al tiempo de la venta, hacen que la cosa vendida no sirva para su uso natural, o sólo sirva imperfectamente, de manera que sea de presumir que conociéndolos el comprador no la hubiera comprado o la hubiera comprado a mucho menos precio. Exige además que el vendedor no los haya manifestado, salvo que se trate de vicios que el comprador no ha podido ignorar sin negligencia grave o ha debido reconocer fácilmente en razón de su profesión u oficio. Los vicios redhibitorios pueden dar lugar a la rescisión de la venta (art. 1860 del C. C.). En el contrato de arrendamiento, de acuerdo a los artículos 1932 y 1933 del Código Civil, el vicio de la cosa, que impide al arrendatario hacer de ella el uso natural, autoriza la terminación del arrendamiento o rescisión del contrato; si este vicio tiene una causa anterior al contrato, el arrendatario tiene derecho a que se le indemnice el daño emergente e incluso el lucro cesante si el vicio era conocido por el arrendador al tiempo del contrato.

Estas disposiciones nos dan un criterio para aplicar en aquellos contratos en que no se ha establecido expresamente la obligación de informar. Existe una obligación de buena fe de proporcionar a la otra parte los elementos de apreciación de que depende su consentimiento y que no está en situación de conocer o verificar por sí misma. Para estimar que la reticencia constituye una omisión dolosa será necesario examinar el contrato específico y analizar las circunstancias en que se acordó.

No todo dolo es vicio de la voluntad. Según sea o no vicio de la voluntad, el dolo se divide en principal o inductivo e incidental.

– *Dolo principal o inductivo*

282. El inciso 1º del artículo 1458 del Código Civil dispone que "el dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubieran contratado".

El dolo, en consecuencia, debe ser determinante del acto. De esto se infiere que el dolo debe ser anterior o simultáneo al consentimiento. El dolo producido con posterioridad a la celebración de un contrato no permite anularlo, ya que no es determinante de él. En segundo lugar, el dolo debe tener por objeto un determinado

acto o contrato y recaer en él; el dolo que no tiene por objeto el acto o contrato mismo que se celebra, ni recae en él sino en un acto independiente y distinto no vicia la voluntad. El dolo fraguado para obtener un número indeterminado de actos o contratos a través del mismo engaño, es determinante porque tiene por objeto y recae en cada uno de los actos o contratos individuales.

283. El otro requisito que exige el artículo 1458 es que el dolo sea obra de una de las partes. No vicia entonces el consentimiento que emana de un tercero ajeno al contrato, aunque pueda haber sido determinante del mismo. Naturalmente esta acción dolosa de un tercero no queda sin sanción; ella constituye un hecho ilícito que acarrea la responsabilidad extracontractual correspondiente.

Es menester señalar que en el dolo debe haber intervenido una sola de las partes. Si ha habido dolo por parte de ambos contratantes, no procede la revisión del contrato.

El dolo cometido por el mandatario o representante de una de las partes, actuando como tales, debe considerarse como dolo de la propia parte contratante y no dolo de un tercero. Debe considerarse también como dolo de la parte la situación en que el contratante es cómplice de un dolo ajeno. Este es el criterio de nuestra legislación como se desprende del inciso 2º del artículo 2316 del Código Civil.

Al decir el artículo 1458 que el dolo debe ser obra de una de las partes pareciera indicar que la nulidad por este vicio sólo puede producirse en los actos bilaterales.

En realidad, aunque el Código Civil no trata en forma general del dolo como vicio de la voluntad en los actos unilaterales, ello no significa que no pueda ser un vicio de la voluntad en tales actos. Diversas disposiciones lo consideran expresamente. Así el Nº 4º del artículo 968 del Código Civil que considera el dolo en las disposiciones testamentarias, los artículos 1234 y 1237 en la aceptación o repudiación de una asignación testamentaria, el artículo 1782 inciso 2º en la renuncia de los gananciales.

El dolo como vicio de la voluntad en los actos unilaterales tendrá entonces como requisito únicamente el que sea determinante del acto.

– *Dolo incidental*

284. El dolo que no reúna los requisitos señalados anteriormente es un dolo incidental y no vicia el consentimiento.

Esta solución tan simple en su presentación es, sin embargo, difícil de aplicar en la práctica. La condición de que el dolo debe ser determinante no constituye una distinción clara. Es difícil de distinguir entre la voluntad de contratar considerada en sí misma de la voluntad de contratar en condiciones determinadas. El dolo llamado incidental puede ser también determinante cuando sin él el contrato se habría realizado en condiciones distintas. Será un problema para los jueces de fondo el determinar en cada caso si el dolo es determinante o simplemente incidental.

El inciso 2º del artículo 1458 dice que “en los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios, y contra las segundas hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo”.

Esta disposición reitera las normas generales. Las personas que han fraguado el dolo han cometido un delito civil.

El artículo 2284 inciso tercero del Código Civil define el delito como el hecho ilícito cometido con intención de dañar, o sea, con dolo. Por su parte, el artículo 2314 dispone que el que ha cometido un delito que ha inferido daño a otro es obligado a la indemnización. Por lo tanto, lo que establece el inciso 2º del artículo 1458 no es sino una reiteración de los principios generales. Otro tanto sucede con lo que prescribe respecto de los que se han aprovechado de él, que corresponde a lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 2316 del Código Civil que establece que “el que recibe provecho del dolo ajeno, sin ser cómplice en él, sólo es obligado hasta concurrencia de lo que valga el provecho”.

– Prueba del dolo

285. El artículo 1459 del Código Civil dispone que “el dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás debe probarse”.

En otros términos, salvo en los casos en que la ley lo presume, el dolo debe establecerse, y para ello son admisibles todos los medios de prueba.

Lo anterior es concordante con lo dispuesto en el artículo 707 del Código Civil, que dice: “La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria.

En todos los otros la mala fe deberá probarse”.

Existen diversas disposiciones que, atendidos ciertos antecedentes, establecen una presunción de mala fe, es decir, de dolo.

Así el artículo 706 del Código Civil relativo a la posesión, que en su inciso final dice que “el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario”. Otros casos de presunciones de dolo, no ya de derecho, podemos encontrar en el N° 5º del artículo 968; en el artículo 1301; en el artículo 280 del Código de Procedimiento Civil.

La sanción del dolo es en realidad una institución de orden público; está íntimamente ligada con la configuración del ordenamiento jurídico. Por ello, y para evitar que las partes eliminaran prácticamente el dolo como vicio del consentimiento, el artículo 1465 del Código Civil dispone en su parte final que “la condonación del dolo futuro no vale”.

– Dolo y culpa grave

286. El artículo 44 del Código Civil define la culpa grave, negligencia grave o culpa lata, como la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa, agrega, en materias civiles equivale al dolo.

Aunque la ley no ha hecho una confusión entre los términos culpa lata y dolo en el sentido de considerarlos sinónimos, ha establecido una equivalencia en sus efectos civiles, o sea, en la igual responsabilidad que en lo civil debe afectar al que se vale del dolo y al que incurre en culpa grave.

Es indudable que si una de las partes ha procedido con culpa grave hay lugar a la indemnización de daños en su contra, al igual que en el caso del dolo incidental. Es indiferente que se considere al efecto si ha existido un delito o cuasidelito civil. Pero además si aparece claramente que sin culpa grave de una de las partes la otra no hubiera contratado, nos inclinamos a creer que existe un vicio del consentimiento tal como en el caso del dolo inductivo dada la igualdad de efectos civiles que entre el dolo y la culpa lata establece el artículo 44 del Código Civil. Por otra parte, el elemento intencional que es la esencia del dolo constituirá siempre un factor difícil de probar; tanto es así que nuestra legislación penal revierte el peso de la prueba estableciendo la presunción de voluntariedad en la comisión de actos penados por la ley. La culpa lata, en cambio, se puede desprender de antecedentes objetivos más fáciles de establecer; por ello nuestro criterio se funda también en la posibilidad o facilidad de la prueba.

– *Efectos del dolo*

287. El dolo principal o inductivo, o sea, el que vicia la voluntad, acarrea la nulidad relativa del acto de acuerdo con el inciso final del artículo 1682 del Código Civil.

Debemos considerar aquí la situación de los relativamente incapaces. Sus actos para tener validez deben cumplir con las formalidades habilitantes que la ley establece; de otro modo adolecen de nulidad relativa, la que puede alegarse por ellos, sus herederos o cesionarios.

Ahora bien, el artículo 1685 del Código Civil dispone que “Si de parte del incapaz ha habido dolo para inducir al acto o contrato, ni él ni sus herederos o cesionarios podrán alegar nulidad”.

Nos encontramos frente a una situación especial. Aquí el dolo no ha llevado a la otra parte a contratar o a contratar en condiciones desfavorables; el dolo ha significado que la otra parte realice un contrato, querido por ella, pero sin percatarse de que éste adolece de un vicio de nulidad. La sanción del dolo aquí no es anular el contrato sino, por el contrario, evitar que éste pueda ser anulado por la falta de una formalidad habilitante no cumplida por dolo del incapaz.

LA CAPACIDAD

288. Señalamos que el segundo requisito de validez de los actos jurídicos es la capacidad de las partes.

Ya nos referimos a ella (ver N° 122), pero es necesario tratarla con mayor extensión.

La capacidad en general es la aptitud, el poder hacer algo. La que vamos a analizar es la capacidad legal, o sea, la aptitud jurídica, el poder hacer algo en la vida del derecho.

El art. 1445 del Código Civil dice que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario como primer requisito que ella sea legalmente capaz.

Esta aptitud jurídica, denominada capacidad, va a consistir en la posibilidad de adquirir derechos o de ejercicios y contraer obligaciones.

Cuando la capacidad consiste en la aptitud de adquirir derechos se denomina capacidad de goce. La aptitud de ejercer derechos y contraer obligaciones se llama capacidad de ejercicio.

CAPACIDAD DE GOCE

289. La capacidad de goce, o sea la aptitud de adquirir derechos, se denomina también capacidad adquisitiva.

La capacidad de goce es inherente a toda persona; es un elemento de la personalidad, pues toda persona puede ser titular de derechos.

El inc. 1° del art. 963 del Código Civil establece que “son incapaces de toda herencia o legado las cofradías, gremios, o establecimientos cualesquiera que no sean personas jurídicas”. Esto es así, porque no siendo personas no pueden ser titulares de derechos.

La capacidad de goce pertenece, por lo tanto, a todas las personas, en forma general, sin excepciones.

Originalmente el Código contemplaba en los arts. 95 a 97 una institución denominada muerte civil, que se producía por la profesión solemne en un instituto monástico. Para los muertos civiles desaparecía la capacidad de goce en cuanto a los derechos de propiedad. Los artículos señalados fueron derogados por la Ley N° 7.612 de 21 de octubre de 1943. Desde la promulgación de dicha ley la capacidad de goce de las personas no tiene excepción alguna.

CAPACIDAD DE EJERCICIO

290. La capacidad de ejercicio es la aptitud legal de una persona para ejercer derechos y contraer obligaciones. La define el inciso final del art. 1445 al decir que la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o autorización de otra.

La capacidad de ejercicio es la norma general. Lo dice el art. 1446 del Código Civil al señalar que toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces.²¹

Por lo tanto, cuando el Código nos habla de incapacidad se está refiriendo a la incapacidad de ejercicio. La capacidad debe existir en el momento de generarse el acto o contrato, como lo vimos al tratar de la caducidad de la oferta (art. 101 del Código de Comercio).

²¹ R. D. J., t. 68, s. 1, p. 259.

291. La incapacidad puede ser general o particular o especial.

La incapacidad general se refiere a todos los actos jurídicos; la incapacidad especial a ciertos actos determinados.

El art. 1447 del Código Civil en sus tres primeros incisos se refiere a la incapacidad general y señala las personas que son absoluta o relativamente incapaces. Esta incapacidad general inhabilita para ejecutar cualquier clase de actos jurídicos, excepto aquellos que expresamente autorice la ley.

En su último inciso el art. 1447 se refiere a la incapacidad especial al decir que además de las incapacidades que ha señalado hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar determinados actos.

En realidad la incapacidad especial no es propiamente una incapacidad sino una prohibición legal. La infracción de esta incapacidad importará en ciertos casos la violación de una disposición prohibitiva y sabemos que los actos prohibidos por las leyes adolecen de objeto ilícito conforme al art. 1466, y que el objeto ilícito produce nulidad absoluta de acuerdo al art. 1682 del Código Civil. En otros casos nos encontramos en presencia de una disposición imperativa que sólo permite ejecutar el acto con determinados requisitos establecidos en atención a las partes que lo realizan. La incapacidad consiste entonces en no poder ejecutar el acto sin cumplir esos requisitos y su sanción es la nulidad relativa de acuerdo con el artículo 1682. En ambos casos se trata, por lo tanto, de una verdadera incapacidad.

Ejemplo de estas incapacidades especiales tenemos en el art. 412 inciso 2º, que prohíbe al tutor o curador comprar los bienes raíces del pupilo o tomarlos en arriendo. En la prohibición impuesta a los mandatarios, síndicos y albaceas de comprar o vender las cosas que hayan de pasar por sus manos en virtud de estos encargos, de acuerdo con los arts. 1800 y 2144 del Código Civil. En la prohibición al empleado público de comprar los bienes públicos o particulares que se vendan por su ministerio; y a los jueces, abogados, procuradores y escribanos de comprar los bienes en cuyo litigio han intervenido y que se vendan a consecuencia del litigio (art. 1798 del Código Civil).

El Código al reglamentar la incapacidad se refiere a la incapacidad general de ejercicio.

Esta incapacidad puede ser absoluta o relativa.

Incapacidad absoluta

292. El art. 1447 dispone que son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito.

Las personas que enumera el inciso 1º del art. 1447 no pueden ejecutar acto jurídico alguno, en ninguna circunstancia; la ley las considera carentes en absoluto de voluntad capaz de producir efectos jurídicos.

El inciso 2º del art. 1682 del Código Civil dispone que sus actos y contratos adolecen de nulidad absoluta y el inciso 2º del art. 1447 que no producen ni aun obligaciones naturales y que no admiten caución. Además, de acuerdo con el art. 1683 sus actos no pueden ser ratificados. Tampoco sus obligaciones admiten novación, porque de acuerdo al art. 1630 del Código Civil para que sea válida la novación es necesario que la obligación sea válida a lo menos naturalmente.

– Los dementes

293. Demente o loco es la persona que está con sus facultades mentales perturbadas. El término no está definido en el Código Civil.

Una definición la encontrábamos en el inciso 2º del art. 172 del antiguo Código Sanitario, que decía que se entiende por persona demente, o simplemente demente, la que tiene manifestaciones de una enfermedad o defecto cerebral caracterizado por un estado patológico desordenado, funcional u orgánico, más o menos permanente de la personalidad, y por la perversión, impedimento o función desordenada de las facultades sensoriales o intelectuales, o por el menoscabo o desorden de la volición.

Los dementes no son sólo absolutamente incapaces de ejecutar actos jurídicos, sino que son también incapaces de delito o cuasidelito conforme al art. 2319 del Código Civil, y no pueden ni aun adquirir la posesión de las cosas muebles por sí mismos de acuerdo al art. 723 del Código Civil.

El demente puede o no estar declarado en interdicción. La interdicción es la resolución judicial que reconoce el estado de demencia de una persona y la priva de la administración de sus bienes si la está ejerciendo. Con o sin interdicción el demente es absolutamente incapaz. La única diferencia es que de acuerdo al art. 465 del Código Civil la interdicción constituye una presun-

ción de demencia del interdicto que no admite prueba en contrario. Si no hay decreto de interdicción, hay que probar el estado de demencia y que éste existía al tiempo de celebrarse el acto que se trata de anular.

Al efecto el artículo 465 del Código Civil dice que “los actos y contratos del demente, posteriores al decreto de interdicción, serán nulos; aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido.

Y por el contrario, los actos y contratos ejecutados o celebrados sin previa interdicción, serán válidos; a menos de probarse que el que los ejecutó o celebró estaba entonces demente”.

La demencia puede no ser permanente y el art. 468 del Código Civil contempla la rehabilitación del demente para la administración de sus bienes si pareciere que ha recobrado permanentemente la razón.

– *Los impúberes*

294. Pubertad es la aptitud para procrear. La edad de pubertad no es fija y varía por factores fisiológicos y externos. El Código Civil, sin embargo, ha establecido una edad fija para considerar a una persona púber en el art. 26.

Dicho artículo divide a las personas según su edad y dice que infante o niño es todo el que no ha cumplido siete años; impúber el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; y adulto el que ha dejado de ser impúber.

Por lo tanto, los hombres menores de 14 años y las mujeres menores de 12 años son absolutamente incapaces.

La única diferencia entre los infantes y los impúberes es que los infantes no pueden adquirir ni siquiera la posesión de las cosas muebles, de acuerdo con el art. 723 del Código Civil, ni son capaces de delito o cuasidelito, de acuerdo con el art. 2319 del Código Civil. En conformidad a las mismas disposiciones los impúberes mayores de siete años pueden adquirir la posesión de las cosas muebles y son capaces de delito o cuasidelito.

– *Los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito*

295. La última categoría de absolutamente incapaces la constituyen los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito.

La incapacidad del sordomudo no proviene de su sordomudez, sino del hecho de no poder darse a entender por escrito.

La incapacidad del sordomudo cesa, de acuerdo con el art. 472 del Código Civil, si ha llegado a darse a entender y a ser entendido por escrito.

– *Consecuencia de la incapacidad absoluta*

296. Los actos de los absolutamente incapaces adolecen de nulidad absoluta, de acuerdo con el inciso 2º del art. 1682 del Código Civil.

Incapacidad relativa

297. El inciso tercero del art. 1447 del Código Civil dice que “son también incapaces los menores adultos y los disipadores que se hallen bajo interdicción de administrar lo suyo”.*

Las personas enumeradas en el párrafo anterior son las que se llaman relativamente incapaces. Su incapacidad no emana de la naturaleza, como la incapacidad absoluta, sino de la disposición del legislador, fundada en el deseo de proteger sus intereses.

En contraposición a los absolutamente incapaces, que no pueden intervenir en forma personal en los actos jurídicos, pues ello acarrea la nulidad absoluta del acto, los relativamente incapaces pueden hacerlo con las debidas autorizaciones y sus actos son entonces válidos.

La incapacidad relativa, por tanto, se traduce para los relativamente incapaces en la obligación de cumplir con los requisitos que la ley les impone para que sus actos sean válidos.

Tanto el art. 1681 como el 1682 del Código Civil se refieren a los requisitos que la ley prescribe para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la calidad y estado de las personas que los ejecutan o acuerdan. Tales actos y contratos son los realizados por los relativamente incapaces. La omisión de los requisitos a que se ha hecho referencia, y que se denominan formalidades habilitantes, produce la nulidad relativa del acto.

Los actos inválidos de los relativamente incapaces, excepto los disipadores, pueden producir una obligación natural de acuerdo al Nº 1º del art. 1470 del Código Civil; pueden en consecuencia novarse, conforme al art. 1630; pueden caucionarse, según el art. 1472, y pueden ser ratificados, de acuerdo al inciso 1º del art. 1684.

Examinaremos en forma separada las dos categorías de relativamente incapaces.

* Este inciso fue sustituido, por el que aparece en el texto, por la Ley Nº 18.802 de 1989, que otorgó plena capacidad a la mujer casada.

– *Menores adultos*

298. La primera categoría la constituyen los menores adultos.

De acuerdo con el art. 26 del Código Civil, mayor de edad, o simplemente mayor, es el que ha cumplido 18 años, y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos.

Conforme con lo que vimos anteriormente, menores adultos son entonces los varones mayores de 14 años y las mujeres mayores de 12 años que no han cumplido 18 años.

Como puede apreciarse se trata en este caso de una incapacidad relativa establecida en razón de la edad.

Los menores están sujetos generalmente a la potestad de su padre o madre o sometidos a guarda. Los actos en que intervienen los menores pueden ser ejecutados por ellos mismos, pero con la debida autorización de su padre, madre o curador, según el caso, o bien ser ejecutados directamente por sus representantes legales.

En ciertos actos la ley no exige tan sólo la intervención del representante legal del menor, sino que, como una precaución más, exige ciertos requisitos adicionales en resguardo de los intereses del menor. Este requisito adicional puede ser la autorización judicial (arts. 255, 256, 393, 397, 398, 402, 1236, 1322 del Código Civil), la aprobación judicial (arts. 400, 1326, 1342 del Código Civil), la pública subasta (art. 394 del Código Civil), etc.

La incapacidad de los menores no alcanza generalmente a los actos de familia. Así en el matrimonio manifestarán su voluntad personalmente, y aunque deben obtener el consentimiento de sus padres o guardadores, la omisión de este consentimiento no está penada con la nulidad sino con otras sanciones (art. 114 C. C.). Pueden igualmente otorgar testamento sin necesidad de autorización paterna (art. 261 del C. C.).

Los menores adultos se consideran también capaces, de acuerdo con el art. 246 del Código Civil, para la administración y goce de su peculio profesional e industrial. Tal peculio, según el N° 1 del art. 243 del Código Civil, está constituido por los bienes adquiridos por el menor en el ejercicio de todo empleo, de toda profesión liberal, de toda industria y de todo oficio mecánico.

Por último, los menores adultos pueden adquirir libremente la posesión de las cosas muebles de acuerdo al art. 723 del Código Civil.

– *Los disipadores*

299. Los disipadores o pródigos forman otra categoría de relativamente incapaces.

El art. 445 indica que la disipación consiste en realizar hechos que demuestran una total falta de prudencia, como el juego habitual, los gastos ruinosos, las donaciones cuantiosas e injustificadas, etc.

Para que los disipadores sean relativamente incapaces se requiere que se haya decretado su interdicción. Ello implica que la prueba de la incapacidad es el hecho de la interdicción. La interdicción del demente y del disipador atestiguan por sí solas la incapacidad y son, por lo tanto, los únicos casos en que no corresponde probar la incapacidad al que la alega.

El disipador declarado en interdicción puede ser rehabilitado por decreto judicial (art. 464 del Código Civil), y en tal caso cesa su incapacidad.

– *Efectos de la incapacidad relativa*

300. Los actos de los relativamente incapaces realizados sin las formalidades habilitantes adolecen de nulidad relativa en virtud de lo dispuesto en el art. 1682 del Código Civil.

EL OBJETO

301. El artículo 1445 del Código Civil señala entre los requisitos de una declaración de voluntad el que ésta recaiga sobre un objeto lícito.

Por su parte, el artículo 1460 dispone: “Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración”.

Aunque esta disposición no da una idea clara de lo que es objeto y se refiere en el hecho al objeto de las obligaciones, corresponde a la opinión de Planiol, que sostiene que lo exacto es hablar del objeto de la obligación y no del objeto del contrato, pues el de éste es la creación de obligaciones. Para Planiol objeto es lo que debe el deudor. Conviene señalar que mientras nuestro Código se refiere al objeto de la declaración de voluntad el Código francés en su artículo 1126 habla exclusivamente del objeto de los contratos.

La distinción es, sin embargo, claramente posible; el objeto de la declaración de voluntad es la operación jurídica que se pretende realizar y distinto de las prestaciones contenidas en las obligaciones a que esta operación se refiere. Pero ello no tiene ningún sentido

ni conveniencia práctica. Por otra parte, nuestro Código dice claramente lo que considera objeto de la declaración de voluntad en el artículo 1460, del objeto de la promesa en el 1462, objeto de la donación o contrato en el 1463, objeto del pacto en el 1465. Por lo tanto, aunque corrientemente se define el objeto como el conjunto de derechos u obligaciones que el acto o contrato crea, modifica, extingue, transfiere o transmite, debemos entender que el objeto del acto es el objeto de las obligaciones a que él se refiere.

De lo anterior resulta que, de acuerdo con el artículo 1460, el objeto del acto puede ser una cosa, un hecho o una abstención.

REQUISITOS DEL OBJETO

302. Para determinar los requisitos del objeto debemos distinguir si él recae en una cosa material o si constituye un hecho o una abstención.

De acuerdo con el artículo 1461 del Código Civil, si el objeto recae sobre una cosa debe ser:

Real,

Comerciable,

Determinado o determinable,

y lícito, según lo establecido en el artículo 1445.

Si el objeto recae sobre un hecho o una abstención debe ser:

Determinado,

Físicamente posible,

Moralmente posible,

Lícito.

– Objeto real

303. Objeto real significa que existe en la naturaleza actualmente o en el futuro.

El artículo 1814 inciso primero del Código Civil dispone que “la venta de una cosa que al tiempo de perfeccionarse el contrato se supone existente y no existe, no produce efecto alguno”. Es decir, reafirma la necesidad de la existencia de un objeto real.

En este sentido nuestros tribunales han fallado que no produce efecto alguno el contrato de compraventa de terrenos de sales potásicas si se establece que éstas no han existido al tiempo de celebrarse el contrato.²²

Respecto de las cosas que se espera que existan, debemos distinguir entre los contratos condicionales y los aleatorios. El artículo 1813 del Código Civil dice al respecto que “la venta de cosas que no existen, pero se espera que existan, se entenderá hecha bajo la condición de existir, salvo que se exprese lo contrario, o que por la naturaleza del contrato aparezca que se compró la suerte”.

Si el contrato es condicional o aleatorio, será una cuestión de hecho que deberán establecer los jueces de fondo. Así se ha resuelto que la venta de una cosecha de manzanas era condicional y no aleatoria, pues se había calculado aproximadamente en cierto número de cajones.²³

– Objeto comerciable

304. El artículo 1461 del Código Civil agrega que las cosas que existan o se espera que existan deben ser comerciables.

El que la cosa sea comerciable significa que no esté fuera del comercio humano. Puede estar fuera de dicho comercio por su naturaleza propia, por su destinación o porque la ley así lo considera. La norma general es que las cosas sean comerciables.

Los casos de ilicitud de objeto que señala el artículo 1464 del Código Civil se refieren a cosas que están fuera del comercio. La regla general está contenida en el N° 1° que dispone que hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas que no están en el comercio.

Entre las cosas incomerciables por su naturaleza tenemos las comunes a todos los hombres a que se refiere el artículo 585 del Código Civil. Los derechos personalísimos, como el de alimentos (art. 334 del C. C.); los de uso y habitación (art. 819 del C. C.).

Entre las cosas incomerciables por su destino podemos señalar los bienes nacionales de uso público (art. 589 del C. C.); y las cosas que han sido consagradas para el culto divino (art. 586 del C. C.).

Entre las cosas incomerciables, porque la ley así las considera, tenemos las contempladas en los números 3° y 4° del artículo 1464 del Código Civil, que analizaremos más adelante.

²² G. 1912, t. II, p. 201.

²³ R. D. J., t. 61, s. I, p. 162.

– *Objeto determinado o determinable*

305. El artículo 1461 exige además que las cosas objeto de una declaración de voluntad estén determinadas, a lo menos en cuanto a su género.

Por lo tanto, si el objeto es una especie o cuerpo cierto debe estar individualmente determinado, pero si se trata de una obligación de género que, de acuerdo con el artículo 1508 del Código Civil, es aquella en que se debe indeterminadamente un individuo de una clase o género determinado, basta con que esté determinado el género.

Pero en las obligaciones de género dicho género no es la única determinación necesaria; como se deben individuos indeterminados, es indispensable fijar igualmente su cantidad.

La cantidad no tiene importancia ni procede en las obligaciones de especie; se debe tal o cual cuerpo cierto y basta. Sí la tiene en las obligaciones de género para saber el monto de la obligación.

El inciso 2º del artículo 1461 del Código Civil dispone: “La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla”. Contrasta esta norma con la del Código francés que dice que la cantidad de la cosa puede ser incierta, siempre que pueda ser determinada. Esta disposición, unida a la norma general de interpretación de los contratos en el mismo Código, deja entregada la determinación de la cantidad a un proceso de investigación del juez que va a tener que fijar la intención subjetiva de los contratantes. Nuestro Código afirma nuevamente su objetividad al exigir que la determinación sólo puede hacerse si el acto o contrato fija reglas o contiene datos al efecto.

Pero no es sólo la cantidad la que debe determinarse en las obligaciones de género; debe determinarse también la calidad. En un mismo género hay calidades diversas y es necesario establecer a cuál de ellas pertenecen los individuos del género objeto del acto.

Si esta calidad no está expresamente establecida en el acto o contrato, no hay indeterminación. La norma aplicable al respecto no la encontramos en el artículo 1461 sino en el artículo 1509 del Código Civil. Este último precepto establece: “En la obligación de género, el acreedor no puede pedir determinadamente ningún individuo, y el deudor queda libre de ella, entregando cualquier individuo del género, con tal que sea de una calidad a lo menos mediana”.

Por lo tanto, en las obligaciones de género, si la cantidad no está determinada lo será por el juez, siempre que el acto o contrato fije reglas o contenga datos al efecto. En caso contrario, no habrá determinación del objeto. Si la calidad no está determinada, no procede determinación por el juez; la ley entiende que se trata de una calidad a lo menos mediana; en consecuencia no puede haber por este concepto indeterminación del objeto.

– *Hecho determinado*

306. El hecho objeto de un acto o contrato debe ser también determinado; debe consistir en un hecho o una abstención precisa.

No se comprendería un hecho o una abstención indeterminada, cualquiera, al arbitrio del deudor, como objeto de la obligación.

El artículo 1809 del Código Civil establece que en la compraventa el precio no podrá dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

Pero la prestación, al igual que el objeto cosa, puede no estar determinada de inmediato, pero ser determinable. En la misma compraventa el artículo 1808 en su inciso segundo dice respecto al precio que podrá hacerse su determinación por cualesquiera medios o indicaciones que lo fijen, incluso el artículo siguiente, el 1809, dispone que podrá dejarse al arbitrio de un tercero. Se trata en efecto de una forma de determinación ajena a la voluntad de los contratantes.

La doctrina ha estimado también que la prestación es indeterminada si en un contrato de tracto sucesivo ella se pacta a perpetuidad.

– *Hecho físicamente posible*

307. El artículo 1461 agrega en su inciso final que si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible.

Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza. El artículo 1475 del Código Civil emplea una expresión análoga al decir que la condición debe ser físicamente posible, y que es físicamente imposible la que contraría las leyes de la naturaleza física.

De lo anterior se desprende que debe tratarse de una imposibilidad absoluta y no solamente circunstancial. Debe ser absoluta en cuanto pesa sobre cualquiera y no solamente sobre el deudor específico. Así, si el contratista a quien se encomienda la construcción de un

edificio no puede hacerlo porque el subsuelo no permite la edificación proyectada, existe imposibilidad física. No es el caso si la edificación es posible utilizando maquinarias especiales de que el contratista carece; esto no constituye imposibilidad física y el objeto existe.

La imposibilidad física va variando con los adelantos técnicos. Durante mucho tiempo el ejemplo clásico de imposibilidad física era la llegada de un hombre a la Luna.

– *Hecho moralmente imposible*

308. El artículo 1461 termina expresando que si el objeto es un hecho debe ser moralmente posible y que es moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres y al orden público.

La imposibilidad moral proviene entonces en primer término del hecho de que el acto o contrato contravenga una ley prohibitiva. Lo anterior está de acuerdo con el artículo 10 del Código Civil que dice que los actos que la ley prohíbe son nulos y de ningún valor y con el artículo 1466 que establece que hay objeto ilícito en general en todo contrato prohibido por las leyes.

Ya hemos analizado el carácter de las leyes prohibitivas y su sanción. Para entender el artículo 1461 en concordancia con el artículo 10 debemos concluir que no existe imposibilidad moral cuando el acto contrario a la ley tiene fijado por ella un efecto distinto al de la nulidad.

También constituye imposibilidad moral la contravención al orden público.

– *El orden público*

309. La noción de orden público ha sido siempre un concepto vago por su generalidad. Nuestra jurisprudencia ha dicho que el orden público es la organización considerada necesaria para el buen funcionamiento general de la sociedad. Se lo ha estimado como una noción de excepción frente a la libertad contractual, un concepto esencialmente prohibitivo o negativo, porque prohíbe las convenciones que atenten contra los principios fundamentales sobre los cuales está constituida la sociedad.

310. El concepto de orden público es flexible y variable.

De acuerdo con la idea tradicional infringirán el orden público no sólo las disposiciones contrarias a la ley prohibitiva, que son

prohibidas por la ley, sino las que vulneren algún precepto imperativo cuya inobservancia tenga aparejada la nulidad absoluta. Más allá de un texto preciso será opuesto al orden público lo que sea contrario a los principios fundamentales de nuestro derecho y de la organización social actual.

La flexibilidad que resulta para el concepto de lo anteriormente expuesto lleva al resultado de que la concreción de la noción de orden público en los casos específicos deberá ser hecha por el juez. Pero esta precisión judicial no es libre; el juez no puede fundamentarla en su concepto subjetivo del problema; debe fundamentarlo en los textos en vigor; o en el espíritu general de la legislación a que se refiere el artículo 24 del Código Civil. De esta manera la determinación del orden público no es una cuestión de hecho sino de derecho. Constituyendo un punto de derecho el concepto de orden público que fijen los jueces de fondo puede ser revisado por el recurso de casación en el fondo.

311. Además de flexible la noción de orden público constituye un concepto variable que cambia según las concepciones políticas, sociales y económicas del legislador.

Ya hemos señalado cómo se ha querido ver una contraposición entre el orden público clásico de nuestro Código Civil y lo que hoy día se denomina el orden público económico. Hemos indicado también lo arbitrario de esta contraposición, ya que no hay ninguna disposición normativa en nuestro Código que limite el concepto de orden público.

Si el orden público económico es el conjunto de medidas que adoptan los poderes públicos con el propósito de organizar las relaciones económicas, no se ve cómo las medidas legales o reglamentarias que las contengan no van a ser consideradas dentro del espíritu general del ordenamiento jurídico que sirvan para determinarlas.²⁴

Por este contenido amplio de la noción de orden público servirá para recalcar su carácter de variabilidad. Los conceptos con que el Estado organiza las relaciones económicas se han demostrado extremadamente mutables a través del tiempo.

²⁴ R. D. J., t. 80, s. 5, p. 57, cons. 18.

– *Las buenas costumbres*

312. Las buenas costumbres son las reglas de moral social consideradas como fundamentales para el orden mismo en la sociedad.

Este concepto es una de aquellas nociones indeterminadas a través de las cuales la moral se introduce en el derecho. Pero lo que se gana desde el punto de vista ético se pierde desde el ángulo de la seguridad jurídica.

Es un concepto extremadamente vago. No se refiere sólo a la moral sexual, ya que fundamentándose en él la jurisprudencia francesa ha sancionado las loterías y los actos contrarios a la integridad física de las personas. Es además una noción en extremo variable; es distinta según las épocas y cambia con relación a los grupos sociales. Los diversos estratos dentro de un mismo grupo social tienen una noción del concepto de buenas costumbres diferente. Esta diversidad se aprecia también, y a veces en forma muy notoria, en estratos que integran un mismo o análogo nivel social, pero pertenecientes a desarrollos culturales o nacionales distintos.

Como un ejemplo clásico de la variación del concepto de buenas costumbres puede señalarse el criterio referente al seguro de vida. Los redactores del Código Napoleón lo consideraban inmoral, constituía para ellos una especulación sobre la vida humana; sin embargo, posteriormente la jurisprudencia lo consideró válido, jurisprudencia que fue ratificada por una ley sólo en 1930.

Los conceptos de orden público y buenas costumbres son generalmente paralelos; así lo vemos en el artículo 1461 y en los artículos 548, 1467 inciso 2º, 1475 inciso 2º. Esto es lógico, porque ¿no constituye en el fondo lo que violenta las buenas costumbres un acto contrario al orden público?

EL OBJETO ILÍCITO

313. El artículo 1461 no señala la exigencia de que el objeto deba ser lícito. Ella está contenida en el artículo 1445 del Código Civil que dispone que para que una persona se obligue para con otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: “3º que recaiga sobre un objeto lícito”; los artículos 1462 a 1466 hablan del objeto ilícito y el artículo 1682 lo sanciona expresamente con la nulidad absoluta.

El Código Civil no define el objeto ilícito. Se limita a señalar casos de objeto ilícito.

Los autores no están de acuerdo en lo que debe entenderse como objeto ilícito.

La mayoría entiende por objeto ilícito el contrario a la ley, al orden público o a las buenas costumbres, asimilando los motivos de ilicitud del objeto a los que señala para la causa el inciso segundo del artículo 1467 del Código Civil.

Estas definiciones consideran en la práctica ilícito al objeto moralmente imposible.

El profesor Eugenio Velasco replica que un objeto no puede ser nunca contrario a la ley, al orden público o a las buenas costumbres; ello sólo puede aplicarse a los actos humanos, que si no se acepta que es ilícito todo objeto que carece de cualquiera de los requisitos que la ley señala, un objeto indeterminado, intransferible o físicamente imposible no sería ilícito y, en consecuencia, no tendría sanción.²⁵

Don Luis Claro Solar dice que es objeto lícito el que se conforma con la ley, es reconocido por ella y lo protege y ampara.²⁶

Alessandri opina que tratándose de una cosa la calidad de ilícito equivale a la de intransferible. Se considera que cuando se trata de un objeto indeterminado o físicamente imposible, no hay objeto.²⁷

En realidad esta divergencia de opiniones proviene de una concepción limitada de lo ilícito. Se sigue la opinión de algunos autores franceses, para quienes sólo los actos y los fines son ilícitos o inmorales. Esto no es exacto; puede haber objetos inmorales; el propio artículo 1466 habla de las láminas, pinturas y estatuas obscenas, pero, más que eso, el concepto esencial de ilicitud es ser contrario a la ley. Ahora bien, tan contrario a la ley es un acto que no se ajusta a sus preceptos como una cosa que no cumple los requisitos fijados por la ley.

Generalmente nos dejamos llevar por la connotación moral del término “ilícito” y perdemos de vista su significado primario, no estar conforme a la ley.

El Código Civil señala en el artículo 1461 los requisitos generales que debe reunir el objeto, que lo hacen lícito, y enumera en los artículos siguientes, hasta el 1466, diversos actos en que señala expresamente la ilicitud del objeto.

Es por eso que el Código sanciona en el artículo 1682 exclusivamente el objeto ilícito, porque va a tener tal reparo el que no

²⁵ EUGENIO VELASCO, *El objeto ante la jurisprudencia*. Artes Gráficas, 1941, pág. 41.

²⁶ LUIS CLARO SOLAR, *op. cit.*, vol. V, t. XI, N° 864.

²⁷ A. ALESSANDRI - A. VODANOVIC, *op. cit.*, t. I, vol. 1, N° 513.

sea real, o sea intransferible, indeterminado o físicamente imposible, ya que no va a cumplir con los requisitos que la ley establece en el artículo 1461.

De otra manera entraríamos al campo de la especulación; suponer que a nuestro Código se le olvidó sancionar la irrealidad, indeterminación o la condición de físicamente posible del objeto. Aun más, nos llevaría a buscar una sanción para una convención cualquiera sobre cosas intransferibles que no sea su enajenación, ya que ésta es la única que está expresamente considerada en el artículo 1464.

El sistema del Código es perfectamente lógico; la ley sanciona el objeto ilícito y éste, para su licitud, debe cumplir los requisitos que señala el artículo 1461 y no consistir en ninguno de los pactos en que los artículos siguientes señalan expresamente que hay objeto ilícito.

Casos de objeto ilícito

– Actos prohibidos por la ley

314. Al estudiar la sanción de las leyes prohibitivas vimos que el artículo 10 del Código Civil dispone que los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor, salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención. Esto está reforzado por el artículo 1466 del Código Civil, que en su parte final dice que hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes.

Por lo tanto, el acto prohibido por la ley es aquel que contraviene una disposición prohibitiva.

La sanción de tales actos es la nulidad absoluta en conformidad al artículo 1682 del Código Civil.

Respecto a las leyes imperativas hay que distinguir si los requisitos que se omiten al celebrar el acto o contrato están establecidos en atención a la naturaleza de los actos mismos y no a la calidad de las personas que los ejecutan o acuerdan. En el primer caso se trata en realidad de disposiciones de orden público y equivalen a una disposición prohibitiva, pues prohíben que el acto se celebre sin cumplir determinados requisitos.

La infracción de tales disposiciones es también la nulidad absoluta, de acuerdo a los artículos 1681 y 1682 del Código Civil.

A este respecto nuestra Corte Suprema ha dicho que “es de toda evidencia que mientras no se cumplan los requisitos que

disponga una ley imperativa para que el acto o contrato a que se refiere tenga eficacia, ese acto o contrato, por mandato imperativo de la misma ley, no puede ejecutarse; su realización está impedida, o sea, prohibida mientras tales requisitos no sean efectivamente cumplidos. Y así, es fácil llegar a la conclusión de que esa ley imperativa debe equipararse a la ley prohibitiva”.²⁸

– Actos y contratos contrarios al derecho público chileno

315. El artículo 1462 del Código Civil dice que “hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público chileno...”²⁹

En realidad esta disposición en cierto modo repite los preceptos citados anteriormente que sancionan todo acto ejecutado en contravención a la ley.

La misma sanción está contemplada en los incisos segundo y tercero del artículo 7º de la Constitución que establece que “ninguna magistratura, ninguna persona, ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y origina las responsabilidades y sanciones que la ley señale”.

– Pactos relativos a sucesiones futuras

316. El inciso 1º del artículo 1463 del Código Civil dispone que “el derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva no puede ser objeto de una donación o contrato, aun cuando intervenga el consentimiento de la misma persona”.

Lo que esta disposición prohíbe en forma amplia es cualquier acto a título gratuito u oneroso sobre una sucesión cuyo causante no ha muerto, ya sea que el pacto verse sobre la totalidad o parte de la sucesión o sobre bienes comprendidos en ella. Naturalmente, no sería nulo en este último caso el acto si el que lo realiza tiene sobre el objeto del pacto un interés que no sea puramente sucesorio.

Los pactos ilícitos pueden tener diversos aspectos: a) renuncia a los derechos eventuales en una sucesión futura; b) pactos en

²⁸ R. D. J., t. 51, s. 1, p. 192.

²⁹ R. D. J., t. 78, s. 2, p. 1.

que se convenga con una persona instituirle heredero, y c) pacto en que un posible heredero cede a un tercero sus derechos eventuales.

