ARTURO ALESSANDRI R.
MANUEL SOMARRIVA U.
ANTONIO VODANOVIC H.

TRATADO DE DERECHO CIVIL

PARTES PRELIMINAR Y GENERAL

EXPLICACIONES BASADAS EN LAS VERSIONES DE CLASES DE LOS PROFESORES DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE ARTURO ALESSANDRI R. Y MANUEL SOMARRIVA U., REDACTADAS, AMPLIADAS Y ACTUALIZADAS POR ANTONIO VODANOVIC H.

TOMO PRIMERO

Dislexia Virtual

ABREVIATURAS

C.	Código
C. Ap.	Corte de Apelaciones
C. SUP.	Corte Suprema
F. del M.	Fallo del Mes
G.	Gaceta de los Tribunales
G. J.	Gaceta Jurídica
R.	Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales
Sec.	Sección

PREFACIO

Durante más de medio siglo, a través de sucesivas ediciones, he ampliado y renovado constantemente este libro. Su edición actual, comparada con la primera, es sin duda obra nueva. Multitud de páginas han sido agregadas, otras reemplazadas y no pocas modificadas, atendiendo en cada caso a la entidad y naturaleza de las periódicas innovaciones doctrinarias, legislativas, jurisprudenciales y hasta terminológicas. Sólo algunas explicaciones, por haber conservado su lozanía, han permanecido inalterables. Corresponden a ciertas lecciones de los sabios e inolvidables maestros Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga. Y aunque no son muchas, bastan, a mi juicio, para mantener preeminentemente los nombres de esos ilustres civilistas en el frontis de esta singular construcción de ideas, juicios y palabras.

A. V. H.

PARTE PRELIMINAR

SECCION PRIMERA

EL DERECHO Y SUS NORMAS

CAPITULO I:

NOCIONES GENERALES

1. Etimología de la palabra norma

En la lengua latina, *norma* es voz de origen obscuro. Propiamente significa escuadra, instrumento que da el ángulo recto, y, en sentido figurado, regla. Con las dos acepciones pasó a nuestro idioma, en el cual, tal como hoy se escribe, empezó a usarse en el siglo XVI.

2. Concepto de norma

Se entiende por *norma* "una línea o criterio, sea de pensamiento o de acción, que uno adopta por sí mismo o recibe de otro, especialmente superior, y en ambos casos en razón del valor implicado en la línea o criterio, aunque no siempre conocido por el que sigue la norma".[1]

Las normas enuncian lo que *debe ser*, y singularmente, el comportamiento de un individuo de determinada manera. Gobiernan toda la actividad humana. Hay normas morales, estéticas, del trato social, jurídicas. Nosotros, en su oportunidad, analizaremos los caracteres peculiares y distintivos de estas últimas.

La validez de la norma –como subrayan los tratadistas de filosofía– no resulta del hecho de ser o no ser seguida o aplicada, sino solamente del deber ser que expresa. Y así, por ejemplo, la norma jurídica que prohíbe el homicidio queda incólume a pesar de todos los asesinatos que se producen.

3. Sociedad y Derecho

Un griego ilustre, que todos conocemos, y cuyo pensamiento, en muchos aspectos, hasta hoy no se marchita, Aristóteles, repetía que "el hombre es un ser naturalmente sociable y que el que vive fuera de la sociedad por organización y no por efecto del azar, es, con certeza, o un ser degradado, o un ser superior a la especie humana".[1]

La naturaleza, pues, que impone la aproximación de dos seres de sexo diferente para conservar la especie, señala desde el principio que el destino de los hombres es vivir en comunidad. Sin la mutua cooperación no pueden desarrollar sus aspiraciones ni alcanzar el bien personal y colectivo. Dicha colaboración implica –claro está– relaciones pacíficas y libremente entabladas entre los miembros de la sociedad, y la única manera de que logren tener esos caracteres es que sean regidas por normas generales y obligatorias para todos. Tales normas las establece la misma sociedad a través de sus órganos y se llaman jurídicas.

Fácil es imaginar el estado de una agrupación humana sometida al puro arbitrio de los individuos

[1] JUAN ZARAGÜETA, *Vocabulario Filosófico*, Madrid, 1995 p 364.

[1] ARISTÓTELES, *La Política.* Nos hemos servido de la versión publicada por la editorial España, Calpe, S.A., Colección Austral, undécima edición, Madrid, 1969, pagina 23, al final.

detentores de la fuerza. "Nada más espantoso que la injusticia armada".[2] Así se afirma desde viejos tiempos. Felizmente, en las sociedades civilizadas imperan las normas jurídicas; su conjunto forma el *derecho objetivo*.

En resumen, no se concibe una sociedad sin derecho y el derecho sin sociedad. Un adagio secular dice más o menos lo mismo: *Ubi societas ibi ius*. "Donde hay sociedad, hay derecho".

4. Etimología de la palabra derecho

El latín, derecho se dice *ius*. La voz castellana trae su origen de otra palabra de aquella lengua: *directum*, participio de dirijo (dirigir), en cuanto significa "lo enderezado, lo recto, lo que va hacia el fin, lo justo". De aquí, sostienen los etimologistas, derivaron todos los términos con que en las lenguas romances (llamadas también románicas o neolatinas) se expresa la idea de derecho: droit, en francés; diritto, en italiano; direito, en portugués; drept o derept, en rumano; y no seguimos con las otras lenguas romances (dalmático, sardo, provenzal, catalán, gallego y retorrománico o ladino) porque con los citados ejemplos basta.

El vocablo castellano *derecho*, en su acepción jurídica, hállase en escritos de comienzos del siglo XI.[1]

El sustantivo latino *ius*, y que algunos escriben *jus*, ha dado origen a justo, juzgar, jurídico y sus derivados. Nótese que el plural de *ius* o *jus* es, respectivamente, *iura* o *jura*, y así, por ejemplo, derechos en cosa ajena se dice: *iura* o *jura in res aliena*.

5. Derecho objetivo y derecho subjetivo

La voz *derecho* es polisémica, o sea, tiene varios significados, y no sólo dentro del idioma en general, sino también en el campo jurídico. Por ahora sólo nos detendremos en los sentidos objetivo y subjetivo.

Precisar el concepto de derecho objetivo ha sido tormento de juristas. Un conocido autor francés de las primeras décadas de este siglo, Levy-Ullmann, expone, en su libro *La définition du droit* (París, 1917), numerosas fórmulas clásicas y las discusiones en torno a ellas. Más tarde, otros maestros de diversas nacionalidades han escrito volúmenes al respecto y todos, salvo algún vanidoso, acaban por confesar que sólo pueden señalarse definiciones aproximadas.

De acuerdo con esta premisa, podríamos decir que derecho objetivo es el conjunto de normas que, en una sociedad organizada y autónoma, disciplinan, generalmente bajo amenaza de sanción, el comportamiento de los miembros de ella en las relaciones que entablan entre sí para satisfacer sus necesidades materiales y espirituales y lograr el bien común.

Según otra fórmula, "derecho objetivo es el conjunto de mandatos dirigidos a los componentes de una sociedad para dar orden a su convivencia y para regular y organizar sus actividades".

También se ha expresado que "derecho objetivo es el conjunto de mandatos jurídicos (preceptos sancionados) que se establecen para garantizar dentro de un grupo social (Estado) la paz amenazada por los conflictos de intereses de los ciudadanos (miembros del Estado)". Ahora bien –agrega el padre de esta definición–, "el Derecho se *forma* mediante el establecimiento de preceptos y la imposición de sanciones; *se observa* a través de una conducta de los interesados ceñida a los preceptos; *se actúa* por una fuerza que somete a las sanciones a los interesados rebeldes a su observancia".[1] Se habla de interesados con referencia a las personas que, en cada caso, tienen comprometido un interés suyo en la hipótesis que regula el precepto aplicable.

Por último, muchos se limitan a decir que el derecho objetivo es el conjunto de normas jurídicas.

---

[2] Cita de PAUL JANET, *Historia de la Ciencia Política,* traducción castellana del francés, t. I, México, 1948, p. 229

[1] CAROMINAS afirma que *derecho* "como sustantivo en el sentido de "justicia", "facultad de hacer algo legalmente", aparece en 1010" (*Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana*, 3ª edición, 1ª reimpresión, Madrid 1976, p. 205, 2ª columna). Véase también GARCIA DE DIEGO, *Diccionario Etimológico Español e Hispánico, Madrid, 1954, N° 2276, p. 725, 2ª columna, al final; CORRIPIO, Diccionario Etimológico General de la Lengua Castellana,* edición especial, Barcelona, 1979, p. 139, 1ª columna; MARTIN ALONZO, *Enciclopedia del Idioma,* tomo II, Madrid, 1958, p. 1429, 2ª columna.

[1] FRANCISCO CARNELUTTI, *Nuevo proceso civil italiano,* traducción española, Barcelona, 1942, número 1, p 29.

Tan breve fórmula se llena de contenido si se tienen presente el concepto y los caracteres de las normas jurídicas, que luego analizaremos.

Nosotros, en una fórmula más explícita, definimos el derecho (en sentido objetivo) como el conjunto de normas imperativas que, para mantener la convivencia pacífica y ordenada de los hombres que viven en sociedad, regulan las relaciones de ellos determinadas por esas mismas normas.

Vayamos al *derecho subjetivo*. Es un interés jurídicamente protegido. La doctrina más seguida por los civilistas comprende en la noción de derecho subjetivo dos elementos, el del interés y el de la voluntad o el querer del individuo, y lo define como un poder de obrar (actuar) concedido a la voluntad del sujeto para la satisfacción de sus propios intereses, poder reconocido y garantizado por el derecho objetivo. También se dice, en el mismo sentido, que derecho subjetivo es un poder de querer atribuido al individuo para tutela de un interés reconocido por el derecho objetivo.

Ejemplos de derechos subjetivos: el de propiedad; los del vendedor y el comprador para exigir, respectivamente, el pago del precio y la entrega de la cosa vendida; los del arrendador y el arrendatario para exigir el primero el pago de la renta y el segundo que se le entregue la tenencia de la casa y se le mantenga en ella mientras dure el contrato; el del acreedor de un préstamo de dinero para que se le pague la cantidad debida, etc.

Al derecho subjetivo corresponde siempre un *deber*, una *obligación* de otra persona. Tal deber u obligación puede tener por objeto una acción o una abstención. Ejemplos en que el obligado o sujeto pasivo del derecho debe realizar una acción en favor del titular o sujeto activo de ese derecho: pagar la cosa comprada; transportar a una persona o cosa; construir una casa; defender el abogado ante los tribunales a la persona que contrató sus servicios, etc. Ejemplos de abstención: no instalar, dentro de cierto radio de la ciudad, un negocio similar al que se vendió; no hacer obra alguna que estorbe el descenso natural de las aguas del predio superior hacia el inferior (C. Civil, art. 833); no construir un edificio a mayor altura que la fijada por las ordenanzas de construcción y urbanización; no divulgar un secreto de fabricación, etc.

El derecho objetivo, según el decir de los antiguos, representa la norma de obrar (*norma agendi*), y el derecho subjetivo, la facultad de obrar (*facultas agendi*).

6. Derecho y ortografía

En relación con la palabra derecho hagamos algunas consideraciones de ortografía, llamada por algunos el arte de usar bien las letras del alfabeto y los signos auxiliares de la escritura.

La voz *derecho*, sea en su sentido objetivo, sea en el subjetivo o en cualquier otro, de acuerdo con las reglas ortográficas oficiales, se escribe con "d" minúscula, salvo que, como nombre de ciencia, técnica o disciplina de estudios, entre a formar parte de la denominación de una cátedra, de un cuerpo, de un establecimiento, de una Facultad, de un instituto, del título de una obra, etc., pues entonces se escribe con mayúscula.[1] Ejemplos: profesor de Derecho civil, Círculo de estudios de Derecho comparado, Facultad de Derecho.

Sin embargo, convencionalmente, los autores de libros jurídicos, en su gran mayoría, usan la "D" mayúscula cuando hablan del derecho objetivo y reservan la letra minúscula sólo para los derechos subjetivos. Y así dicen que el Derecho regula las relaciones externas de los hombres y que el derecho de propiedad es el derecho subjetivo real que otorga las máximas facultades al titular.

Por lo general, la palabra derecho, en sentido objetivo, va acompañada de un complemento determinativo: derecho nacional (chileno, francés, italiano, alemán, japonés), derecho internacional, derecho público, derecho privado, derecho civil, derecho comercial, derecho penal, derecho procesal, etc. Pues bien, en estos casos, todos, claro está, de derecho objetivo, una minoría de autores escribe las dos palabras con minúscula, conforme a las reglas de la Real Academia; otros usan sólo la mayúscula para Derecho y minúscula para el complemento y escriben, por ejemplo, Derecho civil; finalmente, quizá los más, emplean la mayúscula para las dos palabras: Derecho Civil. Preferimos seguir esta última costumbre, aunque gramaticalmente no sea la más ortodoxa, porque a primera vista y gráficamente delata que se está en presencia del derecho objetivo.

[1] Véase *Gramática* (de la real academia Española de la Lengua), capítulo XXXI, reglas de los números 6 y 7; JOSÉ MARTINEZ DE SOUSA, *Errores de Lenguaje,* Barcelona, 1974, p. 243, al final N.° 7 y p. 245, N.° 10.

El doble sentido de la palabra *derecho* en latín (*ius*), castellano y otras lenguas romances, o sea, derivadas del latín, no lo encontramos en el idioma inglés, en que el derecho objetivo se designa con el término *law* y el derecho subjetivo con el de *right*.

7. Explicación de los nombres derecho subjetivo y derecho objetivo

Háblase de derecho subjetivo porque se relaciona con el titular del mismo, la persona que tiene el poder de obrar, llamada sujeto del derecho. En cambio, el derecho objetivo es exterior a todo sujeto, no se refiere a ninguno determinado ni a sus relaciones, sino que al concepto del derecho desde el punto de vista del observador externo, vale decir, objetivo.

8. Derecho objetivo y derecho subjetivo son aspectos de una misma esencia

La distinción entre derecho objetivo y subjetivo no se opone a que ambos sean aspectos diversos de una misma esencia. Para convencerse basta pensar, por ejemplo, que el poder y las facultades que implica el derecho subjetivo de propiedad (uso, goce y disposición de una cosa) se los reconoce y garantiza el derecho objetivo que, por otra parte, impone a todos el deber de respetar el poder y las facultades del propietario. En general se dice que los derechos subjetivos se fundan en el derecho objetivo.

9. Normas de comportamiento y normas auxiliares o complementarias

Las normas jurídicas admiten numerosas clasificaciones. Por ahora sólo interesa la distinción entre normas de *comportamiento* y normas auxiliares o complementarias.

Las de comportamiento son, como su nombre lo indica, las que señalan la conducta que deben observar los hombres en sus relaciones sociales.

Las normas *auxiliares* o *complementarias* son las dirigidas a ayudar a las de comportamiento a desplegar su eficacia y servirles de medio y cauce para sustanciarse en la vida social.[1] Tienen este carácter, por ejemplo, las definiciones legales, las normas de interpretación y de derogación de las leyes.

10. Concepto de ordenamiento jurídico[1]

La multitud de normas jurídicas de una sociedad, como el Estado, no se encuentran anárquicamente yuxtapuestas, sino que, coordinadas y jerarquizadas, forman un todo unitario, ordenado. Por eso se *habla de ordenamiento jurídico*, nombre que también se justifica porque tal conjunto de normas pone orden dentro de la sociedad en que tiene vigor.

Las normas hállanse coordinadas, porque están metódicamente dispuestas, con orden y concierto. Si, por alguna causa, se generan normas contradictorias, el mismo ordenamiento jurídico prescribe la manera de hacer desaparecer las antinomias.

La unidad del ordenamiento jurídico supone una estructura jerárquica de las diversas normas, de manera que, para ser válidas, las normas de rango inferior deben conformarse a las de rango superior. Una norma tiene *validez formal* si se gesta como lo dispone la norma de grado superior, y *validez material* si no invade la órbita propia de ésta ni contradice su sentido. Y, así la ley ordinaria debe ajustarse en los puntos enunciados a las normas constitucionales, pues de lo contrario será tachada de inconstitucional; y un reglamento de ejecución ha de ceñirse en todos los aspectos a la ley cuya aplicación está llamado a facilitar, ya que de otro modo estará viciado de ilegalidad.

En síntesis, el *ordenamiento jurídico* no es sino el conjunto de normas jurídicas (derecho objetivo) que, formando un sistema, tiene vigencia en cierta época en un determinado grupo social, homogéneo y

[1] RAMÓN SORIANO, *Compendio de Teoría General del Derecho,* Barcelona, 1986, p. 35, al principio.

[1] SANTI ROMANO, *El ordenamiento jurídico,* traducción del italiano, Madrid, 1963.

autónomo.

11. Pluralidad de ordenamientos jurídicos

El ordenamiento jurídico más importante es el del Estado, pero hay otros, como el de la comunidad de los Estados o internacional, el de las diversas Iglesias, el de la Comunidad Europea.

12. Ordenamiento jurídico estatal

El Estado es una sociedad políticamente organizada en un territorio propio, dotada de un poder soberano y que persigue el bien común. También se define como una persona jurídica soberana, constituida por un pueblo organizado sobre un territorio propio bajo la autoridad de un poder supremo, para fines de defensa, de orden, de bienestar y de progreso social.

El Estado "como sociedad ordenada y organizada en el Derecho, representa la más compleja y perfecta expresión del universal principio de la solidaridad y de la tendencia asociativa entre los hombres".[1] Su ordenamiento jurídico es el principal de todos. Nuestras explicaciones girarán en torno suyo, a menos que haya expresa indicación en otro sentido.

13. Ordenamiento jurídico internacional

El ordenamiento jurídico internacional lo forman básicamente los tratados (en su acepción más amplia) que celebran los Estados y la costumbre que siguen o acatan en sus relaciones mutuas. A estas dos fuentes de sus normas, se agregan otras de menor relieve, como ciertos principios doctrinarios, a los cuales, bajo determinadas condiciones, se les reconoce valor normativo.

El ordenamiento jurídico internacional no ha podido aún perfeccionarse sólidamente por la falta de un poder soberano y de efectivos instrumentos que impongan la observancia de sus reglas. Países hay que, sintiéndose más fuertes que otros y seguros de escapar a toda sanción, violan tratados y sentencias arbitrales después de haber comprometido su "honor nacional" en respetarlos. Burlas semejantes hacen dudar a muchos que el internacional sea un verdadero ordenamiento jurídico. Sin embargo, no puede negársele este carácter porque la mayoría de los pactos se cumple aunque ellos estén libres de coerción. Ojalá el progreso del Derecho de gentes continúe, por el bien de la paz y la justicia mundial.

14. Ordenamiento jurídico de la iglesia católica

El ordenamiento jurídico de la Iglesia Católica, que se llama Derecho canónico, es "el conjunto de normas emanadas de los órganos competentes de la Iglesia para proveer a la organización constitucional, administrativa y judicial de ella a fin de guiar a todos los bautizados a los fines señalados por la Iglesia y para dirimir con medios propios ciertos eventuales conflictos de intereses" (Magni).

La gran masa de estas normas se encuentra en el Código de *Derecho Canónico*; el vigente fue promulgado en 25 de enero de 1983 por el Papa Juan Pablo II, y sus cánones (reglas o preceptos) sólo rigen para la Iglesia latina, que así se llama a la Iglesia católica (romana) en contraposición a las Iglesias grecocatólica y grecoortodoxa.

Algunas legislaciones estatales reconocen eficacia al Derecho Canónico en cuanto al acto matrimonial. Este, por ejemplo, en Italia, puede celebrarse según las normas estatales o las del Derecho Canónico, y aun las de otras Iglesias, siempre que se respeten la edad de los contrayentes exigida por la ley civil y los impedimentos considerados inderogables por ésta, debiendo transcribirse el matrimonio en los registros del estado civil.

En Chile, antes de la promulgación de la Ley de Matrimonio Civil (año 1884), el primitivo texto

[1] GIDO ZANOBINI, *Curso de Derecho Administrativo,* traducción de la 5ª edición italiana, volumen 1, Parte General, Buenos Aires, 1954, N.° 1, p. 7.

del artículo 103 del Código Civil entregaba a la autoridad eclesiástica el poder de decidir sobre la validez del matrimonio que se trataba de contraer o se había contraído, y la ley civil reconocía como impedimentos para el matrimonio los que habían sido declarados tales por la Iglesia Católica, tocando a la autoridad eclesiástica decidir sobre su existencia y conceder dispensa de ellos. Hoy el acto matrimonial celebrado conforme a los preceptos de cualquier religión queda circunscrito al campo de ella; a los ojos del Estado sólo produce efectos el matrimonio celebrado de acuerdo con la ley civil.

15. Ordenamiento jurídico de la comunidad europea

La Comunidad Europea abraza la Comunidad económica, la Comunidad del acero y el carbón, y la Comunidad de energía atómica. Actualmente comprende estos países: Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Holanda, Luxemburgo, Reino Unido, Irlanda, Dinamarca, España, Portugal, Grecia, Austria, Finlandia, Suecia. Su importancia económica es inmensa, pues en su territorio circulan libremente mercaderías, afluyen grandes capitales y mano de obra, estableciéndose una política económica común hacia el interior y hacia el exterior. Para el logro de sus fines ha instituido diversos organismos adecuados.

El ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea es distinto y autónomo del nacional de los países que la integran, si bien está coordinado con él. Las normas dictadas por la Comunidad son *fuente inmediata* de derechos y obligaciones, tanto para los Estados miembros como para los ciudadanos de los mismos, en cuanto sujetos de la comunidad, sin que sean necesarias resoluciones estatales aprobatorias, integrativas o ejecutivas. De esta manera, por ejemplo, las empresas del ramo (acero, carbón, etc.), situadas en los diversos países del ente, ven reguladas sus actividades directamente por los organismos de dicha Comunidad.

16. Consideraciones parciales del ordenamiento jurídico

El gran todo unitario de un ordenamiento jurídico estatal agrupa diversos cúmulos de normas que se refieren a ciertos grandes y determinados géneros de materias: civil, comercial, minero, agrario, laboral, penal, administrativo, procesal, etc. Cada una de estas masas de normas puede considerarse singularmente, y cabe hablar entonces del ordenamiento civil, el ordenamiento penal, etc.

17. Las instituciones jurídicas

Hay relaciones o comportamientos humanos que son básicos, típicos y reiterados (matrimonio, contrato, propiedad, deber legal alimenticio, etc.). De ahí la conveniencia de que se ajusten a determinados modelos o esquemas delineados por un conjunto de normas. Los comportamientos o relaciones con las características enunciadas llámanse *institucione*s o *institutos jurídicos*, y este mismo nombre recibe el conjunto de normas que regula dichos comportamientos o relaciones en sus diversos elementos o fases. Resulta, pues, que tienen una denominación común la materia y el sistema de normas que la disciplina.

Cada norma del sistema se establece mirando a la naturaleza y el fin del comportamiento o relación disciplinados, y cada instituto se caracteriza por su estructura y su función.

La función clarifica el entendimiento de la institución. Por ejemplo, la función de la institución del deber legal alimenticio es proporcionar auxilios, en cierta medida, al hombre o la mujer que, por cualquier causa (incapacidad física o mental, enfermedad, cesantía), no puede obtener por sí solo lo necesario para sustentar la vida, en algunos casos, o para subsistir modestamente de acuerdo con su posición social, en otros, estando obligadas a proporcionar auxilios (pensión alimenticia) las personas señaladas por la ley, vinculadas generalmente al necesitado por el lazo conyugal o de parentesco. Precisada la función de la institución alimenticia se facilitará la inteligencia de las normas que la estructuran.

Hay autores, los menos, que no aceptan la sinonimia entre *instituto* e *institución jurídica*, y reservan este último nombre sólo para una determinada forma de asociación que, en su oportunidad, también se estudiará.

Con el objeto de no confundir ideas, bueno es recordar, por último, que la palabra institución, además de sus acepciones jurídicas, tiene otras y distintas en la sociología y la antropología.

CAPITULO II:

NATURALEZA, CARACTERES Y SANCIONES DE LAS NORMAS JURIDICAS

18. Naturaleza; teorías

Hay varias teorías sobre la naturaleza de la norma jurídica. Nosotros sólo trataremos brevemente dos: a) la de la imperatividad, que es la prevaleciente desde la antigüedad hasta hoy, y b) la del juicio hipotético.

19. A) Teoría Imperativista

Si todas las normas jurídicas concurren de una manera u otra a organizar la sociedad o disciplinar la conducta de sus miembros en las mutuas relaciones que deben mantener en razón de la convivencia y la necesidad de la colaboración para subsistir y progresar, no se concibe la norma sino como un imperativo, una orden, un mandato, directo o indirecto, explícito o implícito, pero claro, formulado en una proposición y dirigido por la sociedad a sus componentes para que hagan algo o no lo hagan. Impone, pues, una acción o una abstención, un proceder concreto o la prohibición de una determinada conducta.

Ejemplo de una norma que contiene un mandato de hacer es la que dice que "el vendedor es obligado a entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato o a la época prefijada en él" (Código Civil, artículo 1826, inciso 1º). Y una muestra de mandato de no hacer es la norma que prohíbe a los tutores y curadores donar bienes raíces del pupilo, aun con previo decreto de juez (C. Civil, art. 402, inc. 1º).

Más adelante señalaremos normas a las cuales se discute su carácter imperativo.

20. Impugnación de la teoría imperativista; refutación

Hay quienes niegan en general el carácter imperativo de cualquier norma jurídica. Se afirma que si la norma fuera un mandato la persona se convertiría en objeto de la voluntad ajena, la del Estado o el legislador, conclusión inaceptable porque la voluntad sólo puede actuar sobre la propia persona y no sobre otra. Replican los sostenedores de la teoría imperativista que el mandato no destruye el libre albedrío, la libertad de decisión, como quiera que el destinatario del mandato tiene independencia para elegir entre acatarlo o no acatarlo, asumiendo en este último caso la responsabilidad, las consecuencias de su voluntaria insubordinación. El mandato, que no suprime el libre albedrío, sino que, por el contrario, cuenta con él, es motivo de la conducta del sujeto, pero no causa de su voluntad.

21. B) teoría del juicio hipotético

Una de las tendencias antiimperativistas sostiene que la norma es sólo un juicio hipotético, es decir, que afirma o niega algo, pero lo hace bajo condición.

La norma jurídica, según esta teoría, contiene dos elementos: una hipótesis o condición y una

consecuencia jurídica. Sirva de ejemplo el artículo 7º del Código Civil, que dice: "Si por haber perecido dos o más personas en un mismo acontecimiento, como en un naufragio, incendio, ruina o batalla, o por otra causa cualquiera no pudiere saberse el orden en que han ocurrido sus fallecimientos (*hipótesis*), se procederá en todos casos como si dichas personas hubiesen perecido en un mismo momento y ninguna de ellas hubiese sobrevivido a la otra" (*consecuencia jurídica*).

La norma no contendría, pues, una orden, un mandato, sino un juicio hipotético, porque una condición, hipótesis o supuesto jurídico atribuye una o más consecuencias jurídicas. El juicio lógico se limitaría a expresar la relación causal entre un hecho o una acción humana y las consecuencias que el Derecho le atribuye.

22. Refutación a la teoría anterior

Aun dando por sentado que la norma explícita o implícitamente contiene un juicio o una proposición lógica, el contenido de la norma siempre es un acto de voluntad que motiva a los sujetos a comportarse de una manera determinada. Nadie puede dudar que la declaración de voluntad que hace el legislador en el artículo de una ley, aunque aparezca como un mero juicio lógico o a él pueda reducirse, siempre constituye una orden, porque verificada la hipótesis se manda que la consecuencia debe llevarse a cabo.

Quizá la objeción más grave que se hace a la teoría imperativista derive del principio de que la ley obliga a los sujetos a que se refiere aun cuando realmente ellos no conozcan su tenor. Tal principio se opone al concepto del imperativo y la obediencia. Sin embargo, se ha contestado que la objeción "sólo vale para excluir la imperatividad como aspecto formal y gramatical de la norma jurídica, no como su contenido substancial, es decir, como acto de voluntad del Estado que determina para los sujetos una necesidad absoluta, una limitación en la esfera de actividad correspondiente. En cuanto a otras objeciones que podrían resultar de la existencia, junto a las leyes obligatorias, de otras que por su contenido diferente son llamadas permisivas, veremos que su fundamentación es sólo aparente, porque también las leyes *permisivas* envuelven indirectamente deberes y limitaciones".[1]

Hay autores que rotundamente no encuentran razón alguna para que se discuta la naturaleza imperativa de la norma y se la reduzca a una valuación meramente especulativa de una regla de conducta, acto del solo intelecto y no al mismo tiempo mandato de la facultad volitiva. Cuando la autoridad expide una ley y la manda observar y hacerla observar o dice que se lleve a efecto como ley de la República, "expresa inmediatamente un mandato y cuestionarlo es colocarse fuera de la realidad".[2]

En resumen, la norma es un imperativo, una orden, un mandato, sin perjuicio de que se formule en un juicio lógico.