La renuncia anticipada a derechos hereditarios no sólo infringe esta disposición sino también el artículo 956 del Código Civil, que dispone que la delación de una asignación es el actual llamamiento a aceptarla o repudiarla y que la asignación sólo se defiere al fallecer la persona de cuya sucesión se trata; igualmente el artículo 1226 que dice que no se puede aceptar asignación alguna (y, naturalmente, repudiar), sino después de que se haya deferido.

La institución anticipada de heredero no sólo es contraria a esta disposición, sino que puede lesionar también a las asignaciones forzosas que, de acuerdo con el artículo 1167 del Código Civil, son las que el testador está obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas.

Sin embargo existe un pacto de esta naturaleza que es lícito por expresa disposición de la ley. En efecto, el artículo 1204 del Código Civil establece: “Si el difunto hubiere prometido por escritura pública entre vivos, a un hijo legítimo o natural o a alguno de los descendientes legítimos de éstos, que a la sazón era legitimario, no donar, ni asignar por testamento parte alguna de la cuarta de mejoras, y después contraviniera a su promesa, el favorecido con ésta tendrá derecho a que los asignatarios de esa cuarta le enteren lo que le habría valido el cumplimiento de la promesa, a prorrata de lo que su infracción les aprovechar”. Agrega en el inciso segundo: “Cualesquiera otras estipulaciones sobre la sucesión futura, entre un legitimario y el que le debe la legítima, serán nulas y de ningún valor”.

Debe tenerse presente que este pacto excepcional sólo procede respecto de la cuarta de mejoras. Respecto a la legítima misma lo prohíben, fuera del artículo 1463, el inciso 2º del artículo 1204 que hemos citado y el inciso 1º del artículo 1192 que dispone que “la legítima rigurosa no es susceptible de condición, plazo, modo o gravamen alguno”.

Los pactos de cesión de derechos eventuales en una sucesión futura son también ilícitos.

Estos pactos y la renuncia anticipada son los únicos que considera el Código francés, no como ilicitud sino, curiosamente, limitando las cosas futuras como objeto.

Estos pactos pueden referirse tanto a la sucesión propia como a la de un tercero. En ambos casos existe objeto ilícito, y lo serán si la persona está viva y se refieren a la sucesión, es

decir, a un derecho eventual subordinado a la defunción previa de la persona.

No se incluyen en consecuencia en la prohibición las convenciones que estén sujetas al plazo suspensivo que significa la muerte de una persona. Aquí no se trata de la sucesión, se trata de un derecho que ha nacido y cuya exigibilidad pende del plazo suspensivo que significa la muerte propia o de otra persona, lo que es perfectamente válido.

– *Condonación anticipada del dolo*

317. El artículo 1465 del Código Civil prohíbe la condonación anticipada del dolo.

Si esta disposición no existiera, todos los contratos tendrían como cláusula común una de condonación del dolo y éste dejaría de ser sancionado. Se destruiría, además, la presunción general de buena fe que impera en nuestro derecho privado.

La expresión “no vale” que contiene este artículo es una de las muchas formas que el Código tiene de expresar una prohibición.

Al tratarse de un pacto prohibido la condonación futura del dolo constituye un objeto ilícito y es absolutamente nula.

Esto no significa que el dolo no pueda condonarse a posteriori, es decir, después de saber que ha existido.

Lo anterior lo expresa el mismo artículo 1465 al decir que “el pacto de no pedir más en razón de una cuenta aprobada, no vale en cuanto al dolo contenido en ella, si no se ha condonado expresamente...”

Esta disposición deja establecidos dos conceptos: en primer término que el dolo pasado puede condonarse; no existen aquí las razones de orden público y social que imponen la prohibición de condonar el dolo futuro; en segundo lugar, que la condonación del dolo pasado debe hacerse expresamente; un finiquito de orden general no cubre el dolo si ello no se establece taxativamente.

– *Deudas contraídas en los juegos de azar*

318. El artículo 1466 dispone que hay objeto ilícito en las deudas contraídas en los juegos de azar.

El juego de azar es aquel en que predomina la suerte.

Los juegos se dividen en juegos de azar y juegos de destreza, y los de destreza, en juegos de destreza corporal y de destreza intelectual.

Los juegos lícitos, es decir, aquellos que no son de azar, están reglamentados en los artículos 2259 y siguientes del Código Civil.

Los juegos de destreza corporal (carreras, tenis, etc.) no sólo son lícitos, sino que de ellos nacen obligaciones civiles perfectas, dan acción y excepción en conformidad al artículo 2263 del Código Civil.

Los juegos de destreza intelectual (ajedrez, por ejemplo) dan origen a lo que podemos llamar una obligación natural, ya que, de acuerdo con el artículo 2260 del Código Civil, no producen acción sino solamente excepción.

En resumen, en los juegos de destreza corporal puede cobrarse lo ganado y retenerse si ha sido pagado; en los juegos de destreza intelectual no puede cobrarse lo ganado, pero puede retenerse si ha sido pagado; los juegos de azar son ilegales; las deudas contraídas en ellos adolecen de objeto ilícito; dichas deudas no pueden cobrarse ni autorizan a retener lo pagado si han sido solventadas.

Por la denominación del párrafo 1º del Título XXXIII del Libro IV del Código Civil estas disposiciones rigen tanto para el juego como para la apuesta. Ambos son conceptos distintos: la idea de juego implica la de acción, es decir, la participación personal en la competencia; en cambio, la apuesta significa que el resultado, favorable o desfavorable, va a depender de un hecho o acción extraños al apostante.

No debemos olvidar, sin embargo, que leyes especiales han autorizado y hecho lícitos diversos juegos de azar. Sucede así con las leyes que autorizaron la Lotería de Concepción, la Polla Chilena de Beneficencia, la Polla Gol y el funcionamiento de diversos casinos municipales en el país.

– Venta de libros prohibidos u objetos inmorales

319. El artículo 1466 del Código Civil dispone también que hay objeto ilícito en la venta de libros cuya circulación está prohibida por autoridad competente, de láminas, pinturas y estatuas obscenas, y de impresos condenados como abusivos de la libertad de prensa.

En cuanto a los escritos y objetos inmorales, la ley sanciona aquí con una nulidad civil lo que el artículo 374 del Código Penal castiga como delito.

– Enajenación de las cosas que están fuera del comercio

320. Todos los casos que analizamos anteriormente se referían a actos contrarios a la ley, a las buenas costumbres o al orden público. El artículo 1464 del Código Civil señala cuatro casos de objeto ilícito que se refieren a la enajenación de cosas incomerciables.

El artículo 1464 comienza diciendo: “Hay un objeto ilícito en la enajenación”. La palabra enajenación puede interpretarse tanto en un sentido restringido, como sinónimo de la transferencia del dominio de la cosa a otra persona, cuanto en un sentido amplio, como transferencia de todo o parte del dominio de la cosa o constitución sobre ella de un derecho real que lo limite.

Los autores no están de acuerdo sobre el alcance del término. Don Luis Claro opina que debe dársele el alcance restringido; don Eugenio Velasco el significado amplio.³⁰

La jurisprudencia se ha uniformado en considerar que la palabra enajenación empleada en el artículo 1464, sin ningún concepto que limite el significado y efectos, debe necesariamente entenderse en su acepción más comprensiva, o sea, como el acto por el cual se transfieren a otro la propiedad u otro derecho real sobre una cosa a cualquier título. De modo que en esa denominación se comprenden las diversas especies de enajenación que la ley reconoce, incluso si se la obliga o sujeta a ciertas limitaciones o gravámenes, como la prenda, la hipoteca o las servidumbres.³¹⁻³²

Conviene destacar que dentro de esta misma interpretación la adjudicación entre comuneros no constituye enajenación.

Aun cuando la venta no implica enajenación, pues, en nuestro derecho, de un contrato nacen sólo derechos personales y la transferencia del dominio se verifica exclusivamente por la tradición de la cosa vendida, el artículo 1810 del Código Civil dice que “pueden venderse todas las cosas corporales o incorporeales, cuya enajenación no esté prohibida por ley”. En resumen, se prohíbe la venta de las cosas cuya enajenación está prohibida.

³⁰ LUIS CLARO SOLAR, *op. cit.*, vol. V, t. XI, N° 869. EUGENIO VELASCO, *op. cit.*, p. 71.

³¹ R. D. J., t. 17, s. 1, p. 207; t. 32, s. 1, p. 474; t. 57, s. 2, p. 97; t. 79, s. 1, p. 90; t. 82, s. 5, p. 62.

³² Debe señalarse que el incumplimiento de una cláusula que contenga una prohibición de gravar y enajenar que emane de un acuerdo de voluntades no afecta la validez del acto, sino que importa exclusivamente una infracción a una obligación de no hacer, cuya consecuencia contempla el art. 1555 del C. Civil (R. D. J., t. 80, s. 1, p. 94).

Mucho se ha discutido respecto al alcance de esta disposición. Se alega que los dos últimos números del artículo 1464 no son prohibitivos, porque la enajenación puede realizarse con ciertos requisitos. Que, en consecuencia, la enajenación en los casos que ellos contemplan no está prohibida y, por consiguiente, en esas situaciones las cosas pueden venderse.

Este enfoque del problema es ingenioso. Incluso tiene algunas ventajas prácticas al permitir la venta de cosas embargadas y el deudor podría así obtener el dinero para pagar la deuda y levantar el embargo. Pero estimamos que es una interpretación extremadamente exegética del artículo 1810. Al referirse éste a las cosas cuya enajenación esté prohibida ha significado que la enajenación no esté autorizada, no esté permitida, pero en ningún momento ha querido exigir que la no enajenación esté consignada en una disposición de carácter absolutamente prohibitivo.

En resumen, estimamos que, de acuerdo al artículo 1810, no pueden venderse las cosas comprendidas en las situaciones de los cuatro números del artículo 1464.

321. El artículo 1464 señala en su número 1º que hay objeto ilícito en la enajenación “de las cosas que no están en el comercio”. En realidad, ésta constituye la norma general de la disposición.

Al señalar las cosas que no están en el comercio debemos variar la clasificación que hicimos en el Nº 302, porque aquí están divididas según los números de la disposición.

En este primer número podemos incluir las cosas comunes a todos los hombres (art. 585 del C. C.), los bienes nacionales de uso público (art. 589 del C. C.) y las cosas consagradas al culto divino (art. 586 del C. C.).

322. El número 2º del artículo 1464 se refiere a los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona.

Estos derechos son los que llamamos derechos personalísimos. Entre ellos podemos señalar el derecho de alimentos (art. 334 del C. C.); los derechos de uso y habitación (art. 819 del C. C.); el derecho que emana del pacto de retroventa (art. 1884 del C. C.). El derecho moral de autor (art. 16 de la Ley Nº 17.336 de Propiedad Intelectual).

Nos referimos antes a los derechos de la personalidad y señalamos el concepto de Biondi de que tales derechos deben tener un objeto, y que estos objetos son entidades jurídicas que deben encuadrarse en el amplio círculo de las cosas.

Estos derechos generalmente no están dentro del comercio. Así no podrían enajenarse la vida, la imagen, el nombre. Sin em-

bargo no lo hemos expresado en forma absoluta, porque siendo un derecho de la personalidad el derecho a la integridad física, la costumbre, la jurisprudencia y la legislación van aceptando determinadas enajenaciones que lesionan la integridad física; así, la venta de sangre para transfusiones, la donación de órganos para trasplantes.

323. El número 3º del artículo 1464 dispone que hay objeto ilícito en las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello.

La expresión embargo, ya que el Código Civil es anterior al de Procedimiento Civil, no se refiere sólo al embargo propiamente tal, que se produce en el juicio ejecutivo y al que se refieren los artículos 443 Nº 2º y siguientes del Código de Procedimiento Civil, sino a cualquiera medida precautoria sobre la cosa.

En este sentido amplio quedan incluidas en la expresión embargo todas las medidas precautorias de prohibición de gravar y enajenar o de celebrar actos y contratos sobre una cosa, igualmente la retención o secuestro decretados por el juez (art. 290 del C. de P. C.).

El embargo de bienes muebles existe tanto para las partes como para los terceros desde que toman conocimiento de él.

Respecto de los bienes inmuebles el embargo existe para la parte desde que ha sido notificada, para los terceros desde que está inscrito en el Registro correspondiente. Todo lo anterior resulta de lo dispuesto en el artículo 297 del Código de Procedimiento Civil.

El embargo se extiende a las cosas accesorias de la principal sobre la cual recae.

El acto es nulo cuando el embargo existe al momento de celebrarse aunque después se alce.

Con relación a los bienes raíces la jurisprudencia ha resuelto el caso de que se alce judicialmente el embargo decretado y, no obstante, la inscripción en el Registro del Conservador no se cancele. Tal acto es válido porque lo que configura la ilicitud es la resolución judicial y no la inscripción que es una simple medida de publicidad.

Durante un tiempo se discutió si la ilicitud se refería sólo a las enajenaciones voluntarias o comprendía también las ventas forzadas. Hoy no existe el problema después de la modificación del artículo 528 del Código de Procedimiento Civil, pues, como lo dice una sentencia, reconoce explícitamente la procedencia legal de una segunda ejecución con su correspondiente embargo de los bienes ya embargados en la primera.

La jurisprudencia ha considerado también que el N° 3° del art. 1464 no tiene aplicación respecto de las ejecuciones forzadas llevadas a cabo por ministerio de la justicia desde que la resolución ha quedado ejecutoriada aunque ella no haya sido aún inscrita.³³

Como hemos visto, el propio N° 3° del artículo 1464 autoriza la enajenación de las cosas embargadas si el juez lo autoriza o el acreedor consiente en ello.

La jurisprudencia ha precisado los términos en que debe concederse la autorización judicial. En primer lugar ella debe emanar del mismo juez que decretó el embargo o medida precautoria; en segundo lugar la autorización debe ser expresa y referirse específicamente al embargo decretado; por último, la autorización debe darse con anterioridad a la enajenación.

Con relación al acreedor, su autorización puede ser expresa o tácita. La posibilidad de autorización tácita la ha considerado la jurisprudencia, entre otros, en los casos en que el acreedor ha sido notificado de la enajenación para otros efectos y nada ha dicho dentro del término de emplazamiento, o bien, cuando el comprador de un bien embargado es el propio embargante. Pero esta autorización debe darse también con anterioridad a la enajenación.

324. El N° 4° del artículo 1464 del Código Civil dispone finalmente que hay objeto ilícito en la enajenación de las especies cuya propiedad se litiga.

En otros términos, para que se aplique esta disposición no basta que exista un litigio sobre una cosa, sino que es además necesario que lo que se discuta en este juicio sea el dominio o propiedad de ella. Esto sucederá normalmente en un juicio reivindicatorio.

La disposición ha sido modificada por el inciso 2° del artículo 296 del Código de Procedimiento Civil que establece: “Para que los objetos que son materia del juicio se consideren comprendidos en el número 4° del artículo 1464 del Código Civil, será necesario que el tribunal decreta prohibición respecto de ellos”. La prohibición a que se refiere es la de celebrar actos y contratos sobre bienes determinados. Por lo tanto, el simple litigio no basta para configurar la ilicitud.

De acuerdo con el inciso 1° del artículo 297 del Código de Procedimiento Civil, “cuando la prohibición recaiga sobre bienes

raíces se inscribirá en el registro del Conservador respectivo, y sin este requisito no producirá efecto respecto de terceros”.

Con relación a los bienes muebles, la prohibición afecta a terceros desde que éstos tienen conocimiento de ella.

Desde el momento en que se ha exigido un decreto judicial de prohibición, es decir, de embargo en sentido amplio, las cosas comprendidas en el N° 4° del artículo 1464 pasan a quedar comprendidas en el N° 3° del mismo y el número 4° ha quedado de más.

De acuerdo con el número 4° no hay objeto ilícito si el juez que conoce en el litigio autoriza la enajenación, pero si, como lo hemos señalado, la cosa pasa a quedar comprendida en el N° 3°, procederá también el consentimiento del acreedor.

– Sanción del objeto ilícito

325. La sanción del objeto ilícito es la nulidad absoluta de acuerdo con lo dispuesto expresamente por el artículo 1682 del Código Civil.

La falta de objeto, es decir, que éste no sea real, sea indeterminado o físicamente imposible, tiene la misma sanción de nulidad absoluta por las razones que hemos expuesto en el número 314 de este párrafo.

LA CAUSA

326. El artículo 1445 del Código Civil dice que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: “4° que tenga una causa lícita”. El artículo 1467 agrega que “no puede haber obligación sin una causa real y lícita”.

El inciso 2° del artículo 1467 define la causa diciendo que “se entiende por *causa* el motivo que induce al acto o contrato”.

Antes de analizar el concepto mismo de estas disposiciones, surge un primer problema, cual es determinar si el Código se refiere a la causa del acto, a la causa del contrato o a la causa de la obligación.

El artículo 1131 del Código Civil francés habla de la causa de la obligación; en cambio el Código Civil italiano en los artículos 1343 y siguientes se refiere a la causa del contrato; igual criterio sustenta el Código Civil español, pormenorizando lo que se

³³ R. D. J., t. 81, s. 2, p. 56.

entiende por causa en cada tipo de contrato en los artículos 1274 a 1277.

La doctrina clásica de la causa en Francia sostuvo que el Código francés siguió la fórmula de los juristas clásicos Domat y Pothier, eliminando toda búsqueda de los motivos del contrato y manteniendo solamente la exigencia de causa de la obligación.

Entre nosotros Alessandri opina que la causa de la obligación es el hecho que la genera, o sea, la fuente de la obligación, lo que más adelante definiremos como causa eficiente; en cambio, la fuente del contrato es el interés jurídico que mueve a las partes a celebrarlo, o sea, la causa final.

En nuestro derecho, el artículo 1445 del Código Civil está señalando la causa como un requisito de los actos o declaraciones de voluntad; por su parte, el artículo 1467, aunque en su inciso primero habla de causa de la obligación, en el inciso segundo se refiere a la causa del contrato. Además, el artículo 1469, un poco más adelante en el mismo párrafo, trata en general de los “actos o contratos” inválidos. Por último, los artículos 1681 y 1682 del Código Civil, que tratan la nulidad en general y señalan las causas que la producen, entre ellas la causa ilícita, se refieren a los actos y contratos.

Por lo tanto, en nuestro derecho debemos investigar la causa del contrato y, con mayor amplitud, la causa del acto jurídico, que es lo que establece nuestra legislación positiva.³⁴

327. En doctrina ha existido una gran discusión respecto a esta materia. Algunos autores, denominados anticausalistas, sostienen que para la existencia de un acto bastan el consentimiento y el objeto, y que la causa es un elemento falso, inútil y artificial. Entre los anticausalistas podemos señalar a Planiol, Giorgi, Laurent y Dabin. Para Planiol la causa es lo mismo que el objeto; para Dabin queda absorbida por el consentimiento.³⁵

Sin embargo, como lo hemos mencionado, la mayoría de los Códigos actuales señalan expresamente la necesidad de una causa; así, el francés, el italiano, el español y otros.

³⁴ RICARDO HEVIA C., *Concepto y función de la causa en el Código Civil chileno*. Editorial Jurídica de Chile, 1981.

³⁵ M. PLANIOL, *op. cit.*, t. II, N° 1039.

GIORGIO GIORGI, *Teoría delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*. Cammelli, 1898.

F. LAURENT, *Principes de Droit Civil français*. Marescq., 1887.

J. DABIN, *La teoría de la causa*. Ed. Rev. de D. Priv., 1955, p. 73.

El Código Civil alemán (BGB) no se refiere al requisito de causa en los actos jurídicos u obligaciones; sin embargo, llega a su reconocimiento en forma indirecta; en el enriquecimiento injusto el artículo 812 dice que el que obtiene algo sin causa jurídica está obligado a la restitución; igual cosa sucede, según el artículo 817, si la finalidad de una prestación ha atentado contra una prohibición legal o las buenas costumbres.

La mayoría de los autores reconocen la existencia de una causa como requisito de la obligación o del contrato. Entre ellos, Capitant, Jossierand y Ripert, en Francia; Ferrara, Santoro Passarelli y Betti, en Italia; Dualde y Díez-Picazo, en España.³⁶

La existencia de causa, el principio de causalidad, es un principio de lógica y algo común a todas las disciplinas, una realidad universal. Sería absurdo pretender que esto no se aplica al derecho, que en él las cosas no tienen causa, o, en forma más restringida, que las instituciones no tienen causa sino solamente los contratos; o bien, por último, que sólo las obligaciones tienen causa. En el punto que nos interesa, cuando se realiza un acto jurídico, él se efectúa en virtud de algún antecedente; no es algo que resulte puramente del azar. Si la voluntad se moviliza para hacer algo lo hace también impulsada por algo, y esto es la causa. Por ello, muy sabiamente, nuestro Código Civil señala en el artículo 1445 que para obligarse por un acto o declaración de voluntad este acto debe tener una causa; aun más, una causa lícita.

Frente a esta disposición y a lo que establece el artículo 1467 no cabe discutir entre nosotros que la causa es un elemento del acto jurídico.

328. Cuando se trata ya de precisar el concepto de causa se ha distinguido entre causa eficiente, causa final y causa ocasional.

³⁶ HENRI CAPITANT, *De la cause des obligations*. Dalloz, 1923.

LUIS JOSSEERAND, *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado*. Cajica (Puebla), 1946.

GEORGES RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*. Lib. Générales de Droit, 1927.

F. FERRARA, *Teoría del negozio illecito*. Milán, 1914.

F. SANTORO PASSARELLI, *Doctrinas generales del Derecho Civil*. Ed. Rev. de D. Priv., 1964.

EMILIO BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*. Ed. Rev. de D. Priv., 1945.

JOAQUIN DUALDE, *Concepto de la causa en los contratos*. Bosch, 1949.

LUIS DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Tecnos, 1979, p. 140.

Por causa eficiente se entiende el antecedente o elemento generador. Así en las obligaciones la causa estaría constituida por la fuente de ellas que señala el artículo 1437 del Código Civil.

La causa final es el fin directo e inmediato que la parte se propone alcanzar en virtud del acto; como dice Claro Solar, es el fin o propósito inmediato e invariable de un acto. Se agrega que ésta es una finalidad típica y constante del acto, independiente de los móviles individuales, y es idéntica siempre en los actos y contratos de la misma especie.

Por último, la causa ocasional son los motivos individuales que han llevado a realizar el acto.

De acuerdo a la teoría clásica la causa es la causa final y una misma clase de contratos tiene una misma causa. En los contratos bilaterales la causa para la obligación de cada uno de los contratantes es la obligación recíproca de la otra parte. En los contratos unilaterales (reales) es la entrega o restitución de la cosa. En los contratos a título gratuito, la liberalidad.

Las insuficiencias de la teoría tradicional de la causa y particularmente la jurisprudencia de los tribunales han determinado un cambio, especialmente en Francia, donde se han resuelto numerosos casos ampliando el concepto en dos direcciones. La primera en sentido material, aproximando la causa al objeto; así en los contratos bilaterales la causa de una obligación es el objeto de la otra. Esto ha llevado a considerar no sólo que si falta el objeto de una obligación la otra carece de causa, sino también a que si el objeto de una obligación no corresponde a la prestación recíproca ésta carece parcialmente de causa y puede reducirse. La segunda en el sentido psicológico; en este aspecto los jueces se han reconocido un derecho general para controlar la finalidad del contrato.

Paralelamente la doctrina ha evolucionado y ha sostenido una interpretación subjetiva de la causa. Así Capitant, Jossierand y especialmente Ripert, para quien la causa es el motivo determinante del acto jurídico y se confunde con el fin perseguido por las partes.³⁷

En Italia, exceptuando tal vez a Ferri, los autores se inclinan hoy por una posición objetiva. Para ellos la causa, como lo dice Trabucchi, es la función económico-social de todo negocio, que no

³⁷ H. CAPITANT, *op. cit.*
L. JOSSERAND, *op. cit.*
G. RIPERT, *op. cit.*

debe confundirse con el fin individual o motivo; en sentido similar se pronuncian Coviello, Stolfi, Ferrara y Betti.³⁸

Pero a este respecto debe tenerse presente que el Código Civil italiano hace una clara distinción entre “causa” y “motivo”. Los artículos 1343 y 1344 hablan de causa, pero el artículo 1345 declara la invalidez de un contrato que las partes han acordado exclusivamente por un motivo ilícito común.

329. Entre nosotros se ha considerado en forma casi unánime que el concepto de causa de nuestro Código Civil corresponde al de la teoría clásica.

Como dice Claro Solar, el legislador no se ha preocupado ni ha podido preocuparse de las causas ocasionales de las declaraciones de voluntad; para descubrir tales causas sería necesario escrutar los pensamientos, los deseos de cada una de las partes, cosa imposible para el juez. Igual opinión sostienen Alessandri y León Hurtado.³⁹

330. No participamos de este criterio porque, a diferencia del Código francés, nuestro Código Civil definió expresamente la causa y dijo en el inciso segundo del artículo 1467: “Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato”.

El Código ha dicho pues claramente que entiende por causa el “motivo”. Ya antes el artículo 1455 había empleado los conceptos de intención o motivo y causa al decir que el error de la persona con quien se tiene la “intención” de contratar no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la “causa” principal del contrato. El inciso 1º del artículo 2456 dice que “la transacción se presume haberse aceptado por consideración a la persona con quien se transige”.

Por lo tanto, el considerar la intención o motivo no es una cosa extraña o contraria al ordenamiento de nuestro Código Civil,

³⁸ GIOVANNI FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Giuffrè, 1968.

ALBERTO TRABUCCI, *Instituciones de Derecho Civil*. Ed. Rev. de D. Priv., 1967, t. I, p. 178.

NICOLAS COVIELLO, *Doctrina General del Derecho Civil*. Hispanoamericana, 1938.

GIUSEPPE STOLFI, *Teoría del Negocio Jurídico*. Ed. Rev. de D. Priv., 1959, p. 41.

F. FERRARA, *op. cit.*

E. BETTI, *op. cit.*

³⁹ LUIS CLARO SOLAR, *op. cit.*

A. ALESSANDRI - A. VODANOVIC, *Derecho Civil*. Parte General, t. I, p. 403.
AVELINO LEON HURTADO, *La causa*. Editorial Jurídica de Chile, 1990.

más si consideramos que el artículo 1634 señala la intención de los contratantes como el elemento que debe buscarse en la interpretación de los contratos; algo similar señala el artículo 1069 del Código Civil al disponer que en la inteligencia del testamento prevalecerá la voluntad del testador.

La tesis comúnmente aceptada lleva a la inconsecuencia de hacer necesarios dos conceptos distintos de causa: uno para la causa lícita, otro para la causa ilícita. En efecto, de acuerdo a ella, cuando se trata de causa lícita el legislador se refiere a la causa final que es constante e invariable en los contratos de un tipo determinado; cuando se trata de causa ilícita el juez tiene que juzgar los motivos individuales que inducen al acto o contrato.

Resultaría entonces que los actos tienen dos tipos de causas: la final y los motivos. Si el juez va a tener que investigar siempre los motivos para saber si hay causa ilícita se ve la inutilidad y lo artificioso de la causa final.

Lo lógico es que el concepto de causa comprenda tanto la causa lícita como la ilícita; no se trata de instituciones distintas, sino de una misma; la causa ilícita no es otra causa sino la misma que adolece de alguno de los vicios que la ley señala.

La principal objeción que se ha hecho para considerar los motivos de cada acto como causa de él estriba en que ella variará con relación a cada contratante, que tendría un carácter personal, que el juez estaría obligado a escrutar pensamientos.

Esta objeción no es válida entre nosotros. En efecto, como la causa no necesita expresarse, según lo veremos más adelante, su fijación sólo puede provenir de una interpretación del contrato. Ahora bien, las normas de interpretación de los contratos en nuestro Código Civil y en el Código francés, aunque similares en apariencia, tienen una diferencia esencial.

En ambos códigos se establece que debe buscarse la voluntad real por sobre la voluntad declarada. Esta doctrina la expresa el artículo 1156 del Código Napoleón diciendo: “Debe buscarse en las convenciones cuál ha sido la intención común de las partes contratantes, antes que detenerse en el sentido literal de las palabras”. Como dice Flour, el principio se reduce a un método muy simple: “buscar cuál ha sido la voluntad de los contratantes. El juez está, antes de todo, encargado de descubrir una psicología”.⁴⁰ Otros autores confirman esto, diciendo que el juez deberá abocarse a penetrar el alma de los contratantes. Debe, pues, entregarse a

⁴⁰ JACQUES FLOUR, *Cours de droit civil*. 2º año de licencia. 1964, p. 383.

un verdadero trabajo de orden psicológico.⁴¹ Se comprende frente a esto la reticencia de los autores clásicos franceses a aceptar los motivos como causa frente al peligro de absoluta arbitrariedad e inseguridad jurídica que ello podía representar.

El artículo 1560 de nuestro Código Civil dispone también que se estará a la voluntad real y no a la declarada, pero lo establece en los siguientes términos: “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”.

Con esta redacción desaparece de inmediato toda investigación puramente psicológica; la intención debe haberse manifestado, ya que ésta es la única forma de conocer “claramente” la intención de los contratantes.⁴²⁻⁴³

Se realiza así una fusión de las ideas subjetivas y objetivas predominantes. Nuestro Código ha consagrado desde un comienzo las ideas que, no hace muchos años, propiciaba el Decano Maury de combinar los puntos de vista objetivos y subjetivos; de limitar, por la consideración de elementos objetivos, la búsqueda de la intención.⁴⁴

Las otras razones que se dan en favor de la teoría clásica carecen de valor. No puede darse como antecedente el Código Napoleón, porque al amparo de sus disposiciones la doctrina y la jurisprudencia francesas no han coincidido y porque ya hemos visto cómo nuestro Código varió la redacción de los artículos que juegan en esta materia; por lo demás, la definición de la causa como motivo fue agregada intencionalmente en la última revisión del Código, pues no aparecía en el proyecto de 1853 en el artículo correspondiente que es el 1642. La pura liberalidad a que se refiere el inciso segundo del artículo 1467, aunque coincide con una adaptación de la escuela clásica, constituye precisamente la consignación de una intención o motivo; igual sucede con los ejemplos del inciso tercero del mismo artículo. La casi uniformidad de la jurisprudencia es sólo un reflejo del peso de la opinión de nuestros tratadistas clásicos.

⁴¹ JEAN CARBONNIER, *Théorie des obligations*. 1963, p. 251.

CRISTINA TALAMON, *Le pouvoir de contrôle de la cours de cassation sur l'interprétation et l'application des contrats*. Tesis, 1926, p. 24.

⁴² JORGE LOPEZ SANTA MARIA, *Sistema de interpretación de los contratos*. Ed. U. de Valparaíso. Señala entre nosotros que “el alcance del art. 1561 no es diferente del art. 1156 del C. francés” (p. 83), pero agrega más adelante que hay una diferencia de matiz y que “la intención no es solamente necesario probarla, sino que la prueba debe procurar al juez una convicción sin equívoco” (p. 84).

⁴³ J. MAURY, *Rev. Int. Dº Comp.* 1951, pág. 493.

⁴⁴ R. D. J., t. 82, s. 2, p. 67, cons. 13 y 18.

La causa es, en consecuencia, el motivo claramente manifestado del acto o contrato.

REQUISITOS DE LA CAUSA

331. De acuerdo con el artículo 1467 del Código Civil la causa debe ser real y lícita.

Como lo veremos a continuación la causa no necesita ser expresa.

– *Causa real*

332. Se entiende por causa real aquella que efectivamente existe.

Ya hemos visto que el artículo 1467 que dice que se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato, en el primer inciso expresa que la simple liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Por lo tanto, la liberalidad es una causa idónea, porque constituye un motivo lícito para la actuación humana.

El que el acto de beneficencia sea un acto causado, no sólo reafirma el concepto de motivo como significado de causa, sino que además confiere categoría jurídica a los actos de solidaridad humana o social.

La liberalidad, en consecuencia, es una causa real.

La existencia de causa debe ser objetiva; no basta que exista solamente en el fuero interno de la persona.

La causa inexistente no es real. Tampoco lo es la causa falsa, que es la que no existe, pero se hace aparecer como existente, ni lo es la causa errónea, pues la existencia de una causa real implica el que ella sea verdadera.

Esto último no significa que si la persona cree que la causa es una, pero es otra, el acto será inválido, pues el acto tendrá siempre una causa real; tal es el caso que contempla el artículo 2295 del Código Civil, el cual, por otra parte, confirma la tesis del motivo como causa, ya que el caso que contempla el inciso segundo es el de un motivo erróneo.

De acuerdo con esta necesidad de existencia de una causa real se ha fallado que carece de ella la transacción sobre un pleito que ya había fenecido; que si no se entrega por el mutuante la cantidad objeto del contrato, el contrato de mutuo carece de causa; que carece de causa la compraventa si los derechos vendidos sobre un inmueble pertenecían al comprador o no existían.

La necesidad de una causa real se desprende, además de lo establecido expresamente en el artículo 1467, de lo dispuesto en el artículo 2299 del Código Civil que señala que “del que da lo que no debe, no se presume que lo dona, a menos de probarse que tuvo perfecto conocimiento de lo que hacía, tanto en el hecho como en el “derecho”. Igual necesidad de causa real considera el artículo 1816 del Código Civil al disponer que la compra de cosa propia no vale.

El artículo 1467 dispone que no es necesario expresar la causa de los actos y contratos. Esto significa que la existencia de causa se presume. De acuerdo con lo anterior se ha fallado que no es necesario que el contrato exprese la causa de la obligación y que es la parte que niega la existencia de causa la que está obligada a probar su inexistencia. Que la parte que niega la existencia de causa o del motivo que induce a contratar está obligada a probar dicha inexistencia.

– *Causa ilícita*

333. El artículo 1445 del Código Civil exige además que la causa sea lícita.

Contrariamente a lo que sucede con el objeto, el Código ha definido expresamente lo que entiende por causa ilícita. El inciso 2º del artículo 1467 dice que causa ilícita es la prohibida por la ley, o contraria a las costumbres o al orden público.

Tenemos entonces, en primer término, que será ilícita la causa que consista en un motivo prohibido por la ley, es decir, que contraría una disposición prohibitiva.

En segundo término será ilícita la causa contraria a las buenas costumbres.

La noción de buenas costumbres ha sido ya estudiada.

Dentro de este concepto se ha fallado que son abiertamente inmorales y contrarios a las buenas costumbres, lo que los vicia de nulidad absoluta, por la ilicitud de su causa, el contrato celebrado entre el deudor ejecutado y un tercero para alterar el verdadero precio de la subasta de un bien embargado; el contrato en virtud del cual el marido promete vender a un tercero un bien raíz de la mujer si se deniega la autorización judicial; el contrato de arrendamiento hecho para destinar el inmueble a un fin inmoral; los actos ejecutados por los mandatarios en el ejercicio de su mandato, en que el beneficio queda en poder de ellos y no redunda en beneficio de los mandantes.

Por último, es ilícita la causa contraria al orden público.

Ya hemos analizado el concepto de orden público.

Aplicando este concepto se ha fallado que adolecen de causa ilícita las erogaciones hechas para sostener una situación revolucionaria, pues contrarían el orden público.

334. Se presenta el problema de dilucidar si el fin o motivo ilícito debe ser común a ambas partes para que la causa pueda considerarse ilícita.

En Francia, en los contratos onerosos, la jurisprudencia ha estimado que, para ese efecto, una parte debía conocer el fin ilícito que determinaba a la otra; aún más, se ha llegado a exigir que el fin ilícito fuera común, es decir, convenido.

Nada hay en nuestro derecho que permita sustentar un criterio de esta naturaleza.

La solución entre nosotros es muy clara; basta al efecto aplicar las normas generales sobre quienes pueden solicitar la declaración de nulidad absoluta y que señala el artículo 1683 del Código Civil.

Sólo la parte que conoció o debió conocer el vicio que invalidaba el contrato no puede pedir su nulidad. La otra podría solicitarla. Sería profundamente injusto mantener el contrato bajo el pretexto de que el fin ilícito o inmoral de una de las partes no era conocido por la otra, de tal forma que impidiera a ésta pedir la nulidad.

Cualquiera que tenga interés podrá solicitar la nulidad del contrato, excepto la parte que incurrió en la ilicitud.

Lo anterior concuerda con lo dispuesto en el artículo 1468 del Código Civil, que establece que “no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”.

– *Causa simulada*

335. Debe también analizarse si la causa que las partes señalan en un convenio, sabiendo que no es la verdadera, implica falta de causa real o ilicitud de la causa.

Esta causa es la que se denomina causa simulada.

Si fuera de la causa simulada no existe ninguna causa real, el contrato o acto será nulo por falta de causa. Pero si fuera de la causa simulada existe una causa real, el contrato no es nulo por la simulación, pues la causa real existe.

Como se ha fallado, no obsta a la validez de la obligación la simulación de la causa, si la causa verdadera u oculta es perfectamente lícita; por el contrario, es ilícita la simulación que se cele-

bra con la intención positiva de perjudicar a terceros ya que adolece de causa ilícita.

Por lo tanto, si la causa verdadera es ilícita el acto será nulo.

– *Actos abstractos*

336. Al admitir la teoría de la causa estamos estableciendo que no basta la simple voluntad de hacer nacer una obligación, que no es suficiente la apariencia material o jurídica de realizar un acto jurídico; la autonomía de la voluntad no funciona por sí sola; es preciso que el consentimiento se encuentre justificado, que tenga una causa.

La promesa o el pago de una cantidad no es jurídicamente eficaz, sino en cuanto esté motivada por una intención de liberalidad o porque se recibe en cambio una ventaja. Nuestro Código expresa esto en forma explícita al decir en el artículo 2299: “del que da lo que no debe, no se presume que lo dona, a menos de probarse que tuvo perfecto conocimiento de lo que hacía, tanto en el hecho como en el derecho”.

El Código Civil alemán (BGB) admite en los artículos 781 y 782 la promesa abstracta y el reconocimiento de deuda abstracto, es decir, la posibilidad de obligarse sin que sea necesaria la existencia de una causa. Sin embargo, la jurisprudencia ha concedido aun respecto de estos actos la acción de enriquecimiento injusto (sin causa) de los artículos 812 y siguientes.

En nuestro derecho se ha sostenido que existen actos no causados, como lo serían, en la fianza, la obligación del fiador frente al acreedor y las letras del cambio y, en general, los efectos de comercio.

Sin embargo, decir que la fianza o el efecto de comercio son actos abstractos en el sentido de que carecen de causa sería suponer la existencia de actos inmotivados. Ahora bien, todos los seres humanos, excepto los locos, realizan las cosas por algún motivo.

En la fianza gratuita la causa va a consistir en la mera liberalidad, que actúa tanto respecto al deudor como al acreedor, ya que es imposible que el fiador la concrete, respecto al deudor, sino a través de su obligación con el acreedor.

Los efectos de comercio son evidentemente el resultado o se han producido en una negociación que ha sido causada y en ella encuentran su causa.

Si una letra de cambio se acepta para pagar una obligación, por ejemplo para garantizar el pago de un saldo de precio, etc., no puede decirse que carezca de causa. Incluso lo que comúnmente se denomina letra de favor tiene por causa una liberalidad.

¿Qué queremos significar entonces con el término abstracto?

Si pensamos que estos títulos son esencialmente negociables y que se transfieren en forma muy simple por la entrega material o el endoso, vemos que esta facilidad de tráfico se perdería totalmente si pudieran impugnarse por algún defecto de su causa original.

Por esto, desde que estos documentos pasan a poder de terceros no pueden ser objetados ni por falta ni por vicio de la causa. Es decir, no son abstractos en sí, sino que pasan a considerarse como tales en manos de un tercero para quien la existencia o vicio de la causa es irrelevante.

La palabra abstracto ha seducido a veces a nuestros tribunales que los han considerado tales aun cuando se encuentren en poder de la parte originaria que los ha recibido en una negociación. Esto es un error.

Si, por ejemplo, en una compraventa a plazo se pactan intereses usurarios por el saldo de precio y el comprador acepta letras de cambio para asegurar su pago, mientras tales letras están en poder del vendedor el comprador puede objetarlas por ilicitud de la causa. Nuestros tribunales no lo han considerado siempre así; a nuestro entender, erradamente. Si estas letras son endosadas a terceros ya el aceptante no podrá alegar la ilicitud de la causa.

El artículo 28 de la Ley N^o 18.092 dispone que la persona demandada en virtud de una letra de cambio no puede oponer al demandante excepciones fundadas en relaciones personales con anteriores portadores de la letra. Esta inoponibilidad no cubre las relaciones del aceptante con el librador en cuyo poder se encuentra la letra. En otros términos, las excepciones causales no proceden sino entre los que fueron partes en la relación causal.

– Sanción de la causa

337. De acuerdo con el artículo 1682 del Código Civil la causa ilícita acarrea la nulidad absoluta del acto.

Con relación a la falta de causa existen las discrepancias que analizaremos respecto a si ella produce la inexistencia del acto o está sancionada con la nulidad absoluta. Desde luego podemos decir que estimamos que la falta de causa determina la nulidad absoluta del acto.

En este sentido se ha fallado que es nula la obligación respecto de la cual no aparece expresa ni tácitamente establecida la causa, no habiendo motivo para suponer además que sea un acto de pura liberalidad. Igualmente que si las prestaciones a que se

obliga el comprador no constituyen jurídicamente el precio de la compraventa, obligación contraída por él, es nula esta obligación por falta de causa; que no probándose la causa de la obligación de un mutuo es nulo y sin ningún valor.

Cabe hacer presente que, al igual que respecto al objeto, el artículo 1468 del Código Civil dispone que no podrá repetirse lo que se ha dado o pagado por una causa ilícita a sabiendas. Esta es otra excepción al principio que estudiaremos en su oportunidad: que el efecto de la nulidad es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían de no haberse celebrado el acto o contrato nulo.

LAS FORMALIDADES

338. Los requisitos externos de que puede estar rodeado un acto jurídico se denominan formalidades o solemnidades.

En nuestro criterio, formalidad es el género y solemnidad es una especie de formalidad. Hay autores que sostienen que ambos términos son sinónimos.

Nuestro Código Civil confunde a veces ambas palabras. Hay artículos que usan el término “solemnidades” en su sentido propio; así, por ejemplo, el 679, el 999, el 1000, el 1008, el 1027, el 1470 N^o 3^o. En cambio hay otras disposiciones que confunden ambos términos, como los arts. 17, 1026, 1036, 1443, 1599, 1682.

Hay actos respecto de los cuales la ley no exige ninguna formalidad: son los actos no formales; hay otros respecto de los cuales la ley exige determinadas formalidades: constituyen los actos formales.

En el derecho antiguo el formalismo era la regla general; hoy día constituye la excepción.

El formalismo tiene ciertas ventajas en cuanto permite que haya constancia fehaciente del acto, su naturaleza y contenido, y facilita su prueba.

339. No todos los requisitos externos ajenos a un acto tienen un mismo valor.

Debemos distinguir entre:

a) Las solemnidades propiamente tales y que se exigen para el valor de ciertos actos o contratos en atención a la naturaleza de los mismos. Su omisión acarrea la nulidad absoluta del acto.

b) Las formalidades habilitantes. Estos son requisitos que el legislador ha establecido para la protección de los incapaces, como medidas de defensa de su patrimonio. Tales incapaces no pueden

disponer de ciertos bienes libremente; para hacerlo necesitan cumplir ciertas formalidades que como los habilitan para actuar se denominan habilitantes.

La omisión de las formalidades habilitantes acarrea la nulidad relativa del acto.

c) Las formalidades exigidas por vía de prueba. El ejemplo principal de estas formalidades lo encontramos en el art. 1709 del Código Civil, que exige que todo acto o contrato que contenga la entrega o promesa de una cosa de valor de más de dos unidades tributarias debe constar por escrito. Por su parte el art. 1708 del Código Civil dispone que no se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito.

El acto no solemne que ha debido constar por escrito, pero no consta en esa forma, es perfectamente válido; la única sanción de la omisión es que no puede probarse por medio de la prueba testimonial.

Otros ejemplos de tales actos los encontramos en el préstamo a la gruesa, que debe constar por escrito según el art. 1170 del Código de Comercio, y en el contrato de transporte, cuyas estipulaciones deben constar en la carta de porte según el art. 173 del mismo Código.

d) Las formalidades exigidas como medios de publicidad. La omisión de estas formalidades tampoco acarrea nulidad. La sanción normal será que el acto sea inoponible o, en otros términos, no afecte a los terceros en cuyo beneficio se establecieron los medios de publicidad.

Ejemplos de tales formalidades los tenemos en la notificación de la cesión de créditos que, de acuerdo con el art. 1902 del Código Civil, es necesaria para que produzca efectos respecto del deudor y terceros; en los avisos en que se dan noticias de la disolución de la sociedad, para que ésta pueda alegarse en contra de terceros (art. 2114 del Código Civil); en la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces del embargo de bienes inmuebles, sin cuyo requisito no produce efecto respecto de terceros, según el art. 297 del Código de Procedimiento Civil.

e) Por último, existen formalidades cuya omisión no tiene sanción. Podemos señalar como ejemplos las designaciones prescritas respecto al testamento en el art. 1016, inciso 5º del 1023 e inciso 2º del 1024 del Código Civil, cuya omisión no produce efecto alguno si no hay duda acerca de la identidad personal del testador, escribano o testigo, de acuerdo al art. 1026 del Código Civil.

Nos referiremos en detalle solamente a las solemnidades y formalidades habilitantes, que son las únicas que afectan la validez del acto o contrato.

SOLEMNIDADES

340. Las solemnidades son una especie de formalidad y constituyen un requisito de determinados actos jurídicos, que se denominan actos solemnes.

Acto solemne es aquel en el que la manifestación de la voluntad debe sujetarse a ciertas formas externas determinadas para que produzca efectos civiles.

La solemnidad es, de acuerdo con el art. 1682 del Código Civil, aquella formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en atención a la naturaleza de ellos.

Las solemnidades varían según sea el acto de que se trate.

– *El instrumento público*

341. En primer término tenemos el instrumento público. De acuerdo con el art. 1699 del Código Civil lo es tal el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario.

La escritura pública es una especie de instrumento público y consiste, de acuerdo al inciso 2º del mismo artículo, en el que ha sido otorgado ante escribano (notario) e incorporado en un protocolo o registro público. El otorgamiento de las escrituras públicas está reglamentado en los arts. 403 a 413 del Código Orgánico de Tribunales.

El instrumento público no constituye solamente una formalidad sino también una prueba fehaciente de la celebración del acto de que da testimonio y de las condiciones de dicho acto. El art. 1701 del Código Civil dice que la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos en que la ley requiere esa solemnidad. Esta disposición alcanza aun a los actos realizados en país extranjero, cualquiera que fuere la fuerza de las escrituras privadas en el país en el que hubieren sido otorgadas (art. 18 C. C.).

El mérito probatorio del instrumento público se analizará en detalle al estudiar los medios de prueba.

El Código Civil establece numerosos actos que deben otorgarse por instrumento público.

Podemos señalar: la legitimación voluntaria (art. 208); la emancipación voluntaria (art. 265); el reconocimiento de hijo natural por acto entre vivos (art. 271 Nº 1º); la tradición del derecho de servidumbre (art. 698); la constitución de fideicomisos (art. 735); el otorgamiento de usufructo sobre inmuebles (art. 767); la cons-

titución de los derechos de uso y habitación (art. 812); la donación de bienes raíces (art. 1400); las capitulaciones matrimoniales (art. 1716); la venta de bienes raíces, servidumbres y censos, y la de una sucesión hereditaria (art. 1801 inc. 2º); la permuta de bienes raíces (art. 1898); la constitución de un censo (art. 2027); la constitución de renta vitalicia (art. 2269); el otorgamiento de la hipoteca (art. 2409).

Fuera del Código Civil podemos indicar: la adopción (art. 5º de la Ley Nº 7.613); la constitución de las sociedades comerciales (art. 350 del Código de Comercio), y la constitución de sociedades anónimas (art. 3º de la Ley Nº 18.046).

Se discute si la omisión de instrumento público acarrea la inexistencia o nulidad absoluta del acto, como lo veremos en su oportunidad.

– *El instrumento privado*

342. El instrumento privado o escritura privada puede ser exigido por la ley como solemnidad o como prueba.

Si el instrumento privado se exige por vía de solemnidad, su falta acarrea la nulidad absoluta del acto.

Entre los actos en que se exige el instrumento privado como solemnidad tenemos el testamento solemne (art. 1011 del Código Civil); la promesa de celebrar un contrato (art. 1554 Nº 1º del Código Civil); el seguro (art. 514 del Código de Comercio): debe hacerse notar que el seguro verbal vale como promesa de acuerdo con el art. 515 del Código de Comercio y que la omisión del instrumento no acarrea, por lo tanto, nulidad; la fianza mercantil (art. 820 del Código de Comercio); el avío de minas (art. 179 del Código de Minería).

Hay casos en que se exige que el instrumento privado sea autorizado por un notario o un Oficial del Registro Civil. Así el concurso de prenda agraria (art. 5º de la Ley Nº 4.097); el contrato de prenda industrial (art. 27 de la Ley Nº 5.687); el contrato de compraventa de cosas muebles a plazo con prenda (art. 2º de la Ley Nº 4.702).

– *Presencia de un funcionario determinado y/o testigos*

343. Entre los actos que requieren esta solemnidad tenemos el testamento solemne abierto, que puede otorgarse ante cinco

testigos o ante un notario y tres testigos (art. 1014 del Código Civil); el testamento solemne cerrado, que debe otorgarse ante un notario y tres testigos (art. 1021 del Código Civil); el matrimonio, que debe celebrarse ante el Oficial del Registro Civil competente y dos testigos a lo menos (arts. 16 de la ley de Matrimonio Civil y 34 y 35 de la Ley Nº 4.808 sobre Registro Civil).

– *Inscripciones en registros especiales*

344. Normalmente las inscripciones en registros especiales como el Registro Civil o el Registro Conservatorio de Bienes Raíces no se exigen por vía de solemnidad.

Así las inscripciones en el Registro Civil tienen generalmente por objeto un fin de publicidad y el establecimiento de una prueba preconstituida. Pueden ser por vía de solemnidad, como en la subinscripción, al margen de la inscripción matrimonial, de la separación de bienes pactada durante el matrimonio (art. 1723 C. C.).

Las inscripciones en el Registro Conservatorio de Bienes Raíces tienen a veces un fin de publicidad, como la inscripción de la sentencia que declara la interdicción del disipador o de la que decreta medidas precautorias sobre inmuebles. En otros casos constituyen la forma de efectuar la tradición de derechos reales que recaen sobre inmuebles. La inscripción como solemnidad es la excepción.

La inscripción es una solemnidad en la constitución del censo (art. 2027 del Código Civil); en la constitución de las sociedades comerciales (arts. 22 Nº 4º y 350 del Código de Comercio); en la concesión para explorar y en la manifestación de pertenencias mineras (arts. 24 y 39 del Código de Minería) y, según algunos autores, en la constitución de la hipoteca, el fideicomiso y el usufructo.

– *Otras solemnidades*

345. Se ha señalado también como solemnidad el plazo en cuanto debe ser respetado para la validez del acto. Se dan como ejemplos el plazo de 30 días que indica el art. 58 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces para la inscripción de una finca antes no inscrita y el plazo de 60 días para inscribir el extracto de una sociedad colectiva que fija el art. 354 del Código de Comercio. Igualmente la autorización judicial en otros casos como, por ejem-

plo, en la insinuación de las donaciones (art. 1401 del Código Civil). El pacto de separación total de bienes o de participación en los gananciales debe subinscribirse al margen de la inscripción matrimonial en el plazo de treinta días; si no, no surte efectos, no sólo respecto de terceros, sino tampoco entre las partes.

– Omisión de las solemnidades

346. Como lo señalaremos más adelante algunos piensan que la omisión de las solemnidades produce la inexistencia del acto. Otros consideran que, de acuerdo a la expresa disposición del art. 1682, la sanción en tal caso es la nulidad absoluta.

FORMALIDADES HABILITANTES

347. El art. 1682 del Código Civil se refiere a las formalidades que prescriben las leyes para el valor de ciertos actos o contratos en atención a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, y debemos relacionarlo con el inc. 3º del art. 1447 del Código Civil, que dice que los actos de los relativamente incapaces pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos aspectos determinados por las leyes.

Son precisamente ciertas formalidades establecidas por la ley las circunstancias que permiten que los actos de los relativamente incapaces tengan valor.

Tales formalidades se denominan habilitantes, porque habilitan a los incapaces para actuar en la vida jurídica y son diferentes según sea el incapaz de que se trata.

– Menores

348. Los menores adultos ya sea sometidos a patria potestad o a curaduría general requieren *autorización* de su padre o madre que ejerza la patria potestad o guardador para ejecutar todos los actos que no pueden realizar válidamente por sí solos (arts. 253, 254, 240 inc. 6º y 439 del Código Civil).

El acto del menor ejecutado sin autorización, y como una excepción al principio general, no es siempre nulo relativamente, ya que de acuerdo con el art. 253 del Código Civil produce el efecto de obligarlo exclusivamente en su peculio profesional o industrial.

Hay otros actos de los menores en que no basta la autorización de la persona de quien dependen, sino que la ley exige además *la autorización o aprobación de la justicia*.

Al respecto el art. 255 del Código Civil dispone que no se podrán enajenar ni hipotecar en caso alguno los bienes raíces del hijo, aun pertenecientes a su peculio profesional, sin autorización del juez con conocimiento de causa.

El art. 393 del Código Civil dice que no será lícito al tutor o curador, sin previo decreto judicial, enajenar los bienes raíces del pupilo, etc.

El inc. 2º del art. 402 exige decreto del juez para que el guardador pueda hacer donaciones en dinero u otros bienes muebles del pupilo. Lo mismo se aplica al padre o madre que ejerza la patria potestad en virtud de lo dispuesto en el art. 256 del Código Civil. A la misma exigencia está sometida la aceptación o repudiación de una herencia de acuerdo al art. 397 del Código Civil; la aceptación debe hacerse con beneficio de inventario. El guardador necesita también decreto del juez para repudiar una donación o legado al pupilo (art. 398 del Código Civil). También se necesita autorización judicial para provocar la partición en que tenga interés un menor (arts. 1322 y 396 del Código Civil). Otros casos en que se exige autorización judicial los hallamos en los arts. 393, 400, 401, 404, 410, 412, 1721 y 1781 del Código Civil.

En ciertos casos se exigen otros requisitos adicionales, como la *pública subasta* (art. 394 del Código Civil) o la *tasación de bienes* (art. 398 del Código Civil).

– Disipadores

349. El disipador, como el menor bajo guarda, puede actuar autorizado por su curador o representado por éste.

Las limitaciones del curador en la administración de los bienes del disipador son análogas a las del curador del menor que ya vimos.

– Casos especiales

350. Existen en las leyes diversos casos especiales de incapacidad de determinadas personas para realizar ciertos actos sin cumplir con determinados requisitos.

Así los curadores de bienes, que son los que se designan a una herencia yacente, a una persona ausente o a los derechos eventua-

les del que está por nacer, tienen de acuerdo con los arts. 487 y 488 del Código Civil facultades administrativas y de disposición muy restringidas. Para realizar los actos que les están prohibidos necesitan *autorización del juez, previa justificación de su necesidad o utilidad* (art. 489 del Código Civil).

El mandatario para realizar los actos que señala el art. 2144 del Código Civil necesita la *aprobación expresa del mandante*.

El art. 1800 del C. Civil somete al síndico, en cuanto a la compra o venta de las cosas que han de pasar por sus manos, a lo dispuesto en el art. 2144 del C. Civil. Lo anterior debe entenderse modificado por la nueva Ley de Quiebras, N° 18.175, que en sus arts. 109 y 120 y ss. da al Síndico facultades mucho más amplias para la realización del activo.

El albacea está sujeto a los bienes relativos a su encargo tanto a la incapacidad señalada anteriormente 2144 (art. 1800 del Código Civil) como a la que establecen para los guardadores los arts. 394 y 412 del Código Civil (art. 1294 del Código Civil) y requerirá para realizar los actos respectivos la *autorización de otros albaceas no implicados* o de la *justicia*.

– *Omisión de las formalidades habilitantes*

351. La omisión de las formalidades habilitantes, por tratarse de requisitos que la ley ha establecido, no en consideración al acto mismo, sino en atención a la calidad de las personas, produce la nulidad relativa del acto, de acuerdo con el inciso final del art. 1682 del Código Civil.

En el curso de este capítulo hemos señalado los casos de excepción en que su omisión tiene otros efectos.

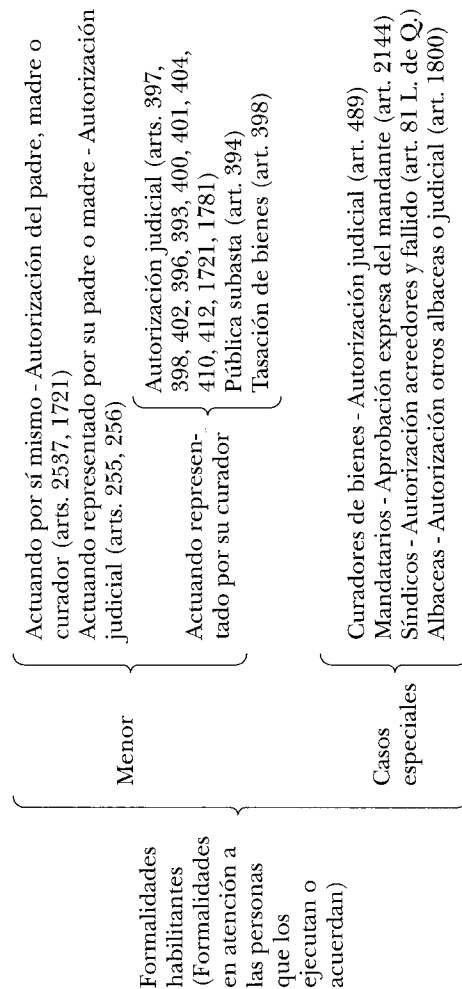
REQUISITOS EXTERNOS (Formalidades)

Solemnidades (Formalidades en atención a la naturaleza del acto o contrato)

- Instrumento público
- Instrumento privado
- Presencia de un funcionario y/o testigos
- Prescripción en registros especiales
- Otras - Plazo - Insinuación

EFFECTOS DE SU OMISION

(Tampoco puede probarse por otro medio) **Nulidad absoluta**
(Obliga su peculio profesional o industrial art. 253)



Formalidades por vía de prueba (art. 1709)
 Formalidades por vía de publicidad (arts. 1902, 297 C. de P. C.)
 Formalidades cuya omisión no está sancionada (art. 1026)

↑ No se admite prueba de testigos
 ↑ Inoponibilidad

EFFECTOS DE LOS ACTOS JURIDICOS

– *Concepto*

352. Los actos jurídicos tienen por objeto crear, modificar o extinguir un derecho. Específicamente el efecto de un acto jurídico es entonces la relación jurídica que engendra, y desde este punto de vista cada categoría de actos jurídicos tiene un efecto determinado. Así la compraventa tiene tales efectos jurídicos y el testamento tales otros.

Los efectos propios de cada categoría de actos jurídicos se analizan al estudiarlos particularmente.

En esta parte de la materia lo que corresponde es analizar a quiénes afectan los actos jurídicos en general, es decir, sus efectos en cuanto a las personas.

– *Partes y terceros*

353. Para estudiar los efectos de los actos jurídicos debemos distinguir entre las partes y los terceros.

Partes son las personas que, personalmente o representadas, concurren a la formación del acto.

La expresión “partes” se reserva más específicamente para los que concurren con su consentimiento a un acto jurídico bilateral, denominándose “autor” al que con su voluntad genera un acto jurídico unilateral.

Terceros son todo el resto de las personas. Es decir, todos aquellos cuya voluntad no ha participado en el acto jurídico. No importa a este efecto su comparecencia física al acto, como el testigo de un testamento, que no pierde por ello el carácter de tercero.⁴⁵

Entre los terceros debe distinguirse entre terceros absolutos y terceros relativos o interesados.

Los terceros absolutos son y van a continuar siendo extraños al acto jurídico. En cambio los terceros interesados o relativos pueden ser afectados por él en virtud de la ley o de un nuevo acto jurídico que los convierte en causahabientes de una de las partes.

Como ya lo hemos visto al estudiar la derivación de los derechos, se llama causante al que transmite un derecho y causahabiente al que lo recibe. Hemos señalado también que si la derivación se verifica por un acto entre vivos se denomina transferencia y si se produce por causa de muerte, transmisión, y que esta última puede ser a título universal (herencia) o a título singular (legado) (art. 951 del C. C.). Es decir, los causahabientes son los cesionarios o sucesores de las partes.

Los causahabientes a título singular sufren los efectos de los actos realizados por su causante sólo en relación con la cosa o derecho que se les ha transmitido y anteriores a la transmisión. En cambio a los causahabientes a título universal los afectan todos los actos de su causante, y en especial están sujetos a cumplir sus obligaciones.

Pero no solamente los causahabientes pueden tener el carácter de terceros relativos; pueden tenerlo también los acreedores comunes del deudor.

El art. 2465 establece que toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables. Esto es lo que se denomina el derecho de prenda general de los acreedores. Ahora bien, los acreedores de un deudor no son partes en los actos jurídicos que éste haya celebrado o celebre; pero mientras ese acto les sea oponible, sufren sus efectos en cuanto pueda afectar a su derecho de prenda general al alterar el patrimonio del deudor.

En resumen, los actos jurídicos no afectan a los terceros absolutos, es decir, un acto jurídico no puede crear derechos y obligaciones para los terceros totalmente extraños a él, sin que intervenga la voluntad de dichos terceros. En ciertos casos los actos jurídicos pueden afectar, a más de las partes, a los causahabientes a título universal, a los a título singular y a los acreedores de las partes.

– *Actos jurídicos unilaterales*

354. En el acto jurídico unilateral existe la emisión de voluntad de parte de una sola persona, que se denomina el autor del acto jurídico.

Sobre esta sola parte que ha emitido su voluntad van a producirse los efectos del acto.

Pero muy generalmente el acto jurídico unilateral puede servir de base para que un tercero adquiera determinados derechos. Así la declaración de reconocimiento de un hijo natural (art. 271

⁴⁵ R. D. J., t. 79, s. 1, p. 1.

Nº 1º) puede crear para esa persona los derechos inherentes a tal calidad. El testamento puede designar herederos o legatarios, que van a ser sucesores a título universal o particular del causante.

El respeto por la autonomía de la voluntad es tan absoluto, que para que el tercero adquiriera los derechos que para él pueden emanar de un acto jurídico unilateral de otra persona se requiere su aceptación expresa o tácita.

Así, en los ejemplos que hemos señalado, el hijo puede repudiar el reconocimiento (art. 273), y el asignatario en una herencia puede aceptar o repudiar libremente su asignación (art. 1225).

– *Actos jurídicos bilaterales. Contratos*

355. Los efectos de los actos jurídicos bilaterales son los que hemos señalado en forma general.

Sin embargo, merece un análisis especial el efecto de los contratos.

El art. 1545 dispone que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

Esta disposición es la que fundamentalmente establece en nuestro Código el principio de la autonomía de la voluntad.

De ella se desprende que lo estipulado por las partes se asimila para ellas a una ley que deben cumplir y cuya violación está sancionada del mismo modo que la violación de cualquiera ley general a que esté sometido el contrato. Es lo que se denomina la ley del contrato. Se desprende también que la estipulación contractual sólo obliga a las partes que han intervenido en el contrato.

Debe recalarse que no sólo son partes los que actúan personalmente, sino también los que han actuado por medio de un representante, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 1448.

Aunque puedan celebrarse contratos lícitos sobre derechos de un tercero, éste no queda obligado sino en voluntad de su aceptación. Así el art. 1815 establece que la venta de cosa ajena vale, pero para que el dueño sea afectado el art. 1818 requiere su ratificación.

El artículo 1449 autoriza a cualquiera para estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero el contrato puede revocarse sin participación de dicha persona mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita. Es decir, es esa aceptación lo que la transforma en parte.

En el art. 1449 a que nos hemos referido y que contempla la estipulación por otro, se trata de hacer nacer un derecho a favor de un tercero que no ha sido parte en el contrato. En el art. 1450,

que trata de la promesa del hecho ajeno, se contempla la situación inversa: se trata de hacer nacer una obligación para el tercero que no ha sido parte en el contrato. Dicho artículo dispone expresamente que esta tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación.

Como puede verse, se requiere siempre la voluntad expresa o tácita de una persona para que la alcancen los efectos de un acto jurídico.

Lo que hemos dicho se aplica a los actos patrimoniales. Los contratos de familia tienen efectos absolutos.

SANCIONES CIVILES

356. La ley sanciona la inobservancia u omisión de los requisitos y formalidades que se han señalado necesarios para que el acto produzca todos sus efectos jurídicos. La ley protege los actos realizados conforme a sus preceptos. Esta protección disminuye hasta desaparecer si dichos preceptos no se cumplen en la realización del acto.

Decimos que disminuye hasta desaparecer, porque la sanción no es siempre una misma. La sanción varía y es más severa cuanto más grave sea la omisión en que se ha incurrido, es decir, cuanto mayor sea la importancia del requisito o formalidad que falta.

En orden decreciente de gravedad las sanciones civiles por la inobservancia u omisión en los actos jurídicos de los requisitos y formalidades señalados por la ley, son en teoría:

- a) Inexistencia;
- b) Nulidad;
- c) Inoponibilidad;
- d) Limitación de los medios de prueba.

INEXISTENCIA

357. Hemos dicho, al referirnos a los requisitos de existencia y validez de los actos jurídicos, que si faltan los requisitos de existencia el acto jurídico no existe, no ha nacido a la vida del derecho. Estos requisitos son la voluntad, el objeto, la causa y las solemnidades.

El problema que se presenta es determinar si la inexistencia constituye una sanción civil distinta o diferenciada de la nulidad.

En teoría se dice que frente a un acto realizado materialmente pero que, por ejemplo, carezca de objeto o en el que no se haya

manifestado la voluntad o el consentimiento, nos encontraríamos ante la apariencia de un acto que no es tal. El acto no existe.

Teóricamente esa situación es distinta de aquella en que el acto se ha realizado, ha nacido a la vida jurídica, pero adolece de un vicio. En el acto existen los requisitos de voluntad, objeto y causa, se han cumplido también las solemnidades, pero adolece de ilicitud o vicio; el acto existe, pero existe viciado.

De inmediato puede apreciarse lo ilógico de esta oposición. No puede haber un acto inexistente; es una contradicción de términos. Si se ha emitido una declaración de voluntad en vista de producir un efecto jurídico, el acto existe; el solo problema que se presenta es saber si ha cumplido los requisitos de forma y fondo para producir efectos. Si no es así, el acto no es inexistente, es nulo.

Además de ilógica, la noción de inexistencia es incierta. Los autores no han podido ponerse de acuerdo sobre los casos en que habría inexistencia.

Por último, es inútil. No existe un interés práctico verdadero para diferenciar la inexistencia de la nulidad absoluta.

A este respecto se dice que la inexistencia no necesita declaración judicial, pero, en la práctica, no se ve cómo podría declararse un acto inexistente sin una resolución judicial.

Por lo demás, nuestra Corte Suprema ha fallado que se confunden los efectos de la carencia de requisitos de existencia y validez.⁴⁶

Históricamente la teoría de la inexistencia jurídica fue formulada por el jurisconsulto alemán Zachariae, a propósito del matrimonio. En el matrimonio no se aceptaban más nulidades que las expresamente establecidas, y la falta de diferencia de sexos entre los contrayentes no estaba sancionada. Ante tal situación se dijo entonces que el matrimonio era inexistente, y la noción de inexistencia se hizo más tarde extensiva a los actos patrimoniales.

Para apreciar el problema conviene comparar las diferencias que tendría la inexistencia como sanción en relación con la nulidad.

Inexistencia

Deriva de la falta de un requisito de existencia.

El acto nunca produce efectos.

No necesita ser declarada por el juez.

No puede sanearse por el lapso de tiempo.

No puede ratificarse.

Puede ser pedida por cualquiera.

La constatación de la inexistencia aprovecharía a todo el mundo.

Nulidad

Deriva de la falta de un requisito de validez.

El acto produce efectos mientras la nulidad no se declare.

Debe ser declarada por el juez.

Se sana por el lapso de tiempo.

El acto nulo de nulidad relativa puede ratificarse.

Sólo puede ser alegada por ciertas personas (arts. 1683 y 1684 del Código Civil).

Su declaración sólo aprovecha a las personas en cuyo favor fue declarada.

Fuera de estas diferencias de carácter teórico existe la diferencia práctica fundamental que mientras la nulidad está detalladamente reglamentada en nuestro Código, la inexistencia no es considerada en ninguna de sus disposiciones.

Cabe señalar, además, que el art. 464 del Código de Procedimiento Civil que enumera taxativamente las excepciones que pueden oponerse en los juicios ejecutivos, señala en el N° 14 la nulidad de la obligación y no se refiere a la inexistencia de la misma.

– Discusión del problema

358. Si la inexistencia existe o no como sanción en nuestro derecho positivo, ha dado lugar a encontradas opiniones de nuestros tratadistas y profesores.

Don José Clemente Fabres, don Alfredo Barros Errázuriz y don Arturo Alessandri, entre otros, han sostenido que la ausencia de lo que hemos llamado requisitos de existencia produce la nuli-

⁴⁶ R. D. J., t. 51, s. 1, p. 475.

dad absoluta. Don Luis Claro Solar y don Enrique Rossel, especialmente, han sostenido la tesis de la inexistencia jurídica.⁴⁷

Para examinar el problema conviene analizar separadamente los argumentos que se han dado en favor de una y otra tesis frente a cada uno de los requisitos de existencia y señalar la jurisprudencia de nuestros tribunales al respecto.

1) Falta de objeto. Don José Clemente Fabres señala que aunque el artículo 1682 no consigna expresamente como causa de nulidad la falta de objeto y señala sólo el objeto ilícito, la sanción es la misma: la nulidad absoluta. En efecto, el art. 1461 del Código Civil equipara el hecho imposible (físicamente imposible) al hecho ilícito (moralmente imposible o contrario a las leyes, a las buenas costumbres o al orden público). Agrega que el hecho imposible no sólo no existe sino que no puede existir; es la falta de objeto más radical y absoluta y sin embargo la ley dice que es lo mismo que el hecho ilícito.

Agrega que el art. 1814 del Código Civil, que trata de la venta de una cosa que no existe, señala que tal venta no produce efecto alguno, y que ésta es una de las fórmulas de que se vale la ley para designar la nulidad absoluta. Un argumento análogo se hace respecto del art. 2452 del Código Civil que dispone que no vale la transacción sobre derechos que no existen.

Los partidarios de la teoría de la inexistencia argumentan que el art. 1682 no señala la falta de objeto como causa de nulidad absoluta, de lo que habría que concluir que produce nulidad relativa, lo que según ellos sería absurdo. Lo anterior demuestra que produce la inexistencia. Consideran además que la frase “no produce efecto alguno” del art. 1814 significa inexistencia, como igualmente la frase “no hay sociedad” que emplea el art. 2055 del Código Civil para el caso en que la sociedad carece de objeto por falta de aporte.

La escasa jurisprudencia que hay sobre esta materia ha aplicado la nulidad. Así se ha fallado que habiendo vendido el demandado derechos que no existen, falta el objeto de la obligación y se declara nulo el contrato.⁴⁸

La Corte Suprema ha resuelto que no pudiendo jurídicamente existir obligación o declaración de voluntad sin objeto cierto

⁴⁷ JOSE CLEMENTE FABRES, *Obras completas*, t. III, págs. 81 a 120.

A. ALESSANDRI, citado por Vodanovic, *op. cit.*, t. I, v. I, N^o 614.

LUIS CLARO SOLAR, *op. cit.*, vol. VI, t. XII, N^{os} 1908 y ss.

ENRIQUE ROSSEL, *Teoría de las nulidades*. Santiago, 1926.

⁴⁸ G. 1897, 1^{er} sem., p. 1395.

que la constituya, la falta parcial de este elemento en el contrato lo vicia y anula.⁴⁹

También se ha declarado nula una sociedad en que faltaba el objeto de la obligación de un socio por falta de aporte.⁵⁰

2) Falta de causa. Entre los argumentos que se dan para sostener que la falta de causa está sancionada con la nulidad absoluta, está el de que la causa está comprendida en el art. 1682 entre aquellos requisitos que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos. Este argumento sería igualmente válido para la falta de objeto y la falta de consentimiento.

Se señala también que el art. 1467 equipara la causa que no es real a la causa ilícita, por lo cual ambas deben tener la misma sanción.

Otros argumentos se basan en el art. 1630 del Código Civil que exige en la novación que ambas obligaciones sean válidas; si una de ellas no existe o es nula, la novación carece de causa. En tal caso, el art. citado expresa que la novación no es válida, es decir, que es nula. También se señala el art. 1816 que declara que no vale, o sea, que es nula la compra de cosa propia, compra que carece de causa. El art. 2270, que declara nulo el contrato de renta vitalicia si antes de perfeccionarse muere la persona de cuya existencia pende la renta, es decir, que carece de causa. El art. 2452, que declara nula la transacción sobre derechos que no existan, o sea, la transacción carente de causa. Y, por último, el art. 2455, que declara nula la transacción carente de causa, porque al tiempo de celebrarse estaba ya terminado el litigio.

Los partidarios de la teoría de la inexistencia afirman que las causales de nulidad absoluta señaladas en el art. 1682 del Código Civil son taxativas, por tratarse de una materia de derecho estricto y que, por lo tanto, la falta de causa no está sancionada con la nulidad absoluta. Este argumento se repite también respecto a la falta de objeto y a la falta de consentimiento.

Dicen también que el Código Civil diferencia entre la necesidad de causa real y de causa lícita, y que sanciona con la nulidad sólo la falta de esta última.

La jurisprudencia en forma constante ha declarado la nulidad de diversos actos por falta de causa.⁵¹

⁴⁹ G. 1909, 1^{er} sem., p. 287.

⁵⁰ R. D. J., t. 36, s. 1, p. 365.

⁵¹ R. D. J., t. 8, s. 2, p. 7; t. 21, s. 1, p. 973; t. 28, s. 1, p. 606; t. 39, s. 2, p. 77; t. 42, s. 1, p. 20; t. 65, s. 1, p. 344.

3) Falta de consentimiento. La inexistencia jurídica por falta de consentimiento se produciría en los casos de error esencial y privación total de razón.

Los que sostienen que la sanción de la falta de consentimiento es la nulidad absoluta, señalan que el consentimiento es un requisito esencial de acuerdo al art. 1445 del Código Civil y que, precisamente, “la omisión de algún requisito” esencial la sanciona con nulidad absoluta el art. 1682.⁵²

Se agrega además, y éste es un argumento especialmente fuerte, que el inc. 2º del art. 1682 dice que hay nulidad absoluta en los actos y contratos de los absolutamente incapaces y que precisamente éste es un caso de falta de voluntad.

Los que sostienen la teoría de la inexistencia señalan nuevamente que el art. 1682 no contempla la falta de consentimiento, por lo que habría que llegar a la conclusión de que produce nulidad relativa.

La jurisprudencia se ha inclinado a estimar que la falta de consentimiento produce la nulidad absoluta. Así se han anulado compraventas por falta de consentimiento del comprador que no concurrió al otorgamiento de la escritura,⁵³ o por no haber habido consentimiento de parte de los contratantes.⁵⁴

Una sentencia de la Corte Suprema, de 4 de abril de 1945, confirmando una de la Corte de Apelaciones, analiza con toda detención un caso de error sobre la identidad de la cosa específica. Dice que este error obstativo se opone a la formación del contrato, impidiendo su existencia, y declara que trae la nulidad absoluta de éste.⁵⁵

4) Falta de solemnidades. En materia de solemnidades los partidarios de la tesis de la inexistencia han invocado el inc. 1º del art. 1701 del Código Civil que dice que “la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados aun cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público dentro de cierto plazo”.

Se dice que la frase “se mirarán como no ejecutados o celebrados” implica la inexistencia.

Los partidarios de la tesis de la nulidad argumentan que el art. 1701 se refiere solamente al aspecto probatorio del instrumento público, tanto por su redacción como por estar en el título

⁵² R. D. J., t. 82, s. 2, p. 69.

⁵³ R. D. J., t. 34, s. 2, p. 14.

⁵⁴ R. D. J., t. 29, s. 1, p. 411.

⁵⁵ R. D. J., t. 42, s. 1, p. 511.

de la prueba de las obligaciones. Señalan además como argumento fundamental que la falta de solemnidades está expresamente sancionada con la nulidad en el art. 1682.

– Conclusión

359. No obstante la diversidad de opiniones que se ha señalado, es evidente que la inexistencia como sanción por la inobservancia u omisión de ciertos requisitos externos o internos de los actos jurídicos es extraña a la organización de nuestro Código Civil.⁵⁶

Su diferencia fundamental con la nulidad en cuanto a que no necesitaría ser declarada por el juez, no tiene valor práctico, pues serán los tribunales los que en definitiva deban resolver una contienda entre partes.

Si se declarara inexistente un acto ya cumplido, no se ve cómo podrían regularse las prestaciones mutuas entre las partes, al no estar reglamentada la inexistencia sino recurriendo a las normas de la nulidad.

Por lo demás, su valor práctico como excepción queda también muy limitado al no estar considerada específicamente entre las excepciones que pueden oponerse en el juicio ejecutivo.

Por el juego de la posesión y de la prescripción adquisitiva es muy difícil concebir en los actos patrimoniales un caso en que tuviera una aplicación distinta de la nulidad.

Lo anterior hace concluir que, para todos los efectos prácticos, debe estimarse que la nulidad absoluta es la sanción máxima civil que contempla nuestro Código, criterio que parece aún más aconsejable si se considera la jurisprudencia al respecto de nuestros tribunales.⁵⁷

LA NULIDAD

– Generalidades

360. La nulidad es una sanción civil establecida por el legislador y que consiste en el desconocimiento de los efectos jurídicos de un acto por la omisión en él de los requisitos y formalidades prescritos por la ley.

⁵⁶ RAMON DOMINGUEZ A., *op. cit.*, N° 150.

⁵⁷ R. D. J., t. 63, s. 2, p. 67; t. 51, s. 1, p. 475.

El inc. 1º del art. 1681 del Código Civil dice que “es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes”. A su vez el art. 10 del Código Civil dispone que “los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención”.

La nulidad tiene el carácter de medida de protección, ya sea del orden jurídico, ya de ciertas personas que la ley estima están en una situación de inferioridad. En este sentido es de orden público y por lo tanto irrenunciable, como expresamente lo dispone el art. 1469 del Código Civil diciendo que “los actos o contratos que la ley declara inválidos, no dejarán de serlo por las cláusulas que en ellos se introduzcan y en que se renuncie a la acción de nulidad”.

La nulidad tiene además el carácter de una sanción, es decir, de una pena de índole civil; esto determina que para aplicarla debe estar expresamente establecida en la ley, que debe interpretarse restrictivamente y que es de derecho estricto, no pudiendo ser aplicada por analogía.

Nuestro Código Civil trata de la nulidad en el Título XX del Libro IV, después de los medios de extinguir las obligaciones; ello se debe a que el Código la considera uno de tales medios. Esto no es exacto. La nulidad es un medio de invalidar los actos jurídicos; las obligaciones derivadas de tales actos sólo se extinguen por la declaración judicial de la nulidad.

El concepto de nulidad, no obstante las distintas locuciones que emplea el Código para establecerla, es uno solo para todo el derecho civil y más ampliamente para todo el derecho privado, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley.

Entre los términos que emplea el Código para expresar la nulidad encontramos: “es nulo” (arts. 1107, 2270); “no valdrá” (arts. 1207, 2451); “son rescindibles” (arts. 1425, 2456); “para que valga” (art. 675); “para que sea válida” (art. 674); “no produce efecto alguno” (art. 1814), etc.⁵⁸

361. La nulidad puede ser expresa o tácita. Será expresa cuando la ley diga explícitamente, al reglamentar un acto jurídico, que la omisión de tal o cual requisito produce nulidad. Será tácita o

virtual cuando la nulidad se derive de la aplicación de los principios generales que señalan los arts. 10 y 1681 del Código Civil.

La nulidad puede ser también total o parcial. Será total la nulidad que afecte a todo el acto o contrato y parcial la que vicie sólo ciertas disposiciones de un acto jurídico determinado.

En los actos unilaterales, especialmente en el testamento, el Código Civil contempla la nulidad parcial. Los arts. 1059, 1060, 1061, 1105 y 1107 señalan vicios que pueden afectar a ciertas cláusulas del testamento, sin que la nulidad de que adolezcan afecte a la totalidad del testamento.

En los contratos también la jurisprudencia ha estimado que la nulidad “según los casos, afecta a la totalidad del convenio o a la estipulación particular viciada, dejando subsistente el acto o contrato en todo aquello que no se encuentre afectado por el vicio.”⁵⁹

En general, podemos decir que un acto podrá ser nulo sólo parcialmente si puede subsistir sin la cláusula viciada. Ello sucederá cuando dicha cláusula o estipulación no sea esencial del acto y sea además independiente de las otras que lo constituyen.

Por último, la nulidad debe existir al momento de ejecutarse el acto o celebrarse el contrato, es decir, en la generación misma del acto y no en actuaciones posteriores.

No todos los requisitos y formalidades exigidos por la ley tienen la misma importancia; por ello la sanción de nulidad no tiene siempre la misma gravedad. De ahí que, de acuerdo con lo expresado en el inc. 2º del art. 1681, la nulidad puede ser absoluta o relativa.

Ambas especies de nulidad se diferencian en cuanto a: 1) las causales que las producen; 2) las personas que pueden invocar la nulidad; 3) la posibilidad de ratificar el acto nulo, y 4) la duración de la prescripción.

Fuera de estas diferencias, debemos señalar que ambas nulidades deben ser declaradas judicialmente, y una vez producida tal declaración sus efectos son iguales.

La nulidad relativa la llama también generalmente nuestro Código “rescisión” (arts. 1348, 1888, 2456).

En nuestro derecho la nulidad relativa es la regla general; la nulidad absoluta, la excepción, ya que ésta, en la definición del art. 1682 del Código Civil, está circunscrita a los casos y situaciones que taxativamente señala.

⁵⁸ R. D. J., t. 75, s. 1, p. 131.

⁵⁹ R. D. J., t. 14, s. 1, p. 320.

Nulidad absoluta

362. En concordancia con el criterio de que la omisión de un requisito de existencia está sancionada también con la nulidad absoluta, las causales de nulidad absoluta, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1682 del Código Civil, son las siguientes:

- a) Falta de objeto;
- b) Objeto ilícito;
- c) Falta de causa;
- d) Causa ilícita;
- e) La falta de voluntad o consentimiento;
- f) La incapacidad absoluta;
- g) La omisión de requisitos o formalidades exigidos en atención a la naturaleza del acto o contrato.

En los capítulos anteriores hemos ya analizado en detalle estas causales.

363. Tres categorías de personas pueden solicitar o declarar la nulidad absoluta, de acuerdo con el art. 1683 del Código Civil:

- a) El juez que conoce de la causa en que se hace valer el acto o contrato nulo. Puede declararla aun sin petición de parte, si la nulidad aparece de manifiesto en el acto o contrato.
- b) El ministerio público que puede pedirla en el interés de la moral o de la ley.
- c) Todo el que tenga interés en ella, que puede alegarla, salvo si ejecutó el acto o celebró el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba.

El art. 1683 dice en primer término que el juez puede y debe declarar la nulidad absoluta, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato.

De este artículo se desprende que ésta no es una facultad sino una obligación impuesta al juez. Requiere para que éste la cumpla que exista un juicio entre partes, que en este juicio se haga valer el acto o contrato viciado de nulidad absoluta y que el vicio aparezca de manifiesto en el acto o contrato.

La jurisprudencia entiende que la nulidad aparece de manifiesto cuando se halla presente, consta y aparece a la vista en el instrumento mismo que da fe del acto o contrato. Esto sucederá generalmente con la omisión de una solemnidad.