23. Dilucidación de la naturaleza imperativa de algunas normas

Claro que la naturaleza imperativa no aparece literal o claramente a primera vista en todas las normas, como en aquella que ordena indemnizar los perjuicios causados por un delito o cuasidelito, o como en la que dice que el vendedor es obligado a entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato o a la época prefijada en él (C. Civil, art. 1286, inc. 1º). En algunas normas la imperatividad se descubre mirando más a fondo, como en las indicadas en los números siguientes.

24. A)imperatividad de las normas que establecen requisitos de los actos jurídicos

Cuando, por ejemplo, las normas establecen los requisitos del contrato, la imperatividad se revela en que la ley no consiente que se hagan valer los derechos emanados de un contrato que no reúne los

[1] ZANOBINI, obra citada, t. I, p. 120, N.° 1
[2] DOMÉNICO BARBERO, *Sistema del Diritto Privato Italiano,* t. I, Torino, 1962, número 4, p. 56.

requisitos exigidos.

25. c) La imperatividad en las leyes penales

En estas leyes podemos reconocer un doble mandato en todos aquellos casos en que directamente expresan que los delitos que mencionan (homicidio, violación, robo, etc.), serán castigados con determinada pena. En primer lugar, hay un imperativo prohibitivo, porque si se sancionan esos hechos ilícitos es porque está vedado cometerlos; en seguida, se ordena aplicar la pena que corresponda. Así, por ejemplo, el Código Penal declara: "El que mate a otro y no esté comprendido en el artículo anterior (que se refiere al parricidio), será castigado…" (art. 391). También dice: "La violación de una mujer es castigada con la pena de…" (art. 361). Por último, señala: "El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas… será castigado con…" (art. 433).

26. c) imperatividad de las normas permisivas

Un jurista clásico de Roma, Herenio Modestino, y que en el año 244 de nuestra era fue jefe de policía (praefectus vigilam), afirmaba que "el fin de la ley es mandar, prohibir, permitir, castigar" (Digesto, libro 1, título 3, ley 7). De estas cuatro especies de normas hoy se admiten sólo tres, porque las punitivas, están incluidas en las que mandan hacer algo, como quiera que ordenan precisamente castigar. Las normas que mandan hacer algo, que imponen una acción, se llaman preceptivas o imperativas en sentido estricto; las que mandan no hacer algo, o sea, las que imponen una abstención u omisión reciben el nombre de prohibitivas, y las que permiten hacer algo se denominan permisivas. Sobre la imperatividad de las dos primeras no hay discusiones; pero sobre las últimas se presentan dificultades. ¿Cuál es su verdadero concepto? ¿Y dónde radica su imperatividad, la orden de hacer o no hacer? Veamos.

La norma permisiva, como su nombre lo indica, es la que permite, concede o autoriza hacer o no hacer algo, realiza una acción o una abstención, debiendo el otro sujeto o los otros sujetos tolerar que la persona beneficiada con el permiso haga o no haga lo que expresamente se le ha permitido. La imperatividad de la norma permisiva estaría, pues, en la imposición a los sujetos pasivos de tolerar una acción u omisión de otra persona.

Ejemplos de un permiso de acción sería el dar expresamente al legatario la elección a su arbitrio, entre muchas, de la cosa legada (C. Civil, art. 1117). En este caso el deudor del legado está sometido al imperativo de dejar elegir la cosa al legatario. Ejemplos de permisos de omisión son los de la Ley de Tránsito que autorizan a los vehículos de emergencia (ambulancias, carros bombas contra incendios, etc.), para omitir ciertas normas del tránsito; así, el conductor de uno de esos vehículos, cuando concurra a un llamado de urgencia haciendo uso de sus señales audibles y visibles reglamentarias, podrá estacionarse o detenerse en sitios prohibidos (ley citada, artículos 101 y 146 inciso final); está facultado, pues, para omitir la prohibición y, por excepción, realizar actos que por regla general están expresamente vedados.

De acuerdo con la doctrina prevaleciente, las normas permisivas sólo se conciben relacionadas con una norma imperativa, sea preceptiva o prohibitiva, a la cual vienen a limitar o excepcionar. Desvinculadas de esa especie de norma y con existencia independiente no tendrían razón de ser, pues no harían sino repetir específicamente el gran principio general de libertad que permite hacer todo lo que no está prohibido o limitado por el ordenamiento jurídico.

Se insiste que el permiso es la limitación particular de la obligatoriedad de una norma imperativa general. "No tiene sentido –se agrega– hablar de normas permisivas por sí mismas, si no van ligadas a normas imperativas coetáneas o anteriores. Una norma permisiva independiente es superflua, porque lo que no es objeto de prescripción (es decir, de un precepto o mandato) está siempre permitido… La norma permisiva "permite" donde otra obliga. En este sentido su función es la de excepcionar en un supuesto concreto la vigencia de una norma de comportamiento. Precisamente la definición de las dos categorías de normas permisivas –positiva y negativa– se hace en función de su conexión con esta norma anterior. La norma permisiva positiva excepciona una norma prescriptiva negativa, que ordena un

comportamiento pasivo (imagínese la libre circulación de los residentes en una zona urbana cerrada al tránsito). La norma permisiva negativa, por el contrario, excepciona una norma prescriptiva positiva, que ordena un comportamiento activo (piénsese en los alumnos becarios de una Facultad de Derecho exentos del abono de la tasa de la matrícula)".[1]

En resumen, se afirma, "lo que suele yacer en el fondo de toda norma permisiva es una excepción a una norma general, es decir, se manda en ella que, para el caso que se cita, no tenga aplicación la norma general correspondiente".[2]

Por nuestra parte agregaríamos que la norma permisiva no resulta superflua cuando al mismo tiempo de consagrar el principio general señala su excepción. Ejemplo: la norma del Código Civil según la cual "pueden venderse todas las cosas corporales o incorporales, cuya enajenación no esté prohibida por ley" (artículo 1810).

Todavía podríamos afirmar nosotros que hay normas permisivas que no son excepción de alguna otra, sino que simplemente su carácter contrasta con el de otra que, tocante al mismo hecho, es preceptiva. Veamos, por ejemplo, la siguiente disposición: "Todos los chilenos varones deberán inscribirse en los Cantones de Reclutamiento en el año en que cumplan dieciocho años de edad. Respecto de las mujeres dicha inscripción será voluntaria" (decreto ley Nº 2.306, de 1978, sobre Reclutamiento y Movilización de las Fuerzas Armadas, artículo 19, nuevo texto fijado por el artículo único de la Ley Nº 18.751, de 4 de noviembre de 1988). Dada la redacción, no puede estimarse que la norma que faculta a las mujeres para inscribirse o no es una excepción de la que obliga a los varones a hacerlo. Trátase de dos normas distintas e independientes en cuanto a la inscripción de reclutas. Se habría podido hablar de excepción si el primer inciso de la disposición hubiera expresado: "Todos los chilenos deberán inscribirse…"; como la palabra chilenos sin otro calificativo comprende a hombres y mujeres, entonces sí la norma permisiva respecto a las últimas habría constituido una excepción a la norma general obligatoria.

27. d) Imperatividad de algunas normas auxiliares o complementarias

Dijimos anteriormente (supra número 9) que normas auxiliares o complementarias son las destinadas a ayudar a las de comportamiento a desplegar su eficacia y servirles de medio y cauce para sustanciarse en la vida social.

Veamos la imperatividad de algunas de ellas.

1. Las normas *derogatorias*, o sea, las que dejan sin vigor a las anteriores o parte de ellas, no cabe duda que mandan suprimir la legalidad existente sobre la materia de que se trata. Por ejemplo, el Código de Bello establecía la muerte civil, que era el término de la personalidad en lo relativo a los derechos de propiedad. Morían civilmente los que hacían profesión solemne, ejecutada conforme a las leyes, en instituto monástico, reconocido por la Iglesia Católica. Pues bien, el artículo 2º de la Ley Nº 7.612, de 21 de octubre de 1943, derogó los artículos (95, 96 y 97) que consagraban la anacrónica institución y en esta forma ordenó borrarla de nuestro sistema jurídico.

2. Las normas *declarativas* son aquellas que aclaran ciertos extremos oscuros o dudosos de otras anteriores, o bien precisan o puntualizan determinados conceptos jurídicos generales. En el primer caso se manda por la norma aclaratoria que el sentido que ella señala es el que se le debe dar a la que aparecía como dudosa u obscura. Hay aquí, sin duda, un precepto o norma imperativa en sentido estricto. Pero, a la vez, en cuanto la norma aclaratoria o interpretativa se entiende incorporada a la que se aclara, toma el carácter de ésta, y al respecto podrá ser una norma preceptiva, prohibitiva o permisiva, según los casos. Supongamos que una ley prohíbe reexportar ciertas mercaderías en forma genérica; si más tarde una ley prescribe que determinado artículo se entenderá incluido en la prohibición, dicha ley aclaratoria es preceptiva en cuanto ordena tal entendimiento y prohibitiva en cuanto se considera incorporada a la ley anterior que es prohibitiva. En el otro caso de normas declarativas, esto es, las que precisan o puntualizan determinados conceptos jurídicos generales, el imperativo o mandato estriba en que tales conceptos deben entenderse justo en los términos que indica la norma declarativa. Nuestro mismo Código Civil lo afirma, por ejemplo, al declarar que "cuando por

[1] SORIANO, obra citada, pp. 25-26 y 69.
[2] ANTONIO FERNÁNDEZ GALIANO, *Introducción de la Filosofía del Derecho,* Madrid, 1963, p. 50.

la ley o el hombre se usa de la expresión bienes muebles sin otra calificación, se comprenderá en ella todo lo que se entiende por cosas muebles según el artículo 567", que es el que las define y delimita. Esto nos hace ver también que las definiciones legales son mandatos, como quiera que estamos obligados a atenernos a ellas para la inteligencia de los conceptos por las mismas precisados. Con razón se ha dicho que todas las normas del Código tienen el carácter de obligatorias, sin que puedan reducirse fácilmente a simples declaraciones teóricas o definiciones escolásticas.[1]

A veces las definiciones legales resultan erróneas o incompletas. En tales casos los vacíos no se salvan arbitrariamente, sino que atendiendo al sentido del contexto de las normas sobre la materia cuya esencia el legislador trató de precisar, o a los antecedentes que éste consideró o, en fin, a cualquier otro elemento que señalan las reglas de interpretación de las leyes que el mismo ordenamiento jurídico da. Así, por ejemplo, se ha tachado de incompleta la definición del Código Civil sobre la transacción. De acuerdo con este Código la transacción "es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual" (art. 2446, inciso 1º). La doctrina y jurisprudencia dominantes concluyen que para que haya en realidad transacción es necesario, además de lo transcrito, que las partes se hagan mutuas concesiones, porque si para terminar el litigio pendiente o precaver uno eventual, una sola de las partes hace sacrificios o concesiones se estaría en presencia de otras figuras que importan el sacrificio unilateral de las pretensiones, como es la renuncia de un derecho, la remisión de una deuda o el desistimiento sin reservas de la demanda. Además, se agrega que el legislador chileno copió la definición del Código Civil francés (art. 2044) y éste, que tampoco habla de concesiones recíprocas, tomó muy en cuenta, sin embargo, este elemento, según se desprende de las palabras de un autor que inspiró las disposiciones sobre la transacción y de uno de los redactores de ese Código. Por todas estas consideraciones la definición genuina de la transacción diría que "es un contrato en que las partes, haciéndose recíprocas concesiones, terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual".

Por último, hagamos notar que corrientemente se afirma que el legislador no debería formular definiciones; éstas serían materia propia de la doctrina, o sea, del estudio de los autores, que se comprometen menos con sus aserciones. Ellos podrían dar definiciones teóricas en general y otras construidas sobre la base del análisis de determinada legislación positiva. Con todo, a menudo sucede que en materias sometidas a legislación nueva o complicada, los autores se quejan de que el legislador no haya dado una definición orientadora…

3. *Normas sobre interpretación de las leyes*. Nuestro Código Civil dedica un párrafo (4º del Título Preliminar, artículos 19 a 24) y algunas disposiciones de otro (artículos 3º, 4º, 11 y 13) a la interpretación de las leyes. Establece reglas o pautas para determinar el genuino sentido de las leyes cuando éste no es claro; señala el sentido en que deben entenderse las palabras usadas por la ley; valoriza el contexto de ella como medio para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, etc.

Algunos creen que estas normas carecen de naturaleza imperativa y que son simples principios teóricos dirigidos a orientar al juez en la interpretación de la ley. Nosotros negamos que sean simples principios teóricos o, como otros han llegado a decir, consejos del legislador al intérprete. Lo que ocurre, en realidad, es que ninguna de las reglas de interpretación sirve, por sí sola, para resolver pleitos, decidir la litis; pero eso no significa que puedan dejarse de lado o violarse impunemente. Si la ley conforme a la cual se decide el litigio (ley decisoria litis) ha sido mal interpretada por no haberse aplicado la norma adecuada de interpretación o haberse aplicado ésta con una inteligencia errónea, podrá acusarse la infracción de las dos normas (la decisoria litis y la de interpretación), una en relación con la otra, debiendo el que reclama de la sentencia precisar en qué consistió la infracción de la norma de interpretación y cómo influyó en la interpretación y aplicación de la ley con arreglo a la cual se pronunció el fallo que se impugna.

Las normas de interpretación son, pues, imperativas, obligatorias y no simples principios teóricos o consejos paternales –con golpecitos en la espalda– que el legislador da al intérprete de la ley y, especialmente, al juez. De palabras del propio autor de nuestro Código Civil fluye por qué, desvinculándose del modelo francés, incorporó a su obra las normas sobre interpretación de la ley, con carácter obligatorio, naturalmente. Dice don Andrés Bello: "Nos inclinamos a creer que muchas cuestiones no se suscitarían, o llegarían con más facilidad a una solución satisfactoria, *si por una y otra*

[1] BIAGIO BRUGI, *Instituciones de Derecho Civil*, traducción de la 4ª edición italiana, México, sin fecha, párrafo 3, p. 22.

parte se siguieran unas mismas reglas de interpretación legal…".[2] Si las normas en referencia no fueran obligatorias, mal podría darse que todos las siguieran.

28. Caracteres de la norma jurídica

Señálanse como caracteres de la norma jurídica: a) la imperatividad; b) la bilateralidad, alteridad o socialidad; c) la generalidad; d) la "abstracteza"; e) la coercibilidad.

29. a) Imperatividad

Para muchos la imperatividad no es un carácter de la norma jurídica, sino mucho más que eso: constituye la naturaleza misma de ella. De esto nos ocupamos ya extensamente. Ahora sólo recalcaremos algunos conceptos.

La proposición en que se formula toda norma jurídica lleva envuelta una orden; la regla jurídica no ruega, no aconseja ni sugiere; manda en forma perentoria. Y no puede ser de otra manera si se piensa que ella pretende regular la convivencia humana, realizar determinados valores propuestos como fin, particularmente el de la justicia. Si se dejara al arbitrio de los individuos la consecución de esos fines, se correría el riesgo de que quedaran frustrados y la suerte de la sociedad pasaría a depender de los particulares.

La redacción gramatical no requiere el uso de términos imperativos; basta que la orden aparezca implícita para que haya norma jurídica.

Si en un cuerpo legal figuran declaraciones que no contienen un mandato, serán una enunciación programática o una manifestación de propósitos o creencias; pero no tendrán la calidad de normas jurídicas. Ejemplo célebre en este sentido es la ley aprobada por la Asamblea revolucionaria francesa en la que se establecía que "el pueblo francés reconoce la existencia del Ser Supremo y la inmortalidad del alma". Análoga consideración merecen las declaraciones constitucionales que definen a las respectivas naciones como "una república democrática de trabajadores de toda clase".

30. b) Bilateralidad, alteridad o socialidad de la norma jurídica

La norma jurídica no es una regla de conducta para el individuo aisladamente considerado, no rige el comportamiento de la persona en sí mismo (al estilo de la moral), sino en relación con el de los otros, sus semejantes. Este carácter se conoce con el nombre de bilateralidad, intersubjetividad, socialidad o alteridad, palabra esta última derivada del latín "alter" y significa "el otro", el "no yo".

La alteridad tiene dos significados esenciales. En primer lugar expresa que la regla jurídica, producto del orden social, rige actos humanos sociales, actos que ponen en contacto a unos hombres con otros. Y en segundo lugar manifiesta que establece deberes correlativos de facultades o facultades correlativas de deberes. Deber y facultad son nociones correlativas, es decir, su relación estriba en que no puede pensarse un término sin el otro, ni el otro sin el uno, como explican los doctos de la ciencia lógica. Toda regla jurídica implica necesariamente la relación entre dos sujetos, una bipolaridad subjetiva en que frente al sujeto que tiene un deber jurídico (sujeto pasivo de la relación), está otro que tiene la facultad de pretender de aquél el cumplimiento del deber en su provecho, el del pretensor (sujeto activo de la relación).

La correlatividad permite distinguir la moral del derecho. Las normas de este último, "según la terminología sintética del jurista eslavo León Petrasizky, son imperativo-atributivas, y las de la moral puramente imperativas: aquéllas imponen deberes y, correlativamente, otorgan facultades; éstas, en cambio, sólo imponen deberes y no también facultades o derechos. Ejemplo: la moral ordena socorrer al desvalido, pero si no lo hacemos, él no tiene derecho para exigir que lo hagamos".

[2] Artículo publicado en El Araucano de 30 de septiembre de 1842, citado por Carlos Ducci Claro, Interpretación jurídica, Santiago, 1977, Nº 62, p. 91.

31. c) Generalidad

Las normas jurídicas son generales. Esto significa que se dirigen a todos los coasociados que, durante el tiempo de su vigencia, puedan subsumirse en las hipótesis por ellas previstas. En tales hipótesis pueden encontrarse todos los habitantes del territorio nacional, como cuando la Constitución Política dispone que toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma señalada por la ley (artículo 19 Nº 3); o sólo pueden encontrarse algunas personas, como las que contemplan las leyes que otorgan ayuda estatal a los habitantes de una zona afectada por un terremoto; e incluso pueden encontrarse en la hipótesis prevista una sola persona. Ejemplo típico de este último extremo son los preceptos que se refieren al Presidente de la República, los cuales se aplican a cada ciudadano que, sucesivamente, ocupe ese cargo. Basta, pues, para que el mandato tenga el carácter de general el que sea susceptible de aplicarse a cualquiera que se halle en la hipótesis señalada.

La generalidad de las normas jurídicas responde al principio de igualdad ante la ley, pues la regla es la misma para todos, sin favorecer o perjudicar determinadamente a nadie. La generalidad evita la discriminación arbitraria.

¿Cómo se explican las leyes que se refieren nominativamente a una persona, cosa o relación? Ejemplos de esas leyes son las que reconocen a cierta persona años de servicios prestados en una repartición estatal; las que otorgan o privan de la nacionalidad a un sujeto; las que, por gracia, conceden a un individuo una pensión vitalicia. La explicación que suele darse a estas leyes con nombre y apellido es que, en verdad, no constituyen normas jurídicas, sino actos administrativos emitidos por el poder legislativo que revisten forma de ley, limitándose a constatar que la persona a que aluden se encuentra en la situación prevista por determinada norma general. Por ejemplo, cuando a un extranjero se le otorga por gracia la nacionalidad chilena, no se hace sino comprobar, por un acto administrativo dictado en forma de ley, que dicho extranjero cumple con las condiciones que establece la norma general del citado beneficio honorífico.

32. d) Carácter abstracto

Lógicamente, por ser generales las normas jurídicas son abstractas, es decir, no prevén casos concretos, sino situaciones-tipo. Por ejemplo, las normas no dicen que si Pedro no paga su deuda a Juan, deberá indemnizarle los perjuicios, sino que si el deudor no cumple exactamente su obligación, deberá indemnizar el daño que de ello se siga al acreedor.

Esta situación tipo, que es la hipótesis abstracta, entra a actuar, a desplegar sus consecuencias, cuando se produce un hecho concreto que corresponde a ese modelo o esquema; entonces se desencadenan los efectos que la norma prevé; en el ejemplo, realizada la hipótesis del no pago de la deuda por una persona determinada, se aplica la tesis, o sea, la necesidad de indemnizar el daño resultante del no cumplimiento oportuno de la obligación.

33. e) Coercibilidad

Para que los fines del Derecho se alcancen es indispensable que el mandato de sus normas sea respetado a todo trance, quiéranlo o no los obligados. Si éstos no lo hacen de grado, el poder público puede imponerles dicho respeto, sea forzando al cumplimiento del deber omitido, sea –cuando ello no es posible– aplicando medidas sucedáneas. Esta posibilidad extrema de imposición se llama en general coercibilidad. La coerción de las normas jurídicas consiste en la amenaza de sanción que acompaña al mandato contenido en las mismas, para el caso de que él no sea espontáneamente observado.

Sin la coercibilidad o coactividad la inmensa mayoría de los filósofos y juristas no concibe la norma jurídica. Kant, el filósofo trascendental, pensaba que el Derecho es por esencia "coactivo". Ihering, hombre turbulento y apasionado, pero que según muchos es el más grande de los juristas alemanes, decía que una regla jurídica sin posibilidad de coacción "implica un contrasentido; es un fuego que no quema, una antorcha que no alumbra".

Hay que distinguir entre coactivo y coactividad o coercibilidad. Decir que la norma jurídica es coactiva significa que ésta en todo caso es impuesta por la fuerza; en cambio, la coercibilidad y la coactividad denotan sólo la posibilidad de recurrir a la fuerza o, mejor, como se entiende hoy, a la sanción, que puede implicar el cumplimiento forzado del deber no observado u otras medidas que reemplacen dicho cumplimiento.

La imposición externa que puede sobrevenir al incumplimiento de la norma no se traduce necesariamente en el empleo de la fuerza bruta, como ocurre cuando se arroja "manu militari" a los usurpadores de un terreno; en un sentido amplio la imposición externa quiere decir que a la voluntad del infractor de la norma se sobrepone la voluntad sancionadora de ésta. Y así, por ejemplo, si una persona celebra un acto jurídico sin los requisitos de validez que señala el ordenamiento legal, la coactividad o coercibilidad se hará efectiva mediante la sanción de la nulidad de dicho acto. En este caso, como en la mayoría, no hay necesidad de recurrir a la acción de la policía o a otro compelimiento físico.

34. f) La sanción; concepto

La coercibilidad o posibilidad de hacer cumplir el mandato de la norma a través de un acto de imposición externa se actúa mediante la sanción. En otras palabras, la amenaza de sanción que acompaña al mandato de la norma en caso de no ser obedecido espontáneamente, se hace efectiva mediante la aplicación de tal sanción. Esta no es algo distinto de la norma sino ella misma considerada en el momento de su reacción contra la violación de que ha sido objeto. Representa la consecuencia jurídica que debe soportar el infractor de la norma por haber desobedecido su mandato. Concretamente se entiende por sanción de la norma el mal, sacrificio o daño justiciero a que debe someterse su trasgresor.

35. La sanción como elemento estructural de la norma

La estructura de la norma jurídica se compone de dos partes: el mandato de conducta, que señala el hacer o no hacer a que está obligado el destinatario de la norma y la sanción. En buenas cuentas hay dos normas: una que establece la conducta y la otra, la sanción; esta última tiene por presupuesto la trasgresión de aquélla. El mandato de conducta es la norma primaria y la sanción la norma secundaria. A veces, en la última está implícita la primera, como sucede en las normas penales que se limitan a prescribir la sanción. Si, por ejemplo, un artículo del Código Penal dice que el homicidio será castigado con tales penas, es porque tácitamente lo está prohibiendo.

36. Variedad de sanciones

Las sanciones son variadas y numerosas, y específicamente consisten en diversos hechos que afectan al infractor de la norma. Se habla de sanciones civiles, penales, administrativas, procesales, internacionales.

Ensayos de clasificaciones atendiendo a determinados puntos de vista hay algunos. No son satisfactorios. Unos ofrecen vacíos y otros encuadramientos forzados o artificiosos. Por eso la mayoría de los autores se limita a enunciar las sanciones de más general aplicación, dejando el estudio de las restantes para la oportunidad en que se haga el análisis de las respectivas normas cuya observancia procura asegurar.

A continuación daremos una idea de las sanciones más comunes.

37. Ejecución forzada

La ejecución forzada consiste en el empleo de medios compulsivos contra el violador de la norma

para lograr el mismo resultado que se habría obtenido si él la hubiera cumplido espontáneamente.

Existe el deber general de respetar la propiedad ajena y si un sujeto se instala en el terreno de otro y se resiste a abandonarlo, será expulsado por la fuerza pública. Otro ejemplo: si el deudor no paga, puede el acreedor, mediando ciertas condiciones o requisitos, embargarle uno o más bienes, hacerlos vender luego en pública subasta para, con el precio obtenido, satisfacer su crédito. Por último, si una persona levanta un edificio de mayor altura que la permitida por las normas de construcción y urbanización, se verá obligada a demoler el exceso o, a sus expensas, lo hará la municipalidad respectiva.

38. Resarcimiento

El resarcimiento es la sanción que consiste en restablecer, a costa del responsable de la violación de la norma, la situación existente con anterioridad (resarcimiento en forma específica), o en realizar una prestación equivalente (en dinero) a ese daño (resarcimiento por equivalencia).

Hay resarcimiento en forma específica cuando se realiza la prestación de una cosa igual a la destruida; cuando se hace la reparación material de la cosa averiada; cuando a expensas del obligado, se ejecutan las obras necesarias para restaurar la cosa a su estado primitivo, como por ejemplo, si habiéndose estipulado en un contrato con el vecino abstenerse de construir un murallón que oscurece la casa de éste, se efectúa a pesar de todo la obra; pues bien, el contraventor del pacto tendrá que demoler lo edificado para dejar la cosa como estaba antes.

Según la opinión mayoritaria, en el resarcimiento específico queda incluida la restitución de la cosa.

Hay resarcimiento por equivalencia cuando, verbigracia, se destruye un cuadro y se paga su valor; cuando se hiere a una persona y se le reembolsan los gastos que ella hizo para curarse; cuando una de las partes no cumple el contrato y paga a la otra todos los perjuicios que el incumplimiento le ha causado, etc.

39. Reparación del daño moral

El daño moral, llamado también más propiamente no patrimonial o extrapatrimonial, es aquel que afecta un bien puramente personal, no susceptible en sí mismo de valuación pecuniaria: honor, salud, libertad, tranquilidad de espíritu, intimidad. La lesión, menoscabo o pérdida de cualquiera de estos valores o bienes de la personalidad trae, por lo general, uno o más sufrimientos psicofísicos, como el dolor que experimenta el padre por el asesinato de su hijo. La mayoría de los ordenamientos jurídicos permite al sujeto afectado exigir al culpable una satisfacción compensatoria o neutralizadora del mal causado, que puede traducirse en dinero u otra medida adecuada. La reparación del daño moral se concreta, pues, en la atribución al perjudicado de un beneficio, a costa del responsable del daño, que le permita obtener alguna satisfacción capaz de hacerlo sobrellevar o neutralizar, hasta donde sea posible, los dolores y pesares que lo han atormentado. Generalmente el beneficio acordado es una suma de dinero con la cual la víctima del daño moral podrá, por ejemplo, darse la satisfacción de emprender un largo viaje, o comprar una casa nueva o cualquier otro bien que le sirva no para "equiparar" las penas sino sólo para "contrapesarlas" en cierta medida. La reparación del daño moral, al revés del resarcimiento del daño patrimonial, no subroga o reemplaza al interés herido, sino que se pone al lado del quebranto para mitigarlo.

Al fijarse el monto de la reparación del daño moral no entra en juego el criterio matemático de la equivalencia; el juez determina ese monto ponderando las diversas circunstancias del caso concreto, como las posibilidades económicas del responsable y la entidad del mal que para la víctima entraña.

40. Indemnización en general e indemnización de daños y perjuicios

Indemnizar, de acuerdo con su etimología, significa dejar libre de daño al que lo ha sufrido. Desde

este punto de vista constituyen indemnización la ejecución forzosa de la obligación, el resarcimiento en forma específica, el resarcimiento por equivalencia y la reparación del daño moral.

Se habla de indemnización de daños y perjuicios cuando el resarcimiento por equivalencia y la reparación del daño moral se hacen mediante el pago de una suma de dinero, que se determina previa valuación de todo el mal causado. Se comprende –ya lo explicamos– que son distintos los factores que el juez debe considerar para la valuación del daño patrimonial y los relativos a la ponderación del daño moral, pues en este último la indemnización no persigue, como en el daño patrimonial, reemplazar un interés económico perdido o menoscabado, sino dar una satisfacción para contrarrestar, hasta donde sea posible, un dolor, una pena, una aflicción.

Naturalmente, como advierte un autor, no es posible conmensurar (medir con igualdad o debida proporción) la reparación del dolor; sólo puede suponerse que el sufrimiento sea amortiguado gracias al beneficio de la atribución de una suma de dinero ("precio del dolor"), cuyo monto determina la apreciación equitativa del juez.