El mismo art. 1683 dice que puede pedirse la declaración de nulidad por el ministerio público en el solo interés de la moral o de la ley.

El ministerio público lo forman el fiscal de la Corte Suprema y los fiscales de las Cortes de Apelaciones (arts. 350 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales). No hay ministerio público ante los Juzgados de Letras.

El ministerio público puede pedir la declaración de nulidad aunque ella no aparezca de manifiesto en el acto o contrato.

El art. 1683 establece también que la nulidad absoluta puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba.

La expresión “tener interés” significa tener un interés pecuniario o patrimonial. Este interés debe existir al tiempo de la nulidad, o sea, al producirse la infracción que lleva consigo la sanción de nulidad absoluta, aunque este criterio ha sido discutido, y tener su causa jurídica y necesaria en la infracción. El interés va a consistir en que el que la alega va a obtener un beneficio económico por la declaración de nulidad. No necesita el que alega la nulidad haber intervenido en el acto o contrato, pero deberá acreditar al Tribunal el interés pecuniario que tiene al solicitarla. La acción debe intentarla el tercero contra todos los que han sido parte del acto o contrato.

Normalmente los más interesados en obtener la declaración de nulidad no serán terceros extraños al acto, sino las personas que lo han ejecutado o celebrado. Tales personas pueden alegar la nulidad absoluta, salvo si supieron o debieron saber el vicio que invalidaba el acto.

Este conocimiento debe ser real y efectivo del vicio que produce la nulidad. No basta el conocimiento presunto de la ley de que habla el art. 8º del Código Civil, tanto porque en tal caso nunca podría alegarse la nulidad por los que intervinieron en el acto, cuanto porque se trata generalmente del conocimiento, no de la ley, sino de las circunstancias materiales o de hecho que producen la nulidad.

Este conocimiento debe ser probado. Pero el Código habla no sólo del que ha actuado “sabiendo el vicio” sino también “debiendo saber”. Esta última expresión sólo puede interpretarse como que el conocimiento puede presumirse si las circunstancias del caso no hacen racionalmente verosímil que el que actuó en el acto pudiera ignorar el vicio. Así, se ha fallado que aunque no estuviera inscrita la prohibición de enajenar un bien raíz dictada en un juicio, el vendedor, que fue demandado en dicho juicio, no podía ignorarla. Es decir, no es menester que se rinda una plena prueba.

Al decir el art. 1683 que las personas que ejecutaron el acto o celebraron el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo

invalidaba no pueden alegar la nulidad, significa que no pueden alegar la nulidad absoluta ni como acción ni como excepción.

La prohibición de alegar la nulidad para las personas señaladas es personal y no se extiende a sus herederos o cesionarios. La doctrina está casi uniformemente de acuerdo en este punto, pero la Corte Suprema ha fallado en sentido contrario. Se discute igualmente si el representado puede alegar la nulidad del acto ejecutado por su representante, sabiendo o debiendo saber la nulidad que lo afectaba, y también el caso en que el representado conocía el vicio y el representante no. La jurisprudencia es contradictoria, pero la doctrina se inclina a que hay que estar al conocimiento personal del representado. Si éste no conocía el vicio, puede alegar la nulidad; si lo sabía, no puede, sin importar el conocimiento personal del representante.

364. El art. 1683 en su parte final dispone que la nulidad absoluta no puede sanearse por la ratificación de las partes.

La ratificación de que hablan los arts. 1683 y 1684 del Código Civil consiste en la renuncia a pedir la declaración de nulidad en razón del vicio de que se halla afectado un acto, el que pasa a considerarse válido como si jamás hubiera adolecido de un vicio de nulidad. Los tratadistas prefieren, en este caso, emplear el término “confirmación” y reservar el de “ratificación” para el caso en que una persona accede a quedar obligada por los efectos de un acto que le es inoponible.

La nulidad absoluta no puede sanearse por la ratificación o confirmación de las partes. Ello se debe a que está establecida con miras a proteger los intereses generales de la colectividad, el orden público y las buenas costumbres. Ello es además lógico, porque no sólo pueden alegarla las partes, sino que puede declararla el juez, pedirla el ministerio público o cualquier interesado. En estas circunstancias no se concibe que las partes pudieran renunciar a un derecho que no mira a su solo interés individual, sino que corresponde también a tantas otras personas.

365. El art. 1683 termina diciendo que la nulidad absoluta no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un tiempo que no pase de diez años.

En otros términos la nulidad absoluta puede sanearse por el transcurso del tiempo y el plazo al efecto es de diez años.

Este saneamiento constituye en realidad una prescripción del derecho de poder alegar la nulidad, tanto como acción cuanto como excepción.

El plazo se cuenta desde que se celebró el acto o contrato

nulo, aplicando los mismos principios que informan el inc. 2º del art. 2514 del Código Civil.

Tratándose de una verdadera prescripción extintiva, debemos analizar si está sujeta a lo que el Código denomina la interrupción y la suspensión.

El art. 2518 del Código Civil dice que la prescripción que extingue las acciones ajenas puede interrumpirse, ya natural, ya civilmente. Se interrumpe naturalmente por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya expresa, ya tácitamente. Se interrumpe civilmente por la demanda judicial; salvo los casos enumerados en el art. 2503.

Si la parte contra quien se puede alegar la nulidad absoluta reconoce o declara que el acto es nulo, se producirá la interrupción natural y el plazo empezará a correr de nuevo desde el día en que se hizo ese reconocimiento.

Si la nulidad absoluta se hace valer como acción o se opone como excepción perentoria, se producirá la interrupción civil, salvo en los casos del art. 2503, o sea, cuando la demanda no fue legalmente notificada, cuando se produjo desistimiento o abandono de la instancia en el juicio, o cuando se rechazó la demanda.

La prescripción se suspende, es decir, deja de correr, en favor de determinadas personas. Sin embargo, el inc. 2º del art. 2520 del Código Civil declara que transcurridos diez años no se tomarán en cuenta las suspensiones. No cabe entonces la suspensión en el caso de la nulidad absoluta, pues el derecho de alegarla se extingue a los diez años y transcurrido este plazo no se toma en cuenta ninguna suspensión.

Nulidad relativa

366. Hemos dicho anteriormente que en nuestro derecho la nulidad relativa es la regla general. El art. 1682 enumera taxativamente las causales de nulidad absoluta. En cambio, en su inciso final, dice que cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa y da derecho a la rescisión del acto o contrato. Por lo tanto, todos los actos nulos cuyo vicio no está sancionado expresamente con la nulidad absoluta, adolecen de nulidad relativa.

El que la nulidad relativa sea la regla general en materia de nulidades, no le quita el que en sí misma conserve el carácter excepcional de toda nulidad.

367. Las causales que producen nulidad relativa son:

- a) Los vicios de la voluntad;
- b) La lesión en los casos establecidos por la ley;

c) La omisión de las formalidades habilitantes.

En los capítulos anteriores hemos ya analizado en detalle estas causales.

368. El art. 1684 del Código Civil dispone que la nulidad relativa no puede ser declarada por el juez, sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el ministerio público en el solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes o por sus herederos o cesionarios.

Tenemos entonces que son tres las categorías de personas que pueden alegar la nulidad relativa:

- a) Aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes;
- b) Los herederos de estas personas;
- c) Los cesionarios de estas personas.

De acuerdo con lo expuesto, y dentro del grupo comprendido en la letra a), podrán alegar en primer término la nulidad relativa o rescisión las víctimas del error, la fuerza, el dolo o la lesión.

A lo anterior no obsta que el acto haya sido ejecutado por medio de mandatario o representante, salvo en el caso de error cuando éste afecta sólo a la voluntad del representante y no del representado.

En segundo término, y dentro del mismo grupo, podrán alegar la nulidad relativa los relativamente incapaces. Podrán hacerlo por medio de su representante legal si continúan siendo incapaces o por sí mismos al adquirir plena capacidad.

A este respecto el art. 1685 del Código Civil dispone que si de parte del incapaz ha habido dolo para inducir al acto o contrato, ni él ni sus herederos o cesionarios podrán alegar la nulidad. Sin embargo aclara que no se considera dolo la aserción de mayor edad o de no existir la interdicción u otra causa de incapacidad.

El segundo grupo lo componen los herederos de las personas en cuyo beneficio ha establecido la ley la nulidad relativa.

La ley no distingue al emplear el término herederos; en consecuencia, quedan comprendidos tanto los herederos testamentarios como los abintestato, los herederos directos como los por derecho de representación.

Si hay varios herederos, cualquiera de ellos puede alegar la nulidad mientras dura la indivisión. Hecha la partición, sólo podrá alegar la nulidad relativa el heredero a quien se adjudicaron los derechos provenientes del acto o contrato nulo, de acuerdo con el art. 1344 del Código Civil.

El último grupo lo constituyen los cesionarios, es decir, aquellos a quienes las personas en cuyo beneficio estableció la ley la nulidad relativa transfiriendo por acto entre vivos los derechos y

acciones emanados del acto nulo. La cesión puede haberse referido incluso exclusivamente al derecho de alegar la nulidad.

369. El art. 1684 dispone que la nulidad relativa puede sanearse por la ratificación de las partes.

Ya señalamos que la ratificación consiste en la renuncia a pedir la declaración de nulidad por el vicio que afecta al acto, el que pasa a considerarse válido y como si nunca hubiera sido viciado. Señalamos también que la doctrina considera más propio, en este caso, el término confirmación.

La confirmación o ratificación es un acto jurídico unilateral e irrevocable.

La confirmación puede ser expresa o tácita; la confirmación tácita consiste, de acuerdo con el art. 1695 del Código Civil, en la ejecución voluntaria de la obligación contratada.

Para que la confirmación proceda se requiere:

a) Que el acto sea nulo relativamente; ya vimos que no procedía en el caso de nulidad absoluta;

b) Que emane de la parte o partes que tienen derecho a alegar la nulidad. Lo dispone expresamente así el art. 1696 del Código Civil.

c) Que el confirmante sea capaz de contratar. El art. 1697 del Código Civil dice al respecto que no vale la ratificación expresa o tácita del que no es capaz de contratar; esto no significa que un incapaz no pueda ratificar un acto nulo; puede hacerlo cumpliendo con las formalidades habilitantes que fije la ley;

d) La confirmación expresa debe hacerse con las formalidades legales. Es decir, la confirmación debe cumplir con las formalidades impuestas por la ley a la realización del acto que se ratifica (art. 1694). Debemos, sí, señalar que respecto de los incapaces, si confirman personalmente una vez alcanzada la plena capacidad, no necesita obviamente cumplir con las formalidades habilitantes que les imponía su incapacidad.

Respecto a la confirmación tácita el art. 1695 dice que consiste en la ejecución voluntaria de la obligación contratada. Aunque esta disposición pareciera referirse sólo a la obligación emanada de un contrato, se la ha interpretado en un sentido amplio, entendiendo que comprende todos los hechos que manifiesten la voluntad de dar valor al acto nulo, y respecto de cualquier acto o contrato, sea o no generador de obligaciones.

370. La nulidad relativa se sana por el transcurso de un plazo de cuatro años.

El inciso 1º del art. 1691 del Código Civil dispone que el plazo para pedir la rescisión durará cuatro años.

Este plazo, de acuerdo con el mismo artículo 1691, se cuenta, en caso de error o de dolo, desde el día de la celebración del acto o contrato. En caso de fuerza, desde el día en que ésta hubiera cesado. En caso de incapacidad, desde el día en que haya cesado esta incapacidad.

Por su parte la acción rescisoria por lesión enorme en la compraventa y permuta de bienes raíces expira en cuatro años, contados desde la fecha del contrato, de acuerdo con los arts. 1896 y 1900 del Código Civil.

Este plazo constituye una verdadera prescripción especial de corto tiempo. Como tal prescripción, se interrumpe natural y civilmente de acuerdo a lo dispuesto en el art. 2518 del Código Civil, que ya hemos analizado.

Como prescripción de corto tiempo no se suspende de acuerdo a lo establecido en el art. 2524 del Código Civil, ya que no hay ninguna disposición expresa que establezca la suspensión.

El inciso 2º del art. 1692 contempla una excepción a este principio, pues dispone que respecto a los herederos menores empieza a correr el cuadrienio o su residuo desde que hubieren llegado a la mayor edad. Pero el inciso siguiente agrega que en ese caso no se podrá pedir la declaración de nulidad, pasados diez años desde la celebración del acto o contrato.

Se presenta el problema de saber si en el caso de incapacidad legal, en que el cuadrienio de acuerdo con el art. 1691 inc. 3º se cuenta sólo desde el día en que haya cesado la incapacidad, esta verdadera suspensión puede prolongarse por más de diez años. Creemos que no, pues nuestro Código está basado en el principio de que al cabo de diez años se consolidan las situaciones existentes, como se desprende del inc. 2º del art. 2520, de la frase final del art. 1683 y del inciso final del art. 1692.

Efectos de la nulidad

371. No existe diferencia alguna entre los efectos de la nulidad absoluta o de la nulidad relativa.

Pero para que los efectos de la nulidad se produzcan es necesario que haya sido declarada judicialmente, esto es, que haya una sentencia que acoja la acción o excepción de nulidad deducida en el juicio en que se discute la validez del acto o contrato. Tal sentencia debe ser firme, esto es, tener autoridad de cosa juzgada, como expresamente lo establece el inc. 1º del art. 1687 del Código Civil.

Esta necesidad de declaración judicial se desprende no sólo del art. 1687, sino también del 1689, que habla de la nulidad judicial-

mente pronunciada, y del 1567 Nº 8º que, entre los modos de extinguirse las obligaciones, señala la “declaración” de nulidad.

El que la nulidad deba ser declarada judicialmente implica el que existe una presunción de validez de los actos jurídicos. El acto se supone válido, salvo que exista una resolución judicial en contrario.

El juicio en que se discute la nulidad puede ser un juicio ejecutivo, pues el art. 464 del Código de Procedimiento Civil señala la nulidad de la obligación entre las excepciones que pueden oponerse en dichos juicios. Acogida la excepción, la nulidad produce todos sus efectos y no puede discutirse nuevamente la cuestión en un juicio ordinario.

La nulidad judicialmente declarada sólo afecta a las partes que han intervenido en el juicio. El inc. 1º del art. 1687 del Código Civil dice que la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada da a “las partes” derecho para ser restituidas. Por su lado el art. 1690 del Código Civil establece que cuando dos personas han contratado con un tercero, la nulidad declarada a favor de una de ellas no proyectará a las otras. De acuerdo con lo anterior la declaración de nulidad aprovecha únicamente a las personas que intervinieron en el juicio respectivo y no a otros que puedan tener interés en esa nulidad y que no intervinieron en el litigio.

El que la nulidad declarada judicialmente sólo afecte a los que fueron partes en el respectivo litigio, no implica que la parte a quien aprovecha la declaración de nulidad no adquiera ciertos derechos o acciones que puede hacer valer contra terceros.

Lo anterior nos lleva a distinguir entre los efectos de la declaración de nulidad entre las partes y sus efectos respecto de terceros.

– Efectos de la nulidad entre las partes

372. El efecto fundamental de la declaración de nulidad lo establece el inc. 1º del art. 1687 del Código Civil, que dispone que la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes el derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

La declaración de nulidad tiene entonces un efecto retroactivo: las cosas deben volver al estado en que se encontraban antes de celebrarse el acto o contrato nulo, cuyos efectos y consecuencias jurídicas desaparecen.

El principio fundamental es que el acto o contrato nulo no debe hacer más ricos a quienes fueron partes en él.

Si el acto o contrato no se ha cumplido, la nulidad tiene sólo como consecuencia extinguir sus efectos, es decir, los derechos y obligaciones que de él emanan. Tal es el caso que contempla el N° 8° del art. 1567 del Código Civil al decir que la nulidad es un modo de extinguir las obligaciones. En realidad es un modo de extinguir indirecto, pues las extingue haciendo desaparecer el acto que les servía de fuente.

Si el acto o contrato se ha cumplido, es decir, si se han realizado las prestaciones que imponía, debe procederse a las restituciones mutuas que señala el art. 1687.

El inciso 2° del art. 1687 dispone que en dichas restituciones cada cual será responsable de la pérdida de las especies o su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos y la posesión de buena o mala fe de las partes, todo ello según las reglas generales.

Las reglas generales a que se refiere esta disposición son las contenidas en los arts. 904 a 915 del Código Civil que reglamentan las prestaciones mutuas en el título de la reivindicación.

En resumen, podemos decir que estas prestaciones consisten en que debe restituirse la cosa objeto del acto o contrato. Los derechos reales constituidos sobre la cosa se extinguen, salvo en el caso de rescisión por lesión enorme, en que el comprador debe cancelarlos (art. 1895 del Código Civil). Deben indemnizarse los deterioros y menoscabos sufridos por la cosa y restituirse los frutos naturales y civiles que ésta ha producido después de la contestación de la demanda y antes de ella si el poseedor es de mala fe.

La otra parte debe abonar los gastos de producción de los frutos. Debe abonar el valor de las mejoras. El de las mejoras necesarias, o sea, las indispensables para la conservación de la cosa, en todo caso. El de las mejoras útiles, o sea, las que aumentan el valor comercial de la cosa, sólo respecto al poseedor de buena fe. Respecto a las mejoras voluptuarias, es decir, las que no aumentan el valor del bien, el poseedor sólo tiene el derecho de retirarlas si no hay detrimento de la cosa; el mismo derecho tiene el poseedor de mala fe respecto a las mejoras útiles.

– Excepciones

373. Estos principios tienen algunas excepciones. En primer término, la contenida en el art. 1468 del Código Civil, que ya

hemos señalado, y que establece que no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas. Este conocimiento se refiere a los hechos constitutivos del objeto o causa ilícitos.

Una segunda excepción está establecida en el art. 1688 del Código Civil. Dicho artículo dispone que si se declara nulo el contrato celebrado con una persona incapaz sin los requisitos que la ley exige, el que contrató con ella no puede pedir restitución o reembolso de lo que gastó o pagó en virtud del contrato, sino en cuanto probare haberse hecho más rica con ello la persona incapaz.

El inciso segundo del mismo artículo dice que se entenderá haberse hecho más rica la persona incapaz, en cuanto las cosas pagadas o las adquiridas por medio de ellas le hubieren sido necesarias, o en cuanto no habiéndole sido necesarias subsistan y se quisiere retenerlas.

Constituye también una excepción el caso en que el acto nulo haya dado lugar a una obligación natural conforme al N° 1° del art. 1470 del Código Civil, pues en tal caso el acreedor podrá retener lo pagado en virtud de ella. Lo mismo sucede respecto al cumplimiento del acto unilateral nulo a que se refiere el N° 3° del art. 1470 del Código Civil.

– Efecto de la nulidad respecto a terceros

374. El art. 1689 del Código Civil establece que “la nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores; sin perjuicio de las excepciones legales”. Se entiende por terceros poseedores los que tienen la cosa en su poder o han constituido derecho sobre ella.

Dentro del concepto del Código que la declaración de nulidad retrotrae las cosas al estado en que se encontraban antes de realizarse el acto declarado nulo, la parte a quien aprovecha la declaración de nulidad de un acto que importó una transferencia de dominio de una cosa tiene derecho a reivindicarla si ha pasado a manos de terceros.

La nulidad del contrato destruye también los gravámenes constituidos sobre la cosa a favor de terceros, ya que el adquirente a virtud de un contrato declarado nulo no ha sido propietario. El art. 2416 del Código Civil dice al respecto que el que sólo tiene sobre la cosa que se hipoteca un derecho eventual, limitado o rescindible, no se entiende hipotecarla sino con las condiciones y limitaciones a que está sujeto el derecho; aunque así no lo exprese.

Para deducir reivindicación contra terceros poseedores es indiferente que éstos estén de buena o mala fe. La acción reivindicatoria en caso de nulidad se diferencia entonces de la que puede proceder en caso de resolución, porque esta última sólo da acción reivindicatoria contra los terceros poseedores de mala fe de acuerdo con los arts. 1490 y 1491 del Código Civil.

El art. 1689 dice que la nulidad da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales.

Entre estas excepciones podemos señalar, en primer término, el caso en que el tercer poseedor haya adquirido la cosa por prescripción.

Otras excepciones encontramos en la rescisión por lesión enorme, pues en tal caso subsisten las hipotecas y derechos reales constituidos sobre la cosa, ya que antes de restituirla el comprador debe purificarla (art. 1895 del Código Civil). Igualmente en el caso de la muerte presunta, cuya rescisión sólo permite recobrar los bienes en el estado en que se hallaren, subsistiendo las enajenaciones, las hipotecas y demás derechos reales constituidos legalmente en ellos (art. 94 N° 4° del Código Civil). En las donaciones entre vivos la rescisión sólo da acción contra terceros en los casos señalados en el art. 1432 del Código Civil.

– Acciones derivadas de la nulidad

375. De un acto o contrato nulo pueden derivarse dos acciones según lo que hemos señalado: la acción de nulidad y la acción reivindicatoria.

Como ya hemos dicho, la nulidad puede hacerse valer como acción y como excepción. Como acción puede entablarse tanto en la demanda como en la reconvencción.

La acción de nulidad es personal, se dirige contra la persona que celebró el acto o contrato nulo; los terceros poseedores de la cosa que puede haber sido objeto del acto o contrato no son legítimos contradictores en esta acción de nulidad.

La acción reivindicatoria es real, y puede dirigirse tanto contra la persona que celebró el acto o contrato nulo, para que restituya la cosa que recibió en virtud de él, si la conserva en su poder, como en contra de un tercer poseedor a quien se haya enajenado la cosa.

Para que proceda la restitución por parte de terceros poseedores es indispensable haber entablado en su contra la acción reivindicatoria; la simple declaración de la nulidad no sirve al efecto.

Las acciones de nulidad y reivindicatoria pueden deducirse conjuntamente en un mismo juicio, ya que de acuerdo con el

art. 18 del Código de Procedimiento Civil, en un mismo juicio podrán intervenir como demandantes o demandados varias personas, siempre que se deduzca la misma acción o acciones que emanen directa e inmediatamente de un mismo hecho.

En ciertos casos de la nulidad emana la acción de indemnización de perjuicios como, por ejemplo, en el caso considerado en el art. 1455 del Código Civil. Dicha disposición establece que el error acerca de la persona no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato. Pero, en este caso, la persona con quien erradamente se ha contratado, tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios en que de buena fe haya incurrido por la nulidad del contrato. Otro caso de indemnización de perjuicios derivada de la nulidad lo encontramos en el art. 1814 del Código Civil, al disponer que en una venta nula por falta de objeto deben resarcirse los perjuicios al comprador de buena fe.

CONVERSIÓN DE LOS ACTOS NULOS

376. El artículo 1444 del Código Civil dispone que son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente.

Puede entonces suceder que declarada la nulidad de un acto éste desaparezca en su sentido primitivo, pero, sin embargo, subsista, o mejor se dé origen entre las partes a otro acto civilmente válido.

Una situación de esta naturaleza contempla el artículo 1701 inciso 2°, del Código Civil, al establecer que “fuera de los casos indicados en este artículo, el instrumento defectuoso por incompetencia del funcionario o por otra falta en la forma, valdrá como instrumento privado si estuviere firmado por las partes”.

Como dicho artículo se refiere a los actos solemnes que requieren como solemnidad el otorgamiento de un instrumento público, es evidente que el acto que aparentemente se quiso realizar es nulo absolutamente por incumplimiento de la solemnidad.

Sin embargo el artículo establece que el instrumento valdrá como instrumento privado. El hecho de valer significa necesariamente que va a servir de testimonio de algún acto jurídico. Dicho acto no puede ser el acto o contrato solemne, primitivamente intentado, ya que éste adolece de nulidad. Tiene necesariamente que tratarse de un acto diferente.

Este fenómeno jurídico en que la nulidad declarada de un acto jurídico que desaparece da origen a otro acto civilmente válido, es la conversión.

En este sentido se ha fallado, por ejemplo, que no obstante que sea nulo el convenio extrajudicial invocado como título ejecutivo, puede tener eficacia en cuanto da testimonio y acredita un reconocimiento de deuda.⁶⁰

Para ello es necesario que el acto declarado nulo contenga todos los elementos constitutivos del nuevo acto válido, y que el nuevo acto o contrato produzca el mismo fin o beneficio económico que el autor o las partes perseguían con el acto o contrato declarado nulo.

Si ambos requisitos no concurren, la conversión no se produce; el acto declarado nulo no da origen a otro acto civilmente válido.

Por lo tanto, es indispensable que en el negocio nulo se pueda captar una voluntad real, expresa o tácita, suficiente para servir de base al acto válido que aparece en su reemplazo. Se trata de una presunción de voluntad de que las partes, de haber previsto la ineficacia del negocio que realizaban, hubieran querido el otro negocio aunque sus efectos no fueren idénticos. Si esa voluntad no aparece clara, la conversión no podrá producirse.

NULIDAD

Debe existir al momento de ejecutarse el acto o celebrarse el contrato. Constituye una sanción. Es de derecho estricto. Debe interpretarse restrictivamente.

Es irrenunciable anticipadamente.

Puede ser expresa o tácita, total o parcial; absoluta o relativa.

Debe ser declarada judicialmente. Sólo aprovecha a las partes.

<i>Diferencias</i>	<i>Nulidad absoluta</i>	<i>Nulidad relativa</i>
Causales.	Falta de objeto. Objeto ilícito. Falta de causa. Causa ilícita. Falta de consentimiento. Incapacidad absoluta. Omisión de solemnidades.	Vicios del consentimiento. Omisión de formalidades habilitantes. Lesión, en los casos señalados por la ley.
Personas que pueden invocar la nulidad.	Juez que conoce de la causa si aparece de manifiesto en el acto o contrato (puede y debe declararla).	Aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes (excepto incapaz que ha inducido con dolo al acto).

<i>Diferencias</i>	<i>Nulidad absoluta</i>	<i>Nulidad relativa</i>
	Ministerio público e interés de la moral y de la ley.	Sus herederos.
	Cualquiera que tenga interés en ella, excepto el que ejecutó el acto sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba.	Sus cesionarios.
Confirmación (ratificación).	No admite confirmación.	Admite confirmación Expresa - Acto unilateral e irrevocable: a) que emane de la parte que puede alegarla; b) que el confirmante sea capaz; c) con las formalidades legales. Tácita. Ejecución voluntaria del acto.
Sancamiento (prescripción).	10 años. Desde la celebración del acto	4 años. Desde la celebración del acto. (Salvo casos de violencia e incapacidad, desde que éstas hayan cesado.)
	Se interrumpe.	Se interrumpe. No se suspende, salvo caso herederos menores.
<i>Efectos</i>	<i>Iguales efectos</i>	
Entre las partes.	Acto { No se ha cumplido. Se ha cumplido	Sus efectos se extinguen. Se vuelve al estado anterior. Debe procederse a las prestaciones mutuas (904 a 915). (Excepciones 1468-1688-1470.)
Respecto a terceros - Acción reivindicatoria		(Excepciones 1895-94-1432.)

⁶⁰ R. D. J., t. 41, s. 1, p. 122.

LA INOPONIBILIDAD

377. Según la definición de Bastian, la inoponibilidad “es la ineficacia respecto de terceros de un derecho nacido a consecuencia de la celebración o nulidad de un acto jurídico”. En otros términos consiste en la imposibilidad legal de hacer valer contra terceros un acto válido o las consecuencias o efectos de su nulidad.⁶¹

378. Para analizar esta materia es necesario, en primer término, distinguir entre los efectos y la realidad jurídica de un acto. La realidad jurídica no puede ser desconocida por los terceros; lo que nos preocupa es si esa realidad jurídica puede hacerse valer frente a dichos terceros. En otros términos, la eficacia frente a terceros de un determinado derecho. En esto consiste el problema de la inoponibilidad.

Los efectos del acto jurídico son las obligaciones y derechos que de él nacen. En otra parte analizamos cómo estos efectos sólo alcanzan a las partes, es decir, a aquellos que con su voluntad o consentimiento han dado nacimiento al acto, y sólo excepcionalmente a determinados terceros que englobamos dentro de la denominación de terceros relativos. Pero si bien los efectos de la relación jurídica no pueden hacerse valer o ser exigidos por terceros, otra cosa distinta es la existencia de la relación jurídica misma, o la eficacia de un determinado derecho, la que normalmente no puede ser desconocida por ellos.

En general, puede señalarse que, a diferencia de la nulidad, la inoponibilidad no ataca la validez del acto mismo. El acto produce todos sus efectos con relación a las partes, de acuerdo con los principios generales del artículo 1545 del Código Civil. Pero el acto, válido para las partes, no produce efectos o no tiene eficacia respecto de terceros, ya que la inoponibilidad está establecida precisamente para la protección de los terceros de buena fe.⁶²

La inoponibilidad es una institución que no está tratada sistemáticamente en nuestro Código, pero cuyas características, requisitos y efectos pueden deducirse del juego de diversas disposiciones.

Un ejemplo claro de esta situación lo proporciona el artículo 1815 del Código Civil que autoriza la venta de cosa ajena, venta que es perfectamente válida y produce todos sus efectos entre las

partes, pero que, como la misma disposición lo expresa, es sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida; situación similar a la promesa del hecho ajeno, que contempla el artículo 1450 del Código Civil, que, siendo válida entre los contratantes, es, sin embargo, inoponible al tercero, el que no contrae obligación alguna si no media su ratificación.

Si en estos u otros actos inoponibles se pretende hacer extensivos sus efectos a un tercero de buena fe, éste puede oponer la excepción de inoponibilidad.

379. Dijimos en un comienzo que la inoponibilidad podía referirse, en primer término, a las consecuencias de un acto válido.

Esta inoponibilidad puede encontrarse establecida directamente como una sanción por la ley.

Así el art. 407 del Código Civil que establece límites para el arrendamiento por el guardador de los bienes del pupilo, señala que el exceso será inoponible al pupilo o al que lo suceda en el dominio del predio. Asimismo la Ley de Quiebras, en su art. 72, declara inoponibles a la masa los actos o contratos que el fallido ejecute o celebre después de dictada la sentencia respectiva.

Fuera de lo anterior la inoponibilidad puede tener causales de fondo o de forma.

Entre las causales de fondo podemos señalar:

a) La falta de concurrencia o consentimiento. Ejemplos de lo anterior lo constituyen la promesa del hecho ajeno o la venta de cosa ajena, a que ya nos referimos, como igualmente la hipoteca de cosa ajena contemplada en el artículo 2314 del Código Civil.⁶³

Podríamos incluir dentro de esta categoría las obligaciones contraídas por el mandatario fuera de los límites de su mandato, que no obligan al mandante (art. 2160 del Código Civil); o las del socio administrador que obra fuera de sus límites legales o del poder especial de sus consocios, que no obliga a la sociedad (art. 2079 del Código Civil).

b) La clandestinidad. La inoponibilidad por clandestinidad surge claramente de lo dispuesto en el art. 1707 del Código Civil que establece que las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública no producirán efectos contra terceros.

c) El fraude. Esta causal es el fundamento de la acción pauliana que establece el artículo 2468 del Código Civil.

⁶¹ BASTIAN, *Essais d'une théorie générale de l'inopposabilité*. París, 1927, p. 3.

⁶² R. D. J., t. 67, s. 1, p. 56.

⁶³ R. D. J., t. 80, s. 3, p. 83.

En virtud de dicha disposición, los acreedores en cuyo perjuicio el deudor ha realizado determinados actos pueden pedir su rescisión, cumpliéndose los demás requisitos que dicha disposición señala. Igualmente la nulidad del pago hecho en fraude de los acreedores a que se refiere el N° 3° del artículo 1578 del Código Civil.

Esta causal es también el fundamento de las inoponibilidades que establecen los arts. 74 y 76 de la nueva Ley de Quiebras N° 18.175.

d) La lesión de derechos adquiridos.

Esta causal se desprende, por ejemplo, de los efectos de la rescisión del decreto de posesión definitiva de los bienes del desaparecido (N° 4° del art. 94 del Código Civil). De la validez de los actos realizados por la mujer si se restablece la sociedad conyugal (arts. 165 y 178 del Código Civil). Del respeto de la prescripción ya cumplida (arts. 1815, 2517 del Código Civil).

e) La lesión de las asignaciones forzosas en las sucesiones.

Al efecto, los artículos 1216 y 1221 del Código Civil conceden a los legitimarios y al cónyuge sobreviviente, a quienes el testador no haya dejado lo que por ley les corresponde, una acción para pedir la reforma del testamento.

f) La buena fe en el caso de la resolución de un contrato.

En efecto, los arts. 1491 y 1492 del Código Civil sólo dan acción en contra de terceros poseedores si se declara la resolución de un contrato cuando éstos se encontraban de mala fe.

Entre las causales de forma pueden señalarse:

a) La falta de publicidad. Al estudiar las formalidades o requisitos externos de los actos jurídicos señalamos que un grupo de ellos se exigía en razón de publicidad. El cumplimiento de esta publicidad hace que el acto llegue a conocimiento de terceros y les sea oponible.

Estas formalidades de publicidad pueden ser de la más diversa índole: notificación, publicaciones, inscripción en determinados registros, etc.

En el derecho de las personas y especialmente en los actos de familia encontramos diversas materias que deben ser objeto de una inscripción. Así los arts. 1716 y 1723 la exigen respecto de las capitulaciones matrimoniales y el pacto celebrado durante el matrimonio para establecer la separación total de bienes o el régimen de participación en los gananciales. Las interdicciones deben publicarse e inscribirse de conformidad a los arts. 447, 455 y 468 del Código Civil. La ley de Registro Civil exige, entre otras, la inscripción de las escrituras públicas de adopción (art. 3° N° 4°); de las sentencias ejecutoriadas que declaren la nulidad del matri-

monio o decreten el divorcio perpetuo o temporal (art. 4° N° 4°); de las sentencias ejecutoriadas que declaren la muerte presunta (art. 5° N° 5°); de otros actos en los arts. 6° y 7°; y dispone en general en el art. 8° que las sentencias e instrumentos que deben inscribirse en los registros no podrán hacerse valer en juicio sin que haya precedido la inscripción.

En materia patrimonial podemos señalar lo dispuesto respecto a la cesión de créditos en el art. 1901 del Código Civil, que no produce efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste. El art. 1707 del Código Civil establece que las contraescrituras públicas no producirán efecto respecto de terceros si no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero. Asimismo el art. 2513 del Código Civil dispone que la sentencia judicial que declara la prescripción de la propiedad de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos, no valdrá contra terceros sin la competente inscripción.

b) Falta de fecha cierta. El artículo 1703 del Código Civil establece que la fecha de un instrumento privado no se cuenta respecto de terceros sino desde que se ha producido alguna de las circunstancias que la misma disposición señala. Circunstancias a las que el art. 419 del Código Orgánico de Tribunales agrega la protocolización del mismo.

380. La inoponibilidad puede derivarse también de la nulidad de un acto.

Desde el momento en que un acto es declarado nulo es inoponible a las partes y a los terceros. Nuestros Tribunales han fallado que “la nulidad una vez que ha sido judicialmente declarada, priva de efecto al acto o contrato nulo, retrotrae las cosas al estado anterior a él, y, de este modo, produce también la inoponibilidad en favor de la persona que habría sufrido lesión en su patrimonio”.

Pero la inoponibilidad derivada de la nulidad de un acto se refiere específicamente al caso opuesto; esto es, que aun cuando el acto sea declarado nulo, esta nulidad no produce efectos frente a terceros de buena fe que no pueden ser perjudicados con ella.

Esta no es la situación normal, porque ya hemos visto que el artículo 1689 del C. C. establece que la nulidad judicialmente declarada da acción contra terceros poseedores, estén éstos de buena o de mala fe. Sin embargo, en otras materias se protege al tercero frente a la nulidad haciendo que ésta le sea inoponible.

Muy clara es a este respecto la disposición del art. 2058 del Código Civil que establece: “la nulidad del contrato de sociedad

no perjudica a las acciones que corresponden a terceros de buena fe contra todos y a cada uno de los asociados por las operaciones de la sociedad, si existiere de hecho”; y también la del artículo 361 del Código de Comercio respecto a la sociedad colectiva, cuya nulidad por falta de solemnidades no podrá alegarse contra terceros interesados en su existencia.

381. El tercero de buena fe podrá hacer valer la inoponibilidad ante quien pretenda hacer valer en su contra un derecho cualquiera emanado de un acto válido o nulo que le es inoponible.

Esto significa, inversamente, que podrán hacer valer en su favor los derechos que emanen del acto inoponible, como lo veremos al tratar la simulación relativa, en la cual pueden hacer valer a su favor el acto secreto que, en principio, les es inoponible.

La inoponibilidad opera a petición de parte y el juez no está autorizado para declararla de oficio.

Generalmente se hará valer como excepción. Decimos “generalmente”, porque la acción pauliana o revocatoria que establece el artículo 2468 del Código Civil es, en último término, una acción de inoponibilidad.

La buena fe del tercero está protegida por la presunción general de buena fe que informa todo nuestro Código Civil y a que se refiere expresamente el artículo 707 del mismo.

LIMITACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

382. Constituye también una sanción civil la limitación de los medios probatorios a través de los cuales puede acreditarse un acto, derivada de la omisión de aquellas formalidades establecidas por vía de prueba.

A este respecto el artículo 1701 del Código Civil establece que la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad. Por lo tanto, la falta de instrumento público no sólo determina la nulidad del acto sino que además impide probarlo por otros medios.

Conviene recordar en esta materia lo dispuesto en el artículo 18 del Código Civil que limita el valor en Chile de los instrumentos otorgados válidamente en el extranjero. Dicha disposición dice: “En los casos en que las leyes chilenas exigieren instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y producir efecto en Chile, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el país en que hubieren sido otorgadas”.

383. Con relación a la prueba testimonial el artículo 1708 del Código Civil dice que “no se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito”.

El inciso 1º del artículo 1709 dice que “deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos unidades tributarias”.

Lo anterior significa que la limitación, aunque de gran reflejo práctico, se limita, en teoría, a una obligación de dar, que emane de un acto o contrato (no de un hecho jurídico), y que supere la cuantía indicada.

Exceptúanse de lo anterior los casos en que exista un principio de prueba por escrito, en que haya sido imposible obtener prueba escrita o en los exceptuados por la ley (ver *infrás* N°s 453 y 454).

Casos de excepción legal los encontramos en el comodato (art. 2175 del C. C.) y en el depósito necesario (art. 2237 del C. C.).

En algunos casos el omitir la escrituración acarrea una completa transformación de las normas probatorias. Así en el depósito el artículo 2217 del Código Civil dispone: “Cuando según las reglas generales deba otorgarse este contrato por escrito, y se hubiere omitido esta formalidad, será creído el depositario sobre su palabra, sea en orden al hecho mismo del depósito, sea en cuanto a la cosa depositada, o al hecho de la restitución”.

Hay otras sanciones especiales de carácter probatorio si determinados contratos no se otorgan por escrito; así, en el arrendamiento de bienes raíces urbanos el art. 20 de la Ley N° 18.101 dispone que en los que no consten por escrito se presumirá que la renta será la que declare el arrendatario. En otra materia, el Código del Trabajo en su art. 9º establece que el contrato de trabajo es consensual, pero deberá constar por escrito en un determinado plazo; agrega que “la falta de contrato escrito hará presumir legalmente que son estipulaciones del contrato las que declare el trabajador”.

LA SIMULACIÓN

384. La simulación, de acuerdo con la definición de Ferrara, consiste en la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir, con fines de engaño, la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo.⁶⁴

⁶⁴ FRANCISCO FERRARA, *La simulación en los negocios jurídicos*. Edit. Rev. de D. Priv. 1960, pág. 56.

R. D. J., t. 55, s. 1, p. 188; t. 58, s. 2, p. 21; t. 82, s. 2, p. 80.

De esta definición resulta que, en primer término, el acto simulado es un acto unitario y siempre bilateral. La disconformidad entre la voluntad real y la voluntad declarada debe ser querida y compartida por las partes para que exista simulación.

El hecho de que la disconformidad sea querida por las partes hace que la simulación no pueda confundirse con el error; y el requisito de que debe ser compartida por las partes determina que sea distinta del dolo. En el dolo una de las partes maquina para arrancar el consentimiento de la otra; en la simulación participan ambas partes.

El ánimo de engañar a terceros es también elemento de la simulación, lo que no implica necesariamente el espíritu de perjudicar a esos terceros. Cabe señalar que no es necesario que el engaño se produzca realmente, ni que se obtenga en realidad el beneficio perseguido con él para que configure la simulación.

385. La simulación tiene cabida en nuestro derecho, pues él aplica la doctrina de la voluntad real que prevalece sobre la voluntad declarada.⁶⁵

En la voluntad real se busca la intención, el querer íntimo de los contratantes; en la voluntad declarada se mira sólo la exteriorización de esa voluntad, lo literal de las palabras.

Entre las partes existe el acuerdo de que sólo la voluntad real producirá efectos, lo que pueden hacer de acuerdo al principio de la autonomía de la voluntad que establece el art. 1545 del Código Civil. Deben respetar ese acuerdo en virtud del principio de la buena fe que señala el art. 1546. Por otra parte debe buscarse esa voluntad real en conformidad a la regla general de interpretación de los contratos que establece el art. 1560 del Código Civil al disponer que “conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”.

El art. 1707 del Código Civil contempla y autoriza expresamente la simulación al considerar las contraescrituras públicas o la alteración de lo pactado en ellas por medio de escrituras privadas.⁶⁶

386. La simulación puede ser absoluta o relativa. En la simulación absoluta el acto ostensible es completamente ficticio y no

encubre ningún acto real: en él las partes no quieren el acto sino la ilusión externa del mismo.⁶⁷

En tal caso el acto será absolutamente nulo (o inexistente) por falta de voluntad⁶⁸ y de causa en conformidad a los arts. 1445, 1467, 1682 y 1683 del Código Civil.

La simulación absoluta será casi siempre necesariamente ilícita, porque no podrá tener otro fundamento que el perjuicio a terceros a través de la disminución ficticia del patrimonio o del falso aumento del pasivo de una de las partes.