41. Explicación de la mención copulativa de daños y perjuicios. Daño emergente y lucro cesante

Daños y perjuicios, ¿son voces distintas? La pregunta tiene dos respuestas.

Conforme al Diccionario, daño significa detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia. O sea, perjuicio está englobado en el concepto de daño. Y el mismo Diccionario dice que perjuicio es daño o menoscabo material o moral. Hasta aquí hay sinonimia de voces. Empero, de acuerdo con la misma obra de la Real Academia de la Lengua Española, perjuicio tiene una acepción forense: ganancia lícita que deja de obtenerse.

Ajustándose al Diccionario resulta, por una parte, que daños y perjuicios son conceptos sinónimos y, por otra, si se tiene en cuenta el significado forense de perjuicio, éste se excluiría del daño, no sería su sinónimo y quedaría restringido al desvanecimiento de una ganancia lícita que se esperaba obtener.

Siguiendo esta última orientación, cuando se habla de la indemnización de daños y perjuicios, la palabra daños aludiría al daño emergente y el vocablo perjuicios al lucro cesante. Por daño emergente se entiende la disminución del patrimonio por la pérdida o detrimentos sufridos, y por lucro cesante la falta de acrecimiento del patrimonio a causa de haberse frustrado por el hecho dañoso la incorporación a aquél de un valor económico normalmente esperado. Veamos un ejemplo. Un comerciante compra una gran partida de harina y la paga al contado, obligándose el vendedor a enviarle la mercadería dentro de un mes. Transcurre el plazo, el vendedor comunica que no podrá cumplir por haber calculado mal su "stock". Pues bien, al comprador deberá restituírsele el precio, los gastos de promoción que hubiere hecho para revender la harina, etc., todo lo cual constituye daño emergente. Pero también ha de indemnizarse al comprador la ganancia que razonable o normalmente hubiera obtenido con la reventa del producto, ganancia frustrada que importa lucro cesante.

Si la voz perjuicio se toma en el sentido restringido de lucro cesante y la de daño se subentiende como el emergente, lógicamente no hay ningún pleonasmo; pero sí lo hay si daño y perjuicio son sinónimos y comprenden cualquier pérdida o menoscabo. ¿Qué explicación tendría el uso pleonástico de la frase en estudio? El lenguaje jurídico de los latinos, al igual que el religioso, se esforzaba por dejar fuera de toda duda el sentido de sus asertos y disposiciones, y esto pretendía alcanzarlo con la agregación de conceptos sinónimos o paralelos. Al mencionar los daños y los perjuicios en la indemnización se pretendería con las dos voces sinónimas dejar en claro que ella debe abarcar todo el daño.

En el campo literario el pleonasmo se usa para dar más fuerza expresiva y colorido al habla. El Quijote, por ejemplo, nos cuenta que "se aporrea y da de puñadas él mesmo a sí mesmo".

En resumen, y sea como fuere, ya digamos indemnización de daños y perjuicios o de perjuicios solamente, hemos de comprender todos los daños que en el caso de que se trata corresponde resarcir o reparar. En algunos no cabe el lucro cesante como en la indemnización del daño moral, que por sí solo no puede truncar expectativas de ganancia, como tampoco las puede frustrar la pérdida o menoscabo de cosas materiales o corporales no destinadas al comercio o lucro.

42. Indemnización compensatoria e indemnización moratoria

Una obligación puede haberse dejado de cumplir definitivamente, sea en todo o en parte: entonces la indemnización que debe resarcir el daño que de ello resulta, se llama indemnización compensatoria. Si la obligación se cumple, pero tardíamente o, dicho más exactamente, habiendo mora, la indemnización que debe resarcir el daño derivado de la mora recibe el nombre de indemnización moratoria.

43. Razón por la que se emplea el dinero en la indemnización de daños y perjuicios

La razón estriba en que el dinero representa un valor absoluto de cambio. Permite al sujeto que ha sufrido el daño económico o el agravio moral adquirir los bienes que estime más adecuados para sustituir a los perdidos o menoscabados o, en su caso, para procurarse las satisfacciones compensatorias o neutralizadoras del daño moral padecido.

En nuestro ordenamiento jurídico la indemnización traducida en dinero sólo no es admisible cuando la ley expresamente lo prohíbe. Así, las imputaciones injuriosas contra el honor o crédito de una persona, aunque resulten falsas, no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria si el ofendido no prueba que dichas imputaciones le han acarreado como consecuencia un daño patrimonial, como, por ejemplo, la pérdida del empleo o la interrupción de una operación comercial que le reportaría una ganancia (C. Civil, art. 2331). Pero esto no quiere decir que el ofendido injustamente sin repercusiones patrimoniales, no pueda demandar otra clase de indemnización, alguna que no le reporte dinero a su favor. Podría exigir que, como compensación neutralizadora, el juez ordene, a expensas del gratuito ofensor, la publicación por dos o tres veces en un par de diarios de la ciudad de la sentencia que declara sin fundamentos las malévolas imputaciones.

44. La indemnización como resarcimiento o reparación y como sanción

Algunos han pretendido que la indemnización de daños y perjuicios sólo tiene carácter resarcitorio o reparatorio y no, también, sancionador. Pero se ha contestado que aun cuando su fin sea el de resarcir o reparar, la indemnización en sí misma viene a constituir una sanción, impuesta al responsable del daño injusto a un interés ajeno y que grava con tal consecuencia desfavorable la violación de la norma protectora de dicho interés. Sería artificioso separar esta violación del daño para negar que la indemnización, concerniendo al daño, sea una sanción. Ha de resaltarse que la indemnización no se refiere al daño aisladamente considerado, sino, justo, al que afecta a un interés jurídicamente protegido que, en razón de tener por objeto a este interés, presupone la violación de la norma protectora del mismo, y de aquí que sea dable apreciar en la indemnización naturaleza sancionadora.[1]

45. Nulidad de los actos jurídicos

Cualquiera, aunque no haya estudiado Derecho, tiene idea sobre lo que es una compraventa, un arrendamiento, un préstamo de dinero, un testamento. Todas las figuras mencionadas constituyen actos jurídicos. De acuerdo con la doctrina tradicional se entiende por acto jurídico la declaración de voluntad unilateral o bilateral ejecutada con arreglo a la ley y destinada a producir un efecto jurídico, que puede consistir en la adquisición, conservación, modificación, transmisión, transferencia, confirmación o extinción de un derecho. Mediante tales actos los sujetos regulan sus propios intereses en las relaciones con los demás.

Los actos jurídicos para ser válidos deben cumplir ciertos requisitos de fondo y de forma que les impone la ley; de lo contrario tienen como sanción la nulidad. Esta, en términos generales, es la ineficacia del acto jurídico por no contar con algún requisito de forma o de fondo necesario para su validez.

[1] DE CUPIS, *El Daño*, traducción de la 2ª edición italiana, Barcelona, 1975, Nº 144, p. 751.

La nulidad puede ser absoluta o relativa. Debe observarse que los efectos de ambas son los mismos; la distinción se basa en otros factores que analizaremos al estudiar en forma circunstanciada la sanción de la nulidad de los actos jurídicos; también veremos si dentro de ésta cabe o no la llamada inexistencia jurídica.

46. La inoponibilidad

También es una sanción en sentido amplio la inoponibilidad. Hay inoponibilidad cuando, frente a un tercero, no pueden hacerse valer, oponerse, los efectos de un acto jurídico, o la nulidad o la revocación u otra causal de terminación anormal del mismo.

Diversas causas dan origen a la institución, cuyo fin es proteger a los terceros.

Veamos un ejemplo. La venta de cosa ajena es válida, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el lapso de tiempo (C. Civil, art. 1815). El dueño, que no intervino en el contrato de compraventa, es un tercero, un extraño en este contrato y, por ende, los efectos del mismo no lo obligan, y si el comprador se presenta a reclamarle la entrega de la cosa, se la negará aduciendo que el contrato que celebró con el vendedor es ineficaz, inoponible respecto a él, por falta de legitimación del vendedor, es decir, porque éste no tenía el poder de disponer de la cosa vendida.

Otro ejemplo. Supóngase que entre dos personas se forme una sociedad y que antes de ser declarada nula por algún vicio en su constitución, funcione de hecho y realice diversas operaciones. Una vez declarada nula, los terceros de buena fe, es decir, los terceros que la creyeron válida, pueden entablar contra todos y cada uno de los asociados las acciones que les corresponda para reclamar los derechos que emanen de los contratos que hubieren celebrado con dicha sociedad, sin que los asociados, para eludir sus responsabilidades, puedan alegar la nulidad del contrato social, pues ella no perjudica a los terceros de buena fe, o sea, frente a éstos es inoponible (C. Civil, art. 2058).

47. Sanciones cancelatorias

Reciben este nombre las que hacen caducar, es decir, ponen término a un derecho o a una potestad por tornarse inepto el titular para el goce del derecho o el ejercicio de la potestad de que está investido.

Veamos un ejemplo. Según la Ley de Tránsito, se cancelará la licencia de conducir al que, en el término de un año calendario resultare responsable por tres veces, o en el lapso de cuatro años calendario cuatro veces, de conducción de un vehículo bajo la influencia de drogas o estupefacientes o del alcohol, sin estar ebrio (art. 204, Nº 1).

Otro ejemplo, referido ahora a la potestad que, en general, es el poder de obrar atribuido a una persona para realizar no el interés propio sino el de otro sujeto, interés por el cual debe velar; toda potestad entraña poderes y deberes al mismo tiempo. Pues bien, de acuerdo con el Código Civil, si un padre legítimo abandona al hijo o lo maltrata habitualmente en forma tal de poner en peligro su vida o de causarle grave daño, el juez está facultado para ordenar que ese padre pierda la patria potestad (conjunto de derechos que la ley da al padre o madre legítimos sobre los bienes del hijo no emancipado) y pase ella a ser ejercida por la madre (artículos 240, 264 y 267, Nº 1º).

48. Consecuencias del incumplimiento de las cargas

La carga es un comportamiento no obligatorio, pero necesario para satisfacer un interés propio, ya consista en obtener o conservar una ventaja o beneficio jurídico. Ese comportamiento, si bien no es obligatorio, hay interés en observarlo para satisfacer otro interés del mismo sujeto y condicionado a la realización del primero. Si, por ejemplo, un litigante pierde la primera instancia de un pleito y quiere que el correspondiente fallo se revise por el tribunal superior, nadie puede obligarlo a que entable en tiempo y forma el recurso de apelación, pero deberá hacerlo si pretende que dicha revisión se haga. Igualmente, el portador de una letra de cambio no pagada en la fecha de su vencimiento, si quiere

conservar sus derechos contra las personas responsables del pago de tal documento, ha de protestarlo conforme a las disposiciones legales. El protesto (es decir, el acto formal y auténtico con el cual se comprueba la falta de pago total o parcial de una letra a su vencimiento o la falta de aceptación de la misma) es la carga que se necesita cumplir para conservar los mencionados derechos.

La carga es una figura distinta de la obligación. Esta última es una relación jurídica por la cual una persona (deudor) está en la necesidad de realizar una determinada prestación (dar, hacer o no hacer algo) en favor de otra (acreedor), que tiene derecho a exigirla, constriñendo a aquélla a satisfacerla. Como puede observarse, la obligación implica la subordinación del interés de una persona (deudor) al interés de otra (acreedor); en cambio, la carga subordina el interés del sujeto que la sufre a otro interés del mismo. Una diferencia más: el acreedor puede compeler al obligado a que cumpla la prestación; por el contrario, nadie puede forzar al paciente de la carga a efectuarla. El es libre para hacerlo o no, pero si pretende el logro del interés subordinado a la carga "debe" llevarla a cabo. Por eso suele decirse con deliberada y expresiva contradicción en los términos que la carga es un deber libre.

La inobservancia de la carga misma no trae aparejada sanción alguna, pero sí trae, por vía de consecuencia, la negación del beneficio condicionado al cumplimiento de ella, como es, en los ejemplos dados, la revisión de la sentencia de primera instancia, o la conservación de los derechos contra los responsables del pago de la letra de cambio.

Por último, la carga en referencia –advertimos– nada tiene que ver con la carga modal, que es un deber jurídico impuesto al favorecido con una disposición a título gratuito (herencia, legado, donación) que viene a limitarle el beneficio otorgado. Por ejemplo, el testador lega a una persona diez millones de pesos, con la carga de que le haga construir un mausoleo de las condiciones que especifica. Este, de un valor de dos o tres millones de pesos, merma el legado.

49. La pena

Hay normas que en un determinado momento histórico y en determinado pueblo se consideran absolutamente necesarias para el orden social. Su infracción lleva aparejada la sanción más grave: la pena. Precisamente, una norma se califica de penal cuando la trasgresión de su mandato está amenazada con una pena. Se entiende por tal la privación o disminución de un bien individual, como es la vida, la libertad, el patrimonio (penas de muerte, de presidio, de multa) que el Estado impone al sujeto que ha violado un deber jurídico trascendente en mayor o menor grado para el orden social. Por lo que hace al delincuente, la pena, aunque pueda traerle benéficos efectos educativos y de corrección, siempre se traduce en un mal, sufrimiento, daño o sacrificio.

La pena no busca la ejecución del deber no cumplido ni una prestación equivalente del mismo, sino restablecer la autoridad de la ley, quebrantada en forma irremediable por su violación. Ese quebranto nada puede repararlo. En efecto, y por ejemplo, si un ladrón devuelve la cosa robada, subsana el perjuicio causado a la víctima, pero no la burla a la ley que prohíbe robar. Y justamente la pena, cualquiera que sea, tiende, sobre todo, aparte de otros fines, al castigo del violador del ordenamiento jurídico para restaurar la autoridad de éste menoscabada por su ofensor.

50. Variedad de las penas

Las penas pueden ser:

a) corporales (muerte y, antiguamente, entre otras, azotes, que un escritor chileno, Benjamín Subercaseaux, clamaba por su restablecimiento);

b) privativas de libertad (presidio, reclusión, prisión);

c) restrictivas de la libertad (confinamiento, extrañamiento, relegación, destierro);

d) privativas de derechos (inhabilitación, suspensión);

e) privativas de bienes patrimoniales (multa, comiso).

Ciertas penas bárbaras que existían en algunos pueblos de la antigüedad, como la de cortarle una mano a los ladrones o las narices a las mujeres adúlteras, están proscritas del mundo civilizado. Convenciones internacionales prohíben la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o

degradantes (Convención adoptada al respecto por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas mediante resolución 39-46 de 10 de diciembre de 1984, promulgada en Chile por decreto Nº 808, de 1988, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 26 de noviembre de 1988. Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, adoptada en 9 de diciembre de 1985 por la Organización de Estados Americanos en el Decimoquinto Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General, promulgada en Chile por Decreto Nº 809, de 1988, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 28 de noviembre de 1988).

51. Fines de la pena

Los fines de la pena son muy distintos de los que persiguen las sanciones civiles. Se proponen el castigo y la enmienda o corrección del infractor de la norma, servir de ejemplo aleccionador y de defensa social.

Los hechos que atentan gravemente contra el orden social, pueden recibir sanciones distintas de las penas y cuyo nombre es el de medidas de seguridad. Estas no tienden a aplicar al culpable un castigo, sino tomar a su respecto una precaución en defensa social que sustituye o complementa a la pena. Algunas de dichas medidas apartan de la sociedad al individuo peligroso para readaptarlo, otras controlan su libertad y no faltan las que lo recluyen con alguna modalidad especial. Ejemplos de medidas de seguridad: la internación en manicomios u hospitales psiquiátricos; la internación de menores delincuentes en establecimientos de educación y régimen de vida adecuados; la llamada libertad vigilada; la reclusión nocturna; la reclusión por tiempo indeterminado que se agrega como sanción accesoria a la pena, tratándose de delincuentes habituales o reincidentes, etc.

52. Privación de libertad que no constituye pena sino una medida procesal

Hay restricciones de la libertad, detenciones, arrestos del individuo por un tiempo determinado, generalmente corto, que se cumplen en el lugar que el juez señale y que, a veces, no constituyen una pena sino una medida procesal encaminada a diversos fines: asegurar la acción de la justicia contra un individuo fundadamente sospechoso de ser responsable de un delito (C. de Procedimiento Penal, art. 252); apremiar (compeler), reuniéndose determinadas condiciones, a ciertos deudores para que cumplan sus obligaciones, como las de hacer o no hacer o la de proporcionar los alimentos decretados por el juez en favor de las personas que la ley señala y que el deudor voluntariamente no lo hubiere hecho (C. de Procedimiento Civil, art. 543; Ley sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, art. 15), etc.

Obsérvese que el arresto, no definido en general dentro de nuestro ordenamiento jurídico, siempre importa una privación de la libertad personal. Hay casos en que no constituye una medida procesal sino una pena, como ocurre en el Código de Justicia Militar y en la Ley Nº 17.934, que reprime el tráfico ilegal de estupefacientes. Para los menores de 18 años de edad que incurran en los delitos que esta ley indica, se establece la pena de arresto domiciliario que, según la misma, "consiste en la restricción de libertad durante un tiempo determinado y se cumple en el domicilio del condenado o en aquel que señale el juez" (art. 11, inciso 1º).

53. La pena privada

Hasta aquí nos hemos referido a las penas públicas o penas propiamente tales. Son las que envuelven un castigo infligido al delincuente en nombre e interés de la sociedad, y del cual ésta logra un beneficio, como es defenderse de elementos antisociales. En verdad, la pena no puede ser sino pública, porque sólo la autoridad que ha fijado la regla está calificada para reivindicar su violación. Pero el ordenamiento jurídico también contempla ciertas sanciones que la doctrina llama penas privadas.

Trátase de castigos previstos por la ley en interés privado y con los cuales se benefician una o más personas determinadas. Tal beneficio puede consistir en una satisfacción patrimonial o de otro orden.

Un ejemplo de pena civil o privada es la indignidad para suceder. Puede definirse como la exclusión o remoción que hace la ley de un heredero o legatario de la sucesión del difunto por haber cometido contra la persona o bienes de éste hechos ofensivos o perjudiciales. Cualquiera comprende que no merece adquirir gratuitamente bienes del fallecido el individuo que le dio muerte o que atentó contra el honor de la cónyuge del mismo o estafó a uno de sus hijos (C. Civil, art. 968, números 1º y 2º). Semejantes hechos contra el cónyuge y determinados parientes repercuten en la persona de cuya sucesión se trata y se miran como ofensivos para ella.

Otro ejemplo de pena privada es el comiso[1] en beneficio del propietario de la patente de invención; la ley establece que los utensilios y los elementos usados en la comisión de los delitos que atenten contra los derechos que otorgan las Patentes de Invención y los objetos producidos en forma ilegal caerán en comiso a beneficio del propietario de la patente (Ley Nº 19.039, de 25 de enero de 1991, que establece normas aplicables a los privilegios industriales y protección de los derechos de propiedad industrial, art. 52, inc. penúltimo).

54. Pluralidad de sanciones por la trasgresión de una misma norma jurídica

Si, por ejemplo, se trasgrede la norma que prohíbe el hurto, el ladrón recibirá la pena correspondiente y, además de ser obligado a la restitución de la especie sustraída, podrá condenársele, si cabe, al resarcimiento de daños y perjuicios.

55. Normas sin sanción

Se ha planteado el problema de si son jurídicas o no las normas que, no obstante formar parte del ordenamiento jurídico, carecen de sanción. Por ejemplo, conforme a una disposición del Código Civil, los hijos legítimos deben respeto y obediencia a su padre y su madre (art. 219). Pero en ninguna parte del Código se encuentra la sanción de dicha norma. Quizás ha de estar en un rincón del alma…

Sostienen algunos autores que si se acepta que en un ordenamiento jurídico pueda haber normas sin sanción, quiere decir que la coercibilidad no sería, al menos en forma absoluta, un carácter inherente a las normas jurídicas. Otros piensan que más bien habría que reconocer que las citadas normas no son jurídicas sino morales que el legislador introduce con altos fines educativos. Muchos no lo estiman así y dicen que las normas sin sanción que forman parte de un ordenamiento jurídico tienen este carácter aunque de un modo imperfecto. Arguyen que para la juridicidad de la norma basta que ésta contenga un mandato, un imperativo de conducta externa y ella sea parte integrante de un ordenamiento jurídico, el cual, por lo demás, al cubrirla con su manto, la reviste de la mentada juridicidad.

Insistiendo en esta idea se aduce que no toda norma jurídica está conectada con un remedio o mecanismo sancionador, y se pone de relieve que el sistema judicial entero se funda en el principio de que el juez debe decidir conforme a la ley, pero no hay remedio contra la sentencia de un tribunal que ya no admite recurso alguno por errónea o abusiva que sea. Así, pues, todas esas reglas que carecen de sanción son jurídicas, "porque se coligan con otras para formar aquel conjunto coordinado de normas llamado ordenamiento jurídico. El coligamento con medios coercitivos para la realización de los propios fines caracterizan el ordenamiento jurídico en su conjunto más bien que a la norma singular".[1]

56. g) Carácter estadual de las normas jurídicas positivas

La doctrina, con un neologismo áspero, habla de la "estatalidad" de las normas jurídicas positivas. Y denota con esa expresión dos cosas. La primera significa que el Estado crea o reconoce las normas obligatorias generales, vale decir, iguales para todos a cuantos afecte, como quiera que aspira, mediante

[1] COMISO O DECOMISO es la pérdida de la cosa objeto de tráfico comercial ilícito y de los medios instrumentales que se utilizan para conseguirlo, pérdida que se sufre como sanción por infringir la prohibición legal de comerciar con esa mercadería.

[1] TRIMARCHI, *Instituzioni di Diritto Privato*, Milano, 1974, pp. 2-3.

ellas, realizar la justicia. El Estado, pues, como repiten los autores, es el que "habla o dice" el derecho. La segunda idea que implica la "estabilidad" es la de que el Estado garantiza el respeto o la observancia del ordenamiento jurídico. Y es explicable: sólo él está en condiciones de cautelar el orden y de poner a su servicio los medios coactivos para conservarlo.

Hay normas jurídicas que emanan de otras fuentes, como la costumbre o las convenciones de Derecho Internacional; pero su eficacia dentro del ordenamiento de un Estado sólo surge cuando éste les presta su conformidad o aprobación.

Es preciso considerar hoy la tendencia internacional de ciertos organismos formados por varios Estados que, después de una convención o aprobación inicial de éstos, dirigen mandatos directos a las personas, empresas o entes que los componen, sin necesidad de que sean ratificados por los gobiernos de los países miembros. Así sucede con la Comunidad Europea, según vimos antes.

57. El régimen del Estado de derecho

Un alemán, A. Müller, es el primero que usa en sus escritos la expresión Rechtsstaat, o sea, Estado de derecho. Pero otro autor de la misma nacionalidad, Robert von Mohl, es el que, a mediados del siglo pasado, introduce la concepción en la literatura jurídica, desarrollándola en forma brillante. A partir de entonces, hasta nuestros días, la doctrina no ha dejado de preocuparse del tema, que presenta aspectos éticos, políticos, jurídicos y filosóficos de variada interpretación.

¿Cuándo un Estado es de derecho? Se dice, en general, que cuando reúne ciertos requisitos formales y otros sustanciales. Entre los primeros se citan:

a) la existencia de una Constitución Política,

b) la consagración y el respeto de los derechos fundamentales del hombre,

c) el respeto de las minorías políticas

d) la separación de los poderes del Estado, y

e) la sujeción de la actividad de éste a normas jurídicas preestablecidas.

Como requisitos sustanciales se mencionan el imperio de la ley o juridicidad, la existencia de la democracia y el pluralismo político.

Es de la esencia del Estado de derecho que se organice y ejerza el poder político ceñido a normas jurídicas fijadas con anterioridad, garantizando en todo caso los derechos y libertades de los individuos y sus grupos, sin más limitaciones que las exigidas por el bien común.

Como el Estado es el que genera o reconoce los derechos, quiere decir, según la concepción enunciada, que él mismo se autoobliga o autorrestringe en sus poderes y en su función de crear y sancionar el derecho.

El Estado es "omnipotente" dentro de los lindes que le demarca la juridicidad. Puede hacer todo aquello que la ley lo autoriza y nada de lo que ésta no le permite, principio de Derecho público en contraste con el de Derecho privado que permite a los sujetos hacer todo aquello que la ley no prohíbe.

En el Estado de derecho el ordenamiento jurídico otorga garantías y remedios jurisdiccionales contra la acción ilegítima o abusiva de cualquiera de los poderes públicos, sea el ejecutivo, el legislativo o el judicial.

El régimen estadual que nos afana supone la estabilidad de las normas jurídicas, al menos la indispensable para que los gobiernos y los individuos puedan llevar a buen término el desarrollo de sus planes. Dicha estabilidad proporciona seguridad en el porvenir, y la seguridad presupone normas jurídicas precisas y claras para que sus destinatarios sepan con certeza lo que pueden y no pueden hacer.

Las revoluciones ponen término al Estado de derecho y dan paso, por un período más o menos breve o más o menos largo, a la fuerza y la arbitrariedad. Pero como las sociedades no pueden desenvolverse en semejantes condiciones, surge otro orden jurídico que, si responde a la nueva estructura social y económica, se estabiliza y prolonga espontáneamente; de lo contrario sólo se mantendrá por la fuerza y, tarde o temprano, vendrá el derrumbe.

El Estado de derecho se moldea bajo la influencia de factores económicos, políticos y sociales. En algunos países tiene un sello liberal capitalista y en otros socialista de diversos matices. En posición intermedia se encuentra el llamado Estado social de derecho que actualiza los postulados liberales y procura armonizarlos con las exigencias de la justicia social. ¿De qué manera? Corrigiendo las secuelas

negativas del individualismo mediante una política económico-social intervencionista y planificadora en la medida necesaria para lograr dicha conexión.

En resumen, puede hablarse de un Estado de derecho cuando la organización y el ejercicio del poder político están sometidos a normas jurídicas preestablecidas que protegen y garantizan los derechos y libertades de los individuos y sus grupos, sin más excepciones que las que impone el bien común. Las normas obligan a todos, gobernantes y gobernados. Los tribunales de justicia, con independencia de los otros poderes del Estado, son los llamados a evitar y corregir las desviaciones y abusos de todos. No se admiten desigualdades ni prerrogativas contrarias al sentido democrático. Nadie escapa a su correspondiente responsabilidad y a la fiscalización o control de los órganos soberanos. La representatividad del pueblo todo ha de mirarse como la base esencial del Estado y, por último, las normas jurídicas deben mantenerse en vigor para dar seguridad pública, y sólo han de modificarse o abolirse por los imperativos del progreso y el bien común.

CAPITULO III:

CLASIFICACION DE LAS NORMAS JURIDICAS

58. Enunciación

Hay muchas clases de normas jurídicas; su clasificación completa sería materia de una extensa monografía.[1] Por lo tanto, nos detendremos sólo en las clasificaciones principales y de mayor valor práctico:

a)normas de derecho público y normas de derecho privado;
b)normas de orden público y normas de orden privado;
c)normas interpretativas, supletivas e integrativas;
d)normas completivas;
e)normas de aplicación o de reenvío;
f)normas perfectas y normas imperfectas;
g)normas generales y normas locales, y
h)normas generales, especiales y excepcionales.

59. a) Normas de derecho público y normas de derecho privado

Aunque todas las normas jurídicas consideran el interés de la comunidad y el de los sujetos particulares, algunas se inspiran principalmente en la conveniencia de aquélla y otras en la de éstos: las primeras son de derecho público; las segundas, de derecho privado.

Con mayor precisión se dice que normas de derecho público son aquellas que regulan la organización y actividad del Estado y demás entes públicos menores (como las municipalidades), sus relaciones entre sí o con los particulares, actuando el Estado y esos entes en cuanto sujetos dotados de imperium, es decir, de poder público. En el campo de las normas jurídicas de derecho público, los particulares actúan en un plano de subordinación respecto a las entidades que obran en nombre de la soberanía nacional.

Normas de derecho privado son las que gobiernan las relaciones de los particulares entre sí, o las de éstos con el Estado o los demás entes políticos en cuanto no actúan como poder político o soberano, sino como si fueran particulares o, por fin, las relaciones de estos mismos entes políticos entre sí en cuanto obran como si fueran particulares y no como poder político o soberano. Las normas de derecho privado consideran que las relaciones se establecen entre sujetos que intervienen en un plano de igualdad y ninguno de ellos como entidad soberana.

Si el Estado expropia un bien a un particular, actúa como poder público y la norma que rige ese acto es de derecho público; pero si el Estado compra o arrienda un bien a un particular o a una municipalidad, la norma que gobierna la relación es de derecho privado.

60. b) Normas de orden público y normas de orden privado

Factor de la clasificación

[1] Véase: VÍCTOR WARNER S., *Caracterización y clasificación de las normas jurídicas*, Memoria de Licenciado (U. Católica de Chile), Santiago, 1960.

No debe confundirse esta clasificación con la anterior, que atiende a los sujetos de la relación regulada y a la calidad en que actúan en la misma. Ahora el factor que se considera es otro, el de la posibilidad o imposibilidad de que los sujetos de la relación descarten una norma para ser regidos por otras que ellos mismos se den o elijan.

Caracterización

Son de orden público las normas que, para los supuestos que consideran, imponen necesariamente su propia regulación, sin permitir a los particulares prescindir de ella y establecer otra prescripción diversa. La situación o relación forzosamente debe ser regulada por esa norma. En cambio, son de orden privado las normas que, para los supuestos que consideran, fijan una regulación sólo aplicable si los particulares no toman la iniciativa de disponer diferentemente. Esto no quiere decir que las normas de orden privado carezcan de la imperatividad inherente a toda norma, sino sólo que la aplicación de ellas queda a merced de los interesados; pero si éstos no las desechan, despliegan al regir el caso toda su fuerza ordenadora.

En la norma de orden público hay un interés social en que la regulación de los casos que trata sea una sola para todos los individuos, la que dicha norma determina. Distinta es la filosofía de la norma de orden privado: la regulación prescrita se estima beneficiosa para la generalidad de los particulares, pero sin desconocer que éstos, en sus situaciones o relaciones concretas, puedan tener por conveniente otra que ellos mismos se den, y como no aparece comprometido ningún interés de la colectividad, dicha norma permite que se la descarte.

Ejemplo típico de norma de orden público es la ley que niega efectos civiles al matrimonio que no se celebra de acuerdo con sus disposiciones (Ley de Matrimonio Civil, art. 1º). Resulta patente el interés social de que todos los matrimonios que se celebren en el país tengan una sola y uniforme regulación. Ejemplo de norma de orden privado es la que determina que los gastos que ocasiona el pago de una obligación sean de cuenta del deudor; pero como no hay ningún interés social en esto y, por otro lado, infinitas circunstancias concretas pueden aconsejar otro temperamento, cuya conveniencia sólo están en condiciones de ponderar los interesados de cada caso, la misma ley autoriza a las partes para que estipulen otra cosa (C. Civil, art. 1571), y así ellas podrán convenir que los gastos que genera el pago sean de cargo del acreedor o a medias.

Sinonimia

En la doctrina las normas de orden público reciben denominaciones muy variadas: imperativas, absolutas, necesarias, coactivas, forzosas, categóricas, de derecho cogente, inderogables. También presentan sinonimia las normas de orden privado: normas supletorias, dispositivas, facultativas, voluntarias, de derecho voluntario, derogables.

Derogación por los particulares de las normas de orden privado

Se acostumbra decir que los particulares "derogan" las normas o las leyes de orden privado cada vez que, en sus actos o contratos, eliminan o modifican la regulación que aquéllas señalan.

Nadie ignora que las normas jurídicas sólo pueden derogarse por otras normas jurídicas y no por los particulares; pero la palabra derogación, como obra de éstos, se toma en sentido figurado. Cuando los particulares suprimen o modifican lo dispuesto por una ley de orden privado es como si la derogaran para su asunto o negocio concreto.

Algunas normas de orden público

Son normas de orden público las de derecho público y, además, un buen número de derecho privado: las que versan sobre el estado y capacidad de las personas, la mayoría de las leyes de derecho de familia, las que organizan la propiedad raíz o inmueble, las que protegen a los terceros, es decir, en términos generales, las personas que no son las partes de un acto jurídico. Se trata de evitar que ellas

puedan ser indirectamente perjudicadas por los efectos de uno de esos actos.

61. c) Normas interpretativas, supletivas e integradoras

Llámanse explicativas o interpretativas las normas que fijan el sentido, extensión o contenido de palabras o conceptos que se encuentran en otras normas, o sirven de regla para su interpretación o la de los actos jurídicos. Nuestro Código Civil dedica un párrafo completo a la interpretación de la ley; ahí establece varias normas interpretativas en general; sin perjuicio de que en su cuerpo se encuentren esparcidas varias otras. Ejemplo: "Cuando por la ley o el hombre –dice el artículo 574– se usa de la expresión bienes muebles sin otra calificación, se comprenderá en ella todo lo que se entiende por cosas muebles, según el artículo 567". Respecto de normas de interpretación de los actos jurídicos, hay un título relativo a la interpretación de los contratos (arts. 1560 a 1566), y así una de esas normas establece que "el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno" (art. 1569).

Normas supletivas o integradoras son las que suplen las lagunas del contenido de las declaraciones de voluntad de los autores o de las partes de un acto jurídico. Ejemplo: si en un contrato no se establece de qué diligencia o culpa debe responder el deudor, hay una norma que se encarga de llenar el vacío, y dice: "El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio" (art. 1547, inciso 1º).

62. d) NormTítulo 1as completivas

Algunos autores llaman "completivas" a las normas que suplen, no la falta de contenido de la declaración o la insuficiencia de ésta, sino la falta, total o parcial, de la declaración misma, como sucede con la sucesión intestada o parte testada y parte intestada, según el causante no haya hecho testamento alguno disponiendo de todos sus bienes o sólo haya dispuesto de algunos de ellos. Algo semejante sucede cuando los esposos no han celebrado capitulaciones matrimoniales o pacto expreso sobre el régimen matrimonial de bienes, pues entonces impera el régimen establecido por la ley. En Chile es el de la sociedad conyugal (C. Civil, art. 1718).

63. e) Normas reguladoras y normas de aplicación o de reenvío

Reciben el nombre de normas reguladoras las que disciplinan en forma directa una relación jurídica, y normas de aplicación o de reenvío aquellas que se limitan a señalar otras normas, prescritas para una hipótesis distinta, como reguladoras del caso que las primeras (las de reenvío) contemplan. Por ejemplo, la permuta carece de normas reguladoras directas, pues el Código ordena aplicar a ellas las normas relativas a la compraventa. El artículo que así lo establece, el 1900, es la norma de aplicación o reenvío; los artículos de la compraventa, a los cuales se hace la remisión, son las normas reguladoras.

64. f) Normas plenas y normas en blanco

Son plenas las normas que tienen un contenido propio, y en blanco las que carecen de él y se llenan con el contenido de otra norma, dictada por el legislador o por una autoridad administrativa o de otro carácter.

De gran importancia son las leyes penales abiertas o en blanco. Se caracterizan por establecer una sanción precisa a una conducta que sólo enuncian genéricamente; los extremos en blanco o no fijados se llenan, a menudo ulteriormente, por declaraciones del legislador o las disposiciones de la autoridad administrativa emitidas a través de un decreto, un reglamento o una resolución. Como señala un autor,

en las leyes penales abiertas o en blanco "si bien se determinan la naturaleza y ámbitos generales de un hecho punible y se establece con precisión la pena correspondiente, la fijación exacta de la conducta sancionable queda entregada, por disposición del mismo texto legal, sea a una ley o al designio de una autoridad administrativa cuya resolución puede variar sin que se altere la ley originaria".

Para llenar o completar, pues, el contenido propio de la ley en blanco hay que acudir a otra norma que, completando la hipótesis de aquélla, la integra cabalmente.

Un ejemplo claro de ley penal en blanco es la norma del Código del ramo que prescribe determinadas sanciones al que "fabricare, vendiere o distribuyere armas absolutamente prohibidas por los reglamentos generales que dicte el Presidente de la República" (art. 288).

65. Distinción entre las normas de reenvío y las abiertas o en blanco

No deben confundirse las normas de reenvío y las abiertas o en blanco: las primeras ordenan aplicar a una hipótesis dada las normas reguladoras de otra hipótesis distinta (la aplicación, por ejemplo, de las normas de la compraventa a la permuta); las segundas, en cambio, aunque también se remiten a otras normas, éstas regulan la propia hipótesis de la norma remitente y no una ajena.

De acuerdo con lo explicado, ha de calificarse de ley abierta o en blanco y no de reenvío la norma del Código Civil según la cual la servidumbre legal relativa al uso de las riberas en cuanto sea necesario para la navegación o flote se regirá por el Código de Aguas (art. 839, inciso 2º).

66. Justificación de las leyes en blanco

¿Por qué existen las leyes en blanco? Diversas razones justifican su existencia. A veces, una especie de relaciones jurídicas que corresponde ser regulada por una ley, cabe también en otra dentro de un cuadro algo más especializado y resulta entonces conveniente dejar su regulación completa a la última. A esta consideración responde el caso recién citado de la servidumbre legal relativa al uso de las riberas en cuanto necesario para la navegación o flote, cuya regulación el Código Civil entrega a las normas del Código de Aguas.

Otras veces el legislador se limita a formular sólo exigencias generales porque las específicas está en mejores condiciones de establecerlas la autoridad administrativa por su contacto directo con la actividad y cosas reguladas, amén de que dispone de personal técnico para compartir las instrucciones y el control de su cumplimiento. Un ejemplo, entre muchos que ella da, encontramos en la Ley de Tránsito cuando prescribe que "los vehículos deberán reunir las características técnicas de construcción, dimensiones y condiciones de seguridad, comodidad, presentación y mantenimiento que establezca el Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, y no podrán exceder los pesos máximos permitidos por el Ministerio de Obras Públicas" (art. 56).

También razones de oportunidad determinan que una ley deje para otra posterior su complementación integral. Suele ocurrir que esta última tarda en dictarse, entonces, según el decir del alemán Binding, "la ley en blanco parece un cuerpo errante en busca de su alma".

En fin, hay hechos, situaciones o hipótesis muy cambiantes que al mismo tiempo exigen una ponderación técnica y por eso algunas leyes dan la pauta general, incluso en cuanto a la sanción, y dejan a la autoridad competente fijar, renovadamente, a medida que las circunstancias mutables lo impongan, los nuevos hechos, situaciones o hipótesis regulables. Así, por ejemplo, con relación a operaciones de cambio internacional, hay resoluciones y acuerdos del Banco Central no especificados por la ley, variados y mutables en razón de su naturaleza, que ese organismo autónomo puede adoptar y sancionar su infracción (Ley Nº 18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile, publicada en el Diario Oficial de 10 de octubre de 1989).

Las leyes en blanco que completan sus disposiciones con las de decretos, reglamentos o resoluciones administrativas no pueden tacharse de inconstitucionales mientras no impliquen una delegación de las facultades asignadas por la Constitución al Poder Legislativo.

Las leyes penales en blanco representan un peligro cuando sus elementos complementarios se establecen en decretos, reglamentos o resoluciones de la autoridad administrativa o de otra especie y

esas disposiciones cambian con frecuencia, hasta el punto de no conocerse oportunamente, provocando incertidumbre en los particulares.

67. g) Normas de derecho común y de derecho especial

Normas de derecho común son las dictadas para la totalidad de las personas, la totalidad de las cosas o la totalidad de las relaciones jurídicas. Normas de derecho especial son las dictadas para una terminada clase de personas, cosas o relaciones jurídicas, en razón de ofrecer esa determinada clase peculiaridades que exigen apartarla de la disciplina general de las normas comunes, respecto de las cuales las especiales no resultan inspiradas en un principio antitético sino en el mismo principio general de las comunes, pero con ciertas rectificaciones o modalidades que constituyen una adaptación de éste. Por eso, porque no hay contraposición sino una simple matización o adecuación, las normas de derecho general o común suplen los vacíos de las del derecho especial. El Código de Comercio es frente al Civil un derecho especial; los casos no resueltos específicamente por aquél, se rigen por las normas del Código Civil (C. de Comercio, art. 2º).

La importancia de la distinción que ahora estudiamos se refleja en la posibilidad de la aplicación indirecta de las normas y en la preferencia de aplicación de unas respecto de otras.

Como anota Barbero, las normas generales admiten ser aplicadas indirectamente, sobre todo por analogía, en todo el ámbito en que imperan, incluso en el del derecho especial, en aquella parte en que éste no las haya derogado. Por el contrario, la especialidad no consiente la aplicación de la norma especial fuera de los confines de la materia específicamente regulada, aunque dentro de estos límites sea procedente la aplicación analógica de los casos previstos a los que no lo han sido expresamente.

También ofrece interés la distinción entre normas comunes y especiales en cuanto a la preferente aplicación de éstas respecto de aquéllas. Nuestro Código Civil toca el punto. Refiriéndose a normas contenidas en cuerpos legales distintos, dice: "Las disposiciones contenidas en los Códigos de Comercio, de Minería, del Ejército y Armada y demás especiales, se aplicarán con preferencia a las de este Código" (art. 4º). Y abordando el problema de las distintas especies de normas contenidas en un mismo cuerpo legal, declara: "Las disposiciones de una ley, relativas a cosas o negocios particulares, prevalecerán sobre las disposiciones generales de la misma ley, cuando entre las unas y las otras hubiese oposición" (art. 13).

Conviene hacer una observación. Por diversas causas una norma de derecho común suele colocarse en un cuerpo legal de normas especiales. A nuestro juicio, dicha norma mantiene su carácter general, porque el carácter de las normas lo da su propia naturaleza y no el conjunto en que se hallan. Por eso si una norma general o de derecho común se encuentra en un Código especial, debe aplicarse en materias que son de derecho común. Reiteradamente se ha presentado en la jurisprudencia un caso relativo al punto que tratamos. Es sabido que nuestro Código Civil no fija el momento y el lugar en que se perfeccionan los contratos consensuales. Ahora bien, según el Mensaje con que fue presentado el Proyecto de Código de Comercio, éste ha llenado "el sensible vacío en nuestra legislación comercial y civil". O sea, los redactores del Código de Comercio comprendieron que en este Código especial estampaban normas de derecho común y, por ende, aplicables no sólo en asuntos propios del Código de Comercio en que figuran, sino también en materia común o civil. Por lo demás, a cualquiera se le ocurre que no hay razón alguna para que un contrato civil se perfeccione en un momento y lugar distintos de los de un contrato comercial.

Esta consideración de sentido común ni la declaración expresa de los redactores del Código de Comercio bastaron a una Corte de Apelaciones para iluminarse: estimó que las referidas normas del Código de Comercio son inaplicables por analogía, en razón de su carácter de excepción.[1]

El terreno en que debía plantearse el problema era el de si las normas de que hablamos constituían normas generales o no, y de ahí derivar las consecuencias. Por lo demás, en ningún caso las normas del Código de Comercio, en su conjunto, son excepcionales, sino especiales, que es asunto diverso como luego veremos. Otra sentencia, en cambio, aceptó la aplicabilidad de las normas en cuestión en materia civil, porque –dijo– "así conviene al espíritu general de la legislación".[2] La Corte Suprema en una

[1] C. Ap. Santiago, 25 agosto 1948, R., t. 46, sec. 2ª, p. 48.
[2] C. Ap. Temuco, 5 agosto 1935, R., t. 34, sec. 2ª, p. 28.

ocasión sostuvo que si bien en materia comercial los preceptos del Código de Comercio constituían ley, en materia civil sólo eran aplicables como principios y, por ende, en este último caso, su eventual trasgresión no hace admisible el recurso de casación en el fondo, porque éste sólo procede cuando se funda en la violación de leyes y no de principios.[3] Todo el error de los excelentísimos miembros del Tribunal Supremo proviene de que olvidaron la premisa adecuada, cual es que el carácter de las leyes, común o especial, no depende del Código en que se encuentran ubicadas, sino de su propia naturaleza determinada por la materia común o especial que regulan. Si hubieran recordado esta verdad y leído el Mensaje del Proyecto del Código de Comercio, necesariamente habrían concluido que las normas sobre el momento y lugar en que se perfecciona el consentimiento de los contratos son tan preceptos legales en el campo comercial como en el civil.

68. h) Normas regulares y excepcionales

Hemos visto que las normas de derecho especial sólo representan una adecuada aplicación de los mismos principios del derecho común, adaptado éste a las particulares características de ciertas hipótesis o casos; pero hay otras normas llamadas excepcionales o de derecho excepcional que se aplican a casos que por su propia singularidad no toleran los principios generales y, en consecuencia, sus normas son antitéticas a éstos. Por tanto, normas regulares o normales son las que aplican de un modo u otro los principios generales de una rama del Derecho o de una institución jurídica; y normas excepcionales son las que se inspiran en principios contrapuestos a aquéllos, respecto de los cuales constituyen excepciones. El Derecho excepcional o singular encuentra su explicación o razón de ser en la necesidad de proteger los intereses de ciertos individuos o relaciones determinadas que no podrían obtener una tutela eficaz con las normas regulares. Veamos algunos ejemplos de normas excepcionales.

Es regla general que el deudor responda del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, raíces o muebles, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables señalados por la ley (C. Civil, art. 2465). Esta responsabilidad genérica del deudor suele denominarse prenda o garantía general de los acreedores. Pues bien, la llamada sociedad en comandita simple se forma por la reunión de un fondo suministrado en su totalidad por uno o más socios comanditarios, o por éstos y los socios gestores a la vez (C. de Comercio, artículo 472). Ocurre que los socios comanditarios, es decir, los que no administran el negocio, responden de las deudas contraídas bajo la razón social sólo hasta concurrencia de sus respectivos aportes prometidos o entregados (C. Civil, art. 2061, inciso 3º; C. de Comercio, art. 483). Esta es una norma excepcional que escapa a la regla general de la garantía o responsabilidad genérica. Por lo mismo, por ser excepcional, no podría aplicarse por analogía a un empresario individual que hubiese destinado una parte determinada de sus bienes a formar y hacer funcionar una empresa, porque este caso, no siendo objeto de una excepción consagrada expresamente por la ley, queda sujeto a la regla general: el empresario debe responder, por las deudas contraídas en los negocios de la empresa, con todos sus bienes.

Otro ejemplo. El principio regular y común es el de la libertad de contratación. Todas las personas pueden celebrar contratos entre sí y sobre las cosas que les plazca, salvo, en uno y otro extremo, cuando haya una prohibición de la ley. Entre otras, constituye una norma de excepción al principio de la libertad de contratación la que declara "nulo el contrato de compraventa entre cónyuges no divorciados perpetuamente y entre padre o madre y el hijo de familia" (C. Civil, art. 1796). Por tratarse de una norma excepcional no podría aplicarse por analogía a la compraventa celebrada entre un hombre y una mujer que vivieren treinta o más años en el más feliz y probado de los concubinatos y tuvieren una gran comunidad de intereses.

La norma especial, como hemos dicho, implica una mera adaptación del principio de las normas regulares o generales; en cambio, las normas excepcionales se desvían abiertamente de ese principio y siguen otro, sea para proteger a una de las partes, a los terceros o para que, dadas las circunstancias, pueda constituirse una relación jurídica o ejercitarse un derecho que, ajustándose a las normas generales o regulares, sería imposible o muy difícil. En este último sentido representan normas de excepción las relativas a los testamentos privilegiados (verbal, militar y marítimo) que se apartan de la regla general que constituyen los testamentos solemnes. Estos, que pueden ser abiertos o cerrados, son aquellos en que

[3] C. Suprema, 26 julio 1971, R., t. 68, sec. 1ª, p. 217 (considerando 18, p. 221).

se han observado todas las solemnidades que la ley ordinariamente requiere, y testamentos privilegiados o menos solemnes son aquellos en que pueden omitirse algunas de estas solemnidades por consideración a circunstancias particulares, determinadas expresamente por la ley (C. Civil, art. 1008).

69. Orden jerárquico de las normas

El orden jerárquico de las normas implica la subordinación de la norma de grado inferior a la de grado superior; aquélla debe conformarse a ésta, y si se coloca en pugna no tiene eficacia. Supóngase que una ley otorgue determinados beneficios a los pequeños agricultores y defina, para los efectos que ella considera, qué se entiende por pequeño agricultor; ahora bien, el reglamento de dicha ley no podría contener ninguna disposición que envolviera la ampliación o restricción del concepto precisado por ésta, que es norma de rango superior. Tal reglamento, por no adecuarse a la ley que está llamado a ejecutar, sería ilegal. En semejantes casos tiene aplicación el adagio popular "donde manda capitán no manda marinero".

70. Enunciación del orden jerárquico de las normas jurídicas

El orden jerárquico de las normas jurídicas fluye de la Constitución Política de cada Estado, que en todos representa la cúspide del sistema legal. Es la superley. Partiendo de este punto enunciamos a continuación dicho orden jerárquico.

71. 1) Normas constitucionales

La Constitución Política es el conjunto de principios y normas o reglas fundamentales de un Estado que fijan las atribuciones de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial; la competencia de los más altos órganos estaduales; los derechos y deberes esenciales de los individuos y las garantías que estos mismos tienen frente a los poderes públicos. También suelen incluirse en la Constitución normas sobre otras materias consideradas indispensables de afianzar o consolidar en la ley suprema. Entre nosotros, por ejemplo, la propiedad del Estado sobre las minas estaba determinada en los Códigos Civil (art. 591) y de Minería del año 1932 (art. 1º) y más tarde el asunto se incorporó a la Constitución de 1925 a través de una ley de rango constitucional (Ley Nº 17.450, de 16 de julio de 1971), que nacionalizó la gran minería del cobre; la Constitución de 1980 reiteró la normativa (artículo 19, número 24º, incisos sexto a décimo).

En más de algún país no se ha resistido a la tentación de incorporar al texto constitucional materias que no le son propias y lo desnaturalizan. Así, por ejemplo la Constitución Federal de Brasil dispone que "el matrimonio civil puede ser disuelto por el divorcio, después de previa separación judicial por más de un año en los casos señalados por la ley, o por la separación de hecho que se pruebe haber durado más de dos años" (Art. 226, inciso 6º).

En Chile hubo intentos, todos fracasados, para consagrar el divorcio vincular en una norma constitucional.

Las normas constitucionales gozan de mayor estabilidad que cualesquiera otras porque, para ser modificadas, exigen condiciones más estrictas y un quórum más elevado (Constitución, artículos 116 y 117). El proyecto de reforma necesita, para ser aprobado, en cada Cámara, el voto conforme de las tres quintas partes de sus miembros en ejercicio. Si la reforma versa sobre los capítulos que en seguida se enuncian necesita en cada Cámara la aprobación de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio. Los capítulos en referencia son: I (Bases de la constitucionalidad), III (De los derechos y deberes constitucionales), VII (Tribunal Constitucional), X (Fuerzas Armadas, de Orden y de Seguridad Pública), XI (Consejo de Seguridad Nacional) o XIII (Gobierno y administración interior del Estado) (Constitución, art. 116). Después de la mencionada aprobación en cada Cámara, el proyecto de reforma constitucional debe ser aprobado por ambas reunidas en Congreso Pleno, y ha de serlo por la mayoría de éste (Constitución, art. 117).

72. 2) Leyes interpretativas de la Constitución y leyes orgánicas constitucionales

En la escala jerárquica de las leyes, después de las constitucionales vienen las que las interpretan y las llamadas leyes orgánicas constitucionales.

Las leyes que interpretan los preceptos constitucionales, es decir, las que aclaran o determinan su sentido oscuro o dudoso, necesitan para su aprobación, modificación o derogación de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio (Constitución, art. 63, inciso 1º) y, además, antes de ser promulgadas deben pasar por el Tribunal Constitucional para el control de su constitucionalidad (Constitución, art. 82, número 1º).

La ley interpretativa no representa un escalón nuevo y aparte de la ley interpretada, porque se entiende incorporada en ésta (C. Civil, art. 9º). Por tanto, la ley interpretativa de una Constitución tiene el carácter de constitucional.

Las leyes orgánicas constitucionales fueron introducidas por la Constitución de 1980 siguiendo las huellas de la Constitución francesa del general y Presidente Charles de Gaulle, promulgada en 1958.

El objeto de las leyes orgánicas constitucionales es fijar la organización y el funcionamiento de los poderes públicos, de ciertos servicios e instituciones del mismo carácter y regular otras materias consideradas de capital importancia. La propia Constitución se encarga, en cada caso, de declarar que se trata de una ley orgánica constitucional. Estas leyes necesitan para su aprobación, modificación o derogación, de las cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio (Constitución, art. 63, inciso 2º). Además, antes de su promulgación, requieren cumplir el trámite del control de su constitucionalidad, que debe practicar el Tribunal Constitucional (art. 82, número 1º).

Ejemplos de materias propias de leyes orgánicas constitucionales: organización y atribuciones de los tribunales de justicia (art. 74); organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional (art. 81, inciso final); organización básica de la Administración Pública (art. 38); cuestiones relativas al Congreso Nacional (artículos 48, 71 y 117 inciso final); atribuciones de las municipalidades, duración del cargo del alcalde (art. 107 inciso 3º, art. 109 inciso 2º); concesiones mineras (art. 19, número 24 inciso 2º); estados de excepción (art. 41, Nº 9); organización y funcionamiento del sistema electoral (artículos 18, 42 y 45); estatuto de los partidos políticos (art. 15, inciso final), etc.

73. 3) Leyes de quórum calificado

La Constitución de 1980 declara que ciertas leyes son de quórum calificado. Estas requieren para su aprobación, modificación o derogación de la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio (art. 63, inciso tercero).

Ejemplo de leyes de quórum calificado: las que versan sobre conductas terroristas y su penalidad (art. 9º, inciso 2º); las que tratan del establecimiento de la pena de muerte (art. 19, Nº 1º inciso 3º); las que se ocupan de los abusos de publicidad (art. 19, Nº 12 inciso 1º); las que versan sobre el control de armas (art. 92); pérdida de la nacionalidad (art. 11, Nº 3º); rehabilitación de la calidad de ciudadano (art. 17, Nº 3º); actividades empresariales del Estado (art. 19, Nº 21).

El quórum tan elevado exigido para las leyes orgánicas constitucionales, interpretativas de los preceptos de la Constitución y de quórum calificado lo fundan los comentaristas en la importancia que tienen ellas por la materia que abordan y, además, en algunos casos, se aduce la conveniencia de que se reúna un significativo número de votos para modificar o derogar leyes que se considera que dan estabilidad institucional.

Dejemos de lado un momento lo jurídico, y detengámonos en un asunto gramatical. A menudo en las leyes nos encontramos con la palabra quórum. ¿Cuál es el plural de ésta? ¿Los quórums? ¿O los quórumes? ¿O los quórum? Muchos sabios de la lengua rechazan todas estas formas. Uno de ellos dice que los plurales de referéndum, ultimátum (y también, naturalmente, de quórum) "forzosamente habrían

de ser totalmente irregulares (referéndums, ultimátums, quórums), pues no es corriente la forma terminada en "es" para este tipo de voces (referéndumes, ultimátumes, quórumes), o bien prescindir de ellos (los referéndum, los ultimátum, los quórum); en uno y otro caso aparecen como inaceptables, y lo mejor sería castellanizarlos todos, y así conferirles un plural regular. Pero…".[1]

Otros especialistas, refiriéndose a memorándum hacen reflexiones sobre el plural de esta palabra, que son también aplicables a quórum; afirman: "El plural más corriente de memorándum es memorándums, aunque también se dice memorándum (invariable)".[2]

Como vemos, los doctos no dan soluciones uniformes.

74. 4) Leyes ordinarias

Después de las leyes constitucionales, las orgánicas constitucionales y las de quórum calificado, vienen las leyes ordinarias, cuya aprobación, modificación y derogación representan lo común en la materia. La Cámara de Diputados y el Senado para poder entrar en sesión y adoptar acuerdos necesitan la concurrencia de la tercera parte de sus miembros en ejercicio. La clausura del debate ha de ser por simple mayoría (Constitución, art. 53).

75. 5) Decretos con fuerza de ley

Más adelante veremos que los cuerpos legales llamados decretos con fuerza de ley tienen, dentro de las materias que pueden regular, la misma jerarquía de las leyes a que normalmente se sujetan esas materias.

76. 6) Decretos generales o reglamentarios dictados por el poder ejecutivo

Hay dos clases de reglamentos que puede dictar el Presidente de la República: los de ejecución de una ley y los autónomos. Los primeros son los que fijan las normas de detalle para la aplicación de las leyes a que se refieren. Los reglamentos autónomos son los que puede dictar el Presidente sobre cualquiera materia no entregada a la competencia de las leyes.

La Constitución Política de 1980 comprimió el campo de las últimas. Las materias de ley quedaron reducidas a veinte. Se encuentran taxativamente enumeradas en el artículo 60 de la Carta Fundamental. Todo lo demás puede regularlo el Presidente de la República haciendo uso de su potestad reglamentaria (art. 32, Nº 8º).

No sucedía lo mismo en la Constitución de 1925 (artículo 44), que no limitaba las materias que pueden ser objeto de ley, sino que señalaba algunas determinadas que sólo admitían ser reguladas por ésta.

La Constitución chilena de 1980 imitó a la Constitución francesa de 1958, la del general De Gaulle, que enumera las materias que caen dentro de la esfera de la ley (art. 34), y declara que las demás son de la órbita reglamentaria (art. 37).