En la simulación relativa existe un acto real, pero el acto ostensible oculta su verdadera naturaleza; el acto real se presenta como un acto diferente.⁶⁹

En la simulación relativa el acto ostensible puede servir para disimular la naturaleza del acto real, como cuando a una donación se le da la apariencia de una compraventa o viceversa. Puede utilizarse también para falsear las condiciones del acto real, como sería el caso de que en una compraventa se manifieste un precio menor del efectivo por razones tributarias o de otra naturaleza. Puede también utilizarse para ocultar a las verdaderas partes del acto real haciendo intervenir a una persona que no tiene interés alguno en él, es decir, se hace aparecer a un contratante ficticio, el que vulgarmente se denomina testafierro.

Inversamente a la simulación absoluta, la relativa no es necesariamente inválida.

Para que el acto real sea válido debe cumplir con todos los requisitos genéricos o específicos que exija la ley, y si se trata de un acto solemne, las solemnidades deben haberse cumplido en el acto aparente. A la inversa, si el acto aparente es solemne, la omisión de las solemnidades no afectará al acto real si éste no es solemne.

De lo anterior resulta que, salvo lo expresado respecto a las solemnidades, los requisitos de validez del acto deberán buscarse en el acto real. Por lo tanto, la simulación relativa no es por sí misma una causal de nulidad de los actos jurídicos.

La acción de simulación es distinta de la acción de nulidad. Así, si una de las partes no puede solicitar la nulidad absoluta del acto aparente por haber sabido el vicio que lo invalidaba, podrá sin embargo intentar la acción de simulación.

⁶⁷ R. D. J., t. 46, s. 1, p. 737.

⁶⁸ Giuseppi Stolfi, *op. cit.*, pág. 158.

⁶⁹ R. D. J., t. 52, s. 2, p. 60.

⁶⁵ R. D. J., t. 52, s. 2, p. 60.

⁶⁶ R. D. J., t. 79, s. 1, p. 40.

387. Ya hemos señalado que la simulación no es necesariamente ilícita.⁷⁰

La simulación será ilícita si a través de ella se persigue el perjuicio de terceros de buena fe o el fraude a la ley.⁷¹

El que la simulación sea permitida y en principio lícita, resulta de las disposiciones que expresamente la contemplan y reglamentan, como son los arts. 1707 y 1876 del Código Civil. Igualmente, cuando el art. 1491 exige que, para que la resolución afecte a terceros, la condición conste en el título respectivo, está suponiendo que puede no constar en él, lo que significará que el acto aparente no refleja en su totalidad al acto real.

El art. 1707 del Código Civil acepta que los contratantes alteren lo pactado en una escritura pública por medio de contraescrituras públicas y aun por medio de escrituras privadas, y establece las condiciones en que las primeras podrán producir efecto respecto de terceros. Por su parte el art. 1876 se pone en el caso de no ser efectiva la declaración de haberse pagado el precio en una escritura de compraventa.

La ilicitud de la simulación provendrá de que el acto real viole la ley por falta o ilicitud del objeto o causa, o por contravención de una prohibición legal, de acuerdo a los artículos 1464, 1466, 1467, 1682 y 1683 del Código Civil.

La ilicitud puede provenir también del perjuicio a terceros de buena fe, la que consistirá en que éstos ignoren la voluntad real de las partes. Esta ilicitud se configura del juego de muy diversas disposiciones. El criterio aparece especialmente claro en los arts. 1491 y 1876 del Código Civil. Por su parte, el N° 2° del artículo 471 del Código Penal contempla el delito de “el que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado”.

388. Para determinar los efectos de la simulación debemos distinguir entre partes y terceros. Partes son los que han concurrido con su consentimiento a perfeccionar el acto jurídico; los demás son terceros. Pero entre los terceros debemos distinguir entre los terceros absolutos y los terceros relativos.

Los terceros relativos son los cesionarios, sucesores o acreedores de las partes. Ellos pueden llegar a ser afectados por el acto jurídico. Los demás son terceros absolutos y ellos son indiferentes para nuestro análisis, porque los efectos del acto les serán siempre extraños.

Ante la ley el acto aparente tiene plena validez y efectos mientras no se establezca la simulación. Aunque reconoce la posibilidad de actos simulados, nuestro Código establece en el art. 1545 la presunción de sinceridad de los actos y su validez.

389. Entre las partes el acto aparente, en el caso de simulación absoluta, no produce efecto alguno.

Podrá, sin embargo, darse el caso de que alguna de las partes intente aprovecharse del acto simulado y exigir su cumplimiento. En tal evento la otra parte podrá oponer la excepción de simulación. También cualquiera de las partes podrá intentar la acción de simulación para evitar los efectos del acto aparente que de otro modo se producirían por la presunción de sinceridad a que nos hemos referido.

Acreditada la simulación absoluta resultará evidente la nulidad absoluta del acto simulado, pero ésta deberá ser declarada judicialmente de acuerdo a las normas generales que regulan la nulidad.⁷²

390. Respecto a los terceros de buena fe y de acuerdo con lo que dispone especialmente el art. 1707, en el sentido de que las contraescrituras no tienen efecto contra ellos, se encuentran protegidos frente a la simulación. Esta protección es doble.

Consiste en primer término en que no les afecta el acto real y podrán atenerse al acto aparente. El acto real les será inoponible por clandestinidad y tendrán al efecto la excepción respectiva.

Pero puede suceder a la inversa: que el acto aparente sea perjudicial a los terceros y les convenga hacer prevalecer el acto real. En tal caso, al igual que las partes, podrán intentar la acción de simulación.

El que la protección alcanza sólo a los terceros de buena fe se desprende del sistema general de nuestro Código, de las diversas disposiciones en que la protección legal se limita a los que se encuentran de buena fe, como los arts. 2568 N° 1°, 2302, 2303, 1490 y 1491.

El art. 1876 otorga, en un caso específico de simulación, la protección que dan a los terceros poseedores de buena fe los artículos 1491 y 1492.

Estos terceros, para tener el carácter de terceros relativos, deberán tener un interés actual comprometido.

⁷⁰ R. D. J., t. 33, s. 2, p. 17.

⁷¹ R. D. J., t. 35, s. 1, p. 138; t. 58, s. 2, p. 21.

⁷² R. D. J., t. 81, s. 2, p. 119.

Si este interés actual resulta de actos cometidos con conocimiento de la simulación ya no tendrán el carácter de terceros de buena fe y no gozarán de la protección legal.

Los terceros, en cuanto sean sucesores de las partes, pueden tener un doble carácter frente a la simulación. En cuanto actúen como sucesores serán continuadores de la personalidad del causante y se les aplicarán los criterios que hemos señalado para las partes en la simulación. Pero puede suceder también que el acto realizado por el causante los haya perjudicado en forma directa independientemente de los derechos y obligaciones que les ha transmitido el causante. Sería, por ejemplo, el caso en que un acto simulado del causante hubiera perjudicado a un heredero en la asignación forzosa a que tuviere derecho. Estimamos que en tal caso el sucesor puede ejercitar las acciones que como tercero de buena fe le corresponderían.

391. La simulación podrá hacerse valer como acción y como excepción. La acción de simulación es una acción personal, declarativa, transmisible y prescriptible conforme a las reglas generales.

Esta prescripción deberá contarse para los terceros desde que tuvieron conocimiento de la simulación. Respecto a las partes, el criterio es más difícil de establecer. Podría sostenerse que la prescripción se cuenta desde que se celebró el acto simulado, o bien, desde que una de las partes pretende servirse del acto aparente, esto es, exigir su cumplimiento. A nuestro entender el criterio aceptable es este último.

392. Hemos señalado ya la presunción de sinceridad con que nuestra legislación inviste a los actos aparentes. De acuerdo con esto la simulación deberá ser declarada judicialmente.⁷³

Esta declaración sólo alcanzará a los que fueron partes en el juicio de acuerdo con el efecto relativo de las sentencias.

Si la simulación fue declarada en un juicio entre las partes, ella no afectará a terceros, pues no existirán efectos reflejos de la sentencia que los alcancen.

– Prueba de la simulación

393. La simulación puede probarse por los terceros por cualquier medio de prueba.⁷⁴

⁷³ R. D. J., t. 46, s. 1, p. 817.

⁷⁴ R. D. J., t. 17, s. 1, p. 279; t. 22, s. 1, p. 272.

Podrá utilizarse la prueba de testigos aunque el monto de la obligación sea superior a dos unidades tributarias, ya que se trata de probar la simulación y no la obligación misma.

Podrán utilizarse también las presunciones que pueden tener especial importancia para poder establecer la simulación.

En cambio las partes no podrán probar la simulación por medio de testigos en virtud de lo dispuesto en el inciso 2º del art. 1709 del Código Civil.

MODALIDADES DE LOS ACTOS JURIDICOS

– Concepto

394. Al clasificar los actos jurídicos distinguimos entre actos jurídicos puros y simples y sujetos a modalidades. Los primeros son aquellos cuyos efectos normales se producen de inmediato y sin alteraciones o modificaciones posteriores. Los segundos son aquellos cuyos efectos sólo se producen bajo un elemento denominado modalidad, o bien, aquellos cuyos efectos normales son alterados por una modalidad.

Las modalidades son entonces elementos que la ley o la voluntad de las partes introducen en el acto jurídico para subordinar a ellas o alterar con ellas los efectos normales del acto.

Los actos jurídicos puros y simples constituyen la regla general en nuestro derecho.

– Origen de las modalidades

395. Hemos dicho que las modalidades pueden incorporarse al acto jurídico por voluntad de las partes o por disposición de la ley.

Normalmente las modalidades no son cosas ni de la esencia ni de la naturaleza del acto jurídico; son cosas accidentales del acto, es decir, de aquellas que según el art. 1444 pueden agregar las partes por medio de cláusulas especiales. El art. 1445 que señala los elementos constitutivos del acto jurídico no contempla las modalidades.

Ocasionalmente, sin embargo, las modalidades se encuentran establecidas por la ley.

Las modalidades que establece la ley en ciertos casos para un determinado acto jurídico constituyen generalmente elementos

de la naturaleza del acto o contrato, es decir, las partes pueden eliminarlas o modificarlas por medio de cláusulas especiales.

Un ejemplo claro de lo anterior lo encontramos en el art. 1826, relativo a la compraventa. Dicho artículo dispone que el vendedor es obligado a entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato, o en la época prefijada en él. Es decir, la ley fija una modalidad (plazo) para la entrega de la cosa vendida, pero autoriza a las partes para estipular un plazo diferente.

En otras situaciones la condición puede consistir en un elemento de la naturaleza del acto, como, por ejemplo, la condición resolutoria tácita que va envuelta en todo contrato bilateral (art. 1489 del C. C.).

Muy excepcionalmente la modalidad establecida por la ley puede ser un elemento de la esencia del acto jurídico, es decir de aquellos cuya ausencia, según el art. 1444, hacen que el acto jurídico no produzca efecto alguno o degenerare en otro diferente.

En tales casos, la modalidad no puede eliminarse por voluntad de las partes.

Así el art. 738 relativo al fideicomiso establece que el “fideicomiso supone siempre la condición expresa o tácita de existir el fideicomisario, o su substituto, a la época de la restitución.

A esta condición de existencia pueden agregarse otras copulativa o disyuntivamente”.

Otro caso en que la modalidad es un elemento esencial del acto lo constituye el contrato de promesa, el que precisamente debe contener un plazo o condición que fije la fecha de ejecución del contrato (art. 1554 del C. C.).

– Actos que no admiten modalidades

396. Los actos jurídicos son por regla general susceptibles de modalidades.

Existen, sin embargo, actos jurídicos inmutables cuyos efectos normales no pueden ser variados. Dichos actos no admiten modalidades. Entre estos actos se encuentran, por lo general, los actos de familia que están regidos por normas de orden público. Así respecto al matrimonio, el art. 1717 prohíbe que en las capitulaciones matrimoniales se contengan estipulaciones en detrimento de los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge. El art. 9º de la Ley Nº 7.613 establece que la adopción no podrá sujetarse a condición, plazo, modo o gravamen alguno. El art. 1074 tiene por no escrita la condición impuesta al heredero o legatario de no contraer matrimonio, salvo que se

limite a no contraerlo antes de la edad de dieciocho años o menos.

Otros casos encontramos en las asignaciones forzosas. Así el art. 1192 inc. 1º establece que la legítima rigorosa no es susceptible de condición, plazo, modo o gravamen alguno. El art. 1227 dice que no se puede aceptar o repudiar una asignación condicionalmente, ni hasta o desde cierto día. El art. 1721 inc. final dispone que en las capitulaciones matrimoniales no podrá pactarse que la sociedad conyugal tenga principio antes o después de contraerse el matrimonio. Y el art. 1723 inc. final establece que los pactos de separación total de bienes o de participación en los gananciales no son susceptibles de condición, plazo o modo alguno.

– Clases de modalidades

397. Las tres principales modalidades son: la condición, el plazo y el modo.

No son éstas todas las modalidades, pues la teoría considera actualmente la existencia de otras. Como más adelante veremos, la doctrina más aceptada hoy día es que la representación constituye una modalidad de los actos jurídicos, pues altera sus efectos normales.

Se considera también que constituyen modalidades las obligaciones alternativas, facultativas y la solidaridad.

– Carácter excepcional de las modalidades

398. Como hemos dicho, lo normal es que los actos jurídicos sean puros y simples. Esto trae aparejado el que las modalidades constituyen una excepción y deben encontrarse expresamente establecidas por las partes o por la ley. Las modalidades no se presumen. Esto no quiere decir que no existan ciertas modalidades que se subentienden por disposición de la ley, como veremos al tratar de la condición resolutoria tácita y del plazo tácito.

El carácter excepcional de las modalidades conduce a que ellas deban interpretarse restrictivamente.

Las modalidades están tratadas en el Código Civil en los arts. 1473 y ss. y 1070 y ss.

LA CONDICIÓN

– *Definición*

399. El art. 1473 dice que “es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro que puede suceder o no”.

Se define generalmente la condición como el hecho futuro e incierto del cual depende el nacimiento o la extinción de un derecho.

– *Elementos de la condición*

400. De la definición anterior resulta que el hecho constitutivo de una condición debe tener dos características: el ser futuro y el ser incierto.

– *Futuridad*

En primer término la condición debe consistir en un hecho futuro. El art. 1071 dice que la condición que consiste en un hecho presente o pasado, no suspende el cumplimiento de la obligación.

La jurisprudencia ha resuelto que un hecho presente no puede constituir condición. Igualmente no constituye condición la verificación de ciertos requisitos de hecho establecida en un contrato para que una parte pueda ejercitar ciertos derechos.⁷⁵

– *Incertidumbre*

La incertidumbre consiste en la posibilidad de que el hecho se verifique o no.

La incertidumbre debe ser objetiva, es decir, existir para todos. Nace entonces de la naturaleza misma y no del concepto personal de las partes.

Del carácter de incierto que debe revestir el hecho que constituye una condición resulta que, como lo ha dicho una sentencia,

⁷⁵ R. D. J., t. 35, s. 2, p. 65.

no reviste el carácter de condición la muerte de una persona, pues tal hecho es, por la naturaleza humana, de la más absoluta certeza y debe necesariamente ocurrir.⁷⁶

– *Clasificación de las condiciones*

401. Las condiciones pueden clasificarse en:

1) Positivas y negativas

De acuerdo con el art. 1474 la positiva consiste en acontecer una cosa; la negativa en que una cosa no acontezca.

Esta clasificación no tiene mayor importancia.

2) Expresas y tácitas

Son expresas las que la ley o las partes estipulan en términos explícitos.

Son tácitas aquellas que, sin necesidad de expresarse, se subentienden por disposición de la ley.

Esta clasificación tiene gran importancia, como lo veremos al estudiar la condición resolutoria tácita.

3) Posibles e imposibles. Lícitas e ilícitas

Condiciones posibles son aquellas conformes con la naturaleza o con la ley. Imposibles (art. 1475), las contrarias a la naturaleza física (físicamente imposibles), o que consistan en un hecho prohibido por las leyes, o sean opuestas a las buenas costumbres o al orden público (moralmente imposibles).

A las condiciones imposibles se equiparan las ininteligibles (art. 1475 inc. final).

Las condiciones lícitas equivalen a las moralmente posibles y las ilícitas a las moralmente imposibles.

Las condiciones imposibles resolutorias se tienen en general por no escritas.

Las condiciones imposibles suspensivas se reputan fallidas; salvo la negativa suspensiva físicamente imposible, que se tiene por no escrita y la negativa suspensiva moralmente imposible que consista en una abstención del acreedor, que vicia la disposición.

4) Determinadas e indeterminadas

Cabe también respecto a las condiciones la distinción entre determinadas e indeterminadas a que nos referiremos al tratar de las asignaciones a día.

⁷⁶ R. D. J., t. 9, s. 1, p. 426.

Serán determinadas o indeterminadas según se sepa o no la fecha en que habría de producirse el hecho futuro e incierto en el caso de realizarse.

5) Potestativas, casuales y mixtas

De acuerdo con el art. 1477, condición potestativa es la que depende de la voluntad del acreedor o del deudor. Condición casual, la que depende de la voluntad de un tercero o del acaso. Mixtas, las que dependen en parte de la voluntad de los contratantes y en parte de la voluntad de un tercero o del acaso.

Las condiciones potestativas se subdividen a su vez en meramente potestativas, si dependen de la sola voluntad de las partes (si quiero) o en simplemente potestativas, si dependen de un hecho voluntario de las partes (si me caso).

Las obligaciones contraídas bajo una condición meramente potestativa suspensiva del deudor, son nulas. El art. 1478 dice que “son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga”.⁷⁷

Hemos dicho que son nulas sólo las obligaciones sujetas a condición meramente potestativa del deudor si ellas son suspensivas, porque a condiciones resolutorias de esta misma naturaleza la ley les da un valor, como sucede con las donaciones revocables entre cónyuges a que se refieren los arts. 1000 y 1138, que pueden dejarse sin efecto al arbitrio del donante.

Fuera de la señalada en el art. 1478 todas las demás condiciones mera o simplemente potestativas son válidas.

6) Suspensivas y resolutorias

Condición suspensiva es el hecho futuro e incierto del cual depende el nacimiento de un derecho.⁷⁸

Condición resolutoria es el hecho futuro e incierto del cual depende la extinción (resolución) de un derecho.

Debemos hacer presente que el acto sujeto a condición suspensiva existe. Es el derecho emanado de ese acto y su obligación correlativa, los que dependen del evento de la condición.

En la condición resolutoria tanto existe el acto jurídico como han nacido los derechos y las obligaciones que de él emanan, pero estos derechos y sus obligaciones correlativas, sujetas al evento de la condición resolutoria, están expuestos a extinguirse si ella se produce.

⁷⁷ R. D. J., t. 19, s. 1, p. 5; t. 35, s. 2, p. 19; t. 43, s. 1, p. 399.

⁷⁸ R. D. J., t. 1, seg. part., p. 556; t. 40, s. 2, p. 29.

La condición resolutoria puede adoptar tres formas: condición resolutoria ordinaria, condición resolutoria tácita y pacto comisorio.

a) *Condición resolutoria ordinaria.* La condición resolutoria ordinaria es la establecida expresamente por las partes y puede consistir en un hecho cualquiera, siempre que éste no sea el cumplimiento de la obligación contraída en un contrato bilateral.

b) *Condición resolutoria tácita.* La condición resolutoria tácita es una condición subentendida por la ley y que consiste en la resolución del contrato bilateral por incumplimiento de su obligación por una de las partes.

El art. 1489 dispone que en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Por lo tanto, la condición resolutoria tácita no corresponde a todos los actos jurídicos sino sólo a los contratos, y no a todos los contratos, sino exclusivamente a los contratos bilaterales. Así lo ha resuelto reiteradamente la jurisprudencia. Ya sabemos que contrato bilateral, de acuerdo con el art. 1439, es aquel en que las partes contratantes se obligan recíprocamente.

Para que la condición resolutoria tácita opere es necesario que sólo uno de los contratantes esté en mora; el otro debe haber cumplido o estar llano a cumplir la obligación (art. 1552).

c) *Pacto comisorio.* El pacto comisorio consiste en la estipulación expresa que hacen las partes de la condición resolutoria tácita.

– *Estado en que pueden encontrarse las condiciones*

402. Tanto las condiciones suspensivas como resolutorias pueden encontrarse en tres estados: pendientes, cumplidas o fallidas.

La condición se encuentra pendiente cuando el hecho futuro e incierto puede aún verificarse o no.

La condición se encuentra cumplida cuando el hecho futuro e incierto se ha verificado.

La condición se reputa fallida cuando ya se sabe que el hecho futuro e incierto no se verificará, o ha transcurrido el plazo fijado por las partes o la ley para que dentro de él se verificara.

El art. 1482 dispone que se reputa haber fallado la condición positiva o haberse cumplido la negativa, cuando ha llegado a ser cierto que no sucederá el acontecimiento contemplado en ella, o cuando ha expirado el tiempo durante el cual el acontecimiento ha debido verificarse y no se ha verificado.

La condición se considera fallida entonces en dos casos:

a) Cuando existe la certeza de que el hecho positivo no se verificará.

b) Cuando ha pasado el plazo en que la condición debía verificarse.

En este último caso el plazo puede haber sido fijado por las partes. Pero si las partes nada han hecho, existe un plazo límite establecido por la ley, que es el término de 5 años.

Aunque no hay una regla general a este respecto, se ha estimado que es de aplicación general la regla especial establecida para el fideicomiso en el inc. 1º del art. 739, que dispone: “Toda condición de que penda la restitución de un fideicomiso, que tarde más de cinco años en cumplirse, se tendrá por fallida, a menos que la muerte del fiduciario sea el evento de que penda la restitución”.

– Efectos de la condición suspensiva

403. Para estudiar los efectos de la condición suspensiva debemos distinguir si se encuentra pendiente, cumplida o fallida.

1) *Pendiente*. Cuando la condición suspensiva se encuentra pendiente, existe un vínculo jurídico, pero el derecho y su obligación correlativa no han nacido; ellos sólo existirán desde que se produzca el evento de la condición.

De lo anterior resulta que no puede exigirse el cumplimiento de la obligación, sino verificada la condición (1485-1078). El hecho de que la obligación no sea exigible autoriza al deudor para repetir lo que hubiere pagado antes de cumplirse la condición suspensiva (1485 inc. 2º). La prescripción no empieza a correr mientras la condición no se cumple (2514 inc. 2º). La obligación no puede novarse (1633 inc. 1º). La obligación no puede compensarse (1656 Nº 3º). La pérdida de la cosa debida, sin culpa del deudor, extingue la obligación (1486 inc. 1º). Los frutos producidos por la cosa mientras está pendiente la condición, pertenecen al deudor que es dueño de ella (1078 inc. 3º - 1338 Nº 1º).

En la quiebra del deudor de una obligación bajo condición suspensiva la exigibilidad que ella determina sólo significa que el crédito eventual puede verificarse. El acreedor condicional podrá exigir la consignación de los dividendos que le corresponderían sólo bajo caución suficiente de restituirlos para el caso de que la condición no se verifique (arts. 67 y 152 de la ley Nº 18.175).

Pero, como lo hemos expresado, aunque el derecho no haya nacido mientras está pendiente la condición, existe sin embargo un vínculo jurídico entre el acreedor y el deudor. Por ello el

inc. 3º del art. 1492 y el art. 1078 autorizan al acreedor para impetrar, mientras pende la condición, las providencias conservativas necesarias.

El derecho y la obligación condicional se transmiten a los herederos (1492), salvo que los derechos del acreedor condicional emanen de una asignación testamentaria (962 inc. 2º), o de la donación (1390 inc. 2º).

2) *Cumplida*. Una vez cumplida la condición suspensiva nacen el derecho y su obligación correlativa. La obligación se hace exigible (1485 inc. 1º), y el derecho del acreedor se reputa haber existido desde la celebración del acto condicional; en otros términos, la condición opera retroactivamente.

Esta retroactividad tiene la excepción que señalamos de que los frutos percibidos en el tiempo intermedio pertenecen al deudor, como igualmente de que el acreedor recibe la cosa en el estado en que se encuentra, aprovechando sus aumentos o mejoras y sufriendo sus deterioros o disminuciones (1486 inc. 2º).

3) *Fallida*. Si la condición falla, desaparece el acto jurídico condicional y todos sus efectos se borran.⁷⁹

Si el deudor ha ejecutado actos de disposición respecto a la cosa que debía condicionalmente, éstos se consolidan. Si el acreedor los ha realizado, ellos caducan. Por último, si se han impetrado medidas conservativas, ellas desaparecen.

– Efectos de la condición resolutoria

404. Para estudiar los efectos de la condición resolutoria distinguiremos también entre si ella se encuentra pendiente, cumplida o fallida.

1) *Pendiente*. De la condición resolutoria no depende el nacimiento del derecho, sino su extinción o resolución. Por lo tanto mientras la condición resolutoria se encuentra pendiente no sólo existe el acto jurídico sino también los derechos y obligaciones sujetos a condición resolutoria que de él emanan. Tales derechos y obligaciones han nacido, y para todos los efectos el acto se reputa como si fuera puro y simple.

De lo anterior resulta que la obligación es exigible desde el momento de celebrarse el acto o contrato. El que tiene una cosa bajo condición resolutoria puede enajenarla y percibe sus frutos. La prescripción corre en contra del acreedor desde la celebración

⁷⁹ R. D. J., t. 68, s. 2, p. 71.

del acto (2514 inc. 2º), y el deudor que paga no ha hecho sino cumplir su obligación y no puede repetir lo pagado.

El derecho sujeto a condición resolutoria sólo supone para su titular el riesgo de perderlo si la condición se cumple.

Esta situación de que el derecho pueda eventualmente extinguirse, impone al dueño de una cosa cuyo dominio está sujeto a condición resolutoria la obligación de conservarla como buen padre de familia (1486-758). Da derecho también para solicitar medidas conservativas al que puede recibir la cosa si el evento de la condición se produce (1492-761).

2) *Cumplida*. El cumplimiento de la condición resolutoria produce la consecuencia de hacer desaparecer los efectos del acto jurídico. El derecho condicional y su obligación correlativa se extinguen como se desprende de la definición de la condición resolutoria del art. 1479, de lo dispuesto en el art. 1487, y del Nº 9 del art. 1567, que señala el evento de la condición resolutoria como uno de los modos de extinguirse las obligaciones.

En general, el evento de la condición resolutoria opera con efecto retroactivo y la situación debe retrotraerse al estado anterior a la celebración del acto condicional.⁸⁰

Pero al estudiar los efectos de la condición resolutoria cumplida debemos señalar que existen diferencias según se trate de la condición resolutoria ordinaria o de la condición resolutoria tácita.

a) La condición resolutoria ordinaria opera de pleno derecho, al verificarse el evento de la condición y puede ser alegada por cualquiera que tenga interés en ella.

La condición resolutoria tácita sólo opera en virtud de sentencia judicial que la declare; sólo puede ser alegada por el otro contratante, que ha cumplido su obligación o se allana a cumplirla (1489-1873), e incluso este contratante puede no pedir la resolución sino el cumplimiento de la obligación (1489 inc. 2º).

b) Producido el evento de la condición resolutoria ordinaria, no es posible evitar sus efectos. En la resolutoria tácita puede enervarse la acción cumpliendo la obligación (310 C. P. C.). El pago puede efectuarse antes de la citación para sentencia en primera instancia, o de la vista de la causa en segunda.⁸¹

En teoría se ha sostenido, sin embargo, que el derecho del acreedor de pedir el cumplimiento o la resolución del contrato, es un derecho potestativo, esto es, el que atribuye a un sujeto el

poder de modificar una situación jurídica mediante un acto de su voluntad. Si el acreedor elige la resolución, hace uso de un derecho potestativo extintivo y el demandado no puede oponerse. Si se admite que éste pague durante el juicio, se está contraviniendo la ley, porque se le da a él la elección que corresponde al acreedor. De acuerdo con este criterio el demandado no podría enervar la acción.⁸²

c) La condición resolutoria ordinaria no lleva aparejada indemnización de perjuicios. En cambio juntamente con la acción de resolución por el evento de la condición resolutoria tácita, puede pedirse dicha indemnización (1489 inc. 2º).

El que la condición resolutoria opere entre las partes con efecto retroactivo tiene una excepción con relación a los frutos, ya que el art. 1488 dispone que verificada una condición resolutoria no se deberán los frutos percibidos en el tiempo intermedio, salvo que la ley, el testador, el donante o los contratantes, según los varios casos, hayan dispuesto lo contrario. Una excepción establecida por la ley la encontramos en el art. 1875 de la compraventa, cuya resolución, por no haberse pagado el precio, da derecho para pedir la restitución de los frutos, ya en su totalidad, ya en la proporción que corresponda a la parte del precio que no hubiere sido pagada.

Al operar la condición resolutoria con efecto retroactivo debemos analizar las consecuencias que ésta produce con relación a los actos que haya ejecutado con respecto a la cosa el que la tenía bajo condición resolutoria.

Para ello debemos distinguir entre los actos de administración y los actos de disposición.

Los actos de administración quedan sin efecto.

En cuanto a los actos de disposición es necesario distinguir si los terceros están de buena o de mala fe. El art. 1490 establece que si el que debe una cosa mueble a plazo, o bajo condición suspensiva o resolutoria, la enajena, no habrá derecho de reivindicarla contra terceros poseedores de buena fe. Por su parte el art. 1491 dispone que si el que debe un inmueble bajo condición lo enajena, o lo grava con hipoteca, censo o servidumbre, no podrá resolverse la enajenación o gravamen sino cuando la condición constaba en el título respectivo, inscrito, u otorgado por escritura pública.

⁸⁰ R. D. J., t. 80, s. 2, p. 126.

⁸¹ R. D. J., t. 77, s. 2, p. 77; t. 44, s. 1, p. 288; t. 45, s. 1, p. 597.

⁸² AUGUSTO ELGUETA, *Resolución de los contratos y excepción de pago*. Editorial Jurídica de Chile, 1981. Ver supra Nº 200.

De los artículos citados se desprende que la acción reivindicatoria sólo procede contra los terceros poseedores de mala fe; esto es, que conocían que el derecho que tenía el causante que enajenó o gravó la cosa estaba sujeto a condición resolutoria. Respecto a los bienes raíces este conocimiento lo deduce la ley de que la condición aparezca expresa o implícitamente en el título y que éste haya sido otorgado por escritura pública o inscrito.

3) *Fallida*. Si la condición resolutoria falla, los efectos del acto jurídico quedan definitivamente a firme.

La obligación de conservación que tenía el dueño de una cosa cuyo dominio estaba sujeto a condición resolutoria, desaparece. Si se han impetrado medidas conservativas, ellas terminan.

El Código no ha reglamentado esta materia, pero lo anterior resulta del hecho de que el acto jurídico pasa a considerarse como puro y simple.

– Pacto comisorio

405. Hemos dicho que el pacto comisorio es la estipulación expresa de la condición resolutoria tácita. El Código Civil lo trata en el contrato de compraventa, arts. 1877 y ss.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia ha establecido que “dentro de nuestra legislación nada impide que en cualquier contrato (como el de arrendamiento, por ejemplo) las partes estipulen expresamente que la falta de cumplimiento de las obligaciones convenidas autorice a la otra para dar por terminado o resuelto inmediatamente el contrato”.⁸³

El pacto comisorio no priva de la elección de acciones de cumplimiento o resolución del contrato. Se trata del pacto comisorio ordinario. Pero existe también el pacto comisorio con cláusula de resolución ipso facto. Este pacto se denomina también pacto comisorio calificado. La estipulación del pacto comisorio con cláusula de resolución ipso facto no requiere de fórmulas sacramentales; basta que de cualquiera forma se establezca que de hecho y sin más trámites queda resuelto el contrato.⁸⁴

En la compraventa sólo permite enervar la acción pagando en las veinticuatro horas siguientes a la notificación de la demanda. En otros contratos la jurisprudencia ha estimado que la resolución se produce de pleno derecho.⁸⁵

⁸³ R. D. J., t. 11, s. 1, p. 481; t. 43, s. 2, p. 55; t. 46, s. 1, p. 101; t. 65, s. 2, p. 21.

⁸⁴ R. D. J., t. 46, s. 1, p. 99.

⁸⁵ Fallos del Mes, N° 180, s. 6, p. 214.

La acción derivada del pacto comisorio prescribe necesariamente en cuatro años contados desde la fecha del contrato. Se ha estimado que esta prescripción no enerva la procedencia de la acción resolutoria normal.

– Acción resolutoria

406. Como hemos señalado, la condición resolutoria tácita y el pacto comisorio, que es sólo su estipulación expresa, no operan de pleno derecho sino que en su caso la resolución debe ser declarada por una sentencia judicial.

La acción para pedir tal resolución se denomina acción resolutoria.

La acción resolutoria es una acción personal o patrimonial que, por lo tanto, puede cederse o transmitirse. Mueble o inmueble, según la cosa en que recaiga. Indivisible, pues si son varias las personas que pueden pedir la resolución, deben ejercitarla en común.

Cuando procede la acción reivindicatoria contra terceros poseedores ella puede establecerse justamente con la acción resolutoria, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18 del C. de P. C.

La acción resolutoria prescribe según las reglas generales.

EL PLAZO

– Concepto

407. El art. 1494 dice que el plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación.

En doctrina se lo define como el hecho futuro y cierto del cual depende la exigibilidad o la extinción de un derecho.

En consecuencia el plazo tiene de común con la condición el requisito de que debe consistir en un hecho futuro; pero mientras el hecho futuro de la condición es incierto, el hecho futuro del plazo debe con seguridad realizarse.

Pero la circunstancia de que el plazo consista en un hecho cierto, no significa necesariamente que se sepa de antemano cuándo ha de verificarse. Esto lleva a distinguir entre hechos ciertos y determinados, que se sabe que han de llegar y cuándo han de llegar, como una fecha futura cualquiera; y hechos ciertos e indeterminados, que se sabe que han de suceder necesariamente, pero no se sabe cuándo, como la muerte de una persona.

– *Clasificación de los plazos*

408. Los plazos pueden clasificarse desde distintos puntos de vista:

– *Expresos y tácitos*

Plazo expreso es el que ha sido estipulado en el acto o contrato.

Plazo tácito es, de acuerdo con el art. 1494, el indispensable para el cumplimiento de la obligación.

Atendiendo a su origen el plazo puede ser convencional, legal o judicial.

Convencional es el fijado por las partes en el acto o contrato.

Legal es el señalado por la ley. En nuestro derecho encontramos innumerables casos de plazos legales. El Código de Procedimiento Civil está lleno de ellos. Menos corriente es que la ley civil fije plazo para la exigibilidad de las obligaciones, como sucede en el Código Civil en los arts. 1879 referente al pacto comisorio y 2200 en el mutuo.

Judicial es el que fija el juez. En nuestra legislación el juez no puede señalar plazo para el cumplimiento de una obligación, salvo que expresamente lo autorice la ley.

El inc. 2º del art. 1494 dispone que no podrá el juez, sino en casos especiales que las leyes designen, señalar plazo para el cumplimiento de una obligación.

Los casos en que nuestro Código Civil autoriza al juez para señalar los plazos son muy escasos. Podemos señalar el art. 378 que le permite ampliar o restringir el plazo para inventariar los bienes del pupilo. El art. 904, que dispone que vencido el poseedor, restituirá la cosa en el plazo que el juez señalare. El art. 1094, que autoriza al juez para determinar subsidiariamente el plazo en que ha de cumplirse el modo. El art. 2201, que lo autoriza para fijar el plazo de pago en el mutuo si se ha estipulado que se efectúe cuando sea posible.

Atendiendo a la forma en que operan, los plazos pueden dividirse en fatales y no fatales.

Esta clasificación se refiere exclusivamente a los plazos señalados para que dentro de ellos se ejercite un derecho.

Plazo fatal es aquel a cuyo cumplimiento se extingue el derecho por el solo ministerio de la ley y sin necesidad de trámite alguno.

El plazo fatal debe estar necesariamente establecido con las expresiones: “en” o “dentro de”.

El art. 49 establece al respecto: “Cuando se dice que un acto debe ejecutarse *en o dentro de* cierto plazo, se entenderá que vale si se ejecuta antes de la medianoche en que termina el último día del plazo”.

Plazos no fatales son todos los otros. En ellos el derecho puede ejercitarse, aun vencido el plazo, mientras no se declare su caducidad por sentencia judicial.

– *Plazos suspensivos y extintivos*

Plazo suspensivo es aquel del cual depende el ejercicio o la exigibilidad del derecho.

Debemos recalcar que el derecho bajo plazo suspensivo nace, pero no puede exigirse o ejercitarse.

Plazo extintivo es aquel del cual depende la extinción de un derecho.

El plazo extintivo pone fin al derecho. Es un modo de extinguir las obligaciones como se desprende de los arts. 885 Nº 2, que señala que las servidumbres se extinguen por la llegada del día; 1950 Nº 2, que dispone que el arrendamiento termina por la expiración del tiempo estipulado; 2098, que dice que la sociedad se disuelve por la expiración del plazo, y 2163 Nº 2, que establece que el mandato termina por la expiración del término.

Pero el plazo extintivo opera sin efecto retroactivo, y los efectos del acto o contrato producidos en el intervalo entre su celebración y la llegada del plazo extintivo son totalmente válidos y quedan a firme.

– *Efectos del plazo suspensivo*

409. Como hemos dicho, el plazo suspensivo suspende la exigibilidad del derecho, pero no su nacimiento.

Antes de cumplirse el plazo suspensivo no puede exigirse la obligación (1496-1084), pero si ésta se paga antes de cumplirse el plazo, el pago no está sujeto a restitución (1495 inc. 1º).

Antes del vencimiento del plazo puede exigirse, sin embargo, la obligación si se ha renunciado al plazo o éste ha caducado.

El plazo puede ser renunciado por aquel en cuyo beneficio se ha establecido. Aunque el artículo 1497 pareciera indicar que sólo el deudor puede renunciar al plazo, ello no es así. Debe aplicarse al efecto la regla general del art. 12. La redacción del art. 1497 se

debe a que el plazo es generalmente en beneficio del deudor, pero hay casos, como en el depósito, en que está establecido en beneficio del acreedor, y otros, como en el mutuo con intereses, en que el plazo beneficia a ambas partes (2204).

De acuerdo con el art. 1497, el plazo no podrá renunciarse si se ha estipulado lo contrario.

La caducidad legal del plazo está establecida en el artículo 1496.

De acuerdo con dicha disposición el plazo caduca: 1º) Si el deudor se halla constituido en quiebra o en notoria insolvencia. 2º) Si las cauciones del deudor se han extinguido o han disminuido considerablemente de valor por hecho o culpa suya.

La quiebra se declara por resolución judicial. Una vez declarada, el acreedor puede exigir su obligación aunque esté pendiente el plazo suspensivo.

Tanto la notoria insolvencia como la extinción o disminución culpable de las cauciones constituyen una cuestión de hecho que deberá ser declarada por el juez ante una demanda del acreedor.

El deudor cuyas cauciones se han extinguido o disminuido puede reclamar el beneficio del plazo renovándolas o mejorándolas (1496 Nº 2).

El art. 46 define la caución diciendo que es cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda.

El hecho de que pendiente el plazo suspensivo no sea exigible la obligación, implica que no corre la prescripción contra el acreedor (2514 inc. 2º). Pero como el derecho ha nacido, si el acreedor fallece pendiente el plazo transmite dicho derecho a sus herederos.

Al cumplirse el plazo suspensivo la obligación se hace exigible, pero no se producen efectos retroactivos.

La ley de la renta (D. L. Nº 824) aplica sin embargo tal impuesto a las rentas “devengadas” que constituyan un crédito para su titular, independientemente de su actual exigibilidad (art. 2º Nº 2).

– Efectos del plazo extintivo

410. Como hemos dicho, la llegada del plazo extintivo pone fin al derecho. No hay necesidad de que una sentencia judicial declare esa extinción, pues el plazo extintivo opera de pleno derecho.

Al llegar el plazo extintivo son los efectos futuros del acto los que no tendrán existencia, pero los efectos ya producidos tienen pleno valor. En otros términos, el plazo extintivo actúa hacia el futuro, pero no tiene efectos retroactivos. Hasta el momento de cumplirse el plazo extintivo, el acto jurídico ha tenido toda su validez.

– Las asignaciones a día

411. En las asignaciones testamentarias a día, el Código, en los arts. 1080 y siguientes, hace una serie de aclaraciones ya que ellas pueden tener el carácter de plazos o condiciones, dependiendo de su certeza y determinación.

El Código señala que el día es cierto y determinado si necesariamente ha de llegar y se sabe cuándo, como el día tanto de tal mes y tal año. Es cierto pero indeterminado si necesariamente ha de llegar y no se sabe cuándo, como el día de la muerte de una persona. Es incierto pero determinado si puede llegar o no, pero en caso afirmativo se sabe cuándo, como el día en que una persona cumpla tal edad. Por último es incierto e indeterminado si no se sabe si ha de llegar ni cuándo, como el día en que una persona se case.

La ley distingue las asignaciones “desde tal día” respecto de las asignaciones “hasta tal día”, y da una serie de normas en los artículos 1083 a 1088 que son a primera vista confusas, pero que pueden resumirse en dos proposiciones:

1º Las asignaciones “desde tal día” son siempre condicionales, salvo que el día sea cierto y determinado;

2º Las asignaciones “hasta tal día” son siempre plazo, salvo que el día sea incierto e indeterminado.

– Cómputo del plazo

412. El cómputo de los plazos está reglamentado en los arts. 48, 49 y 50 del C. C.

Dichas disposiciones son de aplicación general, pero ello no obsta a que las partes puedan convenir un cómputo diferente.

Se distinguen plazos de días, meses y años.

Lo establecido en los artículos citados puede resumirse en las siguientes normas:

1º) Los plazos se entienden completos y corren hasta la medianoche del último día del plazo (48 inc. 1º).

2º) El primero y el último día de un plazo de meses o de años tiene un mismo número en el respectivo mes. No importa que el mes o año tenga más o menos días.

3º) Si el plazo de meses o de años principia en el día de un mes que no tiene el mes final, por tener menos días, el plazo termina el último día del mes final. Así, el plazo de dos meses que parte el 31 de diciembre, termina el 28 de febrero.

4º) Los plazos se entienden corridos, es decir, se cuentan los días hábiles e inhábiles.

En materia procesal la regla es distinta, pues los plazos de días se entienden de días hábiles.