77. 7) Normas individualizadas

Un sector minoritario de la doctrina agrega todavía las llamadas normas individualizadas, constituidas por resoluciones de autoridades públicas (decretos, sentencias) o actos jurídicos de los particulares (contratos, testamentos), que concretan o individualizan las normas generales y abstractas citadas anteriormente. En pro del último peldaño, alégase que dichas resoluciones y esos actos también son normas porque, al mismo tiempo de aplicar el derecho, lo crean en cierta medida, como sucede, por ejemplo, con el contrato, que aplica la ley que lo establece y, a la par, genera normas concretas para

[1] JOSÉ MARTÍNEZ DE SOUSA, *Dudas y errores de lenguaje*, Barcelona, 1974, p. 335

[2] FERNANDO CORRIPIO, *Diccionario de Incorrecciones, Dudas y Normas Gramaticales*, Barcelona, Edición Especial 1979, p. 419, al final.

regular la conducta recíproca de las partes.

78. Colisión entre normas de igual jerarquía

Nadie discute que cuando se encuentran en oposición dos normas de la misma jerarquía el problema se resuelve de acuerdo con los principios de la teoría de la derogación de las normas jurídicas. Tal derogación considera dos factores principales, el cronológico y el de la especialidad: según el primero, la última ley suprime a la anterior y, conforme al segundo, las normas especiales priman sobre las generales, aunque estas últimas sean posteriores, salvo si la ley general posterior explícitamente quiso abolir a la especial más antigua. Oportunamente se estudiará el pormenor de estos casos.

79. Colisión entre normas de distinta jerarquía

Cuando hay pugna entre normas de diversa jerarquía, la solución de los juristas no es unánime. Imperan dos criterios distintos. De acuerdo con la tesis monista, nunca entra en juego la teoría de la derogación entre normas de diverso rango: siempre prevalece la norma de grado superior, sea que se haya dictado antes o después que la inferior. Por tanto, si una ley ordinaria era constitucional al tiempo de su dictación, dejará de serlo si queda en oposición con una Constitución promulgada después. De la misma manera, si un reglamento de ejecución, legal en su origen, se pone en contradicción con una ley posterior, caerá en la ilegalidad. La tesis contraria, la dualista, sostiene que hay que distinguir: si la norma de superior jerarquía es posterior, deroga a la de grado inferior que la contradice; pero si la norma de más rango es anterior, la de menos rango posterior es ilegal o ilegítima. Tratándose de una ley ordinaria que contradice a un precepto constitucional anterior, aquélla es inconstitucional.

La importancia práctica de los dos puntos de vista es evidente. Así, en caso de que una ley constitucional posterior quede en pugna con una ley ordinaria anterior, de acuerdo con la interpretación monista habrá que recurrir siempre a la Corte Suprema para que declare la inaplicabilidad por causa de inconstitucionalidad; en cambio, con el criterio dualista, bastará poner en juego la teoría de la derogación, y esto puede hacerlo cualquier juez y no sólo la Corte Suprema.

Al principio, esta última parecía inclinarse por la tesis de que el recurso de inaplicabilidad por causa de inconstitucionalidad procede tanto respecto de leyes anteriores como posteriores que estén en pugna con la Carta Fundamental, porque ésta no distingue para la procedencia del recurso entre unas y otras.[1] Pero en los últimos años prevalece en el Tribunal Supremo el criterio de que las normas de una ley que están en contradicción con una Constitución promulgada posteriormente no es materia de un recurso de inaplicabilidad, sino una cuestión de derogación que corresponde resolver a los jueces de la instancia.[2]

Nosotros estamos con este segundo punto de vista, y recordamos que la ley puede no distinguir en su letra, pero sí en su espíritu. ¿Qué razones explican y justifican el recurso de inaplicabilidad por causa de inconstitucionalidad? En primer lugar se trata de defender la supremacía de la Constitución sobre la ley común, y cuando aquélla es posterior a ésta no hay necesidad de tal defensa, si aceptamos que una ley de más rango y posterior a otra de menor jerarquía la deroga por el solo hecho de contradecirla. En segundo lugar el recurso de que hablamos constituye una garantía para el legislador común en cuanto se le asegura que su eventual desvío de la Constitución será dilucidado por el más alto tribunal de la

[1] En este sentido, por ejemplo, sentencia de 7 de enero de 1949, R., t. 46, sec. 1ª, p. 332.

[2] En pro de esta tesis que tiende a prevalecer pueden citarse, entre otros, los fallos siguientes, todos, naturalmente, de la Corte Suprema: 9 junio 1978, *Fallos del Mes*, Nº 235, p. 116, sent. 5; 16 enero 1987, *Gaceta Jurídica*, Nº 79, p. 29; 28 diciembre 1987, G. J. Nº 90, p. 27. Algunas de estas sentencias tienen votos de minoría a favor de la tesis contraria. El voto disidente de la citada sentencia de 16 enero 1987 afirma que si los jueces pueden decidir que una Constitución ha derogado a una ley común, también podría la Corte Suprema declarar la inconstitucionalidad, de acuerdo con el artículo 80 de la Constitución de 1980 que, como la de 1925, no hace diferencia entre leyes anteriores o posteriores a la Carta Fundamental.

Don Germán Verdugo B., en su Memoria de Licenciado *Las normas constitucionales y la vigencia de la legislación preexistente* (Santiago, 1971) expone en forma clara el problema y concluye que, a su juicio, las leyes anteriores a una reforma constitucional que quedan en contradicción con ésta, lisa y llanamente sufren derogación, la cual puede ser declarada por cualquier tribunal de la República.

Véase el estudio del profesor Jorge Precht Pizarro titulado *Derecho material de control judicial en la jurisprudencia de la Corte Suprema: derogación tácita e inaplicabilidad* (1925-1987). Aparece publicado en la R., tomo 84, primera parte, pp. 87 a 107.

República; pues bien, no cabe desvío alguno respecto de lo desconocido y futuro (la Constitución posterior) y, en consecuencia, tampoco tiene razón de ser la garantía del mencionado recurso. En resumen, la ley común que "queda" en contradicción con las normas de una Constitución posterior, simplemente es derogada tácitamente por ésta.

CAPITULO IV

NORMAS NO JURIDICAS QUE RIGEN LA CONDUCTA HUMANA

80. Enunciación

Además de las jurídicas, hay otras normas muy variadas que, desde diversos aspectos y con distinta intensidad, rigen la manera de obrar de los seres humanos. De ese cúmulo de normas que rigen la actividad del hombre sólo nos interesa detenernos en tres especies para diferenciarlas netamente de las reglas jurídicas. Son ellas las normas morales, las convencionales o de trato social y las religiosas.

A. LA MORAL

81. Significados de la palabra moral

La palabra moral tiene significados muy heterogéneos, que en seguida pasamos a considerar.

1. De acuerdo con su etimología (mores), designa todo lo relativo a la conducta humana, a las costumbres. Las normas pertinentes que rigen dichas costumbres las estudia la sociología considerando los diferentes aspectos que presentan en el espacio y en el tiempo, como forma de la cultura, y nos ofrece una descripción y una explicación de las mismas. En este sentido, algunos sociólogos (Durkheim, Lévy Bruhl) definen la moral como la "ciencia de las costumbres".

2. Por oposición a lo material, físico o fisiológico, y como sinónimo de psíquico, la voz moral se emplea para referirse a todo lo concerniente al espíritu, a lo inmaterial y no al cuerpo o a lo que es de orden material. Aplicando este punto de vista, se distinguen las ciencias morales o del espíritu (como la ciencia jurídica) y las ciencias físicas y biológicas; del mismo modo, diferenciamos los dolores físicos de los morales (pena, angustia, decepción, amargura). También se habla, por una parte, de las personas físicas, las de carne y hueso y, por otra, de las personas morales o jurídicas, cuya existencia es una realidad puramente espiritual, moral, jurídica.

3. En un sentido restringido, moral significa lo que es conforme al bien; se opone a inmoral. Ayudar desinteresadamente al prójimo es un acto moral; lucrarse con motivo de su infortunio, un acto inmoral. Y no está de más poner de relieve, al pasar, que un acto puede conformarse a la ley, pero ser inmoral. Por ejemplo, el individuo que compra una valiosa joya por la tercera parte de su valor real, aprovechándose de una necesidad urgente del vendedor, no contraría ninguna norma legal nuestra, pero sí la moral.

La moral engloba, pues, todo lo que tiene relación sea con el bien o con el mal en el ejercicio de la actividad libre y reflexiva del hombre.

4. Por último, se habla de moral, aunque en un sentido más bien familiar, para expresar el estado anímico o nivel mental de una persona o de un grupo de personas (deportistas, militares) caracterizado por la confianza personal o mutua de alcanzar un buen éxito en el fin propuesto. Y así se dice que un equipo deportivo o la tropa de soldados tiene la moral buena o muy alta o, en otros casos, que hay que reanimar la moral. Se ha observado, y con razón, que una buena moral está marcada por cierto optimismo en cuanto al logro del objetivo de la tarea emprendida.

Cuando el Derecho alude a la moral considérala en cuanto ella significa lo que es conforme al bien. En seguida tocaremos más precisamente el asunto.

82. Concepto de la moral en sentido normativo

Dejando de lado el aspecto de ciencia de la moral, nos concretaremos a las normas que esa misma ciencia pretende establecer y que necesariamente deben seguirse –sin condiciones– para que los actos de los hombres merezcan el calificativo de buenos.

La moral, en sentido tradicional, se presenta como válida universalmente. El bien, considerado en forma objetiva, es el mismo para todos los hombres al igual que las reglas que deben seguirse para alcanzarlo, al menos en sus líneas esenciales. Por el contrario, la ciencia positiva sostiene que la experiencia demuestra que la idea del bien varía con los tiempos y en los diferentes pueblos.

En general, podríamos decir que la moral es el conjunto de normas de conducta que debe tener el hombre frente a sí mismo y frente a los demás, e incluso frente a los animales, para que sus hechos y también sus pensamientos se ajusten al bien, a la honestidad, a la justicia.

Estas normas, que no están escritas como la mayoría de las jurídicas, emanan, según algunos, de la propia naturaleza humana y el hombre las reconoce y determina por su sana y libre reflexión.

En opinión de otros, los positivistas, las normas morales surgen y se mantienen por obra de la opinión pública, los usos, las costumbres y la fuerza de los estímulos internos del hombre. Estas normas, recalca la tendencia de que hablamos, no son eternas; cambian a medida que varían los diversos factores que las engendran, entre los cuales han de contarse los religiosos y los económicos.

83. Moralidad pública

Se entiende por moralidad pública el conjunto de nociones y sentimientos que, relativamente al orden moral, tiene un pueblo en un momento histórico dado. Es el modo que tiene un pueblo, en cierto momento histórico, de sentir y distinguir el bien y el mal, lo honesto y lo deshonesto, lo justo y lo injusto.

84. Moral individual y moral social

La moral, según sea el sujeto o los sujetos respecto de los cuales se impongan los deberes al individuo, se divide en moral teológico o religiosa, individual y social.

La primera, que se refiere a los deberes del hombre para con Dios, es de importancia suprema para los creyentes; los que no lo son han de mirar con respeto la práctica de esos deberes por los que profesan cualquiera religión. No en balde las Constituciones de todos los países civilizados garantizan la libertad de conciencia y las formas de expresarla.

La moral individual establece los deberes del hombres para consigo mismo, en cuanto a su existencia, vida física, intelectual y la voluntad. Son deberes de la moral individual el conservar la vida (prohibición del suicidio), desarrollar un cuerpo sano, instruir y pensar justo, tener el dominio de sí mismo, controlar las tendencias y dirigirlas al bien.

La moral social establece los deberes del hombre para con los demás semejantes. Atañe, pues, a todos los individuos respecto a la familia, la sociedad civil y la sociedad internacional.

85. Conciencia moral

Las normas o leyes morales son obligatorias tales cuales son en sí mismas; sin embargo, no pueden imponerse a ninguna persona, "sin que ella las acepte como verdaderas y reconozca necesaria su aplicación en cada caso particular. Ahora bien, la facultad de reconocer la norma o ley moral, de aplicarla a todas las circunstancias es lo que se llama conciencia".

"Por consiguiente, la conciencia es el acto del espíritu en cuya virtud aplicamos a un caso particular, a una acción por hacer o hecha las reglas generales dadas por la moral. Además, es también el juez interno que condena o absuelve. Por una parte, dicta lo que es preciso hacer o evitar y por otra

juzga lo hecho. Bajo este concepto es la condición del cumplimiento de todos nuestros deberes; pues aunque no constituya el deber, que le es superior, no obstante sin ella no sería conocido ningún deber, y por tanto toda moralidad sería imposible". [1]

86. Diferencias entre el derecho y la moral

El derecho y la moral presentan muchas semejanzas: el fin de ambos, en el fondo, es el mismo, buscar la felicidad del hombre; el uno y la otra se proponen señalar directivas a la conducta humana, etc. Pero las diferencias entre ambas disciplinas son muchas y notables. Las que más comúnmente se subrayan son las indicadas a continuación.

1. El dominio de la moral es más extenso que el del derecho, pues mientras este último determina los deberes del hombre frente a sus semejantes, aquélla también señala los que tienen para consigo mismo.

2. Las normas de la moral tienen mayor amplitud que las del derecho. Aquéllas ordenan no sólo abstenerse de dañar al prójimo, sino que van más allá: establecen como imperativo, hacerle el mayor bien posible; el derecho se limita a mandar que no se perjudique a otro. Y esto es explicable. El derecho no persigue, como la moral, la perfección del individuo, sino la paz y el orden para que la sociedad pueda desenvolverse y, como está dirigido a la masa de los hombres, formula las exigencias que bastan a esos fines. El término medio de los seres humanos es más o menos bueno, pero no altruista.

3. Se habla de la interioridad de la moral y de la exterioridad del derecho. Con esto quiere significarse que la primera juzga las intenciones del individuo por sí solas, aunque jamás se materialicen en un acto externo. Si una persona odia a otra, por ese solo hecho contraría las normas morales, sin que importe la circunstancia de que nunca se le pase por la mente dañarla. Por el contrario, el derecho no se preocupa de las intenciones por sí solas. Al revés de la moral, no se inquieta, verbigracia, por el odio de los seres humanos mientras no se materialice en un hecho lesivo para el odiado.

Lo anterior ha de entenderse con ciertas aclaraciones. Por una parte, la moral, cuando las circunstancias lo imponen, valora también los actos exteriores. Clásico es el ejemplo del que da grandes limosnas con ostentación. La moral no lo juzga con la misma vara que al que anónimamente hace el bien. Por otro lado, en varios casos el derecho pondera la intención cuando se proyecta en actos exteriores; por ejemplo, toma en cuenta el dolo, la malignidad del delincuente (mens rea) para medir su peligrosidad y aplicar la pena. Y el derecho tampoco olvida la intención buena que ha empujado a realizar ciertos actos. Si una persona hizo una donación cuantiosa a otra y, con las vueltas de la vida, el donante cae en el infortunio hasta el punto de no poder, con sus propios recursos, subsistir en forma modesta de acuerdo con su posición social, la ley lo autoriza demandar al donatario los alimentos para dicha subsistencia (C. Civil, arts. 321 Nº 9, 323 y 324). La obligación del donatario, que corresponde a la intención altruista del donante, también tiene por fundamento un valor moral, la gratitud, que es, según dicen, la memoria del corazón.

4. El cumplimiento del imperativo moral queda entregado a la sola conciencia del individuo; el del jurídico es excitado por la amenaza de la sanción, sanción que puede consistir en el cumplimiento forzoso de la obligación o si ésta, por su naturaleza no lo permite, se resuelve en medidas coercitivas sucedáneas. La orden de cumplir el deber moral viene del propio individuo que lo acata, de su alma, de su conciencia; en cambio, la orden de someterse al deber legal emana del exterior, del ordenamiento jurídico.

Lo anterior, con un lenguaje un poco más técnico, se traduce en decir que "mientras cada regla moral es absoluta, lo que significa que sólo en su contenido encuentra la propia validez y, por tanto, obliga únicamente al individuo que, reconociéndole ese valor, decide ajustarse a ella, y es por esto también autónoma[1] en el sentido de que ejerce su imperatividad sólo en cuanto la conciencia del

[1] P. JANET, *Tratado Elemental* de Filosofía, traducción española de la 4ª edición francesa, París, Nº 518, p. 657.

De más está decir que la conciencia psicológica es otra cosa. En sentido subjetivo se define como "la función por la cual un individuo conoce sus propios estados", y en sentido objetivo se dice que "es la materia de la vida psicológica o conjunto de hechos psicológicos. En este sentido objetivo comprende, pues, el subconsciente y el inconsciente".

[1] "La autonomía psicológica es la propiedad de una voluntad cuya determinación excluye cualquier especie de imposición interna o externa. La autonomía moral es la propiedad por la que un ser racional elige la ley de su conducta. Kant habla de la autonomía de la voluntad y la define como la propiedad de ésta de no determinarse sino en virtud de su propia ley, que consiste en

individuo acepta el contenido de dicha norma; en cambio, la norma jurídica deriva su fuerza vinculante del hecho de estar inserta en un sistema destinado a la organización de una colectividad, por manera que aun cuando también disciplina la acción del individuo ("norma de conducta") se presenta como heterónoma,[2] es decir, impuesta por otro, por el ordenamiento jurídico en su conjunto".[3]

5. Moral y derecho también se diferencian en cuanto a la sanción. Generalmente, salvo contadas excepciones, la de este último, son medidas directa o indirectamente coercitivas; la sanción moral, en cambio, jamás lleva a cumplir por la fuerza el deber violado y se reduce a la desaprobación de la conducta inmoral por el grupo humano en que dominan las normas éticas vulneradas y al remordimiento de conciencia que pueda sufrir el burlador de las mismas. Juvenal, el satírico romano (años 55 a 135), decía que el castigo más importante del culpable es el de nunca ser absuelto en el tribunal de su propia conciencia (Sátiras, XIII, 1).

Estas sanciones son eventuales. Hay individuos que no se inmutan por la censura colectiva y desconocen el vivo pesar o reproche de la conciencia por haber violado el orden o el deber.

87. Aproximación y separación de la moral y el derecho

Todos sabemos que innumerables comportamientos son regulados a la vez por la moral y el derecho (no matar, no robar, no cometer adulterio, actuar de buena fe, etc.), y que, a menudo, el último se remite a normas de aquélla o las incorpora directamente a su seno, revistiéndolas en ambos casos de juridicidad. El derecho hace jurídicas las normas morales cuando las juzga indispensables para el orden social que él regula.

En cuanto a la incorporación de las normas morales al derecho positivo, hay dos tendencias doctrinarias.

a) Una parte del principio que la vida social descansa sobre un código moral y que el Estado debe poner en práctica y salvaguardar en la mayor medida posible. Se sigue como consecuencia que las normas morales predominantes todas deben elevarse al rango de jurídicas y, además, los jueces, en los espacios que las leyes dejen libres, han de procurar la aplicación de los mandatos morales (moralización del derecho).

b) La otra tesis, llamada utilitarista, separa tajantemente la moral pública de la privada y estima que la libertad de las personas ha de limitarse al mínimo, el indispensable para no perturbar el correcto funcionamiento de la organización social. Afirma que la misión del Derecho no es sancionar las reglas de la moral y darles así patente de juridicidad; su misión es más bien cautelar el orden público, es decir, la convivencia armónica y pacífica de los miembros de la sociedad, protegerlos de lo que pueda serles dañino y establecer barreras eficaces contra la corrupción. Recalca también esta tesis que la ley no debe intervenir en la vida privada de los ciudadanos ni tratar de promover tipos de comportamiento más de lo que sea necesario al mantenimiento del orden público. La libertad de los ciudadanos sólo ha de tener la cortapisa de este orden, y nada más.

Siguiendo el criterio utilitarista, hay países, como Chile, que no condenan en sus leyes el simple concubinato, es decir, el hecho de que una mujer y un hombre vivan como casados sin estarlo, ni la venta de anticonceptivos. Otros, como Suiza y Canadá (Chile no) se abstienen de sancionar la homosexualidad de los adultos libremente consentida.

Quien marcha a la cabeza en esta materia es Dinamarca, país de poco más de 5 millones de habitantes que, en su 96%, son de religión luterana. Durante los últimos sesenta años ha ido reconociendo, cada vez más, derechos a la homosexualidad masculina y femenina hasta culminar, el 26 de mayo de 1989, con la puesta en vigencia de una ley que autoriza el "matrimonio" civil entre parejas del mismo sexo. Dice ella, en su artículo 1º, con lenguaje prudente, que "dos personas del mismo sexo pueden registrar su asociación". Esta hace nacer los mismos derechos que el matrimonio normal en relación con herencias, pensiones, propiedad de bienes e impuestos. Pero la unión legal entre homosexuales masculinos o lesbianas no puede adoptar a menores de edad. Porque es bien sabido que en la propensión a la homosexualidad tienen influencia decisiva no sólo factores congénitos o de ciertos

conformarse con el deber" (REGIS JOLIVET, *Vocabulaire de la Phisolophie*, París, 1989. Voz "Autonomie".

[2] En moral, se entiende por *heteronomía* "el estado de una voluntad que recibe su ley de afuera. Kant dice que es el estado de una voluntad que no es legisladora de sí misma" (JOLIVET, ob. cit., voz "Héteronomie").

[3] TORRENTE Y SCHLESINGER, *Manuale di Diritto Privato*, Milano, 1981, p. 7, al final.

complejos freudianos, sino también atentados sexuales en la infancia o en la adolescencia. Notemos, en seguida, que, al menos uno de los miembros de la asociación debe ser danés y, si el otro es extranjero, no tiene derecho de adquirir la nacionalidad dinamarquesa como consecuencia del "matrimonio", al revés de lo que ocurre en los casos normales.

Sin duda el legislador danés ha considerado el problema de los homosexuales desde un punto de vista práctico. Seguramente ha estimado que la regulación legal de la convivencia íntima de dos mujeres o dos hombres da estabilidad a la unión e impide en apreciable medida la expansión de la homosexualidad a través de cambiantes conquistas. Además, y por la misma razón, se reducen las probabilidades de contagios mortales por todos conocidos.

Los efectos que uno de tales "matrimonios" pueda surtir en Chile, siendo los dos contrayentes daneses o uno de ellos chilenos, es cuestión de Derecho Internacional Privado que no corresponde resolver aquí.

88. Buenas costumbres; concepto general

En ciertos casos las leyes aluden a las buenas costumbres. Por ejemplo, en el título De los actos y declaraciones de voluntad, nuestro Código Civil dice que se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato, y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público (art. 1467). Un ejemplo de causa ilícita es la promesa de dar algo en recompensa de un hecho inmoral, como sería obligarse con un equipo de fútbol a darle una gruesa suma de dinero si se deja vencer por el equipo contrario.

En general, llámanse buenas costumbres los comportamientos habituales y comunes de los miembros de una sociedad que se ajustan a la moral imperante en ésta.

La pauta de la moral de una determinada sociedad en una época también determinada no la dan los ascetas, sino el término medio de los componentes de la agrupación social.

89. Buenas costumbres; concepto específico del Derecho Penal

Las buenas costumbres, en el Derecho Penal, hállanse tomadas en un aspecto bien específico. Se refieren a la moralidad sexual. El criterio que predomina en una sociedad en torno a las manifestaciones del sexo es el que sirve para valuar, en ese terreno, el comportamiento de los miembros de aquélla.

Nuestro Código Penal se ocupa del ultraje a las buenas costumbres. Este delito consiste en ofender de cualquier modo el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia, no comprendidos expresamente en otros artículos del mismo Código (art. 373).

El pudor es el sentimiento de vergüenza ante un hecho obsceno, o contrario al recato o a la honestidad.

Para que los hechos que ofenden al pudor o las buenas costumbres constituyan el delito de ultraje a éstas deben ser de grave escándalo o trascendencia. Si no lo son, aunque resulten mortificantes para la víctima, sólo se califican como una falta que cae bajo la norma según la cual se castiga al que públicamente ofendiere el pudor con acciones o dichos deshonestos (C. Penal, art. 495, Nº 5º). En esta falta incurren los audaces que en calles, plazas, vehículos de locomoción colectiva y en diversos sitios públicos de nutrida concurrencia, súbita y furtivamente besan, manosean o pellizcan a mujeres en regiones más o menos sacras. Estos fraudes carnales son antiquísimos, y más de un viejo cuerpo legal se ha ocupado específicamente de ellos. Por ejemplo, el Fuero de Sepúlveda, recopilación de antiguos usos y costumbres que don Alonso VI, rey de Castilla, puso por escrito el año 1076. Pues bien, una de sus normas dispone: "Pague dos maravedis el que toque a pechos o partes de viuda, o la bese, y si es doncella la mitad de la pena; y si fuere casada, el doble, y dé por enmienda casado por casada, viudo por viuda, doncello[1] por doncella; y si la doncella fuere hidalga, y el agresor lo supiere, páguele a más 500 sueldos".

[1] La palabra "doncello" ha desaparecido del idioma. No figura ni siquiera en el primer Diccionario de la Real Academia Española, el llamado de Autoridades, que se publicó en seis tomos entre 1726 y 1739. Ha sido reemplazada por "doncel", que tiene varios significados, siendo el pertinente en el caso el de "hombre que no ha conocido mujer".

90. Obscenidad y pornografía

El ordenamiento jurídico chileno sanciona la circulación de escritos, láminas, pinturas y estatuas de carácter obsceno. Por ejemplo, el Código Civil declara que hay objeto ilícito en la venta de libros cuya circulación esté prohibida por la autoridad competente, de láminas, pinturas y estatuas obscenas y de impresos condenados como abusivos de la libertad de la prensa (art. 1466). Por su parte, el Código Penal, en el párrafo dedicado a los ultrajes públicos a las buenas costumbres dispone: "El que vendiere, distribuyere o exhibiere canciones, folletos u otros escritos, impresos o no, figuras o estampas contrarios a las buenas costumbres, será condenado a las penas... y multa... En las mismas penas incurrirá el autor del manuscrito, de la figura o de la estampa o el que los hubiere reproducido por un procedimiento cualquiera que no sea la imprenta" (art. 374). Como puede observarse, el adquirente de las cosas señaladas está libre de sanción penal.

No hay duda que, dentro de la norma del Código Civil y de la del Penal, caen los libros, dibujos, pinturas, estatuas que puedan calificarse de obscenos y específicamente de pornográficos.

Para el Diccionario, obsceno es todo lo impúdico, ofensivo al pudor. Sin embargo, nadie se atreve a dar una definición precisa del concepto y de validez general, y la razón está en que lo obsceno tiene tantos significados como países, temperamentos, mentalidades, concepciones. En verdad, trátase de una de esas ideas que más se sienten que se definen, y todos percibimos intuitivamente qué caracteres tiene lo moralmente repulsivo para, en nuestra sociedad y época, tacharlo de obsceno.

La pornografía es una especie de obscenidad, o sea, toda pornografía es obscena, pero no todo lo obsceno es pornográfico.

La pornografía implica una desviación de la conducta moral y consiste en tratar de excitar, a través de la literatura o las obras de arte, los impulsos sexuales o pensamientos lascivos.

Otra definición, desprendida de un ensayo de Simone de Beauvoir,[1] aparece en una sentencia de un tribunal chileno,[2] y dice: "La pornografía, sea literaria o gráfica, tiene por objetivo la alucinación, en que el lector debe identificarse con el narrador para experimentar las mismas sensaciones emotivas como si tomara parte en las actividades (sexuales) que se le describen".

No obstante la respetabilidad de la escritora francesa, estimamos exagerada su concepción. Muy pocas obras podrían calificarse de pornográficas con la pauta que ella da, por lo menos frente a lectores de equilibrio psicológico. Para nosotros, lo decisivo es que el objetivo de la obra busque la excitación señalada, complaciéndose en ella.

Dijimos que si bien todo lo pornográfico es obsceno, la inversa no es verdadera. Por ejemplo, la pintura de un anciano semidesnudo evacuando sobre las hierbas del campo es puramente obscena. Como lo son también las exclamaciones soeces.

Los libros, grabados, láminas, pinturas, etc., que, con fines de enseñanza científica, ilustran sobre la anatomía y fisiología sexuales no son moralmente censurables. Pero hay libros y revistas que, so capa de "una sana y moderna educación sexual", sólo difunden pornografía.

Por otra parte, la Ley de Abusos de Publicidad castiga al que cometiere el delito de ultraje a las buenas costumbres por algún medio de difusión, como diarios, revistas, carteles, afiches, volantes, radio, televisión, cinematografía, fonografía, etc. En seguida dicha ley, con gran preciosismo, ocupa más de una página en señalar los casos que en especial se consideran ultraje público a las buenas costumbres (artículos 16, 20 y 26).

¿Cuándo una obra literaria o artística merece calificarse de obscena? De acuerdo con un criterio ilustrado y penetrante, para que una obra literaria o artística se estime obscena no basta que tenga algunos pasajes o detalles de este carácter; es preciso que la obra, en su conjunto, busque la complacencia en lo impúdico. Muchos trabajos literarios, por la naturaleza de las situaciones que describen, exponen uno o más episodios obscenos que reflejan la cruda realidad de cualquier estrato social, sea alto o bajo, o la de un sujeto perverso. Pero en estos pasajes se desnuda una verdad, sin pretender deleitar con lo impúdico, y la obra, globalmente considerada, menos aún. El novelista más original de este siglo y que marcó nuevos rumbos al género, el irlandés James Joyce (1882-1941), en su larguísima novela Ulises, cuya trama se desarrolla toda en un día, muestras varias escenas en tono

[1] El ensayo se titula "Le marquis de Sade". Hay una versión castellana publicada por Ediciones Leviatán, Buenos Aires, 1956.

[2] Esta sentencia es del 9º Juzgado del Crimen de Santiago, 26 de septiembre de 1969, R., t. 66, sec. 4ª, p. 259 (considerando 6º, pp. 261-262).

subido, incluso un encuentro sexual con cierta muchacha, narrado abiertamente, pero sin delectación, por lo que no puede calificarse de intención obscena o pornográfica. Durante mucho tiempo se sostuvo lo contrario y la novela sólo pudo editarse en 1922. La catalogaban de obscena, sobre todo en Inglaterra. Una mejor ponderación de las cosas llevó a la conclusión de que el realismo, por fuerte que sea, no es suficiente para tildar a una producción literaria o artística de obscena o pornográfica, si el contexto de ella evidencia que su objetivo es, a través de la exposición de la verdad, plantear cuestiones psicológicas, sociales, etc., sin que se advierta en la crudeza realista complacencia en lo impúdico.

Entre nosotros se debatió si una novela del marqués de Sade, titulada La filosofía en el tocador podía entrar o no en el país. El juez pidió informe a diversos escritores. Resultaron todos favorables a la obra. Porque, en último término, ella contenía, a juicio de los informantes, valores psicológicos, filosóficos y literarios muy estimables. Guiándose por estos pareceres y sin consultar los adversos, el magistrado declaró que la novela cuestionada podía internarse en el país y ser leída, sin perjuicio de la opinión de cada cual sobre la calidad literaria de la Philosophie dans le Boudoir.[3]

Sade, llamado por sus partidarios "el divino marqués" y por otros "el Newton de la sexualidad anormal", es a los ojos de todos un escritor escandaloso, pero mientras unos dicen que de sus escritos emana una "grandeza misteriosa", otros afirman que sólo es un pornógrafo que se refocila en ayuntar la sexualidad y la crueldad en el grado más alto y repugnante. Esta última consideración movió a un juez francés, en 1955, a ordenar el embargo y la destrucción de la obra en referencia. El juez chileno adujo en su sentencia la libertad de opinión; el juez francés señaló que los límites de ella fueron sobrepasados; el juez chileno señaló la calidad literaria y la filosofía que, en el informe de los entendidos, tiene gran parte de la obra sadiana; el juez francés observó que esa filosofía no puede separarse de las descripciones más ignominiosas de la depravación humana, que son aplicación de esa filosofía o que sirven de pretexto a su exposición; el juez chileno termina absolviendo al inculpado, el importador de los ejemplares de la novela y ordena que "la mercadería cuestionada en autos puede ser internada"; el juez francés termina fallando que "a pesar del valor literario de la obra de Sade, presenta sin duda un carácter ultrajante para las costumbres y, por tanto, ordeno la confiscación y la destrucción de la obra embargada".[4]

Hoy día en la mayoría de los países de cultura occidental circula libremente la obra de Sade, tal vez por la influencia que ha tenido la aceptación de ella por muchos escritos de tendencias tan opuestas como el surrealista André Breton y el existencialista Albert Camus. Este último, en unas conferencias que dio en Brasil, Uruguay y Chile, en el año 1948, dijo: "En materia de libros divido a los hombres en dos sectores: los que escriben y los que los censuran. Yo pertenezco a los primeros y me paso la vida luchando contra los segundos".

En el campo de la pintura y la escultura se ha presentado también la cuestión de la pornografía, principalmente con motivo de los desnudos artísticos que surgen desde los tiempos prehistóricos, según lo atestiguan documentos arqueológicos. El criterio hoy prevaleciente sobre la materia es el que, en el fondo, señala una sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso pronunciada a fines del siglo pasado. Según dicha pauta los desnudos artísticos que no evocan ni sugieren ninguna acción desvergonzada no atentan contra las buenas costumbres (moral sexual) y nada obsta para que se exhiban públicamente.[5] En la causa se perseguía a un comerciante por haber colocado en la ventana de su negocio una reproducción en mármol de "Las Tres Gracias", cuya estatua original pertenece al escultor danés Bartolomé Torwaldsen, inspirada en el cuadro del mismo nombre del pintor flamenco del siglo XVII Pedro Pablo Rubens, que representa, de pie, a tres hermosas mujeres desnudas en actitud de plácida y amable conversación. La obra de Rubens puede verse en el Museo del Prado (Madrid).

Como en las producciones literarias, también es decisiva la apreciación global en las esculturas y pinturas para resolver si atentan o no contra la moral pública. Un ejemplo. A mediados de siglo XIX, en Estados Unidos, hubo resistencia a la exhibición de la estatua del escultor Hiram Powers llamada Esclava griega. Se objetaba no tanto la desnudez completa de la bella joven de mármol, sino cierto mórbido placer que, en opinión de los censores, "producían las caderas de hierro sobre la carne suave". Sin embargo, la pureza y dulzura de la expresión facial de la imagen, certificada por una comisión de ministros eclesiásticos, diluyeron la oposición y, al fin, se permitió al público admirar la estatua.[6] Hoy

[3] Sentencia del 9º Juzgado del Crimen de Santiago, dictada en 26 de septiembre de 1969, R., t. 66, 2ª parte, sec. 4ª, pp. 259-263.
[4] Véase la sentencia francesa en JANINE NEBOLT MOMBET, *Qui était le marquis de Sade*, París, 1972, pp. 124-125.
[5] Sentencia publicada en la Gaceta de los Tribunales, año 1897, tomo II, Nº 3.541, p. 743.
[6] ERWIN O. CRISTENSEN, Historia del Arte Occidental, versión castellana del inglés, Editora Press Service, Inc., Nueva York,

está en la Galería Corcoran (Washington).

A través del cine, la pornografía se divulga con cierta profusión en los países sin consejos de censura especiales. Se da por sentado que nadie puede coartar a los mayores de edad su libertad de ver o no lo que se les ofrece; el criterio, la moral, las creencias de cada cual son los factores determinantes y no la apreciación ajena. En los países que cuentan con dichos consejos éstos impiden la exhibición de las películas en referencia; pero nada pueden hacer con los videos escabrosos y clandestinos que se venden o arriendan a particulares para que los proyecten en sus casas y den acceso pagado a extraños.

Ciertos teatros y bares brindan vivas demostraciones, en mayor o menor grado, del fenómeno cuestionado.

Se combate la pornografía porque, sobre todo cuando va acompañada de manifestaciones sádicas, incita a no pocos individuos a la violación y a otros delitos sexuales. Sin duda, la gravedad de estos hechos punibles conmueve a todos, incluso a las personas que indirectamente los acicatean. La actriz pornográfica y diputada italiana Cicciolina, abogando por mayores sanciones al delito de violación, decía, en abril de 1989, que no obstante su criterio libérrimo en el campo sexual, la brutalidad de forzar la intimidad física y psíquica de una persona, cualquiera que sea el nivel moral de la víctima, lo consideraba un acto horroroso merecedor de severos castigos.

El 16 de mayo del mismo año 1989 el Vaticano dio a la publicidad un documento de 13 páginas titulado Pornografía y violencia en los medios de comunicación: una respuesta pastoral. Declárase ahí que las exhortaciones a la tolerancia de la pornografía proviene de "malos argumentos libertinos". Agrégase que exhibir a través de los medios de comunicación la violencia y figuras o actos impúdicos significa dar una visión deformada de la vida y la moralidad, una interpretación contraria a la auténtica dignidad y el destino del ser humano. En seguida argúyese que la gente corre el riesgo de influenciarse en su comportamiento privado por lo que ve en la pantalla o en las revistas. Se afirma luego que "la pornografía y la violencia sádica desprecian la sexualidad, pervierten las relaciones humanas, explotan a los individuos, especialmente a las mujeres y los niños, destruyen el matrimonio y la vida familiar, inspiran actitudes antisociales y destruyen la fibra moral de la sociedad". Como conclusión, el documento propone la dictación o el perfeccionamiento de leyes nacionales contra los males de que se trata; la redacción de un código de ética por los personeros de los medios de comunicación, los padres y maestros y, en fin, la aprobación de leyes internacionales dirigidas a evitar la difusión de la pornografía y la violencia por la televisión, las revistas, la cinematografía, ya que las señaladas lacras degradan a la mujer y corrompen a las personas, especialmente a los niños.

B. NORMAS DE USO SOCIAL

91. Concepto

Normas de uso social son las prácticas que observa una sociedad o algunos sectores de ella en orden a la cortesía, a la buena educación, a la estimación de la dignidad propia y ajena, a pautas de vestimentas, de exteriorización de sentimientos ante ciertos hechos faustos o infaustos, etc.

Constituyen usos sociales la moda, la etiqueta, los actos de trato amable, las maneras de honrar a las personas y de defender el honor herido, la práctica voluntaria de agradecer ciertas atenciones mediante una suma de dinero (propina), etc.

92. Diferencias entre las normas jurídicas y las de uso social

a) Las normas jurídicas o de derecho son autárquicas, es decir, una vez establecidas se imponen por su propio valor; en cambio, las de uso social no se imponen sino que se aceptan por los interesados. De ahí que se diga que son convencionales.

b) Las normas jurídicas pueden hacerse cumplir por la fuerza, cuando es posible, y si no, se aplican otras sanciones sustitutivas. Ninguna de tales medidas procede contra el infractor de una norma de uso social; la sanción contra éste se reduce a la desaprobación de los ofendidos o a la exclusión del círculo

1966, p. 472.

en que aquél actuaba.

c) La sanción de las normas jurídicas cuenta con el apoyo del Estado, no la de las normas sociales.

Un ejemplo clásico pone de relieve la diferencia de sanciones entre ambas categorías de normas. Si un amigo deliberadamente quebranta la norma usual del saludo civil, el desairado lo reprobará o, tal vez, lo excluirá del grupo de sus amistades; pero en ningún caso podrá, por vías legítimas, obligarlo a saludar. Al contrario, el soldado que infringe la norma jurídica del saludo militar, será obligado a cumplir ese deber y cargará con una sanción retributiva.

93. Variabilidad de los usos sociales; fuerte persistencia de algunos

Los usos sociales, que dominan muchos aspectos de nuestra vida, varían según las épocas y los países.

Algunos empero atraviesan los siglos. Ejemplo típico es el llamado duelo de honor en que dos personas, en igualdad de condiciones, haciendo uso de armas convenidas, se traban en combate para lavar una ofensa no reparada. Ante la proliferación de tan "honorables" muertes, el duelo fue prohibido en muchas legislaciones. Sin embargo, y a pesar de las sanciones, la práctica continuó, batiéndose los duelistas no sólo por el honor propio sino también por el ajeno, sobre todo por el de las damas. Cuéntase que el escritor satírico más grande de España, don Francisco de Quevedo (1580-1645), dio muerte en duelo a un señor que había abofeteado a una dama a la salida de una iglesia, dama a la cual Quevedo ni siquiera conocía. Algunos investigadores han desmentido la realidad del caballeroso lance; pero, sea como fuere, de todas maneras demuestra la facilidad con que se recurría al singular desafío.

En nuestros tiempos, hay Códigos que prohíben el duelo y lo castigan como un homicidio cualquiera o como delito de lesiones, según las consecuencias que haya traído. La mayoría de las legislaciones, entre las que se cuenta la chilena, considera el duelo como un delito privilegiado, cuyas consecuencias, el homicidio o las lesiones corporales, son castigadas, pero con penas menores que las señaladas a los correspondientes delitos. Por último, una minoría de Códigos penales –el uruguayo, por ejemplo–, cumpliéndose determinadas condiciones, declara impune el duelo.

Otro uso social que ha persistido es el de la propina. Invocando la dignidad de los servidores de ciertos establecimientos (hoteles, restaurantes y cafés), en Chile, como en otros países, se la reemplazó legalmente por un porcentaje del precio del servicio proporcionado. Sin embargo, al poco tiempo, además de este porcentaje (propina legal) se empezó a dar por los clientes la antigua propina voluntaria, la cual se dignaron aceptar los beneficiados. De manera que este uso social ha resultado invencible.

94. Las reglas de los juegos

Algunos autores mencionan especialmente entre las normas de uso social las reglas de las muy diversas clases de juego de entretención:[1] naipes, ajedrez, tenis, fútbol, etc.

En cuanto a las sanciones, los juegos que no se han transformado en una actividad profesional conservan las de repudio al tramposo o su exclusión del círculo social respectivo.

No faltan individuos que ponen su honor en el pago de las deudas de juego y llegan al suicidio si no pueden solucionarlas, aunque legalmente nadie pueda obligarlos al pago, porque hay objeto ilícito en las deudas contraídas en juego de azar y, consecuentemente, ellas son nulas, de nulidad absoluta (C. Civil, arts. 1466 y 1682).

95. Recíproca influencia de los usos sociales y las normas jurídicas

A veces, las normas de uso social son elevadas al rango de normas jurídicas, como sucedió con la propina voluntaria que, más tarde, regulada por la ley, se transformó en un porcentaje obligatorio del precio del consumo o del uso en que, con su atención personal, intervienen empleados de determinados establecimientos: cafés, restaurantes, hoteles.

[1] En este sentido, por ejemplo, JEAN CARBONNIER, *Droit Civil*, t. 1, París, 1974, pp. 22-23.

También el duelo, como un uso social, se incorporó, bajo ciertas condiciones, al ordenamiento jurídico, sea para librar de responsabilidad penal a los duelistas, como en Uruguay, o para atenuar esa responsabilidad a los mismos, como en Chile.

En otras ocasiones el Derecho obliga suprimir el uso social. En Rusia, por ejemplo, Pedro el Grande (1672-1725), que trató de europeizar a su país, prohibió, a sus súbditos, bajo pena de multa, llevar barba, y a los grandes señores se las cortó personalmente; también obligó, a hombres y mujeres, adoptar la vestimenta europea. Otro modernizador de su patria, Mustafá Kemal Ataturk (1881-1938), instaurador en 1922 del sistema republicano en Turquía, prescribió que sus connacionales abandonaran el tradicional uso del típico gorro llamado fez. Por último, recordemos que en algunas playas del mundo de nuestros días normas municipales prohíben a las damas seguir la moda de los trajes de baño demasiado parciales...

C. NORMAS RELIGIOSAS

96. Concepto de religión

Toda religión es un conjunto de creencias o dogmas acerca de la divinidad, a la cual se teme y respeta y se trata de complacer a través de oraciones, sacrificios y observancia de la conducta moral, individual y social, que el respectivo credo impone.

97. Normas religiosas y normas jurídicas

En los orígenes de la civilización, grande fue la confusión entre normas religiosas y jurídicas y, en cierta medida, todavía acaece en pueblos dominados por algunas religiones, como la musulmana o islámica. Pero la tónica general, a partir del Renacimiento y con mayor ímpetu desde la Revolución francesa, ha sido la separación neta entre ambas clases de normas.

Cierto es que las normas morales de muchas religiones coinciden con no pocas reglas jurídicas fundamentales, como los mandamientos de no matar, no robar, no codiciar la mujer del prójimo; pero en estos casos la nota diferencial la dan las sanciones. Estas, tratándose de las normas religiosas, envuelven las relaciones del hombre con la divinidad y no toca al Estado o autoridades civiles imponerlas, aunque exista un régimen de unión entre la Iglesia y el Estado.

Por otra parte, si muchos principios morales de algunas religiones son sublimes, como el de devolver con el bien el mal que se nos ha hecho, las reglas jurídicas, velando por un orden real y humano, no pueden seguir esa dirección. Con razón alguien ha dicho que si todo mal se devolviera con el bien, el Derecho Penal se desmoronaría.

Con todo, la influencia espiritual de las religiones determina en algunos países y en determinadas materias la orientación del legislador. Ejemplos en este sentido son la cuestión del divorcio con disolución de vínculo y el aborto. También la Iglesia católica se ha opuesto a la fecundación "in vitro" (niños de probeta). La verdad es que, en cuanto al divorcio, son poquísimos los países que no lo aceptan; el aborto, bajo determinadas condiciones, es acogido en ciertos países y, por lo que toca a la fecundación artificial, se practica en muchos países. Al estudiar la protección de la vida del que está por nacer nos detendremos en el aborto y en la fecundación artificial.

La oposición de la Iglesia católica al divorcio es porque conforme a la enseñanza de Cristo se considera que en el matrimonio Dios juntó a marido y mujer y "lo que Dios juntó, no lo aparte el hombre"; además, el divorcio propendería a la disolución de la familia con grave detrimento de la sociedad. Otras religiones, como la judía, por ejemplo, aceptan el divorcio por causales fundadas. Las leyes civiles de la inmensa mayoría de los países regulan el divorcio vincular.

Obviamente las religiones se oponen al aborto.

La Iglesia católica, finalmente, rechaza toda fecundación que no sea espontánea, pues estima que la creación de la vida humana obedece a los dictados de Dios, sin que le sea lícito a los hombres recurrir, para lograrlo, a medios artificiosos, por científicos que sean. Además, desde el punto de vista práctico, hace presente que en la operación in vitro se pierden muchos embriones, o sea, gérmenes de

vida. Las legislaciones civiles, sin embargo, tienen otros puntos de vista y no se han opuesto a las técnicas en referencia.

CAPITULO V

DERECHO NATURAL Y DERECHO POSITIVO

98. Derecho Positivo

Llámase Derecho Positivo el que surge o se establece por la voluntad de los hombres y rige efectivamente las relaciones de éstos en una sociedad determinada en un momento histórico dado. Está contenido en los diversos Códigos, la Constitución Política, las leyes, los reglamentos, las costumbres, etc. Considerado como un todo armónico y no anárquico y que pone orden en la sociedad en que él impera, el Derecho Positivo recibe el nombre de ordenamiento jurídico, al que ya hemos aludido.

99. Derecho Natural

El Derecho Natural es un derecho ideal que, al revés del positivo, no es elaborado por los hombres. A su respecto hay controversias y concepciones muy variadas. Se estudian con alguna profundidad en el ramo de Introducción al Estudio del Derecho. Nosotros nos limitaremos a dar algunas nociones sobre el Derecho Natural clásico y el moderno.

100. Derecho Natural clásico

Todas las concepciones del Derecho Natural concuerdan en que éste deriva de la naturaleza de los hombres y de sus relaciones, independientemente de la voluntad del legislador o de convenciones. Ahora bien, la concepción clásica agrega que, al contrario del Derecho Positivo, cambiante según el tiempo y el lugar, el Derecho Natural, más elevado, es inmutable en el tiempo y en el espacio. Los principios o mandatos del Derecho Natural han sido puestos por la naturaleza en todos los seres humanos y se descubren, mediante la razón, en el propio fondo de éstos. En su esencia, la naturaleza humana es idéntica en todos los hombres y no varía; de ahí la consecuencia que los preceptos de Derecho Natural sean inmutables y universales a pesar de la diversidad de las condiciones individuales, de los medios o ambientes históricos y geográficos, de las civilizaciones y de las culturas. Y, por otra parte, como la naturaleza no puede engañarse ni engañarnos, sus preceptos, con tal que sean auténticos, tienen un valor cierto y seguro, no admitiendo duda ni discusión".[1]

El Derecho Natural sería infalible y superior al Derecho Positivo, el cual, sobre todo para lograr la verdadera justicia, debería inspirarse en aquél.

101. Decadencia del Derecho Natural; surgimiento del positivismo

Tras un período de esplendor, en el siglo XIX el Derecho Natural sufre un eclipse y alcanza gran auge el positivismo jurídico.

En contra del Derecho Natural clásico se argumentó que el Derecho proviene siempre de condiciones diferentes según el lugar y la época y, en consecuencia, por su naturaleza misma debe ser múltiple. Se agregaba, también, que constituye un absurdo plantear un derecho inmanente y trascendente, independiente del tiempo y el espacio. Influyó, además, en la declinación comentada la poca importancia que se atribuyó a la razón como medio para descubrir el derecho, y menos para

[1] JEAN DABIN, *Teoría General del Derecho*, traducción del francés, Madrid, 1955, p. 313.

originarlo.

Advino con fuerza, a mediados del siglo XIX, el positivismo que alcanza todas las tendencias metafísicas; su objeto lo reduce a lo empírico, a los datos concretos perceptibles por los sentidos. En el campo de la teoría jurídica asumió varias formas, pero carácter común de todas ellas es el desprecio por la especulación metafísica y filosófica y propugnar, en cambio, la investigación científica en el terreno empírico. La Ciencia jurídica –en el pensamiento de los positivistas– debe ocuparse de analizar las normas jurídicas efectivas establecidas por los órganos del Estado. "Concibe el Derecho como un imperativo del poder gubernamental, como un mandato del gobierno. Su objetivo principal es clasificar las reglas jurídicas positivas, mostrar su conexión e interdependencia dentro del marco total del sistema jurídico y definir los conceptos generales de la Ciencia del Derecho".

102. Renacimiento del Derecho Natural

Desde la segunda década del siglo XX y, con mayor fuerza, a mediados de éste, comenzó una reacción contra el positivismo, entre otras razones porque las leyes o mandatos de las dictaduras y sistemas fascistas o nazistas y similares condujeron a abusos incalificables, ya que la fuente de los preceptos tenía por única inspiración la voluntad y hasta la intolerable arbitrariedad de esos gobernantes y sus secuaces. No se podía oponer, como alguna vez se hizo, la superioridad de las normas del Derecho Natural provenientes de la razón o de la divinidad según otros.

La invocación de leyes superiores a las positivas y arbitrarias a menudo se hacía en la antigüedad hasta en las piezas teatrales. Recuérdese la célebre tragedia de Sófocles Antígona. La protagonista, que lleva este nombre, se enfrenta al tirano rey Creonte cuando éste muestra sus leyes que lo autorizan para exponer a la voracidad de las aves de rapiña el cadáver desnudo del hermano de aquélla; la mujer, llena de santa indignación, confiesa haber cubierto el cuerpo inanimado con polvo seco y agua e increpa a Creonte por las leyes infames; le dice: "No era Zeus quien para mí las había promulgado ni tampoco Justicia la compañera de los dioses infernales ha impuesto esas leyes a los hombres, ni creí yo que tus decretos tuvieran fuerza para borrar e invalidar las leyes divinas, de modo que un mortal pudiera quebrantarlas. Pues no son de hoy ni de ayer, sino que siempre han estado en vigor y nadie sabe cuándo aparecieron. Por eso no debía yo, por temor al castigo de ningún hombre violarlas, para exponerme al castigo de los dioses".[1] Antígona prefiere, pues, transgredir las leyes de los hombres y respetar las leyes divinas que vienen a identificarse con las del Derecho Natural.

Como decíamos, a partir de la segunda década del siglo XX, entre otras razones, por el culto abusivo del derecho positivo, renace el Derecho Natural, pero con caracteres distintos. Una corriente lo concibe dotado de "contenido variable". En síntesis máxima, se afirma que el derecho se halla dominado por el sentimiento de justicia, natural en el hombre; tal sentimiento y el derecho que de él fluye o deriva, son esencialmente variables según las épocas y los países. En esos lugares y tiempos constituiría un derecho ideal. Otra corriente –la última– llamada del derecho natural irreductible o progresivo, postula que la idea de justicia es el fundamento del derecho y el bien común, de finalidad variable según las épocas, la razón humana lo descubre y percibe tomando en cuenta los datos sociales, como la economía política, la costumbre, las tradiciones nacionales.[2]

[1] SQUILO-SÓFOCLES, *Obras*, edición de *El Ateneo*, Buenos Aires, 1950. Sófocles, Antígona, p. 662, al final; en la edición chilena Delfín, Santiago, 1974, este parlamento de Antígona aparece en la p. 56, al final.

[2] Véase *Positivismo Jurídico y Doctrinas del Derecho Natural*. Diversos estudios sobre el tema por varios autores, publicados en la *Revista de Ciencias Sociales* de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, Nº 41, Valparaíso, 1997, edición dirigida por Agustín Squella

CAPITULO VI

LA CIENCIA Y EL ARTE DEL DERECHO Y LA JUSTICIA

A. CIENCIA DEL DERECHO

103. Sobre si el Derecho puede considerarse ciencia

Partiendo de la premisa que sólo lo general y constante puede ser objeto de una ciencia, se negaba este carácter al Derecho que, de por sí, es particular y contingente. Con sarcasmo decía un autor que "tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura".

Sin embargo, cabe responder que el concepto de ciencia ha cambiado y abarca también hoy el conocimiento razonado y coordinado sobre realidades singulares y variables, como sucede con la historia, la filología, la lingüística y las ciencias sociales, entre las cuales se cuenta el Derecho. Todas estas ciencias, que constituyen un grupo aparte de las naturales, reciben el nombre de ciencias de la cultura o del espíritu. De manera que en nuestros tiempos no puede desconocerse el carácter científico del Derecho, y ha de agregarse, todavía, que si bien hay multitud de elementos contingentes, también hay en el campo jurídico otros permanentes y constantes y, por ende, necesarios, aptos para ser materia de ciencia en el rígido y antiguo concepto de ésta.

103-a. Materias propias de la Ciencia del Derecho

La Ciencia del Derecho se ocupa del origen y evolución de los principios teóricos y normas de orden jurídico, sea en un país determinado o en el mundo en general; compara las instituciones jurídicas de diversos países y las agrupa en sistemas, atendiendo a sus caracteres fundamentales comunes; también analiza las diferencias legislativas en el tiempo; de acuerdo con las necesidades sociales, prevé los cambios de los ordenamientos jurídicos y se adelanta a proponer las soluciones y, en fin, concibe diversos métodos de interpretación del derecho. Una exposición vasta y acabada de las tareas de la Ciencia referida compete a otro ramo; en este lugar nos limitamos a enunciar los grandes rubros.

103-b. Ciencia del Derecho y Jurisprudencia

La Ciencia del Derecho también suele llamarse jurisprudencia. Sin embargo, en nuestros días se prefiere reservar esta última denominación para el conjunto de decisiones uniformes emitidas sobre una misma materia jurídica por los tribunales u órganos jurisdiccionales.

B. EL ARTE DEL DERECHO

104. Sus manifestaciones

En general, el arte, en la acepción que nos interesa, se define como el conjunto de procedimientos

para la ejecución de una obra dada. Esta puede ser musical, arquitectónica, jurídica, etc.

Ahora bien, si el gobierno de los pueblos, de los hombres que viven en sociedad constituye un arte, no hay duda que de él forma parte el Derecho, porque para gobernar se necesita orden y paz, que se logran mediante normas jurídicas adecuadas.

Estas requieren cierto arte o técnica para elaborarlas formalmente y elegir; entre varias soluciones, la que se estime más cabal para el asunto de que se trata. En dicha elección deben considerarse factores políticos, sociales, económicos, morales, religiosos, de idiosincrasia, etc. Por ejemplo, el legislador debe pronunciarse si en una sociedad es conveniente o no el divorcio con disolución de vínculo. En estos casos se habla de arte legislativo o política legislativa.

Vigentes las leyes, es necesario interpretarlas y aplicarlas para dirimir los conflictos que surgen entre los hombres por los roces que fatalmente se producen en la vida social. Aquí se habla del arte o la política jurisprudencial, sobre la cual nos explayaremos al estudiar la interpretación de las normas jurídicas.

Finalmente, queda el arte de los prácticos del derecho: abogados, notarios, asesores jurídicos. Su tarea consiste en adecuar de una manera u otra, según los casos, toda la múltiple gama de los hechos e incidentes cotidianos de la vida social a las reglas generales establecidas por el ordenamiento jurídico.

C. LA JUSTICIA

105. Generalidades

Muy ligado al Derecho está la justicia. Pero son conceptos distintos. La última es uno de los fundamentos y fines de aquél.

Difícil tarea es la de precisar qué es la justicia, entre otras razones porque esta palabra se toma en diversos sentidos e históricamente también los ha recibido.

Se habla de la justicia como de la aplicación judicial del Derecho o del conjunto de los tribunales u órganos que tal misión cumplen. También se dice que la justicia es la exacta aplicación de la ley que envuelve un acto o una sentencia, y así se afirma que una sentencia es justa cuando ella ha resuelto un conflicto de intereses ciñéndose a la ley, pero sin pronunciarse si ésta en sí misma es justa o injusta. En el caso propuesto, justo equivale a legal.

Lo que importa ahora es determinar el concepto propio y autónomo de la justicia como virtud.

Hasta nuestros días se repite la fórmula general de Ulpiano, jurista de Roma que vivió entre los años 170 y 228; según ella, justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo. En otras palabras, la justicia consistiría en atribuir a cada uno lo que le corresponde y en la medida que corresponde. La dificultad comienza cuando se trata de precisar qué es lo suyo de cada cual, qué es lo que le corresponde. Todo depende entonces del factor de determinación que se adopte, el cual puede ser variado, como fluye de lo que más adelante expondremos.