EL MODO

– *Concepto*

413. El modo no está definido en el Código Civil. El art. 1089 dice que si se asigna algo a una persona para que lo tenga por suyo con la obligación de aplicarlo a un fin especial, como el de hacer ciertas obras o sujetarse a ciertas cargas, esta aplicación es un modo y no una condición suspensiva.

Se dice que el modo es una manera establecida para el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de una obligación. Puede definirse como la obligación accesoria de realizar una prestación impuesta al adquirente de algo.

– *Reglas generales*

414. El modo puede establecerse en favor del disponente, del adquirente o de un tercero.

Si ha sido impuesto en favor del adquirente, éste puede renunciarlo (1092).

Si el modo es física o moralmente imposible, no vale la disposición (1093).

El adquirente no necesita prestar caución para adquirir la cosa asignada modalmente.

El modo puede establecerse con cláusula resolutoria, esto es, imponiéndose la obligación de restituir la cosa y sus frutos si no se cumple el modo (1092).

– *Efectos del modo*

415. El modo no suspende la adquisición de la cosa asignada (1089), pero da derecho a los terceros que no fuesen beneficiarios a exigir su cumplimiento.

El incumplimiento del modo da derecho, fuera de la acción anterior, a la de indemnización de perjuicios, pero no dará derecho a la resolución del acto.

La resolución sólo procederá excepcionalmente si el modo contiene cláusula resolutoria (1090).

Los efectos de la resolución en tal caso están señalados en el art. 1096, que establece que al restituirse la cosa y sus frutos por el asignatario que no ha cumplido el modo, se entregará al beneficiario una suma proporcionada al objeto del modo y el resto acrecerá a la herencia.

LA REPRESENTACION EN LOS ACTOS JURIDICOS

– *Concepto*

416. Lo normal es que una persona manifieste su voluntad personalmente en los actos jurídicos. Pero esta manifestación de voluntad puede también hacerse por intermedio de otra persona, llamada representante.

Al actuar un representante va a ser él quien va a manifestar la voluntad necesaria para que el acto jurídico se perfeccione sustituyendo a la voluntad del representado, pero una vez realizado el acto jurídico el representante desaparece y los efectos del acto van a afectar exclusivamente al representado.

El principio de la representación está establecido en el art. 1448 del C. C., que dispone que lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo.

La representación tiene especial importancia, pues a través de ella pueden actuar los incapaces en la vida jurídica. Respecto a las personas capaces les permite realizar los actos jurídicos que por la época o lugar en que deben celebrarse les sería imposible, difícil u oneroso hacerlo personalmente.

– *Naturaleza jurídica de la representación*

417. Para explicar la naturaleza jurídica de la representación se han formulado diversas teorías, cuatro de las cuales merecen señalarse:

a) *Teoría de la ficción*. Es la teoría clásica expuesta por Pothier. Según ella, se estima que la representación es una ficción en virtud de la cual se considera que el representado manifiesta su voluntad por intermedio del representante.

Esta teoría no explica la representación legal, ya que un absolutamente incapaz, por ejemplo, no tiene voluntad que manifestar; ni resuelve el problema de cuál de las dos voluntades, la del representante o del representado, engendra el acto jurídico.

En algunas sentencias la Corte Suprema sostiene que ésta es la teoría que informa nuestro Código;⁸⁶

b) *Teoría del emisario o del “nuntius”*. Esta teoría, formulada por Savigny, sostiene que el representante es el portavoz del representado y transmite su voluntad.

Esta teoría admite la misma objeción que la anterior respecto al caso de los incapaces; no explica además el caso de los mandatos generales en que no se ha encargado específicamente al representante la realización de un determinado acto jurídico.

c) *Teoría de la cooperación de voluntades*. Según ella, concurren tanto la voluntad del representante como la del representado a la formación del acto jurídico.

Fuera de no explicar la representación legal ni los casos en que el mandatario obre en contra de la voluntad del representado, esta teoría, al ser aceptada, acarrearía innumerables complicaciones.

d) *Teoría de la modalidad del acto jurídico*. Esta teoría, expuesta por los jurisconsultos franceses Pilon y Levy Ullmann, considera la representación una modalidad del acto jurídico. Parte de la base de que el concepto subjetivo de la obligación como vínculo entre dos personas debe reemplazarse por un concepto objetivo de vínculo entre los patrimonios. La modalidad consiste en que los efectos del acto jurídico que realiza el representante no van a radicarse en su patrimonio sino en el patrimonio del representado.⁸⁷

Esta teoría explica la representación legal. Además aclara que es la voluntad del representante la que genera el acto jurídico. Un fallo de la Corte de Temuco sustentó que era ésta la teoría que informaba nuestra legislación y la expuso con mucha claridad, pero él fue casado por la Corte Suprema, que sostuvo que el Código Civil está inspirado en la teoría de la ficción.⁸⁸

Sin embargo, otra sentencia de la Corte Suprema ha acogido la teoría de la representación.⁸⁹

En apoyo de la teoría pueden señalarse los arts. 672 y 673 del C. C., que disponen que para que la tradición sea válida “debe ser hecha voluntariamente por el tradente o por su representante” y requiere además “el consentimiento del adquirente o de su representante”. El inciso 1º de art. 721, que establece que “si una persona toma la posesión de una cosa en lugar o a nombre de otra de quien es mandatario o representante legal, la posesión del mandante o representado principia en el mismo acto, *aun sin su conocimiento*”. Por último, el art. 2151, que autoriza al mandatario para actuar a nombre propio en el ejercicio de su cargo.

– Actos no susceptibles de representación

418. En general todos los actos jurídicos pueden ser ejecutados por representación; sin embargo hay ciertos actos que deben necesariamente realizarse personalmente.

Estas excepciones son muy reducidas en materia patrimonial.

Podemos señalar el art. 1004 del C. C., que dispone que “la facultad de testar es indelegable”. El art. 1280, inc. 1º, que establece que “el albaceazgo es indelegable, a menos que el testador haya concedido expresamente la facultad de delegarlo”. Por último el art. 1721, del cual se desprende que el menor y el que se halla bajo curaduría deben actuar personalmente al otorgar capitulaciones matrimoniales, sin perjuicio de la autorización del curador y de la justicia que el mismo artículo señala.

– Clases de representación

419. Del art. 1448 se desprende que la representación puede tener su origen en la voluntad del representado o en la ley.

La representación voluntaria puede tener su origen en el mandato, en la representación o en la ratificación.

El mandato, de acuerdo con el inc. 1º del art. 2116 del C. Civil “es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera”.

Los autores distinguen entre mandato y representación. Al efecto, señalan que el mandato es un acto jurídico bilateral, un contrato, que engendra obligaciones recíprocas entre las partes que lo acuerdan y determina las relaciones jurídicas que se producen entre mandante y mandatario. La representación no es un elemento esencial del contrato sino un elemento de la naturaleza

⁸⁶ R. D. J., t. 36, s. 1, p. 104; t. 40, s. 1, p. 304.

⁸⁷ HENRI LEVY ULLMANN, *La contribution essentielle du droit anglais à la théorie générale de la représentation*. Londres, 1928.

⁸⁸ R. D. J., t. 40, s. 1, p. 304.

⁸⁹ R. D. J., t. 43, s. 3, p. 26.

del mismo, lo que se demuestra en el hecho de que el mandatario pueda actuar a nombre propio.

La representación, en cambio, cuando no emana de la ley, es un acto unilateral que no requiere la aceptación y ni siquiera el conocimiento del apoderado, que determina las relaciones jurídicas entre el poderdante y los terceros, que no impone al apoderado la obligación jurídica de hacer uso del poder, pero sí la de actuar siempre a nombre del poderdante, pues, en caso contrario, no opera la representación.⁹⁰

El art. 2151 del C. Civil autoriza al mandatario para que, en el ejercicio de su cargo, contrate a su propio nombre o al del mandante. Por lo tanto, aunque constituye un elemento esencial del mandato que el mandatario se haga cargo del negocio, siempre por cuenta y riesgo del mandante, es decir, bajo su responsabilidad, tal situación se produce aun cuando el mandatario haya actuado a nombre propio, no obstante la ausencia de representación en tales casos.

Por ello se ha fallado que cuando el mandatario ha actuado a su nombre en la compra de materiales objeto del mandato, no hay impedimento legal para que, cumplidos y ejecutados los contratos de compraventa, el mandatario reciba las cosas adquiridas no para sí, sino para su comitente. La transferencia de las cosas que el mandatario compró para el mandante no necesita como título de contrato alguno; se justifica por el mandato mismo.⁹¹

La ratificación consiste en que una persona acepta ser afectada por un acto jurídico que le era inoponible.

La ratificación, que es un acto jurídico unilateral, equivale a un mandato otorgado a posteriori y está contemplada en diversas disposiciones del Código Civil, como los arts. 672, 673, 1449, 1450, 1818 y 2160.⁹²

La representación legal emana de la ley. El art. 43 del C. C. nos dice que “son *representantes legales* de una persona el padre o la madre legítimos, el adoptante y su tutor o curador”.

Esta enumeración no es taxativa. Así podemos señalar el inciso 3º del art. 671 del C. C., que dispone que “en las ventas forzadas que se hacen por decreto judicial a petición de un acreedor, en pública subasta, la persona cuyo dominio se transfiere es el

⁹⁰ DAVID STITCHKIN B., *El mandato civil*. 4ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 1989, N°s 16 a 18.

A. ALESSANDRI - A. VODANOVIC., *Curso de derecho civil*. Nascimento, 1961, t. I, vol. I, N° 734.

⁹¹ R. D. J., t. 67, s. 1, p. 451 (cons. 3º a 9º).

⁹² R. D. J., t. 42, s. 1, p. 45.

tradente, y el juez su representante legal”. Por su parte, el art. 659 del C. de P. C. dispone que “en las enajenaciones que se efectúen por conducto del partidor se considerará a éste representante legal de los vendedores”. El Síndico tiene la representación legal del fallido, de acuerdo con el N° 1º del art. 27 e inc. 3º del art. 64 de la Ley de Quiebras.

La distinción entre ambas representaciones tiene importancia para determinar su alcance. En el caso de la representación legal las facultades del representante serán las que establezca la ley. En el caso de la representación voluntaria las facultades del mandatario serán las que le haya otorgado el mandante.

– Requisitos de la representación

420. La representación surte sus efectos propios de afectar al representado y no al representante, si concurren los siguientes requisitos:

a) *Que se realice un acto jurídico*. No cabe la representación en los hechos jurídicos; no podría cometerse un delito civil por representación.

b) *Que el representante obre a nombre del representado*. No es necesario que se indique expresamente al realizar el acto que se está obrando a nombre del representado, como se desprende de los arts. 411, 1635, 2094 y 2151 del C. C. y 495 y 496 del C. de P. C. Pero si no indica expresamente que está actuando para el representado, se entiende que el representante contrata para sí (2151), y aun en ciertos casos no podrá señalar a posteriori que obró por cuenta de su representado. En efecto, el art. 411 obliga al tutor o curador que actuó en representación del pupilo a expresar esta circunstancia “so pena de que omitida esta expresión, se reputa ejecutado el acto o celebrado el contrato en representación del pupilo, si fuere útil a éste, y no de otro modo”.

c) *Que el representante tenga poder para actuar por el representado*. Es decir, una persona debe actuar a nombre de otra estando, como dice el art. 1448, facultada por ella o por la ley para representarla.

El inc. 1º del art. 2160 dice expresamente que “el mandante cumplirá las obligaciones que a su nombre ha contraído el mandatario dentro de los límites del mandato”.

Los actos ejecutados por un representante fuera de los límites de su representación son inoponibles al representado.⁹³

⁹³ R. D. J., t. 43, s. 2, p. 65; t. 75, s. 1, p. 174.

Sin embargo, en ciertos casos, aun extinguido el mandato, los actos del mandatario obligan al mandante, como sucede cuando el mandatario ha ignorado la expiración del mandato, o sabiéndolo ha contratado con terceros que estaban de buena fe (2173).

– *Efectos de la representación*

421. Los efectos de la representación consisten en que los derechos y obligaciones que nacen del acto jurídico se radican en el representado como si lo hubiera realizado él mismo. Las obligaciones y derechos derivados del acto jurídico vinculan al representado directamente con el tercero, y el representante desaparece.

Pero fuera de los efectos normales de la representación debemos examinar qué sucede si el consentimiento del representante ha adolecido de algún vicio, o las consecuencias de que éste, al celebrar el acto jurídico, haya actuado con violencia, dolo o mala fe.

Si aceptamos la teoría de la representación como modalidad y como, según ella, es la voluntad del representante la que genera el acto jurídico, no cabe duda de que si dicha voluntad adolece de error, fuerza o dolo el acto está viciado de nulidad relativa. El representado podría en tal caso solicitar la rescisión del acto.

Lo anterior, según la doctrina, tiene una excepción en el caso de error del representante, cuando, no obstante dicho error, el acto produce los efectos queridos por el representado, pues en tal situación no hay un perjuicio patrimonial que proteger. En caso de fuerza y dolo el acto es siempre anulable, cualesquiera que sean sus efectos, pues la sanción de estos vicios tiene un carácter de orden público.

Si el representante ha procedido con dolo al celebrar el acto jurídico, la otra parte podrá pedir la nulidad, no como sanción del dolo mismo, sino porque su consentimiento ha estado viciado.

La sanción directa del dolo, que es la indemnización de perjuicios, ya que constituye el elemento de un delito civil, sólo podrá exigirse personalmente del representante, pero no afectará al representado. Como hemos dicho, la representación no cabe en los hechos jurídicos como el delito civil. La responsabilidad civil por hechos de terceros está limitada a los casos que contemplan los arts. 2319 a 2322 del C. C.

La mala fe del representante puede afectar al representado como en el caso especial del art. 1229 del C. de Comercio.

Pero como la mala fe equivale y tiene la misma sanción directa del dolo, ella ocasiona la responsabilidad directa del representan-

te como resulta del art. 1233 del C. de Comercio y 233 de la Ley de Quiebras.

Nos queda, por último, el problema de saber si el representado puede solicitar la nulidad absoluta de un acto cuando el representante supo o debió saber el vicio que lo invalidaba (1683 C. C.).

Dentro de la doctrina de la representación-modalidad ello es posible. La Corte Suprema había sentado una doctrina contraria diciendo que no cabrá hacer distinción entre la intervención directa en un acto y contrato nulo y la celebración por representante.⁹⁴

En una sentencia posterior, aceptando la teoría de la modalidad, estableció que la representación autoriza al representante sólo para ejecutar actos lícitos a nombre del representado; en consecuencia, el representado puede solicitar la nulidad absoluta, ya que no se puede imputar a él el acto ilícito.⁹⁵

En cambio, si el representado conoció o debió conocer el vicio de que adolecía el acto, no puede solicitar su nulidad absoluta, aunque el representante haya ignorado el vicio.⁹⁶

– *Representación sin mandato*

422. Hemos visto que para que una persona pueda obligar a otra por el acto jurídico que realiza en su nombre es menester que esté facultada por la ley o por dicha persona para representarla.

Si una persona actúa en representación de otra sin poder, el acto que realiza es inoponible al representado.

El representado puede en tal caso, y como lo hemos señalado, aceptar voluntariamente que el acto lo afecte por medio de la ratificación, dentro de los principios generales que señalan los arts. 1449 y 1450 del C. C.

Hay, sin embargo, un caso en que, sin existir mandato y sin que haya ratificación posterior, lo que una persona ejecuta a nombre de otra sin poder puede obligar a esta última.

Tal sucede en la agencia oficiosa o gestión de negocios que, de acuerdo al art. 2286 del C. C., “es un cuasicontrato por el cual el que administra sin mandato los negocios de alguna persona, se obliga para con ésta, y la obliga en ciertos casos”.

⁹⁴ R. D. J., t. 36, s. 1, p. 104.

⁹⁵ R. D. J., t. 39, s. 1, p. 148.

⁹⁶ R. D. J., t. 66, s. 1, p. 65.

Para que el representado en tal caso se obligue es necesario que la gestión le haya sido útil, pues el inc. 1º del art. 2290 dispone que “si el negocio ha sido bien administrado, cumplirá el interesado las obligaciones que el gerente ha contraído en la gestión”.

Algo similar sucede con el que ejerce el cargo de tutor o curador sin serlo realmente, pues sus actos no obligan al pupilo, sino en cuanto le hubieren reportado positiva ventaja (426 C. C.).

CAPÍTULO VII

TEORIA DE LA PRUEBA

CONCEPTOS GENERALES

NOCIONES Y REGLAMENTACIÓN

– *Ubicación*

423. Nuestro Código Civil trata de la prueba en el Título XXI del Libro IV, bajo el epígrafe “De la prueba de las obligaciones”, siguiendo así la ubicación que ocupa en el Código Civil francés.

El programa de Derecho Civil contempla, sin embargo, su estudio en la parte general, lo que es lógico por cuanto la prueba no se aplica sólo a los derechos personales sino también a los derechos reales y a los hechos materiales.

El estudio de la prueba en derecho civil se justifica, porque no siempre la necesidad de probar se produce en una contienda judicial; puede ser precisa en los actos judiciales no contenciosos y, con mucha frecuencia, en los actos ordinarios de la vida civil.

Además existen pruebas preconstituidas que se preparan antes de saber si va a existir controversia.

Por último, el saber el medio de prueba que se autoriza en un caso determinado, especialmente en la prueba de los actos jurídicos, es una materia sustantiva y no procesal, que corresponde a la ley civil.

La reglamentación de la prueba de que nos ocupamos se refiere a los derechos patrimoniales.

Los derechos de familia tienen una organización de prueba particular que la ley fija para cada uno de ellos. Las pruebas del estado civil, por ejemplo, las trata el Código en el Título XVII del Libro I, en los arts. 304 y ss.

Las disposiciones sobre la prueba contenidas en el Código Civil están complementadas en el Código de Procedimiento Civil, que, en el Título XI del Libro II, trata de los medios de prueba en particular y da no sólo reglas procesales sino también sustantivas sobre la prueba.

– Definición

424. La palabra prueba puede usarse con distintas acepciones significando:

- a) Producir los elementos de convicción, como cuando se dice que en tal caso el demandante tiene el peso de la prueba.
- b) Los medios de prueba mismos, al expresarse, por ejemplo, que se tienen pruebas de lo afirmado.
- c) La rendición o resultado de la prueba, al manifestarse, por ejemplo, que se rindió una buena prueba.

Puede definirse la prueba como la verificación por los medios legales de la afirmación de un hecho que sirve de fundamento a un derecho.

– Importancia y nociones generales

425. La prueba tiene especial importancia porque para gozar de un derecho no bastará el que dicho derecho exista, sino que en muchos casos va a ser necesario demostrar que él nos corresponde. En tal situación la falta de prueba de un derecho equivaldrá a la inexistencia del mismo.

La prueba no es, sin embargo, un elemento del derecho, ni un elemento del acto jurídico, como se desprende de los arts. 1444 y 1445 del Código Civil. El derecho se tiene o el acto jurídico existe independientemente de la prueba respectiva.

En los actos solemnes, eso sí, la solemnidad es al mismo tiempo el único modo de probar el acto (1701). El elemento esencial y el medio de prueba se confunden en tal caso.

Los particulares tienen el derecho a la prueba. Al efecto pueden hacer uso de todos los medios de prueba, excepto en casos especiales en que la ley los limita o restringe, como en ciertas situaciones que dicen relación con la moral pública (arts. 1888, 964); o cuando existe una presunción de derecho, la que no admite prueba en contrario (inc. final del art. 47), o cuando sólo se acepten determinados medios de prueba (arts. 1701, 1708). Pueden incluso exigir que se exhiban los elementos de prueba que

existan en poder de terceros o que éstos declaren como testigos (arts. 349 y 359 C. P. C.).

La prueba que se rinde está sometida al control de la otra parte (arts. 255, 324, 366, 392, 405, 419, 795 N° 4 del C. de P. C.).

El juez tiene un papel pasivo y neutral. Su función consiste en fijar los hechos sobre los cuales debe rendirse la prueba si, a su juicio, hay controversia sobre ellos (art. 318 C. P. C.), pero salvo casos de excepción (art. 159 C. P. C.) se limita a recibir las pruebas que rindan las partes sin buscarlas por sí mismo. Rendida la prueba, el juez la analiza y la aprecia comparativamente, prefiriendo, entre pruebas contradictorias, las que crea más conforme a la verdad (428 C. P. C.), pero respetando la fuerza probatoria relativa de los distintos medios de prueba que estudiaremos más adelante.

– Normas que regulan la prueba

426. Dentro de las normas que regulan la prueba tenemos normas sustantivas que se refieren a tres problemas principales: 1° Qué debe probarse. 2° A quién corresponde probar. 3° Cómo debe probarse, o sea, los medios de prueba, su admisibilidad y su valor o fuerza probatoria.

Estos tres puntos son la materia de nuestro estudio.

Al mismo tiempo existen respecto a la prueba normas de carácter procesal y que se refieren a dos aspectos esenciales: 1° Oportunidad de la prueba, o sea, cuándo debe ella rendirse. 2° Forma de rendir la prueba, esto es, cómo debe producirse.

Estos dos puntos corresponden al estudio del derecho procesal.

OBJETO DE LA PRUEBA

– Hechos y derecho

427. En general la prueba podría recaer sobre las afirmaciones de las partes relativas a los hechos de la causa o sobre una regla jurídica, es decir, sobre el derecho objetivamente considerado.

De acuerdo con la presunción de conocimiento de la ley que establecen los arts. 7° y 8° del C. C., la regla jurídica no necesita ser probada.

Lo anterior significa además que no necesitan probarse las consecuencias jurídicas que derivan de un hecho o de un acto jurídico, pues ellas están establecidas por la ley. Por ello la calificación jurídica o la determinación de los efectos jurídicos, de los hechos, actos o contratos, no son objeto de la prueba; ellos resultan de la aplicación que hace el tribunal de la ley a los hechos tal como se han probado y establecido.

Lo dicho respecto a la ley es apreciable también a los decretos supremos.

La potestad reglamentaria del Presidente de la República emana del N° 8 del art. 32 de la Constitución. El valor de los decretos está implícitamente reconocido en diversas disposiciones del Código Civil, como los arts. 48, 51, 546 y 695.

Los decretos, reglamentos y ordenanzas del Presidente de la República no necesitan, en consecuencia, ser *probados*, desde que sus disposiciones constan fehacientemente; al efecto, la Corte Suprema ha resuelto que un decreto supremo, como cualquiera otra resolución de la autoridad, no puede producir efectos ni crear obligaciones mientras no haya sido puesto en conocimiento de los interesados en forma legal.¹

Es por esto que los decretos de carácter general deben publicarse. Aunque la ley no exija imperativamente este trámite, la doctrina señala que para que tengan fuerza obligatoria, los decretos que contengan disposiciones de orden general deben haber sido publicados.

Lo expresado respecto a que la regla jurídica no necesita probarse tiene dos excepciones y ellas son cuando la norma de derecho emana de la costumbre y cuando está contenida en una ley extranjera.

La costumbre en materia civil, que como se ha señalado tiene sólo valor cuando la ley se remite a ella, puede probarse por cualquier medio, pues el Código Civil no señala normas especiales al respecto.

La costumbre en materia mercantil suple el silencio de la ley y, cuando no consta al juez, sólo podrá ser probada de acuerdo a lo que establece el art. 5º del Código de Comercio: 1º Por testimonio fehaciente de dos sentencias que, aseverando la existencia de la costumbre, hayan sido pronunciadas conforme a ella. 2º Por tres escrituras públicas anteriores a los hechos que motivan el juicio en que debe obrar la prueba.

¹ R. D. J., t. 29, s. 1, p. 293.

Respecto a la ley extranjera, el art. 411 del C. de P. C. dispone que podrá también oírse el informe de los peritos sobre puntos de derecho referentes a alguna legislación extranjera.

– Hechos y actos jurídicos

428. Hemos visto que, salvo las excepciones señaladas, el derecho no necesita probarse.

La prueba puede recaer sobre la afirmación relativa a hechos. Estos pueden ser materiales o actos jurídicos.

La disminución entre hechos materiales y actos jurídicos tiene una gran importancia desde el punto de vista de la prueba.

La afirmación relativa a hechos materiales, y dentro de ellos comprendemos a los hechos jurídicos, puede, en general, efectuarse por todos los medios de prueba.

Las afirmaciones inherentes a la existencia de actos jurídicos son generalmente objeto de prueba preconstituida. Esto resulta especialmente de los arts. 1701 y 1709 del C. C.

Nos remitimos aquí a lo dicho respecto a las solemnidades y a las formalidades exigidas por vía de prueba. La materia está analizada en el Mensaje del Código Civil en los dos primeros párrafos de las observaciones generales con que éste termina.

– Clasificación de los hechos

429. Para los efectos de la prueba la doctrina ha distinguido entre hechos constitutivos, impeditivos, modificativos y extintivos. Esta clasificación, con ligera variante, aparece analizada con detención en una sentencia de la Corte de Santiago de 8 de julio de 1941.²

a) Hechos constitutivos son aquellos elementos necesarios para que exista una relación jurídica. Se dividen en genéricos, que son los comunes a toda relación jurídica o a un cierto grupo de relaciones jurídicas (1445 C. C.) y específicos, que son los particulares de una relación jurídica determinada.

Los hechos constitutivos genéricos no necesitan probarse. Así, por ejemplo, la capacidad (art. 1446) y la causa (art. 1467). La ley presume su existencia; su ausencia deberá probarla la parte contraria como un hecho impeditivo.

² R. D. J., t. 39, s. 2, p. 41.

Los hechos constitutivos específicos deben probarse. Así, en la compraventa será necesario probar que se acordó por una parte dar tal cosa y por la otra pagar tal precio, y en la compraventa de bienes raíces la solemnidad de la escritura pública.

Si nos remitimos al estudio de los elementos constitutivos del acto jurídico que señala el art. 1444 y su división en esenciales, de la naturaleza y accidentales, podemos señalar que los elementos esenciales o comunes a todos los actos jurídicos no necesitan probarse. Los elementos esenciales particulares a determinado acto jurídico necesitan probarse.

Los elementos de la naturaleza de un acto jurídico, cuando son los establecidos por la ley y no han sido modificados por las partes, no necesitan probarse, pues, como lo hemos dicho, no requieren prueba las consecuencias jurídicas de un acto establecidas por la ley. Por el contrario, si los elementos de la naturaleza de un acto han sido modificados por las partes deberán probarse, pues constituirán hechos modificativos de acuerdo con la clasificación que se señala más adelante.

Los elementos accidentales deberán probarse siempre, pues no emanan de la ley sino de la voluntad de las partes.

En responsabilidad extracontractual pueden considerarse hechos constitutivos genéricos la capacidad, y hechos constitutivos específicos el dolo o la culpa, la relación de causalidad y el daño.

La relación de causalidad inviste un carácter especial, pues en la práctica resulta establecida por la acción de probar el hecho doloso o culpable, y el daño que éste produjo. Corresponderá entonces al autor del hecho ilícito probar como circunstancia impeditiva la causa eximente de la responsabilidad que destruye esta relación causal.

b) Circunstancias impeditivas son aquellas que obstan a la generación válida de una relación jurídica, como los vicios del consentimiento.

Las circunstancias impeditivas deben probarse por quienes las invocan. Así, la incapacidad (1446), el dolo (1459), etc.

c) Hechos modificativos son los que alteran en su contenido o efectos la relación jurídica, como las modalidades, el pago parcial, una imputación diferente del pago, etc.

Los hechos modificativos deben ser probados por el que los alega.

d) Hechos extintivos son los que hacen desaparecer una relación jurídica o sus efectos. Así, los modos de extinguirse las obligaciones (1567).

Los hechos extintivos deben probarse por el que los hace valer.

Cabe además señalar que desde el punto de vista general el art. 318 del C. de P. C. dice que los hechos que se prueben deben ser controvertidos, substanciales y pertinentes.³

La cuestión controvertida queda formada por todas las acciones ejercidas por la demandante y las excepciones y defensas opuestas por la demandada, siempre que lo sean en la oportunidad procesal debida, no pudiendo tomarse en cuenta aquellas que se han formulado extemporáneamente. La sentencia no puede resolver aquello que no ha sido controvertido por los litigantes, salvo en cuanto la ley faculta expresamente al juez para fallar de oficio.⁴

Los hechos pueden clasificarse también en positivos y negativos, definidos e indefinidos.

Los hechos negativos pueden probarse, pues, como lo señala Planiol, toda proposición negativa implica una proposición afirmativa que es su antítesis. Si afirmo que alguien no es chileno, puedo probarlo comprobando el hecho que determina la pérdida de su nacionalidad chilena, o su nacionalidad extranjera. Por lo demás la propia ley impone pruebas negativas; así sucede en los arts. 80, 206 inc. 3º, 2295 y 2298 del Código Civil.

Planiol agrega que lo que es posible probar es la proposición indefinida, ya sea positiva o negativa, como el hecho de no haberse encontrado nunca con una persona o haberse encontrado siempre con ella.

El Código se refiere en diversas disposiciones al hecho notorio, es decir, el que es de público conocimiento (arts. 312, 1396, 2135). El hecho notorio debería también probarse como parece desprenderse de las disposiciones del art. 313 del Código Civil. Sin embargo, el art. 89 del C. de P. C. autoriza al juez para resolver de plano, sin necesidad de prueba, el incidente que se funde en un hecho de pública notoriedad.⁵ Nuestros tribunales, al acoger la indemnización de los perjuicios derivados de la inflación, han establecido que el fenómeno de la desvalorización monetaria, por ser público y notorio, no es necesario rendir prueba especial para acreditarlo.⁶

³ R. D. J., t. 80, s. 2, p. 20.

⁴ R. D. J., t. 81, s. 2, p. 100.

⁵ R. D. J., t. 28, s. 1, p. 626.

⁶ R. D. J., t. 75, s. 2, p. 524; t. 81, s. 2, p. 147, cons. 6º.

PESO DE LA PRUEBA

– Norma general

430. Al estudiar el peso de la prueba u *onus probandi* debemos determinar la persona a quien le corresponde producir la prueba.

Ante todo debemos señalar que el rendir prueba no es una obligación; es simplemente una necesidad para el que quiere fundamentar su derecho.

El inc. 1º del art. 1698 del C. C. dice que “incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”.

Aunque este artículo habla sólo de las obligaciones, se aplica a toda prueba, ya sea de hechos, derechos u obligaciones.

La disposición del art. 1698 puede traducirse en la proposición general de Baudry-Lancantinerie que dice que “la necesidad de probar se impone a aquel que asevera un hecho contrario al estado normal o habitual de las cosas, o bien contrario a una situación adquirida”.⁷ Ampliando este mismo concepto, la Corte Suprema ha fallado que los actos deben reputarse cumplidos correctamente salvo prueba en contrario.⁸

Procesalmente se dice en forma general que corresponde al demandante probar los fundamentos de su acción y al demandado los fundamentos de su excepción.

Volviendo a la división de los hechos que hemos señalado, corresponderá el peso de la prueba al que alegue en su favor un hecho constitutivo específico, para demostrarlo. Lo mismo, los que invoquen en su beneficio hechos impeditivos, modificativos o extintivos, tendrán necesidad de probarlos.

Así, si una parte cobra en un juicio una suma de dinero que entregó en mutuo, deberá probarlo. Si la otra parte niega simplemente el préstamo del dinero, no deberá probar nada. En cambio, si el demandado no niega el mutuo, pero se excepciona alegando haberlo pagado, deberá probar el hecho extintivo que es el pago y el demandante no necesitará probar el mutuo que ha sido reconocido por la otra parte. Puede suceder que el demandante acepte haber recibido una suma en pago, pero alegue que dicho pago fue imputado a una deuda diferente. En este caso el demandado estará relevado de probar el pago, que ha sido acep-

⁷ R. D. J., t. 80, s. 3, p. 83; s. 2, p. 99.

⁸ R. D. J., t. 28, s. 1, p. 755.

tado por la otra parte, y el peso de la prueba volverá al demandante, quien deberá probar el hecho modificativo como es justificar una imputación diferente del pago.

– La responsabilidad por los actos propios

431. La manifestación de esta responsabilidad se expresa generalmente en la frase: “Nadie puede ir en contra de sus propios actos”, es decir, nadie puede ejercitar una facultad o hacer valer una pretensión en contradicción con una conducta anterior.

Se trata de una tesis que la doctrina extranjera ha analizado detalladamente,⁹ pero que nuestros autores, salvo algunos casos puntuales¹⁰ y nuestra jurisprudencia no han desarrollado. Como es un tema complejo y que crea numerosas interrogantes sólo lo trataremos en forma muy general. La teoría corresponde generalmente a la técnica procesal y, por ello, conviene exponerla dentro de las reglas generales de la prueba.

En el derecho inglés se denomina “stoppel”, esto es, impedimento, y ha sido una creación de la práctica jurisprudencial. El dicho derecho es una protección de la apariencia jurídica, un medio de defensa, nunca causa de una acción, y tiene carácter recíproco. Se distingue la situación en que un individuo manifiesta solamente una intención, lo que no impide un posterior cambio de opinión, de aquellos otros en que se da, con palabras o conductas, como existente una determinada situación de hecho; sólo en este último caso hay verdadero “stoppel”.¹¹

En los Códigos Civiles alemán y español no existen disposiciones generales sobre la materia. Esto no ha impedido que, tanto los tratadistas como la jurisprudencia, hayan elaborado doctrinas completas, aunque no siempre coincidentes, al respecto.

En nuestro Código Civil la regla de la ilicitud de contravenir los propios actos no ha sido consagrada como norma individual independiente, como regla de carácter absoluto.

En realidad la inadmisibilidad de no poder alegar en contra de los actos propios es sólo una derivación del principio general que impone la obligación de actuar en conformidad a los dictados de la buena fe, materia a la que nos hemos referido al señalar los

⁹ LUIS DIEZ-PICAZO, *La doctrina de los propios actos*. Bosch, 1963, y la bibliografía citada en él.

¹⁰ JORGE LOPEZ SANTA MARIA, R. D. J., primera parte. Derecho, t. 82, p. 33. 1985, 1ª parte, p. 33 y siguientes, especialmente punto VIII.

¹¹ JOWIT, *The Dictionary of English Law*. Londres, 1959.

principios generales de nuestro derecho. La falta de lealtad respecto a un acto o una conducta debe ser sancionada con la desestimación.¹² Esta buena fe tiene, como lo hemos señalado (Nº 24), dos aspectos distintos: uno psicológico, la ignorancia de la juridicidad o antijuridicidad de una situación de hecho; el otro, una buena fe de actuación, la lealtad y fidelidad en el desarrollo y cumplimiento de los deberes jurídicos. El primero es un estado de conciencia en un momento determinado; el otro, la realización de una conducta.¹³

Una de las consecuencias de este deber de obra de buena fe, de ejercitar los derechos de buena fe, de esta buena fe como conducta, es la exigencia de un comportamiento coherente. Cuando una persona suscita en otra con su conducta una confianza fundada en una determinada conducta o situación jurídica futuras deducidas de la conducta anterior, no debe defraudar la confianza suscitada y es inadmisibles, por contrariar a la buena fe, toda actuación incompatible con ella.¹⁴

Aunque el principio de la responsabilidad por los propios actos no esté precisado en forma general, existen numerosas disposiciones que constituyen su aplicación.

Entre otras: así, el art. 280 del C. C., que permite establecer la filiación del hijo natural por la conducta del padre o madre en el Nº 2º, o por el silencio del padre en el Nº 4º; el inc. final del art. 669 que supone la aquiescencia del dueño si se ha edificado, plantado o sembrado su terreno con su conocimiento; el art. 702, inc. final, sobre presunción de la tradición; el art. 925, sobre prueba de la posesión por la concurrencia de hechos positivos; el art. 1230 que supone la aceptación por parte del asignatario si vende, dona o transfiere el objeto que se le ha deferido; el art. 1244 que dispone que se toma el título de heredero por la enajenación de cualquier efecto hereditario, sin reserva de derechos; el art. 1449, que en la estipulación a favor de un tercero, establece que constituye aceptación de éste la realización de actos que sólo hubieren podido ejecutarse en virtud del contrato; el art. 1564, inc. 3º, que autoriza la interpretación de un contrato por la aplicación práctica que han hecho las partes; el art. 1695 que dispone que la ejecución voluntaria de la obligación contratada implica la

ratificación tácita del acto relativamente nulo; el art. 2125 que, respecto a las personas que se encargan de negocios ajenos, entiende que aceptan el mandato si dentro de un término razonable no rechazan el encargo.

Estos actos propios a que nos hemos referido constituyen actos lícitos. Los actos ilícitos configuran una responsabilidad autónoma al constituir delitos o cuasidelitos civiles. No obstante que en ellos la responsabilidad corresponde al actor, influye también la conducta de la víctima, ya que el art. 2330 del C. C. dispone que la apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente. En un estudio anterior hemos señalado cómo este criterio se extiende también a la responsabilidad contractual.¹⁵

Diversas disposiciones autorizan expresamente para dejar sin valor un acto válidamente realizado. Así la revocación del testamento, de la donación, del mandato (arts. 1212, 1428, 2163 Nº 3º del C. C.). Igualmente puede revocarse la oferta en los términos señalados en el art. 99 del C. de Comercio.

A falta de esta autorización legal el actor queda ligado por su declaración de voluntad.

Pero para que la teoría que esbozamos tenga aplicación, es necesario, precisamente, que los actos ejecutados no constituyan declaración de voluntad o acto jurídico vinculante por sí mismo, porque en tal caso la obligatoriedad es un efecto normal, sin necesidad de recurrir a la teoría de los actos propios. Ella sí es procedente para la interpretación de los contratos y para establecer su forma de desarrollo y cumplimiento.

Las disposiciones que tal vez con mayor claridad demuestran que la teoría se encuentra inmersa en nuestro sistema jurídico son aquellas que precisamente estiman necesario establecer en forma expresa que determinadas conductas no constituyen un antecedente de las consecuencias de derecho que de ellas pudieran desprenderse. Así, el inc. 1º art. 1956 del C. C. dispone que “terminado el arrendamiento por desahucio, o de cualquier otro modo, no se entenderá en caso alguno que la aparente aquiescencia del arrendador a la retención de la cosa por el arrendatario, es una renovación del contrato”. Por su parte, los arts. 2295, 2297 y 2299 que tratan del cuasicontrato de pago de lo no debido, autorizan la repetición de lo que se ha pagado por error. Por último, el art. 2499 dispone que “la omisión de actos de mera facultad, y

¹² JOSE PUIG BRUTAU, *La doctrina de los actos propios*. Ariel, 1951.

¹³ EMILIO BETTI, *Teoría general de las obligaciones*. Editorial en D. Privado. Enneccerus, Nipperdey. Derecho Civil II, Bosch, 1953.

¹⁴ EMILIO BETTI, obra citada. También en *Teoría general del negocio jurídico*. Luis Díez - Picazo, obra citada, p. 142. R. D. J., t. 79, s. 5, p. 12.

¹⁵ CARLOS DUCCI, *La culpa del acreedor en la responsabilidad contractual*. R. D. J., primera parte, Derecho, t. LXXXI, p. 1.

la mera tolerancia de actos de que no resulta gravamen no confieren posesión, ni dan fundamento a prescripción alguna”.

En resumen, de acuerdo a estos conceptos, debe estimarse que, salvo disposición legal contraria, un acto o una conducta, que no sean vinculantes por sí mismos, hacen inatendible o inadmisibile la pretensión que se hace valer en una actuación judicial si son contradictorios con ella. Esta contravención, esta contradicción, a una conducta anterior, debe producirse en un litigio y ser una misma persona, jurídicamente, la que ha realizado la conducta y formula la pretensión. Constituye una traba de orden procesal la imposibilidad de hacer valer, como factor decisivo de un litigio, una alegación, bien sea de carácter sustantivo (formular una acción o una excepción) o bien de carácter procesal (aducir alegaciones o defensas), cuando esto es contradictorio con una conducta anterior.

La pretensión contradictoria puede ser un acto del demandante, pero también del demandado. Puede, por lo tanto, producirse formulando una acción o una excepción, reconviniendo o contestando la reconvención, replicando o duplicando.

La sanción de la actuación contradictoria no significa, como tal, el desconocimiento o extinción de un derecho, tal vez sólo un límite a su ejercicio; no significa tampoco una ineficacia o un resarcimiento de daños; tiene exclusivamente un carácter procesal y probatorio; es inadmisibile la prueba en contradicción con una conducta anterior.

Los hechos constitutivos de la conducta anterior podrán probarse por cualquier medio de prueba. (Merece una atención especial esta materia con relación a lo dispuesto en los dos últimos incisos del art. 1709 del C. C.)

La conducta anterior establecida servirá de base, a lo menos, a una presunción judicial que puede tener la fuerza que señala el art. 426 del C. de P. C.

– Modificaciones al *onus probandi*

432. Las normas generales que se han señalado respecto al peso de la prueba pueden alterarse por la existencia de presunciones legales o por convención de las partes que alteran el *onus probandi*.

La presunción está definida en el art. 47 del C. C., que dispone “se dice *presumirse* el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.

Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama

legal”. El inciso final del mismo artículo expresa que “si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de *derecho*, se entiende que es inadmisibile la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias”.

Las presunciones pueden ser judiciales o legales.

La presunción judicial es la deducción realizada por el juez de un hecho desconocido a través de ciertos antecedentes o circunstancias conocidos.

Cuando los antecedentes o circunstancias de que se deduce el hecho están determinados por la ley, la presunción es legal; si esta presunción no admite prueba en contrario, se denomina presunción de derecho.

El que aduce un derecho amparado por una presunción no necesita probarlo si concurren los requisitos en que ella descansa. En tal caso, será la otra parte la que tendrá que rendir prueba para destruir dicha presunción; si ésta es de derecho, no se admitirá ninguna prueba para desvirtuarla.

Pero el hecho de que la presunción releve del peso de la prueba no significa que no deban probarse los hechos constitutivos de ella o, como dice el art. 47, los antecedentes o circunstancias en que ésta se basa.

En el Código Civil encontramos numerosos artículos en que se establecen presunciones legales; así los arts. 180, 232, 306, 719, 853, 1595, 1790, 1942, 2221, 2510. Algunas disposiciones establecen presunciones de derecho, como los arts. 76, 706, 1805, 2510.