La imagen de la justicia se simboliza, desde la antigüedad, por una joven o virgen de aire severo, enteramente de frente (representación del exacto equilibrio bilateral), sosteniendo una balanza (encarnación del equilibrio, tanto del bien como del mal) y una espada de doble filo (representa la decisión psíquica). Lleva los ojos cubiertos con una venda para indicar que ante ella nada valen el rango ni la calidad de las personas que vienen a someterse a sus juicios. Temis, la diosa griega de la justicia y la moralidad, se nos presenta, además, apoyada sobre un león para significar que la justicia debe estar secundada por la fuerza. Cuando ocurre al revés, la justicia se prostituye y, en realidad, desaparece.

El conflicto entre la justicia y la fuerza ha sido expuesto por muchos filósofos. Uno de ellos, el francés Blaise Pascal (siglo XVII), afirma: "La justicia sin la fuerza es impotente; la fuerza sin la justicia es tiránica. Se impone, pues, conocerlas a ambas... La justicia está sujeta a discusiones; la fuerza no las admite... Al no poder hacer que lo justo sea fuerte, se hace que lo fuerte sea lo justo. Al no conseguir fortalecer la justicia, se justifica la fuerza para que la justicia y el poder marchen unidos y reine la paz, que es el bien soberano".

La justicia humana no puede ser rígida, sin matices. Uno de sus elementos simbólicos así lo patentiza con singular elocuencia. En efecto, como señala un pensador, ¿hay algo más flexible, más sutil, más sensible que una balanza? Y no hay duda que la balanza de la justicia es la de los joyeros que

registra marcas distintas aunque las cosas pesadas tengan diferencias de milésimas.

106. Formas de justicia: conmutativa y distributiva

Tradicionalmente se distinguen dos formas de justicia: la conmutativa y la distributiva.

a) *Justicia conmutativa:*

Es la igualdad absoluta que preside los intercambios de productos y servicios. Exige que las cosas intercambiadas se aprecien objetivamente, a fin de procurar una equivalencia matemática de valores. Por ejemplo, cuando se vende una cosa habrá justicia conmutativa si el precio pagado representa el valor exacto de aquélla; sólo entonces puede hablarse del justo precio. Del mismo modo, cabe decir que un salario es justo si compensa exactamente el valor de las labores desarrolladas por el trabajador.

En la justicia conmutativa no se ponderan las cualidades, méritos o necesidades personales, sino objetivamente las cosas o servicios materia del cambio. Y cada vez que no se guarde la referida equivalencia se viola o rompe la conmutatividad, surgiendo la obligación de restituir o reparar la diferencia menoscabadora de la justicia. Sin embargo, el Derecho, por razones que luego veremos, no siempre da lugar a la restitución o reparación.

b) *Justicia distributiva:*

Al revés de la conmutativa, la justicia distributiva no contempla una igualdad aritmética, sino proporcional. Consiste en dar a cada uno lo que le corresponde según una proporción bien precisa de acuerdo con sus necesidades, o sus méritos o sus funciones.

107. Derecho y justicia

El ideal es que el Derecho procure realizar la justicia. Sin embargo, a veces debe subordinarla a otros valores: la paz, el orden, la seguridad en las relaciones de los miembros de la comunidad. Si una persona por necesidades impostergables se ve compelida a vender un objeto mueble (como un automóvil) completamente nuevo y sin uso a menos de la mitad de su precio real, la justicia exige que se repare el daño pagando un complemento. Sin embargo, las normas legales nuestras no obligan a esta reparación. ¿Por qué? Porque en la práctica hay siempre una cierta variación o desajuste entre el precio y el valor de una cosa, y si la ley anulara semejantes compraventas o forzara a pagar el citado complemento, surgiría un peligro de inestabilidad para todas las ventas; nadie estaría seguro de la firmeza definitiva de la operación que celebró. Por excepción, hay casos en que las normas jurídicas establecen remedios cuando la inequivalencia de prestaciones resulta notable. El ejemplo más conspicuo, en este sentido, es el de la lesión enorme en la compraventa de bienes raíces. 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. En este caso el perdidoso puede entablar acción rescisoria por lesión enorme y, condenado el ganancioso, debe, a su arbitrio, escoger entre que se deje sin efecto el contrato o realizar una prestación, en la forma que determina la ley y que oportunamente se estudiará, dirigida a suprimir la lesión enorme (C. Civil, artículos 1888 a 1891).

Por cierto, los casos en que el Derecho se ve movido a sacrificar los principios de justicia a otros valores son excepcionales; por lo general, tiende a dar una solución justa a los casos que considera en su fórmula abstracta.

CAPITULO VII

DEL DERECHO CIVIL EN GENERAL

A. EL DERECHO CIVIL

108. Etimología

Civil es palabra que deriva del latín *civilis*, de *civis*: ciudadano. En consecuencia, etimológicamente, derecho civil quiere decir derecho concerniente al ciudadano; traducido en el lenguaje jurídico más exacto de hoy significa el derecho propio de los nacionales de un país o Estado.

109. Definiciones

Sintéticamente, el Derecho Civil se define como el Derecho Privado común y general; en forma *descriptiva*, como el conjunto de principios y preceptos jurídicos sobre la personalidad y las relaciones patrimoniales y de familia.

110. Contenido

El contenido del derecho civil moderno lo integran las normas sobre las instituciones fundamentales del derecho privado que se refieren a todas las personas, sin distinción de su condición social, profesión, etc. Estas instituciones son la personalidad, la familia y el patrimonio.

1) Las reglas sobre la personalidad miran a la persona en sí misma y no en sus relaciones (patrimoniales o familiares) con los demás; disciplinan la existencia, individualización y capacidad de las personas físicas y morales o jurídicas.

2) Las normas sobre la familia rigen la organización de ésta y dentro de ella definen el estado de cada uno de sus miembros.

3) Las reglas sobre el patrimonio (conjunto de derechos y obligaciones valuables en dinero) gobiernan los derechos siguientes.

a) Los derechos reales y los derechos sobre bienes inmateriales. Algunos autores agrupan ambas clases de derechos bajo el nombre de derechos de exclusión, porque ellos excluyen del goce de las cosas corporales o incorporales a toda otra persona que no sea el titular.

b) Los derechos de obligación, en virtud de los cuales una persona (el acreedor) está facultada para exigir de otra (el deudor) una prestación en interés de la primera. La prestación se traduce en una acción positiva (dar, hacer) o en una abstención (no hacer). Hay, pues, obligaciones de dar, de hacer y de no hacer.

c) Los derechos de sucesión por causa de muerte, que regulan la transmisión de los bienes o patrimonio de una persona a consecuencia de la muerte de ésta.

En las obras de Derecho Civil suelen incluirse, además, otras materias que propiamente no corresponden a sus dominios. Tal ocurre con la teoría de la ley y de las fuentes del derecho. La ampliación se justifica, según los casos, por razones tradicionales o prácticas.

111. Ubicación del Derecho Civil dentro de las ramas del Derecho

Clásicamente, el Derecho objetivo se divide en dos grandes ramas: Derecho Público y Derecho Privado. Pues bien, el Derecho Civil constituye el Derecho Privado general y común.

Es general, porque rige las relaciones jurídicas ordinarias y más generales del ser humano en cuanto tal, con prescindencia de cualquiera otra circunstancia (nacionalidad, profesión).

Y es común, en primer lugar, porque todas las relaciones jurídicas privadas de los hombres que no están disciplinadas por otra rama especial o autónoma del Derecho, son regidas por el Derecho Civil; y es común, en segundo lugar, porque sus principios o normas generales suplen las lagunas o vacíos de las demás ramas del Derecho Privado cuando ellas no aparecen inspiradas por principios singulares que contradigan a los del común.

Con respecto al Civil, las otras ramas del Derecho Privado constituyen normas especiales porque, en su ámbito respectivo, derogan las reglas civilistas o las modifican. Pero cuando el Derecho especial carece de regulación propia sobre una materia o situación, mantiene su imperio general el Derecho Civil. Así, por ejemplo, el Código especial llamado Comercial o Mercantil dispone que cuando sus preceptos no resuelvan especialmente un caso se aplique el Código Civil (C. de Comercio, artículo 2º).

En síntesis, como anota un autor, el Derecho Civil no es sino el Derecho Privado despojado de las reglas que pertenecen a los denominados Derechos Privados especiales o de excepción.

112. Importancia del Derecho Civil

La importancia de Derecho Civil deriva principalmente de la generalidad de su aplicación; sus normas llegan a suplir los derechos especiales, mediata o inmediatamente, cuando éstos carecen de preceptos adecuados sobre un asunto o materia propios de su competencia. Y, como se ha subrayado, este carácter supletorio erige al Derecho Civil en el representante de la unidad del Derecho Privado que, en su diverso fraccionamiento (derecho comercial, derecho de minas, derecho del trabajo, derecho industrial) adquiere cierta cohesión unitaria a través de aquél.

La importancia del Derecho Civil también se revela en la técnica de sus principios, afinada durante siglos; ella informa o sirve de pauta a la de los derechos especiales.

113. El pretendido ocaso o la crisis del Derecho Civil

El Derecho Civil ha sido considerado siempre como el trasunto jurídico del individualismo. Y en esta dirección su monumento legal más representativo es el Código Civil francés, el Código de Napoléon, calificado como "la epopeya burguesa del Derecho Privado". ¿Por qué? Porque en una parte considerable de sus disposiciones se nota la ausencia del sentido de cooperación humana, y porque acusa una preocupación desmedida por reglamentar la propiedad territorial; los escrupulosos de las cifras han determinado que un tercio de las disposiciones del Código Civil francés está dedicado a la propiedad raíz y, más o menos directamente, la mitad de los artículos restantes.

La fuerte intervención del Estado en las relaciones privadas, dominante en el mundo hasta hace poco, llevó a muchos a proclamar la muerte a corto plazo del Derecho Civil. Sin embargo, la condenación parecía exagerada, pues si bien era necesario poner cortapisas al abuso de los individuos, negándoles derechos que antes se les reconocían, también es verdad, ayer como hoy, que hay esferas de intereses personales que, compadeciéndose con los de la comunidad, merecen una tutela que evite su burla por el poder público que, por estar en manos de hombres, cualesquiera que ellos sean, es susceptible de esgrimirse con error o abuso. Las instituciones fundamentales del Derecho Civil, familia, propiedad, contrato, no pueden desaparecer; sólo necesitan renovarse y estar en armonía con el bien supremo del grupo social.

También se ha estimado como un signo revelador del ocaso del Derecho Civil el proceso de disgregación o desintegración que ha sufrido a través del tiempo: materias que antes caían dentro de sus dominios hoy se han independizado como disciplinas nuevas. Tal ha sucedido con el Derecho Comercial, el Derecho de Minas, el Derecho del Trabajo, el Derecho Industrial, el Agrícola, el Derecho Procesal, etc.

Discútese si estas disgregaciones son justificadas. En general, se piensa que sólo merecen

autonomía las instituciones cuyos principios substanciales difieren de los de la rama madre de la cual se han apartado. Y así, por ejemplo, es legítima la independencia del Derecho Procesal, que originariamente era concebido como una materia privada e integrante del Derecho Civil y que hoy es una disciplina con fisonomía propia y que, en el sentir de muchos, corresponde al Derecho Público. Pero sobre otros abandonos existen polémicas: la más clásica de todas es, quizá, la relativa al Derecho Comercial. Hay quienes sostienen que por sus fundamentos el Derecho Comercial forma parte del Derecho Civil; otros, en cambio, justifican la separación, si no por razones de principios, al menos por las exigencias del comercio o tráfico en masa que no se adapta a las normas del Derecho Civil.

El Código Civil italiano en 1942 comprende las relaciones de comercio, y sólo algunas de este carácter están disciplinadas por leyes especiales.

No sólo las instituciones de carácter preponderantemente económico han tratado de escapar al Derecho Civil, sino también otras en que resalta el aspecto moral. Así, la institución de la familia tradicionalmente se ha considerado parte del Derecho Civil; pero hoy una gran corriente doctrinaria opina que los principios de éste no le son naturalmente aplicables, dadas las características de la relación familiar, muy afines a las de la relación de Derecho Público. Y aunque no se propugna la subsunción del Derecho de Familia dentro del Derecho Público, ya que la familia no forma parte del Estado, sino que es una institución típicamente privada, se piensa que tampoco el Derecho de Familia debe estar sometido a los principios generales propios del Derecho Privado. Por consiguiente, el Derecho de Familia sería un Derecho autónomo, sometido a principios generales peculiares. Estas ideas han encontrado eco en la legislación de algunos países que, aparte del Código Civil, tienen un Código de la Familia, por ejemplo Rusia y Bolivia.

Frente a los que creen que la desintegración creciente del Derecho Civil denota su decadencia, otros responden que su contenido es todavía rico, capaz de dar vida al nacimiento de nuevas ramas jurídicas sin quedar por eso estéril o agotado. Además, se agrega, muchos Derechos se han independizado, no porque no encuadren en el sistema del Derecho Civil, sino por razones de conveniencia práctica. Un autor ha llegado a decir: "todavía no se ha inventado en la ciencia jurídica un modo de pensar las relaciones de carácter patrimonial entre particulares que no pueda encajar en las categorías conservadas secularmente por el Derecho Civil".

Por último, hasta hace poco se decía que empujaba a la agonía del Derecho Civil la fuerte intervención del Estado en el campo privado. El individuo, afirmaba Savatier, tanto en su propiedad como en las convenciones que celebra, tiende a ser tratado más como ciudadano, casi como funcionario, que como un particular libre. El Derecho Público amenazaba absorber al Derecho Privado y, melancólico, Ripert escribía que todo se transforma en Derecho Público: "Tout devient Droit Public".

Las observaciones anteriores correspondían a la realidad; sin embargo, el pesimismo era exagerado, porque hay sectores de la vida humana que siempre serán esferas privativas del individuo particular y murallas inexpugnables del Derecho Civil.

En conclusión, el Derecho Civil ha restringido sus dominios y constantemente se renueva. Tiende hoy, al compás del tiempo, a conciliar los intereses morales y materiales de los particulares con los supremos e inclaudicables de la sociedad.

B. EL CODIGO CIVIL CHILENO

Su gestación

114. Generalidades

Código es toda ordenación sistemática de normas legales relativas a una determinada rama del

Derecho o a una parte orgánica de ella. El Derecho Civil chileno está contenido casi todo en el Código Civil, que comenzó a regir el 1º de enero de 1857.

La gestación de nuestro Código Civil fue larga. Antes de su promulgación se aplicaron en Chile las leyes españolas (la Novísima Recopilación, la Nueva Recopilación, las Leyes de Estilo, las Leyes de Toro, el Fuero Real, el Fuero Juzgo, las Siete Partidas) y ciertas leyes especiales dictadas para América o Chile. A esta legislación se agregaron, después de la Independencia, algunas leyes patrias. Entre éstas, en materia civil, son dignas de recordarse las que se refieren a la habilitación de edad (14 de junio de 1814); al matrimonio de los no católicos (6 de septiembre de 1844); a la prelación de créditos (leyes de 31 de octubre de 1845 y de 25 de octubre de 1854, ambas redactadas por don Andrés Bello e incorporadas más tarde, con pequeñas variantes, al Código Civil); a las sociedades anónimas (8 de noviembre de 1854); a la exvinculación de bienes (14 de julio de 1852).

La idea de la codificación nació en Chile conjuntamente con la emancipación política, pues, aparte de consideraciones filosóficas, sociales y económicas, la legislación española que se aplicaba era anacrónica y confusa. En la esfera civil hubo numerosos intentos para lograr la dictación de un código; pero, por una u otra causa, todos quedaron frustrados hasta que apareció en el escenario de nuestro suelo don Andrés Bello, quien comenzó su trabajo en forma privada y silenciosa. El ilustre venezolano-chileno tenía realizado en 1835 cerca de la tercera parte de un Proyecto de Código Civil; había preparado ya un tratado completo sobre la "sucesión por causa de muerte".

115. Comisión de Legislación del Congreso Nacional

En 1840 el Congreso Nacional creó una "Comisión de Legislación del Congreso Nacional" con el objeto de que se consagrara a la "codificación de las leyes civiles, reduciéndolas a un cuerpo ordenado y completo, descartando lo superfluo o lo que pugne con las instituciones republicanas del Estado, y dirimiendo los puntos controvertidos entre los intérpretes del Derecho".

La Comisión era mixta, compuesta de dos senadores y tres diputados, elegidos por las respectivas ramas del cuerpo legislativo, y entre sus miembros figuró por el Senado el propio don Andrés Bello.

La Comisión se dedicó con celo a su trabajo y empezó desde el 21 de mayo de 1841 a publicar el resultado de sus afanes en El Araucano. El primer objeto de sus labores fue la "sucesión por causa de muerte", a la cual se dio prioridad por ser la parte más defectuosa de la legislación civil vigente.

La publicación del trabajo se hacía con el fin de que quien quisiera formulara las observaciones que creyera atinadas.

116. Junta Revisora

El 29 de octubre de 1841 una ley estableció la "Junta Revisora", compuesta de tres diputados y dos senadores, elegidos, respectivamente por cada Cámara. Su misión consistía en examinar los títulos que la Comisión presentara al Congreso, y en proponer las enmiendas, adiciones o supresiones que le parecieran convenientes. Debía dar cuenta de su labor en cada legislatura ordinaria.

117. Fusión de la Comisión y de la Junta en un solo cuerpo

La Junta Revisora comenzó su faena en forma muy activa. Después se atraso de día en día. Funcionó "tan raras veces, que no pudo adelantar cosa alguna en la elaboración de esta obra". Para obviar las dificultades, a iniciativa del señor Bello se dictó la ley de 17 de julio de 1848 que refundió esta Comisión y la Junta en un solo cuerpo, "autorizado para llevar adelante y revisar los trabajos anteriores de ambas", bastando para sus resoluciones la mayoría de tres de sus miembros.

Merced a esta providencia se revisaron algunos títulos y fueron transmitidos a las Cámaras a fines de 1846.

En noviembre del mismo año, la nueva Comisión publicó un cuaderno del "Libro de la sucesión por causa de muerte".

En agosto de 1847 se publicó el "Libro de los contratos y obligaciones convencionales". Al final del mismo se incluyeron los títulos de prelación de créditos, rescisión en favor de los acreedores del insolvente, y prescripciones.

En 1848 y 1849 las sesiones se hicieron más y más raras y la Comisión, por diversas circunstancias, quedó reducida a los señores Bello, Montt, Palma y Lira. El señor Egaña había muerto y los demás miembros estaban ausentes de Santiago.

La Comisión dejó de reunirse y de hecho se extinguió.

118. Presentación del Proyecto y Comisión Revisora del mismo

Don Andrés Bello, sin desmayar en su propósito de dar cima a la gran empresa, la continuó solo y en silencio; logró presentar concluido el Proyecto en 1852.

En cumplimiento de una ley de 14 de septiembre de 1852, el Gobierno, por decreto de 26 de octubre de 1852, nombró la Comisión Revisora del Proyecto, compuesta de los señores don Ramón Luis Irarrázabal, Presidente interino de la Corte Suprema de Justicia; don Manuel José Cerda, Ministro del mismo tribunal; don José Alejo Valenzuela, Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago; don Diego Arriarán, don Antonio García Reyes y don Manuel Antonio Tocornal. El autor del proyecto, señor Bello, formaba también parte de esta Comisión; más tarde se llamó a integrarla al doctor don Gabriel Ocampo, jurisconsulto argentino (redactor, después, de nuestro Código de Comercio), y al Regente de la Corte de Apelaciones de Concepción, que con el tiempo llegó a Ministro de la Corte Suprema, don José Miguel Barriga.

El mismo decreto del Gobierno que nombró la Comisión Revisora dispuso que el trabajo presentado por el señor Bello y conocido generalmente con el nombre de "Proyecto de 1853", por haberse publicado en esa fecha, se hiciera imprimir desde luego y se distribuyera a los Ministros de los tribunales superiores de justicia, a los jueces letrados y a los miembros de la Facultad de Leyes de la Universidad, para que informaran sobre él, haciendo las observaciones que su examen les sugiriera.

La Comisión Revisora, a cuya cabeza se puso el propio Presidente de la República, don Manuel Montt, celebró más de trescientas sesiones e introdujo muchas innovaciones, gran parte de las cuales fueron propuestas por el mismo señor Bello.

El proyecto de 1853 pasó por una doble revisión.

La forma en que quedó después del primer examen, fue consignada al margen del ejemplar del Proyecto antedicho, que cada uno de los miembros de la Comisión tenía para su uso personal.[1]

Este proyecto de 1853, con las innovaciones que la Comisión Revisora le introdujo después del primer examen, es el llamado "Proyecto Inédito", así calificado porque se mantuvo sin imprimir hasta que en 1890 se incorporó en las Obras Completas de don Andrés Bello.

Concluido el primer examen del Proyecto, fue sometido a otro y, en seguida, se presentó, por intermedio del Gobierno, a la deliberación del Congreso, a fines del año 1855. Es el llamado "Proyecto Definitivo".

119. El Proyecto ante el Congreso. Ley aprobatoria

El 22 de noviembre de 1855 el Presidente de la República, don Manuel Montt, presentó el Proyecto definitivo a la aprobación del Congreso Nacional. El mensaje venía redactado por don Andrés Bello.

Después de algunos trámites, el Congreso aprobó el Código, no artículo por artículo, sino en globo.

La ley aprobatoria fue promulgada el 14 de diciembre de 1855, y se ordenó que el Código comenzara a regir desde el 1º de enero de 1857.

Sobre el cumplimiento de dicha ley debemos manifestar: "1º, que el 10 de julio de 1856 se hizo el depósito de los ejemplares auténticos en las secretarías del Congreso, y 2º, que esta edición auténtica no está enteramente conforme con el Proyecto aprobado por las Cámaras, existiendo no sólo un número considerable de correcciones gramaticales y literarias, sino también modificaciones de fondo. Si para

[1] MIGUEL LUIS AMUNÁTEGUI, "Introducción" al tomo de los "Proyectos de Código Civil", que trata del llamado "Proyecto Inédito" y que corresponde al tomo V de las *Obras Completas de don Andrés Bello*, edición Nascimento, hecha bajo los auspicios de la Universidad de Chile, p. 37.

efectuar las primeras estaba autorizado el Gobierno en virtud del mandato de la ley, y ellas caían en la expresión "edición correcta y esmerada" que ésta emplea, no es tan fácil justificar las segundas".

"No obstante, dentro de las teorías constitucionales, de la práctica observada, y de la doctrina del artículo 1º del Código Civil, debe tenerse por auténtica la edición oficial, bien que en otro orden de consideraciones se pretendió, en los primeros tiempos de vigencia del Código Civil, hacer prevalecer en los puntos disconformes la aprobada por el Congreso, y se suscitaron conflictos en los tribunales".

120. Pretendido proyecto de don Mariano Egaña

En el año 1933, se publicó un "Proyecto no completo de Código Civil para Chile escrito por el señor Mariano Egaña". (Véase "Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Chile", años 1933 y siguientes), pretendiéndose que tuvo una marcada influencia en los Proyectos de Bello. Aunque el punto no está aclarado de un modo concluyente, la mayoría de los investigadores cree que ese proyecto debe atribuirse a Bello y no a Egaña. Así lo estima, entre otros, el ex profesor de Derecho Civil don Oscar Dávila que, al incorporarse como Miembro Académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, presentó y leyó un trabajo sobre el punto que nos ocupa. Dicho trabajo se titula "Un proyecto inédito de Código Civil" y puede verse en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXXVIII, año 1941, páginas 53 y siguientes de la primera parte, sección derecho.[1]

121. Los diversos proyectos de Código Civil y su consulta

Hay proyectos que abarcan todas la materias del Código Civil aprobado en 1855 y otros que sólo se limitan a algunas. Considerando unos y otros se tienen los siguientes.

a) Proyecto de 1841-1845 (lapso durante el cual se publicó en el diario El Araucano). Comprende: "Título Preliminar", "De la sucesión por causa de muerte" y "De los contratos y obligaciones convencionales".

b) Proyecto de 1846-1847. Limítase al libro "De la sucesión por causa de muerte" (impreso en Santiago en 1846) y al "De los contratos y obligaciones convencionales" (impreso en Santiago en agosto de 1847).

c) Proyecto de 1853, llamado así por la fecha de su publicación.

d) Proyecto Inédito.

e) Proyecto Definitivo o Aprobado.

Sobre estos dos últimos ya hemos dado explicaciones. Quedó en claro que el "Inédito" es el mismo Proyecto de 1853 después de las enmiendas que le introdujo la Junta Revisora como resultado del primer examen que practicó, y recordamos que el calificativo de "Inédito" deriva de la circunstancia de haber permanecido en esa calidad hasta su publicación, en 1890, en las Obras Completas de don Andrés Bello. Señalamos también que el Proyecto "Definitivo" o "Aprobado" es el de 1853 después de las modificaciones que le introdujo la Comisión Revisora con motivo del segundo examen que hizo. En otras palabras, es el Proyecto de Código Civil que se sometió a la consideración del Congreso Nacional y que éste aprobó sin variaciones. Difiere del Código promulgado y publicado sólo en aquellas partes que Bello enmendó por propia iniciativa al encargársele la edición "correcta y esmerada" a que ya nos referimos.

Todos los proyectos, menos el llamado Definitivo o Aprobado, pueden consultarse en las Obras Completas de don Andrés Bello; de ellas, hasta hoy, existen tres ediciones, dos hechas en Chile y otra en Venezuela.

La primera edición patria fue prohijada por la Dirección del Consejo de Instrucción Pública que existía en esa época; los proyectos de Código Civil se encuentran en los volúmenes XI, XII y XIII, publicados en 1887, 1888 y 1890, respectivamente. La segunda edición, bajo el patrocinio de la Universidad de Chile, la hizo en 1932 la Editorial Nascimento; los proyectos aparecen en los tomos III,

[1] Véanse algunos datos sobre esta cuestión en el trabajo de don Sergio Vivanco Patri, "Génesis del Código Civil", publicado en los *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile*, tercera época, vol. II, enero a diciembre de 1955, Nº 4, pp. 22 a 47. En este mismo volumen hay otros estudios relacionados con el Código Civil chileno: "El Código Civil y su época", por Pedro Lira Urquieta; "La lengua del Código Civil", por Carlos Vicuña Fuentes.

IV y V.

La edición venezolana de las Obras Completas de don Andrés Bello contiene los proyectos de Código Civil en los tomos 12 y 13 (Caracas, 1954 y 1955) y difiere por su método de las ediciones chilenas. En estas últimas los diversos proyectos aparecen publicados independientemente; en la edición caraqueña, en cambio, las disposiciones de todos ellos se reproducen en forma coordinada: se comienza por transcribir el texto del artículo promulgado y luego, en nota, procúrase restablecer su historia, o sea, se copian las diversas redacciones que tuvo el precepto desde el primer proyecto en que aparece hasta el promulgado; también figuran, cuando las hay, las notas manuscritas de Bello a su ejemplar personal y las que puso a los diferentes proyectos, indicándose en cada caso a cuál corresponden.

Es justo mencionar que el trabajo de Caracas, preparado por la Comisión Editora de las Obras Completas de Andrés Bello del Ministerio de Educación de Venezuela, contó, en la parte relativa al Código Civil, con la valiosa colaboración de dos juristas chilenos, Pedro Lira Urquieta y Gonzalo Figueroa Yáñez.

Finalmente, señalemos una valiosa curiosidad. En la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile hay un ejemplar de nuestro Código Civil que forma parte de las "Leyes, decretos... de Chile", Santiago, 1856, Imprenta Nacional, 641 páginas. Este ejemplar, que perteneció al gran profesor de Derecho Civil don José Clemente Fabres, cuya firma autógrafa lleva, tiene anotaciones marginales manuscritas, presumiblemente dictadas por don Andrés Bello a su hija.

122. Consulta de los demás antecedentes legislativos del Código Civil

Todos los antecedentes legislativos del Código Civil, desde el Proyecto de Constitución de 1911, que contemplaba el establecimiento de una Comisión de Legislación, hasta la ley que concedió un premio a don Andrés Bello y un voto de gracia a la Comisión Revisora, pueden consultarse en la obra del ex profesor de la Universidad de Chile, don Enrique Cood, llamada Antecedentes legislativos y trabajos preparatorios del Código Civil de Chile, editada en Santiago, en 1883; en 1958 la "Comisión Nacional Organizadora del Centenario del Código Civil" publicó una nueva edición, dada a luz por la Imprenta Hispano-Suiza. Se hizo otra en 1965.

Don Enrique Cood no alcanzó a escribir el tomo segundo, por lo que la obra quedó trunca.

El trabajo más completo que se ha hecho sobre la imponderable labor legislativa de Bello es el del profesor Alejandro Guzmán Brito. Consta de dos volúmenes, uno de texto y otro de fuentes. Se titula Andrés Bello, codificador. Historia de la fijación y consolidación del derecho civil en Chile, Santiago, 1982.

Debe subrayarse que la Comisión Revisora no dejó actas de sus sesiones, por lo cual no contamos con un antecedente que hubiera sido de gran valor en la interpretación de los preceptos del Código.