No siempre la ley emplea la expresión “presumirse” para establecer una presunción; así los arts. 1942, 1956 y 1971, por ejemplo, usan la expresión “no hace prueba”. A veces la presunción está establecida negativamente, como en los arts. 385 y 1957.

El *onus probandi* puede ser subvertido también cuando los contratantes alteran convencionalmente el peso de la prueba.

Se ha dicho que nuestra Corte Suprema rechaza tales convenciones y se cita al efecto una sentencia de 1909.¹⁶

Dicho fallo es ajustado a derecho en cuanto se refiere a las reglas procesales sobre la forma o modo de producir las pruebas y a los medios de prueba que pueden emplearse; no lo es, en nuestro concepto, en cuanto pueda referirse al *onus probandi*.

El Código Civil acepta expresamente que las partes puedan alterar el *onus probandi*, como sucede en los incisos finales de los arts. 1547 y 1558. Por lo demás en esta materia no está en juego sino el interés particular de las partes y cabe aplicar entonces la

¹⁶ R. D. J., t. 8, s. 1, p. 62.

disposición general del art. 12 del C. C. respecto a la renuncia de los derechos que no está prohibida y que sólo miran al interés particular del renunciante.

LOS MEDIOS DE LA PRUEBA

NOCIONES GENERALES, ENUMERACIÓN Y CLASIFICACIÓN

– *Definición*

433. Los medios de prueba son aquellos que las partes pueden emplear, de acuerdo a la ley, para producir el convencimiento del juez.

Las partes no están autorizadas para establecer la verdad en cualquiera forma que estimen conveniente; deben necesariamente usar un medio autorizado por la ley, y éste es el que se denomina medio de prueba.

Pero aun los medios legales de prueba no pueden utilizarse siempre, pues en ciertas ocasiones la ley no los admite, como la prueba testimonial en las obligaciones que han debido constar por escrito.

– *Sistemas probatorios*

434. De lo anterior se deduce que nuestra legislación establece taxativamente los medios de prueba y, como lo veremos más adelante, determina también su valor probatorio y la oportunidad en que la prueba debe ser rendida. Es lo que se llama sistema de prueba legal.

En contraposición a él existe en otras legislaciones el sistema de prueba libre, en que las partes pueden usar cualquier medio para producir el convencimiento del tribunal, y en que el juez valoriza discrecionalmente las pruebas rendidas.

Existe también un sistema de prueba mixto que combina los dos anteriores.

Algunos autores estiman que nuestro sistema no es propiamente el sistema de prueba legal, sino un sistema mixto, ya que el art. 428 del C. de P. C. autoriza a los tribunales a preferir la que crean más conforme a la verdad entre dos o más pruebas contradictorias. Asimismo el inc. 2º del art. 426 del C. de P. C. los faculta

para considerar una sola presunción como la plena prueba si a su juicio tiene caracteres de gravedad y precisión suficientes. El art. 403 del C. de P. Civil los autoriza para decretar la inspección personal del tribunal, no señalada por la ley, cuando la estimen necesaria.

Por último, los arts. 159 y 207 del C. de P. C. los autoriza para dictar medidas para mejor resolver y para admitir pruebas en segunda instancia.

– *Enumeración*

435. Los medios de prueba están taxativamente establecidos en los arts. 1698 inc. 2º del C. C. y 341 del C. de P. C.

El inc. 2º del art. 1698 del C. C. dice que “las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido, e inspección personal del juez”. El art. 341 del C. de P. C. dispone que los medios de prueba de que puede hacerse uso en juicio son: instrumentos, testigos, confesión de parte, inspección personal del tribunal, informe de peritos y presunciones.

El Código de Procedimiento Civil agregó entonces el medio probatorio de informe de peritos y se suprimió, desde la modificación del C. Civil por la Ley N° 7.760, el juramento deferido, que ya no existe en nuestra legislación.

– *Admisibilidad y valor probatorio*

436. Como lo hemos manifestado, no todos los medios de prueba pueden utilizarse siempre; existen casos en que la ley no admite determinados medios de prueba. Así el art. 1701 dispone que la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y el art. 1708 establece que no se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito.

Esto es lo que se denomina admisibilidad de los medios de prueba y la estudiaremos al analizar cada medio de prueba en particular.

El valor probatorio es la fuerza relativa que, como elemento de convicción, tiene cada medio de prueba respecto a las demás. No todos tienen el mismo valor probatorio. Hay algunos como la confesión y el instrumento público que producen plena prueba,

es decir que bastan por sí solos para establecer la verdad del hecho. Los otros sólo producen, por lo general, prueba semipleña, es decir, una prueba que debe ser completada por otros medios o que sirve de base a una presunción.

Tanto el Código Civil como el de Procedimiento Civil fijan el valor probatorio de cada medio de prueba en las distintas circunstancias y cómo debe ser apreciado por los tribunales, tal como lo veremos en su estudio particular.

Cabe aquí señalar que el juez de primera instancia y las Cortes de Apelaciones fijan los hechos del pleito en forma soberana. La Corte Suprema, por medio del recurso de casación en el fondo, no puede modificar los hechos establecidos en la sentencia recurrida. El art. 767 del C. de P. C. dispone que “el recurso de casación en el fondo tiene lugar contra sentencia pronunciada con infracción de ley, siempre que esta infracción haya influido substancialmente en lo dispositivo de la sentencia”. No puede la Corte Suprema, por lo tanto, revisar los hechos. Sin embargo, si los hechos se han fijado violando una ley reguladora de la prueba, procede el recurso de casación en el fondo, no para modificar directamente los hechos establecidos, sino por la infracción de dicha ley reguladora.

Diversas sentencias de la Corte Suprema han fijado el concepto de leyes reguladoras de la prueba. Se ha estimado que hay violación de dichas leyes cuando se ha alterado el *onus probandi* o peso de la prueba, cuando se acepta un medio probatorio no señalado por la ley o se repudia uno de los que la ley contempla o cuando se infringen las leyes que regulan el mérito probatorio que ellas atribuyen a los diversos medios de prueba.¹⁷

– *Apreciación de la prueba*

437. Como lo hemos señalado, los tribunales deben verificar la apreciación de los medios de prueba conforme a las normas legales que fijan su fuerza probatoria.

Sólo entre dos o más pruebas contradictorias, y a falta de ley que resuelva el conflicto, el art. 428 del C. de P. C. los autoriza para preferir la que crean más conforme con la verdad.

El Auto Acordado de la Corte Suprema de 30 de septiembre de 1920, que fija la forma en que deben ser redactadas las senten-

¹⁷ R. D. J., t. 17, s. 1, pp. 557 y 809; t. 31, s. 1, p. 394; t. 51, s. 4, pp. 95-96; t. 79, s. 4, p. 80.

cias, dispone que se establecerán con precisión los hechos sobre que versa la cuestión que debe fallarse, distinguiendo los aceptados o los reconocidos por las partes de aquellos sobre los cuales haya discusión, y que se señalarán los hechos que se encuentren justificados con arreglo a la ley y a los fundamentos que sirvan para estimarlos comprobados, haciéndose, en caso necesario, la apreciación correspondiente de la prueba de autos conforme a las reglas legales.

Existen, sin embargo, ciertas materias especiales en que la ley autoriza a los jueces para apreciar la prueba en conciencia.

Así, por ejemplo, el art. 724 del C. de P. C. faculta al tribunal en los juicios de mínima cuantía para estimar la prueba en conciencia en casos calificados. En materia laboral el art. 455 del Código del Trabajo dispone que “el Tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica”.

En la Ley N° 18.101, sobre arrendamiento de bienes raíces urbanos, el Título III señala las normas procesales que deben aplicarse a los juicios que señala el art. 7°; por su parte, el art. 15 señala que el tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá decretar los medios probatorios que estime pertinentes y apreciará la prueba en conciencia en todos los juicios a que se refiere ese título. Algo similar establecía el art. 45 del D.L. 964, anterior sobre esta materia. Al respecto los tribunales consideraron que estando autorizado el tribunal para apreciar en conciencia la prueba, no están los sentenciadores sujetos al régimen de prueba legal y no les son aplicables las limitaciones y prohibiciones que tal régimen impone.¹⁸

En materia laboral la jurisprudencia ha señalado que la apreciación de la prueba en conciencia debe ser ejercida conforme a razonados principios de equidad y al mérito general de los autos, dándose los fundamentos del caso.¹⁹ Ha señalado además que, en todo caso, la facultad para apreciar la prueba en conciencia debe referirse a algún medio de prueba legal, rendido en su oportunidad por quien tiene la calidad para hacerlo y que permita fundamentar las circunstancias de una conclusión.²⁰

¹⁸ R. D. J., t. 75, s. 1, p. 104.

¹⁹ R. D. J., t. 80, s. 3, p. 52.

²⁰ R. D. J., t. 80, s. 3, p. 124.

– *Clasificación*

438. Los medios de prueba admiten diversas clasificaciones:

a) *Pruebas orales y escritas*: La prueba es oral cuando consiste en una declaración hecha ante el juez; es escrita cuando consta en un instrumento otorgado por las partes o por terceros.

b) *Pruebas directas e indirectas*: Las pruebas directas establecen el hecho en forma inmediata; las indirectas establecen antecedentes de los cuales se infiere el hecho (presunción).

c) *Pruebas preconstituidas y simples*: Las pruebas preconstituidas nacen antes de que haya discusión sobre el hecho controvertido, como el instrumento en que se otorga un acto jurídico. Las pruebas simples o a posteriori se producen cuando ya hay litigio, como la prueba testimonial.

d) Pruebas que emanan de las partes, que emanan de terceros y las que consisten en la verificación de hechos materiales. Esta clasificación es, en cierto modo, la que adopta Planiol.

LOS INSTRUMENTOS EN GENERAL

– *Definición*

439. Instrumento es en general todo escrito o medio en que se consigna un hecho.

Los instrumentos constituyen un medio de prueba generalmente escrito y preconstituido.

El legislador le da especial importancia, ya que como elemento probatorio el instrumento tiene indiscutibles ventajas. Como prueba preconstituida da seguridad a las relaciones jurídicas; como prueba escrita no está sujeta a las alteraciones que el error, el recuerdo infiel o la mala fe producen en otros medios de prueba.

El Código Civil no emplea siempre la palabra instrumento para indicarlo. Así el art. 1901 utiliza la palabra “título”, el art. 309 habla de “documento”, en el inc. 2º del 1709 la expresión “acto o contrato” se utiliza para referirse al instrumento, y según una sentencia de la Corte Suprema la misma expresión con igual significado se ha empleado en el art. 1683.²¹

²¹ R. D. J., t. 44, s. 1, p. 91.

– *Instrumento por vía de solemnidad y de prueba*

440. Las partes tienen absoluta libertad para consignar por escrito, es decir, en un instrumento, cualquier hecho o relación jurídica.

En ciertos casos la ley exige expresamente que un acto conste en un instrumento. Esta exigencia puede constituir un requisito del acto o contrato, y en tal caso el instrumento constituye una solemnidad del acto y su ausencia determina el que éste sea nulo absolutamente. Así la escritura pública en la compraventa de bienes raíces, o el instrumento privado en el contrato de promesa.

En otros casos el instrumento se exige por la ley sólo como medio de prueba del acto. En tal caso su ausencia no afecta la validez del acto jurídico sino la forma en que éste puede probarse (1708 C. C.).

No cabe extenderse más en esta materia que ya se analizó al tratar de las formalidades.

No obstante debemos recalcar que es necesario distinguir entre el acto o contrato mismo y el instrumento que da testimonio de ese acto. Puede suceder que un instrumento público sea nulo, pero ello no implicará necesariamente la nulidad del acto de que da fe, si este acto es en sí mismo válido.

Sólo hay un caso en que la nulidad del instrumento acarrea también la nulidad del acto, y ello sucede cuando el instrumento es solemnidad del acto o contrato. En tal caso, la nulidad del instrumento va a significar que el acto que en él constaba carecía de un requisito de validez.

– *Clasificación*

441. Los instrumentos pueden ser públicos o privados. Los primeros son los autorizados con las formalidades legales por el competente funcionario (1699 C. C.), los segundos son todos los otros.

Desde otro punto de vista los instrumentos pueden ser originales o copias, distinción que tiene importancia respecto a los instrumentos públicos, como puede verse en el art. 342 del C. de P. C.

Por último debemos distinguir entre los instrumentos auténticos y los no auténticos.

El art. 1699 del C. C. hace sinónimas las expresiones instrumento público o auténtico, lo que es indudablemente un error,

pues tanto puede ser auténtico un instrumento público como uno privado. Igual confusión comete el art. 2123 que contrapone instrumento auténtico a escritura privada y el art. 426 del C. O. de Tribunales.

De acuerdo con el art. 17 del C. C., instrumento auténtico es el que ha sido realmente otorgado y autorizado por las personas y de la manera que en el instrumento se expresa.

No obstante que en doctrina instrumento público e instrumento auténtico son cosas diferentes, para nuestra ley los términos son sinónimos, dada la definición del art. 1699 y lo dispuesto en el art. 20 respecto a las palabras definidas por el legislador.

EL INSTRUMENTO PUBLICO

– Definición

442. El inc. 1º del art. 1699 del C. C. dice que “*instrumento público o auténtico* es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario”.

Cualquier instrumento que cumpla los requisitos señalados en esta definición constituye un instrumento público aunque la ley no le confiera expresamente ese carácter.

Conviene recalcar que no sólo los instrumentos que emanan de los funcionarios judiciales son instrumentos públicos. Los decretos y reglamentos también lo son, como igualmente cualquier instrumento que otorgue, dentro de sus atribuciones, un funcionario administrativo, como, por ejemplo, un recibo de pago de impuestos, o un certificado de funcionario municipal, etc.

– Requisitos

443. De la disposición del art. 1699 resulta que para que un instrumento tenga el carácter de instrumento público debe cumplir dos requisitos: 1º) Ser autorizado por un funcionario competente; y 2º) Que en su otorgamiento se cumplan las formalidades establecidas por la ley.

Se entiende por funcionario público el que forma parte de un servicio público y es remunerado con cargo al presupuesto de la Nación, pero para este efecto el concepto de funcionario es mucho más amplio; no comprende sólo al funcionario público sino a toda persona que ha recibido del poder público la facultad de

otorgar o autorizar instrumentos. Por lo tanto no sólo tiene la calidad aquí señalada el funcionario fiscal, sino también, por ejemplo, el funcionario semifiscal, el municipal, etc.

A este respecto se ha fallado que el personal de una persona jurídica de derecho público, empresa autónoma del Estado, por cumplir con una función pública, deben considerarse funcionarios públicos.²²

La competencia del funcionario abarca dos aspectos: competencia del fondo (*ratione materiae*), que implica que la ley haya autorizado al funcionario para otorgar el instrumento de que se trata, y competencia territorial (*ratione loci*), que significa que el funcionario debe actuar dentro del sector territorial para el cual ha sido designado.

Fuera de ser otorgado por un funcionario competente, el instrumento público debe cumplir con las formalidades que señala la ley.

Las leyes fijan formalidades para diversos instrumentos públicos. Así los arts. 403 y ss. del Código Orgánico de Tribunales fijan las solemnidades de la escritura pública; el Reglamento del Conservador de Bienes Raíces, las de las inscripciones y subinscripciones que efectúen y copias que den los Conservadores (arts. 70 y ss. 50 y 51 del Reglamento); la Ley N° 4.808 sobre Registro Civil, las de las inscripciones, subinscripciones y copias que hagan u otorguen el Conservador u Oficiales del Registro Civil (arts. 12, 19 y 20), etc.

Muchos instrumentos públicos no tienen señaladas formalidades especiales. En ellos, sin embargo, se estima que como requisito general deben contener la fecha, ya que éste es uno de los puntos respecto a los cuales hace plena fe, y la firma del funcionario que lo autoriza, ya que ella es la forma en que éste expresa su voluntad de dar fe respecto a lo que el instrumento atestigua. Igualmente será necesaria la firma de los testigos, si en el instrumento aparecen testificando, y la de las partes, si el acto de que da cuenta el instrumento requiere la expresión de su consentimiento; en caso contrario, no.

– Instrumentos públicos nulos

444. El inc. 2º del art. 1701 del C. C. dispone que fuera de los casos mencionados en ese artículo, es decir, cuando el instrumen-

²² R. D. J., t. 74, s. 4, p. 335.

to público es solemnidad del acto o contrato, el instrumento defectuoso por incompetencia del funcionario o por otra falta en la forma, valdrá como instrumento privado si estuviere firmado por las partes.

Por lo tanto, un instrumento público que no llena los requisitos señalados, no vale como instrumento público, pero vale como instrumento privado si estuviere firmado por las partes, ya que, como lo ha expresado la Corte Suprema, “colocar una firma en un documento significa que el suscriptor acepta su contenido”.²³

En tal caso el instrumento deberá hacerse valer como instrumento privado y tiene sólo el valor probatorio de tal, es decir, cuando haya sido reconocido o mandado tener por reconocido.

El alcance de esta disposición la hemos analizado al tratar de la conversión de los actos nulos.

VALOR PROBATORIO DEL INSTRUMENTO PÚBLICO ²⁴

445. El inc. 1º del art. 1700 del C. C. dice que “el instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte no hace plena fe sino contra los declarantes”.

En primer término cabe señalar que este artículo señala que el instrumento público hace “plena fe”, es decir, constituye plena prueba respecto a los hechos que atestigua, lo que significa que ellos quedan acreditados por el solo instrumento público sin necesidad de concurrencia de otras pruebas adicionales.

De la misma disposición resulta que el instrumento público atestigua respecto al hecho de haberse otorgado, a su fecha y a la verdad de las declaraciones en él contenidas, distinguiendo además el artículo entre las partes y los terceros.

a) Valor probatorio respecto a las partes.

Entre las partes el instrumento público hace plena fe, en primer término en cuanto al hecho de haberse otorgado. Esto debemos entenderlo en forma más amplia, de acuerdo con la definición de autenticidad que da el art. 17 del C. C., como el hecho de haber sido realmente otorgado y autorizado por las personas y de la manera que en el instrumento se expresa.

²³ R. D. J., t. 35, s. 1, p. 235.

²⁴ Ver: VICTOR SANTA CRUZ S., *El instrumento público*. R. D. J., ts. 38 y 39, primera parte, Derecho.

Como la disposición considera más adelante en forma separada las declaraciones de los interesados, debemos concluir que en este primer punto están comprendidas solamente las declaraciones del funcionario que autoriza el instrumento y en cuanto se refieren a actuaciones propias suyas o a hechos que ha percibido personalmente o ha comprobado en forma legal. Este aspecto es la base fundamental del valor del instrumento público. En los puntos señalados debe hacerse plena fe en lo que el funcionario declara constarle, pues por algo la autoridad lo ha hecho depositario de la fe pública en las materias de su competencia.

En segundo término el instrumento hace plena fe respecto a su fecha. El Código la ha considerado separadamente, aunque en realidad forma parte de la autenticidad del instrumento.

Por último, el instrumento hace plena fe entre las partes en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados.

En este punto debemos distinguir entre la efectividad de que se hayan hecho por los interesados las declaraciones de que da cuenta el instrumento y la verdad o exactitud de dichas declaraciones.

El instrumento hace indudablemente plena fe en cuanto al hecho de que las declaraciones se han formulado. Ese hecho está cubierto por la fe pública del funcionario que las ha percibido personalmente. Así lo confirma además el art. 477 del C. de P. Penal.

El instrumento público hace también plena prueba en contra de las partes con respecto a la verdad de las declaraciones que en él han formulado, pero las partes pueden impugnar esas declaraciones probando que no son sinceras, pero como el instrumento público hace “plena” prueba contra ellas, necesitarán producir otra plena prueba para impugnarlas; una prueba de menor entidad, testimonial, p. ej., no serviría al efecto.

Las declaraciones de las partes se presumen verdaderas, pero esa presunción no está amparada por la fe pública, pues al funcionario no ha podido constarle tal verdad. Por este motivo las partes pueden impugnar la verdad de las declaraciones, probando que son falsas, y para ello no necesitan impugnar la autenticidad del instrumento público.²⁵ La distinción la establece claramente el inciso final del art. 429 del C. de P. C. que dice que sus disposiciones sobre impugnación de la autenticidad de una escritura pública se aplicarán cuando se trate de impugnar la autenticidad de la

²⁵ R. D. J., t. 74, s. 1, p. 166.

escritura misma, pero no cuando se trate de impugnar la verdad de las declaraciones consignadas en ella.

b) Valor probatorio respecto de terceros.

Respecto a los terceros el instrumento público hace también plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha. Nos remitimos a este respecto a lo que dijimos con relación a las partes.

En cuanto a las declaraciones contenidas en él, art. 1700 dice que el instrumento público no hace plena fe en cuanto a su verdad sino contra los declarantes. Agrega su inciso 2º que “las obligaciones y descargos contenidos en él hacen plena prueba respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se transfieran dichas obligaciones y descargos, por título universal o singular”. En este punto, debemos distinguir entre el hecho de haberse efectuado las declaraciones y la verdad de éstas.

Por las razones que hemos expresado anteriormente, el instrumento público hace también plena fe respecto a los terceros con relación a que dichas declaraciones se efectuaron.

Donde se presentan dudas es con relación al valor probatorio del instrumento público ante terceros con relación a la verdad de las declaraciones que en él han hecho las partes. De una lectura superficial del art. 1700 parecería desprenderse que en este punto el instrumento público no tiene valor probatorio ante terceros. Ello no es así.

La obscuridad se deriva de que el art. 1700 hace una confusión entre el instrumento y el acto jurídico contenido en él; entre el valor probatorio del instrumento y los efectos del acto jurídico de que da cuenta.

Lo anterior se demuestra claramente en el inciso segundo del art. 1700, que dice que “las obligaciones y descargos contenidos en él hacen plena prueba...”, expresión impropia, ya que estas obligaciones y descargos son la cosa probada y no el medio de prueba. Este artículo no está hablando del valor probatorio del instrumento público sino del efecto de los actos y contratos, y al respecto da la regla, que ya vimos al estudiar dichos efectos, de que ellos sólo alcanzan a las partes y sus sucesores.

Las declaraciones de las partes contenidas en el instrumento público se presumen también verdaderas respecto a los terceros. El instrumento acredita contra todos, partes o terceros, la existencia del acto o contrato que contiene y que ha nacido de la expresión de la voluntad o consentimiento de las partes en las declaraciones en él formuladas. De otra manera jamás podría probarse ante terceros la existencia del acto o contrato contenido en el instrumento. Los terceros, eso sí, pueden impugnar la verdad de

las declaraciones, pero la presunción de verdad subsiste mientras no se pruebe lo contrario.²⁶

La única diferencia al respecto entre las partes y los terceros es la que ya estudiamos al referirnos a la simulación. Las partes no pueden invocar contra los terceros la falsedad de sus declaraciones, como se desprende del art. 1707 que dispone que las contraescrituras no producirán efecto contra terceros. En cambio los terceros pueden probar la falsedad de las declaraciones de las partes, es decir, la simulación, contra ellas u otros terceros por cualquier medio de prueba.

– Declaraciones dispositivas y enunciativas

446. Las declaraciones que puede contener un instrumento se dividen en dispositivas y enunciativas.

Declaraciones dispositivas son las que, expresando el consentimiento, configuran el acto jurídico. No sólo las que se refieren a los elementos esenciales del acto, sino también a los de su naturaleza y accidentales que las partes hayan creído necesario expresar.

Declaraciones enunciativas son las que se refieren exclusivamente a hechos, aunque ellos tengan consecuencias jurídicas, pero no creen, modifiquen o extingan derechos u obligaciones.

Todo lo que hemos dicho respecto al valor probatorio del instrumento jurídico con relación a las declaraciones de las partes se refiere exclusivamente a las declaraciones dispositivas.

Respecto a las declaraciones enunciativas el instrumento hace fe en cuanto a que ellas se formularon; relativamente a su veracidad, ellas constituyen respecto a las partes una confesión extrajudicial y con relación a terceros carecen de mérito probatorio.

El art. 1706 del C. C. asimila, sin embargo, a las disposiciones dispositivas las meramente enunciativas con tal que tengan relación directa con lo dispositivo del acto o contrato.²⁷

Las disposiciones enunciativas tendrán relación directa con las dispositivas si precisan su objeto o causa, o si modifican o extinguen los derechos que de ellas nacen.

Aunque el art. 1706 dice que el instrumento hace fe respecto a las declaraciones enunciativas que tengan relación directa con las dispositivas “entre las partes”, debemos concluir que el valor del instrumento respecto a tales declaraciones es el mismo que

²⁶ R. D. J., t. 35, s. 1, p. 128.

²⁷ R. D. J., t. 81, s. 2, p. 50.

con relación a las dispositivas y alcanza, por lo tanto, también a los terceros en los términos que hemos señalado. La expresión limitativa del art. 1706 no es sino un reflejo de la confusión de conceptos contenida en el art. 1700 y a que nos hemos referido.

– *Originales y copias*

447. El mérito probatorio que se ha analizado del instrumento público corresponde en primer término e indudablemente al instrumento original.

La copia autorizada legalmente por un funcionario competente es en sí un instrumento público que hace fe de reproducir fielmente el original y tiene, por ello, indirectamente su mismo valor probatorio. Esto es lo que dispone el art. 342 del C. de P. C. que dice que serán considerados como instrumento público en juicio: 1º los documentos originales; 2º las copias dadas con los requisitos que las leyes prescriben. Generalmente son competentes para dar copias los funcionarios que han autorizado el original u otros a quienes la ley faculta al efecto, como los archiveros respecto de los documentos que existieren en su archivo (art. 455 Nº 4º del C. Orgánico de Tribunales).

En cuanto a las copias no dadas con dichos requisitos, el art. citado en su Nº 3º les da valor si no son objetadas como inexactas por la parte contraria dentro de tercero día; en tal caso se presumen fieles. En su Nº 4º da valor a las copias objetadas si son cotejadas y halladas conformes; en este caso el atestado del funcionario que practica el cotejo les da el carácter de instrumento público.

Es por las razones indicadas que las copias de instrumento público se acompañan en juicio con citación.

– *Instrumentos públicos otorgados en el extranjero*

448. No sólo tienen valor los instrumentos públicos otorgados en Chile sino también los otorgados en el extranjero.

El art. 17 del C. C. dice que la forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados.

El inc. 1º del art. 345 del C. de P. C. dispone a su vez que “los instrumentos públicos otorgados fuera de Chile deberán presentarse debidamente legalizados, y se entenderá que lo están cuando en ellos conste el carácter público y la verdad de las firmas de las personas que los han autorizado, atestiguadas ambas circuns-

tancias por los funcionarios que, según las leyes o la práctica de cada país, deban acreditarlas”. Más adelante señala los medios por los cuales puede efectuarse esa comprobación en Chile. Todos estos procedimientos se denominan legalización.

De acuerdo con el art. 347 del C. de P. C. los instrumentos extendidos en lengua extranjera deben ser traducidos. Por último el art. 420 Nº 5º del C. O. de T. dispone que los instrumentos otorgados en el extranjero que sirvan para otorgar escrituras en Chile deben ser protocolizados.

IMPUGNACIÓN DEL INSTRUMENTO PÚBLICO

449. El instrumento público puede ser impugnado por tres capítulos:

1º Por nulidad del instrumento; 2º Por falta de autenticidad, y 3º Por falsedad de las declaraciones de las partes contenidas en él.

– *Impugnación por nulidad*

450. El instrumento público es nulo cuando le falta alguno de los requisitos exigidos por la ley para que tenga tal carácter, es decir, cuando no ha sido autorizado por un funcionario público competente o no se han cumplido en su otorgamiento las formalidades legales.

En tal caso el instrumento es absolutamente nulo y no vale como tal. Podrá, como lo hemos visto, valer en ciertos casos como instrumento privado si está firmado por las partes.

La nulidad del instrumento público no acarrea en sí la nulidad del acto de que da testimonio, salvo en los casos en que el instrumento sea una solemnidad del acto o contrato.

La nulidad del instrumento público puede ser promovida por las partes o por terceros que tengan interés en ella; podrá reclamarse por vía principal o incidental en el juicio, y los hechos que la motivaron pueden probarse por cualquier medio de prueba (art. 355 C. de P. C.).

– *Impugnación por falta de autenticidad*

451. La impugnación por falta de autenticidad consiste en probar que el instrumento no ha sido realmente otorgado y auto-

rizado por las personas y de la manera que en el instrumento se expresa.

En otros términos consiste en demostrar que los hechos que atestigua o certifica el funcionario que autoriza el instrumento son falsos, o sea, que dicho funcionario ha faltado a la fe pública depositada en él.

Si el instrumento es falsificado en su totalidad o en parte, por haber sido maliciosamente enmendado, es nulo y debe ser impugnado por nulidad.

La impugnación por falta de autenticidad se refiere entonces a que no son verdaderas las declaraciones del funcionario en cuanto ellas hagan plena fe, y no a las declaraciones incidentales de éste o a las declaraciones de las partes.

La autenticidad puede impugnarse por las partes o por los que tengan interés en ella. Puede hacerse valer en juicio criminal o en juicio civil por vía principal o incidental.

La falta de autenticidad puede acreditarse con cualquier medio de prueba, como se desprende de los artículos 350 y 355 del C. de P. C.

El art. 429 del C. de P. C. restringe la prueba testimonial para impugnar la autenticidad de la escritura pública. Para ello requiere la concurrencia de cinco testigos, que reúnan las condiciones del N° 2 del art. 384 del C. de P. C., y que acrediten que la parte, el escribano o alguno de los testigos instrumentales ha fallecido con anterioridad o permanecido fuera del lugar en el día del otorgamiento y en los sesenta días subsiguientes. Este último término guarda concordancia con los sesenta días desde su otorgamiento, en que puede firmarse la escritura y que veremos oportunamente.

Fuera de lo anterior, esta prueba, como el mismo artículo dispone, queda sujeta a la calificación del tribunal.

La limitación señalada sólo se aplica a la impugnación de una escritura pública, no de otro instrumento público y sólo si ataca su autenticidad, pero no si se impugnan las declaraciones contenidas en una escritura pública auténtica. Aunque la disposición habla sólo de autenticidad, debemos señalar que el caso que indica de no haber sido autorizada realmente por el escribano o notario es un caso de nulidad y no de falta de autenticidad.

— Impugnación por falsedad de las declaraciones

452. Al hablarse de impugnación de las declaraciones contenidas en el instrumento público, nos referimos a las declaraciones de las partes, ya que las declaraciones del funcionario están ampa-

radas por la fe pública y forman parte de la autenticidad del instrumento.

Tampoco nos referimos a la realidad de haberse efectuado las declaraciones —ello está acreditado por el funcionario—, sino solamente al hecho de si dichas declaraciones son o no verdaderas.

La impugnación de las declaraciones enunciativas es fácilmente comprensible, pues ellas se refieren a hechos y consistirá en probar que esos hechos son falsos.

En cambio las disposiciones dispositivas, como explican el consentimiento de las partes y configuran el acto jurídico, no se refieren propiamente a hechos sino a manifestaciones de voluntad. Su falsedad implica el que no se haya manifestado la voluntad verdadera, es decir, que la voluntad declarada no corresponda a la voluntad real; en otros términos, su falsedad implica lo que hemos denominado simulación si la disconformidad es deliberada. No existirá simulación si la disconformidad proviene exclusivamente de un error.

La impugnación de la verdad de las declaraciones puede ser hecha por terceros o por las partes.

En lo referente a la impugnación por terceros, ya sea contra las partes o contra terceros, su procedencia es indiscutible.

Respecto a la impugnación por las partes ha habido discusión. Algunas sentencias estiman que ella no es posible por lo dispuesto en el art. 1700, que dice que el instrumento público, en cuanto a la verdad de las declaraciones de los interesados, hace plena fe en contra de los declarantes. Se señala además el art. 1876, que dispone que si en el contrato de compraventa se declara haberse pagado el precio, no se admite prueba alguna en contrario que no sea la nulidad o falsificación de la escritura.²⁸

Estos argumentos no son exactos, pues, se ha señalado que el art. 1700 dice que el instrumento hace “plena fe”, pero no establece una presunción de derecho, y una plena prueba puede impugnarse con otra plena prueba. El juez apreciará el valor relativo de ambas pruebas de acuerdo con el art. 428 del C. de P. C. En cuanto al inc. 2° del art. 1876, él no hace sino reiterar lo dispuesto en los arts. 1490 y 1491, que establecen que en caso de resolución no habrá acción reivindicatoria contra terceros poseedores de buena fe. La resolución por no haberse pagado el precio no da acción contra terceros si en la escritura de compraventa se expresa haberse pagado dicho precio, pues en tal caso se presume que están de buena fe.²⁹

²⁸ R. D. J., t. 33, s. 2, p. 65; t. 32, s. 1, p. 213.

²⁹ R. D. J., t. 52, s. 4, p. 52.

Las partes pueden entonces impugnar la verdad de las declaraciones, pero es distinta la situación si esta impugnación se hace respecto a las otras partes con relación a terceros.

En cuanto a las otras partes, éstas pueden impugnar la verdad de las declaraciones probando su falsedad. En todo caso deberán producir un elemento de convicción que destruya la plena fe que señala el artículo 1700.

El Código de Comercio contempla, sin embargo, una situación en que no se admite impugnar la verdad de las declaraciones contenidas en una escritura pública.

El art. 350 del C. de Comercio dispone que la sociedad colectiva se forma y prueba por escritura pública. El art. 353 establece por su parte que no se admitirá prueba de ninguna especie contra el tenor de las escrituras otorgadas en cumplimiento del art. 350, ni para justificar la existencia de pactos no expresados en ellas.

Respecto a los terceros la norma general es distinta; las partes no pueden impugnar la verdad de sus propias declaraciones. El art. 1707 no admite que dichas declaraciones se alteren con relación a terceros ni siquiera por una escritura pública y por lo tanto, con mayor razón tampoco podrán alterarse con otro medio de prueba de menor valor.

Ya hemos dicho que la impugnación de la verdad de las declaraciones por terceros, ya sea contra las partes, ya sea contra otros terceros, es indiscutible.

Esta impugnación se puede hacer por cualquier medio de prueba, pero, en cuanto a la prueba de testigos, está naturalmente sujeta a la limitación del artículo 1708, no pudiendo emplearse si el acto revocado es de aquellos que han debido constar por escrito.

LA ESCRITURA PÚBLICA

– Definición

453. El art. 1699 del C. C., después de definir el instrumento público, agrega en su inciso 2º: “Otorgado ante escribano e incorporado en un protocolo o registro público, se llama *escritura pública*”.

Por su parte el art. 403 del C. O. de T. establece que “escritura pública es el instrumento público o auténtico otorgado con las solemnidades que fija esta ley, por el competente notario, e incorporado en su protocolo o registro público”.

De estas definiciones se desprende que la escritura pública es un instrumento público, otorgado por un notario con determinadas formalidades e incorporado a su protocolo. El instrumento público es entonces el género, la escritura pública es una especie de instrumento público.

– Requisitos

454. La escritura pública requiere cuatro requisitos: 1º Ser otorgada por un notario; 2º Que dicho notario sea competente; 3º Que en su otorgamiento se cumplan determinadas formalidades, y 4º Que se encuentre incorporada en el protocolo del notario.

Los notarios son ministros de fe pública que se hallan definidos en el art. 399 del C. O. de T. Sus funciones se encuentran señaladas en el art. 401 del mismo Código, y la primera de ellas es extender los instrumentos públicos con arreglo a las instrucciones que, de palabra o por escrito, les dieren las partes otorgantes.

Excepcionalmente otros funcionarios, aparte de los notarios, pueden otorgar determinadas escrituras públicas. Así los Oficiales del Registro Civil en comunas que no sean asiento de un notario, de acuerdo con el art. 86 de la Ley Nº 4.808, y los Cónsules.

En segundo término se requiere que el notario sea competente. La competencia real es evidente de acuerdo con las disposiciones señaladas. Sin embargo, de acuerdo con el art. 412 Nº 1 del C. O. de T., los notarios no pueden autorizar escrituras que contengan disposiciones a su favor, o de su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos.

La competencia territorial está fijada por el art. 400 del C. O. de T., que dice que en cada comuna o agrupación de comunas que constituya territorio jurisdiccional de jueces de letras, habrá a lo menos un notario. El notario es entonces competente para actuar dentro de la comuna o agrupación de comunas para la cual ha sido designado.

En tercer lugar la escritura debe ser otorgada cumpliendo con las formalidades legales. Dichas formalidades están señaladas en los arts. 404 a 413 del C. O. de T. En último término la escritura debe estar incorporada en el registro o protocolo del notario. Trataremos de estos dos órdenes de requisitos formales conjuntamente.

El protocolo del notario, de acuerdo con el art. 429 del C. O. de T., se formará insertando las escrituras en el orden numérico que les haya correspondido en el repertorio.

El protocolo no puede abarcar un período superior a dos meses; pasado un año debe ser entregado por el notario al archivo judicial del departamento.

La escritura pública debe incorporarse en el protocolo; en otros términos, se inserta o se escribe en las hojas de los cuadernillos que forman el protocolo, que también se denomina registro o matriz.

Las escrituras públicas deberán otorgarse ante notario y podrán ser extendidas manuscritas, mecanografiadas o en otra forma que las leyes especiales autoricen, en castellano, empleándose siempre palabras y no signos o cifras. Debe comenzar expresando el lugar y fecha de su otorgamiento, el nombre del notario que la autoriza y el de los comparecientes con expresión de su nacionalidad, estado civil y domicilio.

De acuerdo con el art. 405, los otorgantes deben acreditar su identidad con la cédula de identidad personal, salvo las personas recién llegadas al país que pueden exhibir su pasaporte, y el notario debe dejar constancia de ello.

Transcurridos dos meses desde la fecha de cierre del protocolo, el notario certificará las escrituras que hubieren quedado sin efecto por no haberse suscrito por todos los otorgantes.

La firma de los que no supieren o no pudieren firmar puede suplirse con una firma a ruego de otro otorgante o un testigo, acompañada de la impresión digital. Toda adición, raspadura o enmendadura debe salvarse al final, antes de las firmas.

El art. 412 del C. O. de T. señala los casos en que la escritura es nula, y el art. 426 aquellos en que no se considerará pública o auténtica.

– Copias

455. La escritura pública, como hemos visto, queda extendida y firmada en el protocolo del notario. Es lo que se llama la matriz u original de la escritura pública.

Como no sería posible que para hacerla valer en juicio o para los actos de la vida civil los interesados tuvieran que exhibir el protocolo o mandar a un ministro de fe que lo compulsara, las escrituras públicas se hacen valer por medio de copias.

Pueden dar copias de las escrituras el notario autorizante o quien lo subrogue si el protocolo está en su poder, o si no el archivero si está en poder de éste.

Las copias podrán ser manuscritas, dactilografiadas, impresas, fotocopiadas, litografiadas o fotográfadas. En ellas deberá expre-

sarse que son testimonio fiel de su original y llevar la fecha, la firma y sello del funcionario autorizante. El notario deberá otorgar tantas copias cuantas se soliciten.

Los notarios no podrán dar copias de una escritura pública mientras no se hayan pagado los impuestos que correspondan.

Antes el Código Orgánico distinguía entre primeras y segundas copias. Las primeras eran las únicas que tenían el carácter de título ejecutivo de acuerdo al número 2 del art. 434 del C. de P. C. Hoy día está modificado este último precepto y todas las copias que otorga el notario tienen mérito ejecutivo.

DOCUMENTOS PROTOCOLIZADOS

456. El art. 415 del C. O. de T. dice que protocolización es el hecho de agregar un documento al final del registro de un notario, a pedido de la parte interesada.

El documento protocolizado no es entonces una escritura pública, pues no se extiende en el registro o protocolo del notario sino que se agrega al final del mismo.

Al protocolizar un documento debe, eso sí, dejarse constancia de ello en el registro del notario por medio de un certificado que especifica el contenido del documento, lo individualiza, y que firman el solicitante con el notario y testigos.

La protocolización tiene utilidad porque facilita la manera de obtener copias de determinados documentos. Tiene importancia porque, de acuerdo con el art. 419 del C. O. de T., por su protocolización un instrumento privado tiene fecha cierta respecto de terceros desde su anotación en el repertorio.

La protocolización es, en ciertos casos, un requisito adicional para la validez de determinados instrumentos públicos.

El art. 420 del C. O. de T. enumera una serie de instrumentos que, según dispone, una vez protocolizados valdrán como instrumentos públicos. Es lo que impropiamente se ha llamado la conversión de un instrumento privado en instrumento público.

La redacción de esta disposición es muy poco feliz, porque en ningún caso podría dar la protocolización el valor de instrumento público a un instrumento privado, ya que a éste le faltaría siempre el requisito fundamental de haber sido autorizado por un funcionario.

Si la analizamos, vemos que todos los casos que enumera se refieren a instrumentos públicos, como lo son el decreto del juez que ordena protocolizar un testamento, o la legalización de instrumentos otorgados en el extranjero. En realidad la disposición

citada ha exigido para la validez de los instrumentos públicos que señala un requisito más, cual es su protocolización.

Lo que dijimos respecto al otorgamiento de copias de las escrituras públicas se aplica también a la dación de copias de los documentos protocolizados.

EL INSTRUMENTO PRIVADO

457. Es el simple escrito otorgado por las partes. Puede ser por vía de solemnidad; en ese caso la omisión produce la nulidad absoluta del acto. Ejemplo: la promesa de contrato (art. 1554). Puede ser exigido por vía de prueba, en cuyo caso la sanción es la que la ley establece: la inadmisibilidad de la prueba testimonial (arts. 1708 y 1709).

A diferencia de lo que ocurre con el instrumento público, el privado no lleva en sí mismo ningún principio de autenticidad o de pureza.

En el instrumento público la falta de su valor probatorio debe probarse por aquel que lo impugna. En cambio el privado, que se acompaña al pleito, parte desprovisto de todo valor probatorio. Deberá probarse su autenticidad por aquel que se basa en él para sostener un hecho o fundamentar un derecho.

El instrumento privado carece, en consecuencia de valor probatorio en sí mismo; puede llegar a tenerlo en dos situaciones: cuando ha sido reconocido o cuando se ha mandado tener por reconocido (art. 1702).

– *El instrumento privado es reconocido*

458. El reconocimiento del instrumento privado puede ser expreso o tácito.

El reconocimiento expreso puede ser judicial o extrajudicial.

Es judicial cuando así lo ha reconocido en el juicio la persona a cuyo nombre aparece otorgado el instrumento o la parte contra quien se hace valer (art. 346 N° 1 del C. de P. C.).

Es extrajudicial cuando el reconocimiento ha sido hecho en un instrumento público o un juicio diverso de aquel en que se hace valer (art. 346 N° 2 C. P. C.).

El reconocimiento tácito se produce cuando, puesto en conocimiento de la parte contraria, no se alega su falsedad o falta de integridad dentro de los seis días siguientes a su presentación, debiendo el tribunal, para este efecto, apercibir aquella parte con

el reconocimiento tácito del instrumento si nada expone dentro de dicho plazo (art. 346 N° 4).

En este caso el instrumento se presenta al pleito bajo apercibimiento de tenerse por reconocido, si no fuere objetado dentro del sexto día.

– *El instrumento se manda tener por reconocido*

459. En este caso por sentencia judicial se declara la autenticidad del instrumento. Ello supone un incidente en el pleito en que se discute la impugnación que se le ha hecho al instrumento acompañado al juicio bajo apercibimiento. La resolución que manda tener por reconocido el instrumento privado es una sentencia interlocutoria, de aquellas que establecen derechos permanentes en favor de las partes.

VALOR PROBATORIO DEL INSTRUMENTO PRIVADO

460. Para las partes, una vez reconocido o mandado tener por reconocido, tiene el valor de escritura pública. Por consiguiente, hace plena fe entre las partes:

1. En cuanto al hecho de haberse otorgado.

2. En cuanto a su fecha. La fecha no es para las partes la del reconocimiento, sino la del momento en que se otorgó el instrumento.

3. En cuanto a la verdad de las declaraciones que en él se consignan.

Respecto de terceros, el instrumento privado no tendrá jamás valor probatorio, por cuanto sería muy fácil, de aceptarse una posición contraria, coludirse con el fin de perjudicarlos.

Sin embargo, respecto de terceros pueden adquirir fecha cierta, no la del momento en que se otorgó sino la que señala el art. 1703:

1. Desde el fallecimiento de una de las partes que lo han firmado.

2. Desde el día en que ha sido copiado en un registro público.

3. Desde el momento en que ha sido presentado en juicio.

4. Desde el momento en que se ha tomado razón de él.

5. Desde el momento en que ha sido inventariado en calidad de tal por funcionario competente.

6. Según el C. O. de T. desde el momento de su anotación en el Repertorio, si el documento se protocoliza (arts. 419 y 420 C. O. de T.).

El instrumento privado entre las partes hace fe respecto de lo dispositivo; sin embargo, también lo produce respecto de lo meramente enunciativo en los mismos términos que se viera respecto del instrumento público (art. 1706).

– *Los asientos, registros y papeles domésticos*

461. Se caracterizan por ser instrumentos otorgados por una sola parte. La regla general respecto de ellos es que carecen de valor probatorio. Excepción: cuando hubieren sido reconocidos o mandados tener por reconocidos, tienen el valor de la confesión judicial; luego son indivisibles, por lo cual deberán aceptarse tanto en lo favorable como en lo desfavorable (art. 1704).

– *La nota escrita o firmada por el acreedor*

462. Sea que se encuentre en poder del deudor o del acreedor la escritura en que aparece la nota, ésta aprovecha siempre al deudor, y sigue la regla de la confesión. El deudor deberá tomar tanto lo favorable como lo desfavorable (art. 1705).

LA PRUEBA DE TESTIGOS

463. Son testigos aquellos que, sin ser partes en el proceso, declaran sobre hechos de que tienen conocimiento.

Lo que caracteriza a los testigos y los diferencia de otros medios de prueba, como la confesión, es la circunstancia de ser, procesalmente, personas extrañas al pleito.

El C. de P. C. señala la habilidad o inhabilidad o tacha para testificar; señala también la forma de rendir la prueba, y el valor probatorio que a ella corresponde.

El Código Civil se refiere a la admisibilidad del testimonio.

ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA DE TESTIGOS

464. El Código Civil establece que no se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito (art. 1708).

Por su parte el art. 1709 establece que deberán constar por

escrito los actos o contratos que contengan la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos unidades tributarias.

Relacionando éstos preceptos podemos concluir que respecto de todo acto o contrato que engendre la obligación de entregar o la promesa de entregar una cosa que valga más de dos unidades tributarias, existe la necesidad de dejar constancia de él por escrito. Si ello no ocurre, no podrá probarse por la prueba testimonial, aunque puede hacerse por otros medios.

La inadmisibilidad, entonces, se refiere a las obligaciones que contengan la entrega o promesa de entregar una cosa que valga más de dos unidades tributarias.

Los requisitos son los siguientes:

1. *Que se trate de una obligación.* De manera que la limitación del campo de la prueba testimonial no rige respecto de los hechos ni de los derechos reales.

2. *Que emane de un acto o contrato.* Es decir, que emane de un acto o declaración de voluntad. De modo que las obligaciones que puedan emanar de un cuasidelito pueden probarse, en todo caso, por testigos.

3. *Que se trate de obligaciones de dar.* Es indudable que la limitación se refiere a las obligaciones de dar. Respecto de las obligaciones de hacer, el punto es discutido. La gran mayoría considera que se refiere también a las obligaciones de hacer, por cuanto la promesa es una obligación de hacer: la de celebrar el contrato prometido.

Otros consideran que la expresión promesa significa la promesa de entregar. Esta opinión va quedando aislada.

4. *Que la cuantía del objeto de la obligación sea superior a dos unidades tributarias.* El valor de la cosa se determina en el momento en que se celebró el contrato. No se incluyen en el valor de la cosa los frutos, intereses u otros accesorios (art. 1709, inc. final).

Como el valor se determina al momento de la celebración del contrato, el hecho de que el demandante limite su demanda a dos unidades tributarias no permite probar la obligación por testigos si era superior a esa suma. Tampoco es admisible la prueba de testigos en demandas de menos de dos unidades tributarias cuando la suma que se demanda es parte o resto de un crédito que debió ser consignado por escrito y no lo fue (art. 1710, inc. 2º).

– *Alcance de la inadmisibilidad*

465. Se refiere a la prueba de una obligación que debió consignarse por escrito y no lo fue.

No se admite, además, la prueba de testigos, en cuanto adicione o modifique lo expresado en el contrato; asimismo, no se admite sobre lo que se alegue haberse dicho antes, aun cuando en algunas de estas adiciones se trate de una cosa cuyo valor no alcance a dos unidades tributarias (art. 1709, inc. 2º).

La limitación que hemos estudiado es una norma de excepción; por lo tanto, podrán probarse por testigos, conforme a lo ya explicado:

- a) Los hechos.
- b) Los cuasicontratos.
- c) Cuando exista un principio de prueba por escrito.
- d) Los actos y contratos cuando éstos no contengan la entrega o promesa de una cosa o ésta sea de menor valor que el indicado.

La ley, en ciertos casos, autoriza la prueba testimonial aun cuando el acto no conste por escrito.

En materia mercantil es admisible la prueba de testigos, cualquiera que sea la cuantía de la obligación que se trata de probar (art. 128 del Código de Comercio).

En materia civil es admisible la prueba de testigos, en primer término, cuando la ley la autoriza en una institución determinada, exceptuándola de la inadmisibilidad; por ejemplo, el comodato (art. 2175 del C. C.), el depósito necesario (art. 2237 del C. C.). En segundo lugar, cuando haya sido imposible obtener prueba escrita. Por último, cuando exista un principio de prueba por escrito (art. 1711 del C. C.).

La imposibilidad de obtener una prueba escrita puede ser de carácter moral o físico.

La imposibilidad moral existe cuando razones de afecto, de etiqueta o de complacencia social impiden exigir documento escrito. Tal sería el caso del hijo de familia con respecto a sus padres. Puede el hijo probar una obligación contraída en su favor por su padre, por testigos.

La imposibilidad física existe cuando las circunstancias materiales no han permitido otorgar el instrumento. Ello ocurre, por ejemplo, en el caso del depósito necesario.

Claro está que la parte que pretende probar el acto por testigos deberá probar en primer lugar la existencia de la imposibilidad, física o moral.

En tercer término los casos en que haya un principio de prueba por escrito. Se entiende por principio de prueba por escrito, el acto escrito del demandado o de su representante que haga verosímil el hecho litigioso.

El principio de prueba por escrito es un instrumento, público o privado, que puede emanar de cualquiera de las partes, no sólo del demandado como señala el art. 1711 del C. C.

En consecuencia, los caracteres del principio de prueba por escrito son los siguientes:

1) *Existencia de un instrumento público o privado* (en este caso debe haber sido reconocido o mandado tener por reconocido por parte de aquel en cuya contra se invoca).

2) *Que emane de la parte contra la que se presenta o de su representante*. Así entendemos nosotros el art. 1711.

3) *Que haga verosímil el hecho litigioso*. Ello es cuestión de hecho que sientan definitivamente los jueces del fondo.

– Valor probatorio de la prueba testimonial

466. Está señalado en los arts. 383 y 384 del C. de P. C. Va desde la plena prueba, producida por la declaración de dos o más testigos presenciales, contestes en el hecho y en sus circunstancias esenciales, sin tacha, legalmente examinados y que den razón de sus dichos, y que no sea desvirtuada por otra prueba, hasta la simple base de presunción judicial, constituida por las declaraciones de testigos de oídas.

LA CONFESION

467. La confesión de parte es el reconocimiento que uno de los litigantes hace de la verdad de un hecho que puede producir consecuencias jurídicas en su contra.

Sus características son:

1. *Es una declaración de voluntad*. La cual reviste jurídicamente el carácter de unilateral.

2. *Esta declaración unilateral produce consecuencias jurídicas en contra del confesante*. No favorece al que la presta sino a la parte que la obtuvo o la pidió.

3. *Es indivisible*. Por cuanto la confesión, por regla general, no puede dividirse en perjuicio del confesante.³⁰ Esta regla la señala el art. 401 del C. de P. C. Por excepción, puede dividirse la confesión en dos hipótesis:

³⁰ R. D. J., t. 80, s. 2, p. 7.

a) Cuando comprende hechos diversos enteramente desligados entre sí.

Esta situación corresponde a lo que doctrinariamente se llama confesión compleja de primer grado, la cual es la confesión de un hecho agregando otros totalmente desligados del primero. Estas confesiones normalmente son divisibles.

b) Cuando comprende hechos ligados entre sí y que se modifican unos a otros, y el contendor justifica con algún medio de prueba la falsedad de las circunstancias que, según el confesante, modifican el hecho confesado.

Corresponde esta regla a la llamada confesión compleja de segundo grado, que es en principio indivisible, a menos que el contendor pruebe por otros medios la falsedad de los hechos modificatorios señalados por el confesante.

Tanto la confesión pura y simple, que es la que se hace sin agregado alguno, como la confesión calificada, que es aquella en que se reconoce el hecho, pero se agrega una circunstancia que altera su naturaleza jurídica, son siempre indivisibles. De manera que la parte que pretende valerse de ellas deberá aceptarlas tanto en lo favorable como en lo desfavorable.

4. *Es irrevocable.* Una vez prestada la confesión no puede retractarse. Salvo cuando se haya padecido un error de hecho. Se revoca la confesión, sea que se haya referido a hechos personales del confesante o a hechos no personales (arts. 402 C. P. C., 1713 C. C.).

– Clasificación de la confesión

468. Puede ser judicial o extrajudicial, según se preste o no en el pleito en que debe obrar la prueba.

Puede ser expresa o tácita. Expresa, cuando se presta en términos formales y explícitos. Tácita, cuando la parte citada a absolver posiciones no comparece o, compareciendo, se negare a responder o diere respuestas evasivas.

Atendiendo a la forma como se obtiene se clasifica en espontánea o provocada. La primera es la que se presta de iniciativa del confesante mismo. La provocada es aquella que se presta previo requerimiento del juez, a petición de parte interesada, y dentro del mecanismo llamado absolución de posiciones.

Puede finalmente ser verbal o escrita.

– Casos en que no se admite la confesión

469. No se admite la confesión en el caso el instrumento público exigido por vía de solemnidad. En el caso de que se haya omitido, no tiene valor la confesión por cuanto el acto es nulo, de nulidad absoluta, por falta de las solemnidades prescritas.

En el juicio de separación de bienes por el mal estado de los negocios del marido, la confesión de éste no hace prueba (art. 157).

La jurisprudencia de nuestros tribunales no admite la confesión en los juicios de nulidad de matrimonio, por cuanto ello significaría poner fin al matrimonio por el mutuo disenso de las partes, lo que la ley prohíbe.

Valor probatorio de la confesión

470. *Confesión judicial.* La confesión de hechos personales prestada por sí o por medio de representantes produce plena prueba. Estamos en presencia del aforismo: “a confesión de parte, relevo de prueba”. No se admite, en este caso, prueba alguna en contrario.³¹

Respecto de los hechos no personales del confesante, la confesión también produce plena prueba, pero se admite prueba en contrario.

Produce este efecto tanto la confesión voluntaria como la provocada, la tácita como la expresa.

Confesión extrajudicial. Si es verbal, sólo se toma en cuenta en los casos en que se admite la prueba de testigos.

Si se prestó en un juicio diverso, pero entre las mismas partes que actualmente litigan, el juez podrá darle el mérito de prueba completa habiendo motivos poderosos para estimarlo sí.

Si se prestó en presencia de la parte que la invoca o ante un juez incompetente, pero que ejerza jurisdicción en un juicio cualquiera, se estima como presunción grave para acreditar los hechos confesados.

En los demás casos es sólo base de una presunción judicial (art. 398 del C. P. C.).

³¹ R. D. J., t. 82, s. 2, p. 60.

LAS PRESUNCIONES

471. Presumir un hecho es deducirlo de ciertos antecedentes o circunstancias conocidos.

La presunción requiere la existencia clara y precisa de ciertos hechos o datos en que se fundamentará. Estos son los llamados presupuestos de la presunción.

Las presunciones pueden ser legales o judiciales.

PRESUNCIONES LEGALES

472. Son aquellas en que la ley deduce o infiere de ciertas circunstancias conocidas un hecho nuevo o desconocido.

En las presunciones legales hay que probar los fundamentos en que descansa. Probados éstos opera la presunción.

Se distinguen dos clases de presunciones legales: propiamente tales y presunciones de derecho.

Las primeras tienen pleno valor probatorio, pero admiten prueba en contrario, de modo que el efecto que prácticamente producen es el de invertir el *onus probandi*. Por cuanto toca a la parte que pretende destruir la presunción probar los hechos que la desvirtúan. Ejemplos de estas presunciones los tenemos en los arts. 180 inc. 2º, 700 inc. 2º y 1654 del C. C.

Las presunciones de derecho son aquella que, además de revestir pleno valor probatorio, no admiten prueba en contrario. Constituyen un verdadero dogma, que deviene inatacable. Su valor probatorio es el más completo. No es necesario que la ley diga que se trata de presunciones de derecho para que existan estas presunciones. Basta que aparezca claramente que la presunción no pueda ser destruida por prueba contraria. Ejemplos de presunciones de derecho los encontramos en la fecha de la concepción, art. 76; en la posesión, art. 706; en la prescripción, art. 2510 Nº 2.

PRESUNCIONES JUDICIALES

473. Son aquellas en que el juez, de ciertos antecedentes o circunstancias conocidos, infiere o deduce un hecho desconocido en el proceso.

En principio la prueba de presunciones judiciales sirve para probar toda clase de hechos, sean jurídicos o materiales, salvo

tratándose de actos o contratos solemnes, en los cuales la solemnidad exigida sea el instrumento público, pues éste no puede ser suplido por prueba alguna.

Se puede probar con presunciones judiciales una obligación que ha debido consignarse por escrito y no lo fue. Claro está que si la presunción se construye sobre la base de circunstancias que han sido acreditadas en el proceso solamente por testigos, la jurisprudencia les resta valor a las presunciones, para evitar la burla del principio sobre limitación de la prueba testimonial.

– Condiciones y valor probatorio de la presunción judicial

474. De acuerdo al art. 1712 del C. C., las presunciones deben ser graves, precisas y concordantes.³²

Graves. Significa que el hecho conocido, del cual se infiere el hecho desconocido, haga llegar a este último sin esfuerzo, en forma casi obligada.

Precisa. Significa que las presunciones no sean vagas, difusas o susceptibles de aplicarse a diversas circunstancias.

Concordantes. Significa que haya armonía entre las diversas presunciones, que no exista contradicción entre ellas, que no se destruyan unas a otras.

Las presunciones deben cumplir necesariamente estos requisitos, pero ello es una cuestión de hecho que la ley deja entregada por entero y en forma privativa a los jueces de fondo.³³

Del C. C. se infiere que para que las presunciones produzcan plena fe es menester que sean varias; ello resulta de la exigencia del último de los caracteres señalados. Sin embargo, de acuerdo al C. de P. C., una sola presunción puede constituir plena prueba cuando, a juicio del tribunal, tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento (art. 426, inc. 2º).³⁴

INSPECCION PERSONAL DEL TRIBUNAL

475. Es el examen que hace el juez de hechos o circunstancias materiales controvertidos en el pleito, con el objeto de adquirir pleno convencimiento acerca de su verdad o inexactitud.

³² R. D. J., t. 81, s. 2, p. 81.

³³ R. D. J., t. 80, s. 1, p. 118.

³⁴ R. D. J., t. 81, s. 1, p. 41.

Procede cuando la ley la exige, y en todos los casos en que el juez lo estime necesario.

Valor probatorio

476. Produce plena prueba en cuanto a las circunstancias o hechos materiales que el tribunal establezca en el acta levantada en la inspección, como resultado de su propia observación.

INFORME DE PERITOS

477. El informe de peritos o peritaje es un medio de prueba que consiste en un dictamen u opinión sobre hechos discutidos en el pleito, para cuya apreciación se requieren conocimientos especiales de alguna ciencia o arte.

El informe de peritos puede ser obligatorio en los casos en que la ley lo exija. Ejemplos: arts. 848, 855, 1335, 1943, 1997, 2002, 2006 del C. C.

Puede ser facultativo, es decir, lo decretará el tribunal cuando verse sobre hechos que requieren conocimientos especializados, y también sobre algún punto de derecho referente a legislaciones extranjeras.

Los peritos se designan en una audiencia ante el juez por las partes. Si no hay acuerdo, y se entiende no haberlo cuando no concurren todas las partes o concurriendo no llegan a un entendimiento, los nombra el juez dictando resolución.

Los peritos realizan la operación del peritaje y presentan al tribunal su informe con sus conclusiones.

Normalmente el perito debe citar a las partes para evacuar su informe (inc. 3º del art. 417 del C. de P. C.), pero se ha fallado que la omisión de esta citación no es constitutiva de causal de casación en la forma, sin perjuicio del valor probatorio que pueda asignársele al haber sido producido irregularmente.³⁵

Valor probatorio

478. Los tribunales aprecian la fuerza probatoria del informe de peritos en conformidad a las reglas de la sana crítica.

Entendemos por sana crítica el conjunto de normas lógicas y sentido común que el juez debe emplear para ponderar o valorizar este medio probatorio. Se trata de un criterio normativo no jurídico, que sirve al juez, en posición de hombre normal, o sea, en actitud prudente y objetiva, para emitir una apreciación acerca del dictamen que le ha presentado un científico o técnico.

OTROS ELEMENTOS DE PRUEBA

479. El progreso técnico ha desarrollado una serie de medios en que pueden consignarse declaraciones o sucesos y que son distintos del documento escrito tradicional, que fue el único que conocieron los redactores de nuestros códigos.

El art. 2712 del Código Civil italiano, contenido en el capítulo "De la prueba documental", se refiere a las reproducciones mecánicas. Dice al efecto: "Las reproducciones fotográficas o cinematográficas, los registros fonográficos y, en general, cualquiera otra representación mecánica de los hechos y de las cosas constituirán plena prueba de los hechos y de las cosas representadas, si aquel contra quien son producidas no desconoce su conformidad con los hechos o con las cosas mismas".

Otro país como Portugal, y las modernas reformas a los códigos de procedimiento en Uruguay, Argentina y Colombia, dan expresamente validez a estos nuevos medios probatorios. Algunos, como el Código de Procedimiento Civil para el Distrito Federal de México, los consideran base de una presunción judicial.

Otros códigos, como el Código Civil suizo, no limitan los medios de prueba admisibles y no señalan al juez cómo debe formar su convicción. Este ha sido el alcance que se ha dado judicialmente al art. 8º.

480. En nuestro derecho, a falta de disposiciones legales expresas, cabe estudiar el carácter y validez que pueden tener estos elementos.

En primer término debe analizarse si la enumeración de medios de prueba que hace nuestra legislación positiva es o no taxativa.

El inc. 2º del art. 1698 del Código Civil, al decir: "Las pruebas consisten en...", podría permitir considerar que los medios que señala constituyen una enumeración enumerativa y no necesariamente taxativa, pero el Código de Procedimiento Civil en el art. 341 expresa: "Los medios de prueba de que puede hacerse uso en juicio son:...", lo que tiene un carácter claramente taxativo. A esto

³⁵ R. D. J., t. 81, s. 2, p. 96.

debemos agregar los arts. 456 y 457 del Código de Procedimiento Penal, el primero de los cuales exige que la convicción se adquiere por un medio de prueba legal y el segundo señala los medios por los cuales se acreditan los hechos en un juicio criminal.

Frente a este carácter taxativo no cabe entonces otra cosa que examinar si estos nuevos elementos pueden asimilarse o vaciarse en alguno de los medios que reconoce la ley.

Cabría estudiar inicialmente si algunos de ellos pueden quedar comprendidos en la categoría de instrumentos.

Debe descartarse de inmediato el instrumento público porque no cumpliría los requisitos precisos que señala el art. 1699 del Código Civil. A su respecto sólo cabría analizar el valor de "copia" que tendría la reproducción mecánica y no firmada especialmente por el funcionario del instrumento público original.

Ante todo debemos señalar en primer término que no existe ninguna razón lógica para dar el carácter de "documentos" tan sólo a la reproducción material de signos lingüísticos; intelectualmente es documento cualquiera representación de cosas o hechos. Decimos así que determinados aspectos de las ruinas de Pompeya son documentos de la vida romana en aquella época, que la grabación de un canto de los indios onas (que se conserva) es un documento de su desarrollo musical. El propio Diccionario de la Real Academia da como tercera acepción: "Cualquiera otra cosa que sirve para ilustrar o comprobar algo", y respecto de instrumento uno de sus significados lo hace sinónimo de documento.

Descartados los instrumentos públicos, debemos examinar nuestra normativa con relación a los instrumentos privados.

En los instrumentos privados no hay ninguna disposición que exija en forma general que ellos sean necesariamente escritos. Sin embargo, existen disposiciones particulares que se refieren a la firma o escritura.

En el Código Civil el art. 1701 da valor de instrumento privado al instrumento público defectuoso "si estuviere firmado por las partes". A su vez el art. 1703 le da fecha cierta, entre otros casos, "desde el fallecimiento de alguno de los que le han firmado". Podría argumentarse que la firma se exige para los casos específicos que esas disposiciones contemplan, pero que no constituye un requisito general.

Igual podría argumentarse de los arts. 1704 y 1705, que se refieren a instrumentos muy particulares: los papeles domésticos y las notas al dorso de una escritura.

Más preciso es el art. 1702, que, al aludir al mérito probatorio del instrumento privado, lo refiere a "los que aparecen o se reputan haberlo suscrito". Si damos al verbo suscribir el significado

estrecho de firmar al pie o al final de un escrito, el instrumento debería ser una escritura, pero si lo consideramos una elipsis y que en realidad comprende no sólo al que ha escrito sino al que ha hablado, al que aparece, en el elemento de prueba, el instrumento privado podrá comprender estos nuevos medios de testimonio de la voluntad o de la actuación.

En el Código de Procedimiento Civil los arts. 350 a 355 se refieren al cotejo de letras, pero éste es un medio específico de prueba cuando se ha impugnado un instrumento privado escrito; con mayor extensión el art. 355 admite que en el incidente sobre autenticidad de un instrumento se empleen todos los medios probatorios.

La disposición que se refiere a la materialidad del documento es el N° 1° del art. 346, cuando habla de "la persona a cuyo nombre aparece otorgado el instrumento o la parte contra quien se hace valer". Esta norma es más amplia que el art. 1702 del C. C., porque usa el término "otorgado", que es mucho más comprensivo que "suscrito", ya que significa sólo haber intervenido en él o, como dice el diccionario: consentir, disponer, establecer, ofrecer, estipular o prometer una cosa; además aclara que tal persona puede ser distinta de la persona contra quien se hace valer.

Con la precedencia que debe darse al Código de Procedimiento Civil que en diversas partes de la prueba modificó al Código Civil, no sería difícil dar el carácter de instrumentos privados a varios de estos elementos de prueba que ha introducido la técnica moderna.

Por otra parte, apartándose de la concepción estructural del documento y de la necesidad de escrituración, ha nacido la concepción funcional del mismo, que mira la intención representativa. Según ella, un instrumento es un objeto representativo de cosas o hechos sin que importe la materialidad o forma de la representación. Existirían entonces documentos no gráficos entre los cuales se contaría la grabación.

Esta tesis ha sido aceptada por la jurisprudencia italiana que ha estimado que el registro mecánico es un acto escrito de una manera particular.

Se ha adelantado además que la propia voz puede considerarse una forma de firma, pues contiene los requisitos de intencionalidad, personalidad e inimitabilidad.³⁶

³⁶ JUAN AGUSTIN FIGUEROA Y., *Nuevas orientaciones de la prueba*. Editorial Jurídica de Chile, 1981, págs. 99 y ss.

481. En todo caso quedarán sujetos a la exigencia del art. 1702 del Código Civil o haber sido reconocidos o mandado tener por reconocidos.

Ya hemos visto que el Código Civil italiano les da valor si aquel contra quien se producen no los desconoce. El Código de Procedimiento Civil brasileño acepta que la impugnación pueda verificarse a través de un examen pericial. Los tribunales franceses, que han aceptado en varios casos las grabaciones como medio de prueba, las han rechazado en otros por la facilidad de adulteración.

Si entre nosotros llegara a considerarse que alguno de estos medios inviste carácter documental, su impugnación daría lugar a un incidente de autenticidad, en el cual, siendo imposible el cotejo de letras, existiría, sin embargo, la amplitud probatoria que señala el art. 355 del Código de Procedimiento Civil.

Respecto a su carácter obligacional y a la posibilidad de que puedan servir de base a un procedimiento ejecutivo, no procederá el reconocimiento de firma (salvo que se entendiera que equivale a él, el reconocimiento de la voz), pero sí la confesión de la deuda, a que se refiere el art. 435 del Código de Procedimiento Civil. El que no tendrá aplicación será el art. 436 del mismo Código.

482. En todo caso estos nuevos elementos de prueba tienen cabida en nuestro derecho como base de una presunción judicial.

Nada hay en el art. 1712 del Código Civil o en los arts. 426 y 427 del Código de Procedimiento Civil que se oponga al efecto.

Por lo demás, el art. 427 habla irrestrictamente “de las demás circunstancias que, en concepto del tribunal o por disposición de la ley, deban estimarse como base de una presunción”.

En la práctica ya nuestros tribunales admiten estas pruebas. En los Juzgados de Policía Local es corriente que se acompañen fotografías de vehículos que han sufrido destrozos para probar los daños recibidos en una colisión.³⁷

³⁷ Una sentencia reciente ha resuelto que una grabación original, efectuada en cassette, que no se encuentra contemplada en nuestra legislación en forma específica como medio de prueba, puede ser asimilada a la instrumental por registrar hechos o a las confesiones extrajudiciales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 del Código de Procedimiento Civil y atribuirle valor en conciencia; acreditado, mediante peritaje, que las voces registradas en la grabación corresponden a las partes del juicio, que la transcripción que rola en autos corresponde a lo grabado y que su tenor guarda armonía con las demás probanzas del proceso, lo que hace presumir su veracidad, particularmente como confesión extrajudicial del demandado. R. D. J., t. 79, s. 3, p. 90.

Si pensamos que, de acuerdo con el inciso final del art. 426, “una sola presunción puede constituir plena prueba cuando, a juicio del tribunal, tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento”, vemos la importancia que pueden alcanzar estos medios probatorios como base de una presunción judicial.

INDICE

Capítulo I

INTRODUCCION

EL ORDENAMIENTO JURÍDICO 9

DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO 11

EL DERECHO PÚBLICO 14

EL DERECHO PRIVADO Y EL DERECHO CIVIL 14

EL CÓDIGO CIVIL CHILENO 16

 Historia del Código Civil 16

 Fuentes del Código Civil 18

 Estructura y contenido del Código Civil 20

 Principios fundamentales 23

 – *La autonomía de la voluntad* 24

 – *La buena fe* 28

 – *El enriquecimiento sin causa* 32

 – *La responsabilidad* 33

 Cualidades e influencia del Código Civil 36

 Principales leyes modificatorias 38

Capítulo II

LA NORMA JURIDICA DE DERECHO PRIVADO

LAS FUENTES DEL DERECHO 41

LA LEY 43

 – *Concepto* 43

 – *Definición del Código Civil* 45

 – *Diversas variedades de leyes y su jerarquía* 46

 – *Potestad reglamentaria* 48

– <i>Decretos con fuerza de ley - Decretos leyes</i>	49
– <i>Inconstitucionalidad de las leyes</i>	50
Clasificación de las leyes	52
Autoridad de la ley	54
Sanción de la ley	58
– <i>Leyes prohibitivas</i>	59
– <i>Leyes imperativas</i>	60
– <i>Leyes permisivas</i>	63
Efectos de la ley	64
– <i>Aspectos a considerar</i>	64
Efectos de la ley en cuanto al tiempo	64
– <i>Promulgación y derogación</i>	64
– <i>Retroactividad de la ley</i>	68
– <i>Leyes interpretativas</i>	70
– <i>Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes</i>	70
Efectos de la ley en cuanto a las personas	75
Efectos de la ley en cuanto al territorio	77
– <i>Territorio</i>	77
– <i>Territorialidad de la ley</i>	77
– <i>Extraterritorialidad de la ley</i>	78
– <i>Leyes relativas a los actos</i>	80
– <i>Requisitos externos</i>	80
– <i>Requisitos internos</i>	82
– <i>Efectos</i>	82
Interpretación de la ley	82
– <i>Concepto</i>	82
Interpretación doctrinal	83
Interpretación por vía de autoridad	85
Interpretación por el legislador	85
Interpretación judicial	87
– <i>Integración de la ley</i>	87
– <i>Finalidad de la interpretación</i>	88
– <i>Criterios de interpretación</i>	90
– <i>Elementos de interpretación</i>	91
– <i>La lógica y el razonamiento jurídicos</i>	95
La costumbre	99
– <i>La costumbre como fuente de derecho</i>	99
– <i>Valor de la costumbre</i>	101
– <i>La costumbre jurisprudencial</i>	103
– <i>La sentencia judicial</i>	106

Capítulo III

LOS SUJETOS DEL DERECHO

PERSONA Y RELACIÓN JURÍDICA	111
– <i>Sujetos</i>	111
LAS PERSONAS NATURALES	112
– <i>Concepto y existencia</i>	112
La muerte natural	113
La muerte presunta	115
ATRIBUTOS DE LA PERSONALIDAD	118
– <i>Concepto</i>	118
El nombre	119
La capacidad	122
La nacionalidad	124
El domicilio	125
– <i>Presunciones de domicilio</i>	126
– <i>Clasificación del domicilio</i>	127
– <i>Pluralidad de domicilios</i>	129
– <i>Importancia del domicilio</i>	130
El estado civil	131
– <i>Concepto y características</i>	131
– <i>Fuentes del estado civil</i>	133
– <i>La familia y el parentesco</i>	133
– <i>Importancia del parentesco</i>	135
– <i>Prueba del estado civil</i>	136
– <i>Sentencias en materia de estado civil</i>	140
– <i>El Registro Civil</i>	141
El patrimonio	143
– <i>Concepto e importancia</i>	143
– <i>Características</i>	148
Derechos de la personalidad	151
– <i>Concepto</i>	151
– <i>Derechos a la individualidad</i>	153
– <i>Derechos a la personalidad civil</i>	154
– <i>Derechos a la personalidad moral</i>	156
LAS PERSONAS JURÍDICAS	157
– <i>Concepto y clasificación</i>	157
– <i>Las personas jurídicas sin fines de lucro</i>	160
– <i>Corporaciones</i>	161
– <i>Fundaciones</i>	162

Atributos de las personas jurídicas	164
Nombre y domicilio	164
Nacionalidad	165
Patrimonio	166
Capacidad	167
Responsabilidad de las personas jurídicas	168
– Responsabilidad penal	168
– Responsabilidad civil	168

Capítulo IV

LOS OBJETOS DEL DERECHO

COSAS - BIENES Y OBJETO	173
Cosas corporales	175
– Clasificación	176
Bienes inmuebles	177
Bienes muebles	178
– Especie y género	179
– Cosas consumibles y fungibles	180
Cosas incorporales	181
– Concepto	181
Derechos reales	183
Derechos personales	187
Derechos muebles e inmuebles	189
Universalidades	190
– Establecimientos de comercio	191
– Bienes intangibles	194
– Derechos potestativos	195
El cuerpo humano y el cadáver como objetos del derecho	196

Capítulo V

LA RELACION JURIDICA DE DERECHO PRIVADO

– Concepto	201
– Contenido de la relación jurídica	204
– Clasificaciones de la relación jurídica	204
– Orígenes de la relación jurídica	207
– Actos lícitos e ilícitos	208
LOS DERECHOS SUBJETIVOS	210
Derecho objetivo y derecho subjetivo	210
Clasificación de los derechos subjetivos	212

– Derecho públicos y privados	212
– Derechos absolutos o relativos	213
– Derechos originarios o derivados	213
– Derechos puros y simples y sujetos a modalidades	213
– Derechos patrimoniales y extrapatrimoniales	213
– Derechos patrimoniales	214
– Derechos extrapatrimoniales	215
Nacimiento, transferencia, transmisión y extinción de los derechos subjetivos	217
– Nacimiento	217
– Transferencia y transmisión	218
– Derechos intransferibles e intransmisibles	219
– Modificación de los derechos	220
– Extinción de los derechos	220
– Fuentes de los derechos subjetivos	221
El ejercicio de los derechos subjetivos. Abuso del derecho	222
Los límites al ejercicio de los derechos	224
– Límites intrínsecos	226
– Límites extrínsecos	229

Capítulo VI

TEORIA DE LOS ACTOS JURIDICOS

HECHOS Y ACTOS JURÍDICOS	235
Otras clasificaciones de los actos jurídicos	238
Contratos	239
Empleo del término acto en el Código Civil	240
Elementos constitutivos del acto jurídico	240
Elementos esenciales	240
Elementos de la naturaleza del acto	241
Elementos accidentales	241
REQUISITOS DE EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL ACTO JURÍDICO	242
– Requisitos externos e internos	243
La voluntad	243
– Voluntad expresa y tácita	244
– Voluntad real y voluntad declarada	246
El consentimiento	248
La oferta	249
– Revocación de la oferta	250
– Caducidad de la oferta	250
– Vigencia de la oferta	251
La aceptación	251
– Efectos de la aceptación	251
Responsabilidad precontractual	252

El autoconsentimiento	256
Vicios de la voluntad	257
El error	258
– Error de derecho	258
– Error esencial	259
– Error sustancial	261
– Error en la persona	262
– Error en la magnitud de las prestaciones. La lesión	263
– Error común	269
– Sanción del error	270
La fuerza	271
– Origen de la fuerza	273
– Sanción de la fuerza	274
El dolo	275
– Dolo principal o inductivo	276
– Dolo incidental	277
– Prueba del dolo	278
– Dolo y culpa grave	279
– Efectos del dolo	280
LA CAPACIDAD	280
Capacidad de goce	281
Capacidad de ejercicio	281
Incapacidad absoluta	283
– Los dementes	283
– Los impúberes	284
– Los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito	284
– Consecuencia de la incapacidad absoluta	285
Incapacidad relativa	285
– Menores adultos	286
– Los disipadores	286
– Efectos de la incapacidad relativa	287
EL OBJETO	287
Requisitos del objeto	288
– Objeto real	288
– Objeto comerciable	289
– Objeto determinado o determinable	290
– Hecho determinado	291
– Hecho físicamente posible	291
– Hecho moralmente imposible	292
– El orden público	292
– Las buenas costumbres	294
El objeto ilícito	294
Casos de objeto ilícito	296
– Actos prohibidos por la ley	296
– Actos y contratos contrarios al derecho público chileno	297
– Pactos relativos a sucesiones futuras	297

– Condonación anticipada del dolo	299
– Deudas contraídas en los juegos de azar	299
– Venta de libros prohibidos u objetos inmorales	300
– Enajenación de las cosas que están fuera del comercio	301
– Sanción del objeto ilícito	305
LA CAUSA	305
Requisitos de la causa	312
– Causa real	312
– Causa ilícita	313
– Causa simulada	314
– Actos abstractos	315
– Sanción de la causa	316
LAS FORMALIDADES	317
Solemnidades	319
– El instrumento público	319
– El instrumento privado	320
– Presencia de un funcionario determinado y/o testigos	320
– Inscripciones en registros especiales	321
– Otras solemnidades	321
– Omisión de las solemnidades	322
Formalidades habilitantes	322
– Menores	322
– Disipadores	323
– Casos especiales	323
– Omisión de las formalidades habilitantes	324
EFFECTOS DE LOS ACTOS JURÍDICOS	326
– Concepto	326
– Partes y terceros	326
– Actos jurídicos unilaterales	327
– Actos jurídicos bilaterales. Contratos	328
SANCIONES CIVILES	329
Inexistencia	329
– Discusión del problema	331
– Conclusión	335
La nulidad	335
Generalidades	335
Nulidad absoluta	338
Nulidad relativa	341
Efectos de la nulidad	344
– Efectos de la nulidad entre las partes	345
– Excepciones	346
– Efectos de la nulidad respecto a terceros	347
– Acciones derivadas de la nulidad	348

Conversión de los actos nulos	349
Nulidad	350
La inoponibilidad	352
Limitación de los medios de prueba	356
La simulación	357
– Prueba de la simulación	362
MODALIDADES DE LOS ACTOS JURÍDICOS	363
– Concepto	363
– Origen de las modalidades	363
– Actos que no admiten modalidades	364
– Clases de modalidades	365
– Carácter excepcional de las modalidades	365
La condición	366
– Definición	366
– Elementos de la condición	366
– Futuridad	366
– Incertidumbre	366
– Clasificación de las condiciones	367
– Estado en que pueden encontrarse las condiciones	369
– Efectos de la condición suspensiva	370
– Efectos de la condición resolutoria	371
– Pacto comisorio	374
– Acción resolutoria	375
El plazo	375
– Concepto	375
– Clasificación de los plazos	376
– Expresos y tácitos	376
– Plazos suspensivos y extintivos	377
– Efectos del plazo suspensivo	377
– Efectos del plazo extintivo	378
– Las asignaciones a día	379
– Cómputo del plazo	379
El modo	380
– Concepto	380
– Reglas generales	380
– Efectos del modo	380
LA REPRESENTACIÓN EN LOS ACTOS JURÍDICOS	381
– Concepto	381
– Naturaleza jurídica de la representación	381
– Actos no susceptibles de representación	383
– Clases de representación	383
– Requisitos de la representación	385
– Efectos de la representación	386
– Representación sin mandato	387

Capítulo VII

TEORIA DE LA PRUEBA

CONCEPTOS GENERALES	389
Nociones y reglamentación	389
– Ubicación	389
– Definición	390
– Importancia y nociones generales	390
– Normas que regulan la prueba	391
Objeto de la prueba	391
– Hechos y derecho	391
– Hechos y actos jurídicos	393
– Clasificación de los hechos	393
Peso de la prueba	396
– Norma general	396
– La responsabilidad por los actos propios	397
– Modificaciones al onus probandi	400
LOS MEDIOS DE LA PRUEBA	402
Nociones generales, enumeración y clasificación	402
– Definición	402
– Sistemas probatorios	402
– Enumeración	403
– Adminisibilidad y valor probatorio	403
– Apreciación de la prueba	404
– Clasificación	406
Los instrumentos en general	406
– Definición	406
– Instrumentos por vía de solemnidad y de prueba	407
– Clasificación	407
EL INSTRUMENTO PÚBLICO	408
– Definición	408
– Requisitos	408
– Instrumentos públicos nulos	409
Valor probatorio del instrumento público	410
– Declaraciones dispositivas y enunciativas	413
– Originales y copias	414
– Instrumentos públicos otorgados en el extranjero	414
Impugnación del instrumento público	415
– Impugnación por nulidad	415
– Impugnación por falta de autenticidad	415
– Impugnación por falsedad de las declaraciones	416
La escritura pública	418
– Definición	418
– Requisitos	419

– <i>Copias</i>	420
Documentos protocolizados	421
EL INSTRUMENTO PRIVADO	422
– <i>El instrumento privado es reconocido</i>	422
– <i>El instrumento se manda tener por reconocido</i>	423
Valor probatorio del instrumento privado	423
– <i>Los asientos, registros y papeles domésticos</i>	424
– <i>La nota escrita o firmada por el acreedor</i>	424
LA PRUEBA DE TESTIGOS	424
Admisibilidad de la prueba de testigos	424
– <i>Alcance de la inadmisibilidad</i>	425
– <i>Valor probatorio de la prueba testimonial</i>	427
LA CONFESIÓN	427
– <i>Clasificación de la confesión</i>	428
– <i>Casos en que no se admite la confesión</i>	429
Valor probatorio de la confesión	429
LAS PRESUNCIONES	430
Presunciones legales	430
Presunciones judiciales	430
– <i>Condiciones y valor probatorio de la presunción judicial</i>	431
INSPECCIÓN PERSONAL DEL TRIBUNAL	431
– <i>Valor probatorio</i>	432
INFORME DE PERITOS	432
– <i>Valor probatorio</i>	432
OTROS ELEMENTOS DE PRUEBA	433