Se dice que el Presidente de la República y de la Comisión, don Manuel Montt, había tomado la decisión de que no se llevaran actas oficiales, entre otros motivos, para evitar que "el espíritu de lucimiento y de nombradía ocupase el lugar del análisis y de la seria meditación".

Sin embargo, don Andrés Bello formó privadamente algunas actas. Cuatro se han dado a conocer en diversos trabajos, como el del historiador Guzmán Brito titulado "Algunas actas de sesiones de la comisión revisora del Proyecto de Código Civil de 1853" (Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, Valparaíso, 1980, Nº 5, pp. 413 y ss.).

123. El agradecimiento de Chile a Bello y la inmortalidad de éste

Por ley especial el Congreso de nuestro país concedió un voto de gracia al autor principal y casi exclusivo del Código Civil Chileno, senador Andrés Bello; acordósele también la entrega de veinte mil pesos, "por una sola vez", y se le abonó el tiempo de servicio necesario para que pudiera jubilar del empleo de oficial mayor del Ministerio de Relaciones con sueldo íntegro (ley de 14 de diciembre de 1855). Por gracia, en atención a sus eminentes servicios, se le otorgó la nacionalidad chilena.

Andrés Bello López (1781-1865), humanista y hombre de sabiduría casi imposible, también parece ser "viva moneda" que difícilmente "se volverá a repetir". No tuvo ningún título académico y fue,

además de escritor, poeta y crítico literario, gran filólogo, especializado en literatura medieval europea, eminente jurisconsulto, educador inmenso, latinista, filósofo y naturalista. En la vida intelectual de Chile su influencia hasta hoy persiste, del mismo modo que en todo el mundo de habla española su Gramática de la lengua castellana (con las notas de Rufino J. Cuervo) sigue siendo fundamental para los estudios gramaticales de ese idioma.

Chile supo agradecer a este hombre que puso toda su ciencia, empuje e inteligencia al servicio de su patria adoptiva. Con palabras muy expresivas dice uno de nuestros escritores: "El cargo de Oficial Mayor del Ministerio de Relaciones Exteriores, de Senador de la República, la Rectoría de la Universidad, un monumento frente a ella, calor, tibieza de hogar, materia donde modelar su necesidad incontenible de crear una forma, fue lo que dio Chile al gran venezolano. El, en cambio, fijó el rumbo de nuestro idioma, nos dio un Código Civil, una orientación cultural que aunque se prestara a discrepancias, no disminuía por ello en su valor. Nos proyectó al extranjero con su Tratado de Derecho Internacional y con sus actuaciones de árbitro en otros países, buscó en la inteligencia y en la cultura, en la alianza de las letras y las actividades prácticas, esa correspondencia que ya resulta inherente a los pueblos civilizados y al destino consciente y sensible del hombre".[1]

El homenaje de Chile a Bello no decae. Sería materia de erudición bibliográfica fatigosa señalar cuánto se ha escrito sobre él[2] y sigue escribiéndose. En estos últimos tiempos pueden citarse por vía de ejemplo las decenas y decenas de artículos y ensayos que, en el centenario de su muerte, le dedicaron las revistas Mapocho (tomo IV, Nº 3, 1965, vol. 12) de la Biblioteca Nacional y Atenea (octubre-diciembre de 1965) de la Universidad de Concepción de Chile. En el año 1970 se publicó una nueva Antología de Andrés Bello, prólogo y selección de Roque Esteban Scarpa.5[3]

Fuentes, plan y estructura del Código Civil

124. Fuentes

El Código Civil tuvo como fuentes de inspiración el Derecho Romano, el Código Civil Francés, ciertas leyes españolas derivadas de las Siete Partidas, la Novísima Recopilación y el Fuero Real, los Códigos de Luisiana, Sardo, de Austria, de Prusia, de las Dos Sicilias, del Cantón Vaud, Holandés y Bávaro.

La consulta de los códigos recién mencionados se vio facilitada por una obra de A. Saint Joseph que contiene los textos de todos ellos, llamada Concordancias entre el Código Civil Francés y los Códigos Civiles Extranjeros, traducida del francés al castellano por los abogados del Ilustre Colegio de Madrid, F. Verlanga Huerta y J. Muñiz Miranda. El redactor de estas Explicaciones posee un ejemplar de la segunda edición hecha en Madrid en 1847; la primera es de 1843.

A las anteriores fuentes de legislación positiva se unen otras doctrinarias, es decir, obras de autores de distinta nacionalidad, como el alemán Savigny, los comentaristas franceses de su Código Civil (Delvincourt, Rogron, Mourlon), algunos juristas ingleses (muy pocos), varios españoles, como Gregorio López, Tapia, Molina, Gómez, Matienzo, Gutiérrez y, muy especialmente, Florencio García Goyena. Sus Concordancias y Comentarios al Código Civil Español (proyecto), publicados en 1852, fueron en muchas materias más seguidos de lo que generalmente se cree. Respecto del libro de las obligaciones y los contratos el autor de cabecera es el gran jurisconsulto francés, anterior al "Code Civil", pero considerado como su padre espiritual, Roberto José Pothier (1699-1772).

[1] LUIS MERINO REYES, *Perfil humano de la literatura chilena*, Santiago de Chile, Editorial Orbe, 1967, p. 23. Una buena biografía de Bello es la escrita por EUGENIO ORREGO VICUÑA, titulada *Andrés Bello*, Empresa Editora Zig-Zag S.A., Santiago de Chile, 1953, cuarta edición (texto definitivo). Otras biografías de mérito: PEDRO LIRA URQUIETA, *Andrés Bello*, Fondo de Cultura Económica, México, 1948; ALAMIRO DE AVILA MARTEL, *Andrés Bello*, Edit. Universitaria, Santiago, 1981.

[2] Véase, por ejemplo, Pedro Grases, "Bibliografía sumaria de Andrés Bello", publicada en *Mapocho*, Santiago de Chile, 1965, Nº 3, vol. 12, pp. 332 a 354. También puede mencionarse una bibliografía de las obras de Bello y de los libros y folletos que sobre él se han escrito existente en la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Dicha bibliografía fue realizada por Eliana Navarro y otras funcionarias de aquel establecimiento. Edición a roneo, Santiago, 1981.

[3] *Fondo Andrés Bello*, Talleres Imp. Camilo Henríquez Ltda., Santiago, 1970. Con anterioridad, fuera de otras editadas en Chile y el extranjero, puede mencionarse la *Antología de Andrés Bello*, compuesta por Raúl Silva Castro, Santiago, Zig-Zag, 1965.

125. Analogía del plan del Código Civil Chileno con el del Código Civil Francés

El plan del Código Civil Chileno, que es el llamado romano-francés, guarda analogía con el del Código de Napoleón. Pero a diferencia de este último, que se divide en un título preliminar y tres libros, el nuestro se divide en un título preliminar y cuatro libros. El contenido, en uno y otro Código, del título preliminar y de los dos primeros libros, es más o menos igual en cuanto a las materias de que se ocupan. Pero en el libro tercero difieren. El del Código Francés, titulado "De los modos de adquirir la propiedad" trata, en realidad, siete grandes materias: las sucesiones, las donaciones y los testamentos, la teoría general de las obligaciones, las reglas especiales de los contratos en particular, los regímenes matrimoniales, los privilegios e hipotecas y la prescripción. El Código Chileno dedica su libro tercero a la sucesión por causa de muerte y a las donaciones entre vivos, y el libro cuarto, a las obligaciones y contratos.

El plan de nuestro Código es más científico que el del Código Francés, cuyo libro tercero ha merecido muchas críticas por el cúmulo de materias heterogéneas que contiene.

126. Estructura del Código Civil Chileno

Siguiendo una antigua costumbre, que remonta a los cuerpos legales romanos, los códigos modernos se dividen en libros, y éstos en títulos. Cada título se ocupa de una materia especial: el matrimonio, la tradición, asignaciones testamentarias, la compraventa, etc.

El Código Civil Chileno comprende un título preliminar y cuatro libros, seguidos del "título final". Cada libro se divide en títulos y muchos de éstos en párrafos. Por último, el Código se distribuye en artículos, desde el 1º al 2524, más el artículo final.

El "Título preliminar" trata todo lo relativo a la ley y da la definición de varias palabras de uso frecuente en las leyes. "Consigna nociones y definiciones que se refieren igualmente a todas las ramas del Derecho. Se las ha colocado en este Código por ser el más general y porque fue el primero que se dictó entre nosotros".

El libro I se titula "De las personas". Habla de las personas naturales en cuanto a su nacionalidad y domicilio; del principio y fin de su existencia; del matrimonio; de las diferentes categorías de hijos (legítimos, naturales e ilegítimos no reconocidos solemnemente); de las pruebas del estado civil; de la emancipación; de las tutelas y curatelas; de las personas jurídicas, etc.

El libro II se titula "De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce".

El libro III se denomina "De la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos".

El libro IV, titulado "De las obligaciones en general y de los contratos", habla de las diferentes clases de obligaciones; del efecto de ellas; de los modos de extinguirlas (pago efectivo, novación, remisión, etc.); de su prueba; de las convenciones matrimoniales y de la sociedad conyugal, que forman parte del régimen de la familia; de las diversas clases de contratos (compraventa, arrendamiento, sociedad, etc.); de los cuasicontratos; de los delitos y cuasidelitos civiles; de la fianza; de la prenda; de la hipoteca; de la anticresis; de la transacción; de la prelación de créditos, y de la prescripción.

El título final consta sólo del artículo final.

Cualidades y defectos del Código Civil

127. Cualidades

"Nuestro Código Civil no es una copia servil de los códigos españoles que rigieron en Chile, ni una traducción del Código Francés y demás Códigos modernos. Muchas de sus disposiciones han sido tomadas a la letra, ya de una, ya de otra legislación; pero en su conjunto tiene el Código un carácter marcado de originalidad a que debe en gran parte su mérito".[1]

[1] L. CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, tomo I, Santiago, 1898, Nº 34, p. 21.
Del tomo I de esta obra hay otra edición remozada en algunos puntos; fue publicada en 1942. En 1979 se hizo una reimpresión.

Se sirvió el legislador patrio de los códigos modernos de su época, pero "sin perder de vista las circunstancias peculiares de nuestro país".

El método del Código Civil Chileno es excelente; todas las materias se hallan muy bien ordenadas.

"A semejanza del Código Francés, y de acuerdo con los principios de nuestra Constitución Política, ha consagrado la más absoluta igualdad de todos los chilenos ante la ley; ha reconocido la inviolabilidad y facilitado la libre circulación de la propiedad; ha garantido la libertad de las transacciones y contribuido de este modo a la riqueza pública"[2], conforme a la economía de la época.

Nuestro Código fue el primero que estableció el principio de igualdad entre nacionales y extranjeros, respecto a la adquisición y goce de los derechos civiles.

También fue el primero en legislar de una manera completa y precisa sobre las personas jurídicas.

En materia de Derecho Internacional Privado, consignó principios que sólo mucho tiempo después incorporaron leyes de otros países.

En lo relativo a la propiedad, realiza el Código adelantos muy importantes: da un fundamento sólido a la propiedad inmueble al establecer la institución del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, registro solemne en el cual deben inscribirse todas las propiedades y anotarse las transferencias y gravámenes; en una palabra: ahí se lleva la historia completa de los bienes inmuebles; abolió los mayorazgos; simplificó el régimen hipotecario, etc.

En cuanto a la sucesión, el Código Civil es liberal y equitativo; restringe la libertad de testar sólo cuando hay ciertos parientes llamados legitimarios.

No llegó el Código a consagrar la secularización del Derecho (cosa que hicieron leyes posteriores), pues dejó entregada la constitución de la familia y la comprobación del estado civil a las leyes canónicas; fue ésta una transacción en homenaje a las ideas dominantes.[3]

En cuanto al lenguaje, nuestro Código Civil se destaca por la elegancia y sobriedad del estilo, la pureza de las expresiones y la claridad y precisión de sus normas.

El Código Civil Chileno, en su conjunto, es superior al de Napoleón, porque todos los vacíos que éste tenía, y que pusieron de relieve la jurisprudencia y los autores franceses, fueron considerados por Bello al forjar su obra.

128. Defectos

El mismo Mensaje con que fue presentado el Proyecto al Congreso, hacía notar que la práctica descubriría sus defectos e indicaría las reformas necesarias.

El Código presenta contradicciones entre algunos de sus preceptos; pero son escasas y las veremos en el curso de su estudio.

Hasta hace algunos años nuestro Código se encontraba muy atrasado en algunas materias, tales como el contrato de trabajo, relaciones entre el patrón y empleados domésticos, investigación de la paternidad, derechos de los hijos naturales, capacidad de la mujer casada, etc. La causa de tal atraso debe relacionarse con las ideas y prejuicios imperantes en la época de la dictación del Código; esas circunstancias condicionaron los preceptos que contenía nuestra legislación. Pero las leyes modificatorias del Código Civil lo han modernizado poniéndolo en armonía con la realidad social posterior, inspirada en nuevos ideales de justicia, muy diversos, por cierto, a los de 1855. Hoy por hoy la evolución continúa y ha de seguir, porque incluso las reformas han sido superadas por la aceleración del progreso.

El Código Civil Chileno incurre también en algunos errores científicos, como el del artículo 76, que "presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días cabales, y no más de trescientos, contados hacia atrás, desde la medianoche en que principie el día del nacimiento".

La ciencia ha demostrado la variabilidad de estos plazos; de ahí que sea desacertado presumirlos de derecho, con lo cual no se admite la prueba contraria.

Otro yerro de nuestro legislador es el confundir la "enfermedad mental" con la "demencia" (artículos 456, 457, 1447, etc.). El término demencia sería solo una especie de enfermedad mental; pero

[2] L. Claro Solar, obra citada, tomo I, p. 21.
[3] L. Claro Solar, obra citada, tomo I, p. 21.

hemos de señalar, en honor de Bello, que en sus tiempos el vocablo demencia tenía una gran amplitud y designaba muchos estados psicóticos, es decir, trastornos mentales graves.[1]

A pesar de los defectos, el Código Civil Chileno figura, entre los del siglo pasado, como uno de los mejores y más completos.

Elogios sobre el Código Civil y su influencia americana

129. Elogios

Publicado el Código Civil, el Gobierno de Chile remitió ejemplares a diversas corporaciones científicas y a notables jurisconsultos de Europa y de América. El aplauso fue la respuesta.

Y el eco favorable perdura hasta nuestros días. En el Traité de Droit Comparé de Arminjon (autor francés), Nolde (maestro ruso) y Wolff (profesor alemán), publicado en París en 1950, se dice que el Código Civil Chileno luce una "técnica perfecta: es claro, lógico y coherente en todas sus disposiciones. Andrés Bello puede ser considerado a justo título como uno de los grandes legisladores de la humanidad.[1] Se hace resaltar que nuestro Código está lejos de ser una copia servil del Código de Napoleón y que presenta rasgos originales. Más adelante, se expresa que la influencia del Código Civil Chileno en las instituciones del Derecho Civil de otros países no debe causar admiración, porque "el Código chileno es un monumento notable que no podía sino dejar huellas profundas sobre la legislación de la América del Sur": "Le Code chilien est un monument remarquable qui ne pouvait pas laisser de traces profondes sur la législation de l'Amérique du Sud".[2]

130. Influencia

El influjo de nuestro Código Civil se palpa en la casi totalidad de las legislaciones sudamericanas y en algunas de Centroamérica.

El Ecuador adoptó íntegro el Código Chileno, con algunas pequeñas modificaciones que se encuentran prolijamente anotadas en el discurso de incorporación de don José Bernardo Lira a la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas, titulado "Necesidades de la revisión del Código Civil".

El Código Civil Uruguayo, promulgado el 23 de enero de 1868, fue redactado por el doctor Narvajas, que siguió al nuestro en parte considerable.

El informe de la Comisión Revisora que lo aprobó, señala entre los antecedentes de este cuerpo legal, en primer lugar, "los códigos de Europa, los de América y, con especialidad, el justamente elogiado de Chile".

En el informe de la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil de la República de Nicaragua, se deja testimonio de haberse seguido el método y plan de Código Civil Chileno, "que es en realidad el más completo, como que en su formación se consultaron varios códigos de Europa y América".

El ilustre jurisconsulto argentino don Dalmacio Vélez Sarsfield, al remitir al Ministerio de Justicia de su país el libro primero del Proyecto de Código Civil, el 21 de junio de 1865, manifiesta que para ese trabajo se ha servido, principalmente, entre otros, "del Código de Chile, que tanto aventaja a los Códigos europeos".

Leyes complementarias y modificatorias del Código Civil

131. Referencia

Con posterioridad a la promulgación del Código Civil, se han dictado una serie de leyes destinadas a complementar sus preceptos, o a sustituirlos por otros más adecuados a la época, sin perjuicio, aún, de la introducción de instituciones nuevas. El acento aparece sobre todo en el Derecho de Familia.

[1] J. A. BRUSSEL y G. L. GANTZLAAR, *Diccionario de Psiquiatría*, traducción del inglés, México, 1972, p. 88.

[1] ARMINJON, NOLDE et WOLFF, *Traité de Droit Comparé*, tomo I, París, 1950, p. 163.

[2] Idem, p. 165.

Dar una lista acabada de las leyes complementarias, modificatorias o innovadoras de nuestro Código Civil, fuera de largo y fatigoso, sería inútil; cada una de ellas tendrá análisis en el campo pertinente. Por lo demás, en las ediciones oficiales del Código que periódicamente se publican están incluidas.

Una de las últimas modificaciones del Código Civil en este sentido fue hecha por la ley Nº 18.802, publicada en el Diario Oficial de 9 de junio de 1989. Principalmente busca conciliar la plena capacidad de la mujer con el régimen legal de bienes en el matrimonio llamado sociedad conyugal.

Otra de esas leyes es la Nº 19.335 de 23 de septiembre de 1994, que establece el régimen matrimonial de participación en los gananciales y modifica el Código Civil, la ley de Matrimonio Civil, la ley sobre Registro Civil y los otros cuerpos que indica; además consagra la institución de los bienes familiares.

Obedeciendo el mandato de una de las disposiciones de esta última ley se dictó el Decreto con Fuerza de Ley Nº 2-95, del Ministerio de Justicia, publicado en el Diario Oficial de 26 de diciembre de 1996, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil y de otras leyes complementarias.

Sin duda, a causa de los naturales e incesantes cambios que presentan las sociedades, determinados por razones de variada índole, políticas, económicas, de progreso científico y otras, traerán, cada cierto tiempo, nuevas reformas y, quizás, la sustitución del Código mismo. Si así llega a suceder, ojalá que el cuerpo legal emergente cumpla, dentro de los renovados moldes históricos de su época, un papel tan alto y digno como el de Andrés Bello López.

Eugenio Orrego Vicuña, en su obra ya citada (pág. 92, nota 3), no sin razón ha dicho que "el Código Civil, aún después que el espíritu de sus disposiciones principales haya envejecido por completo, quedará como un monumento de la lengua. Los códigos del futuro, adecuados a la realidad y al espíritu de las épocas, reglamentarán las modalidades de una sociedad en devenir, tal vez de una sociedad sin clases económicas opuestas, pero no podrán presentarse como modelos más acabados en el sentido de su virtuosismo, de su perfección técnica".

CAPITULO VIII

LOS DIVERSOS SISTEMAS JURIDICOS CONTEMPORANEOS

132. Importancia del derecho comparado

La misión del Derecho Comparado es poner de relieve las semejanzas y diferencias de los principios de las diversas legislaciones del mundo. Subrayar la importancia de esa tarea huelga; al respecto basta considerar que la actual etapa histórica es como nunca la de la interdependencia de los países. El crecimiento de las poblaciones y el desarrollo inmenso de los medios de producción y de comunicación determinan en mayor o menor grado influencias políticas, sociales, económicas y jurídicas de un Estado en otro. La similitud de necesidades crea también insensiblemente semejanza de regímenes.

En resolución, hay similitudes y diferencias y el enorme intercambio entre los pueblos del orbe impone conocer el Derecho de los otros países en sus lineamientos generales.

133. GruposTítulo 1 o sistemas jurídicos

Se ha hecho ver que así como hay grupos o familias de lenguas, es decir, conjuntos de lenguas que poseen una misma lengua madre común o ciertos caracteres distintivos esenciales que se encuentran en todas ellas (familias neolatina, itálica, germánica, eslava), también existen grupos, sistemas o culturas jurídicas. Dentro de tales sistemas caben legislaciones que aun cuando presentan entre sí muchos rasgos distintos, tienen sin embargo principios directivos comunes que autorizan para agruparlas por su parentesco.

Como los caracteres que autorizan conformar un sistema jurídico son de diversa especie, los autores también hacen diversas clasificaciones. Nosotros seguiremos a los que distinguen tres grupos fundamentales: a) el oriental; b) el occidental, y c) el de las hasta ayer llamadas democracias populares.

134. I. Grupo de los derechos orientales

Colócanse aquí el Derecho musulmán, el hindú y el chino antes de la revolución. Todos ellos con características propias, pero con la nota común de la influencia moral y religiosa. Por cierto, en los países en que impera ese derecho, hoy rige sólo en determinados sectores de la vida jurídica, como el relativo al estatuto personal y familiar o el concerniente a los bienes destinados a fines piadosos. El gran resto de los países de este sistema tiene leyes o Códigos al estilo occidental: Turquía, Egipto, Irán, India poseen leyes escritas y códigos modernos; pero a la vez rigen en ellos, con valor jurídico, costumbres saturadas de influencia religiosa.

135. II. Grupo occidental

Las legislaciones de este sistema ostentan como notas comunes su inspiración más o menos liberal

o de un moderado socialismo estadual; su tinte de moral cristiana y una filosofía en que campean los derechos del individuo con apreciable intensidad.

Dentro de este sistema se distinguen tres especies: el legal, el consuetudinario jurisprudencial y el de los países escandinavos.

136. a) Sistema legal

La fuente primordial de este sistema es la ley escrita promulgada por la autoridad pública. El poder judicial se limita a aplicar la ley. Para velar por este principio se establece una Corte Suprema, cuya misión más importante es anular o casar las sentencias judiciales contrarias a la ley.

Dentro de este sistema hay dos tendencias principales: la francesa y la germánica. Los doctos afirman que no existe una oposición irreductible entre las dos corrientes, porque ambas aparecen influidas grandemente por el Derecho Romano y porque el Derecho Francés en determinado momento de su historia recibió elementos de las costumbres germánicas. Sin embargo, la separación se justifica por diversas razones.

a) la mayor importancia que el sistema germánico confiere a la costumbre;

b) la peculiar adaptación del Derecho Romano hecha por sus pandectistas o comentadores de las obras de Justiniano;

c) el trato más científico que dan al derecho los juristas alemanes;

d) el espíritu de tendencia "estatista" o socializadora de la legislación alemana, en contraste con el Derecho francés y el anglosajón, que son más individualistas, aunque en los últimos años, a través de leyes o interpretaciones especiales, la línea diferenciadora se ha atenuado en este respecto.

137. Los principales Códigos Civiles del grupo occidental de sistema legal

Podemos señalar entre esos Códigos el francés, el alemán, el suizo y el italiano.

138. El Código Civil Francés

El Code Civil o Código de Napoleón, como también se le llama, instauró en Francia, a partir de su promulgación, el 21 de marzo de 1804, la unidad jurídica; antes regía en el norte del país el Derecho consuetudinario (las coutumes), en el sur el Derecho Romano y, paralelamente a uno y otro, imperaba también un conjunto de reales órdenes. Pero, además de establecer la unidad jurídica, dicho código tuvo otra gran finalidad: "plasmar en la legislación los resultados políticos de la Revolución francesa".

El Code Civil consta de 2.281 artículos, repartidos en un Título Preliminar y tres libros: aquél trata de la publicación, de los efectos y de la aplicación de las leyes en general; el libro primero se ocupa de las personas; el segundo, de los bienes y de las distintas modificaciones de la propiedad, y el tercero de los diferentes modos de adquirir ésta.

Entre las virtudes del Código de Napoleón se cuentan:

1) la redacción de sus normas, construidas, no casuísticamente, sino mediante fórmulas amplias que permiten un ulterior desarrollo de ellas por la jurisprudencia y ponerlas en armonía con el tiempo en que deben aplicarse;

2) el carácter práctico de las soluciones, alejadas de un doctrinarismo inútil en una obra de legislación positiva;

3) el lenguaje en que aparece redactado el Código, por lo general claro y preciso.

Stendhal (1783-1842), considerado como el creador de la novela psicológica y dueño de un admirable y portentoso "estilo desnudo", confesó más de una vez que pasaba las mañanas estudiando el Código de Napoleón como modelo de expresión clara, y agregaba que este ejercicio le ayudaba a encontrar el tono justo para sus trabajos literarios. En cambio Flaubert (1821-1880), el iniciador del "realismo naturalista", dijo en su juventud con rabia de exasperado que el Código de Napoléon era "algo tan seco, tan duro, tan hediondo y pedestremente burgués como los bancos de madera de la escuela

donde se va a encallar las nalgas para escuchar la explicación" (Correspondence, t. I, París, 1887, p. 42). A nuestro juicio, el autor de Madame Bovary y La tentación de San Antonio exigía del Código perlas que no podía darle; parece que no entendió que su estilo debe ser lapidario, frío como las fórmulas matemáticas, seco y cortante como orden de autoridad que exige ser obedecida sin mayores explicaciones.

Defectos del Código Civil Francés:

a) su exagerado individualismo, explicable por la época en que se dictó;

b) en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles, deja al extranjero en situación desmedrada frente al nacional;

c) no reglamenta el contrato de trabajo;

d) nada dice de las personas jurídicas, y

e) organiza la propiedad raíz de modo deficiente.

En el "Code Civil" la intervención personal de Napoleón se hizo sentir muy marcadamente, sobre todo en el Derecho de Familia. Y él se vanagloriaba de la parte activa que le había correspondido en la tarea. Pensaba que la posteridad lo recordaría más por su Código que por las cuarenta batallas que había ganado.

La influencia que el Código Civil Francés ejerció en la codificación de otros países durante el siglo XIX fue enorme. Algunos lo adoptaron (Bélgica, Luxemburgo, República Dominicana); otros, lo tomaron como modelo y siguieron su derrotero con mayor o menor independencia: Italia (Código de 1865, reemplazado por otro muy distinto en 1942); España (Código de 1889); Portugal (Código de 1867, sustituido por uno moderno que comenzó a regir en 1967), y casi todos los países de América Latina y algunos otros europeos fuera de los mencionados.

139. Código Civil Alemán

El Código Civil Alemán (Bürgerliches Gesetzbuch, abreviadamente, "BGB"), promulgado por el Kaiser el 18 de agosto de 1896, entró a regir el 1º de enero de 1900, y representa el fruto de más de veinte años de labor.

Sirve de complemento al Código la Ley de Introducción, que trata: Derecho Internacional Privado; relación del Código Civil con las leyes del Reich; relación del Código Civil con las leyes territoriales; disposiciones transitorias, que se ocupan principalmente de fijar el alcance del Código respecto a las relaciones jurídicas constituidas con anterioridad al 1º de enero de 1900.

El Código Alemán ha merecido grandes elogios, reputándose como el más completo del mundo. Es una obra maestra, "por lo acabado de su sistema y la perfección científica de su técnica". Entre sus méritos se nombra "la amplitud de sus fórmulas, que permite el desarrollo del arbitrio judicial; y el haber recogido, en algunos aspectos, frente al individualismo característico del "Code Civil", el principio de solidaridad que lleva, por ejemplo, a prohibir los actos de emulación, es decir, de ejercicio de un derecho que tiene por único fin dañar a otro".

Entre los defectos que se le reprochan, se indica el abuso de disposiciones abstractas y teóricas, de fórmulas complicadas y oscuras, y el empleo de un idioma inaccesible a los profanos.

La influencia del Código Alemán ha sido grande en las legislaciones posteriores, como lo demuestran, sobre todo, el Código del Japón, de Siam, el suizo, el brasileño, el ruso de 1923, el chino de 1931.

El Código Civil Alemán ha sufrido numerosas modificaciones, supresiones o adiciones, sobre todo a partir del año 1950.

140. Código Civil Suizo y Código Federal de las Obligaciones

La existencia de diversos cantones en su organización legislativa y su Derecho Civil propio, impidió llegar a la unificación jurídica civil durante el siglo XIX; pero una modificación, en 1898, del texto constitucional, zanjó las dificultades. Se logró un Código Civil único para toda la confederación en 1907, estableciéndose como el principio de su vigencia el 1º de enero de 1912.

Con anterioridad al Código Civil existían algunas leyes federales, con vigor en toda la confederación, la más importante de las cuales era el "Código Federal de las Obligaciones" (vigente desde el 1º de enero de 1883), que fue derogado y substituido por el texto de 30 de marzo de 1911, el cual entró en vigor junto con el Código Civil el 1º de enero de 1912. Conserva una numeración especial de sus artículos independiente de la del Código Civil; pero se le considera como el libro V de este último. Ambos cuerpos legales han sufrido algunas modificaciones de importancia.

La redacción del Código Civil se debe al profesor Eugenio Huber. Su texto se halla en tres idiomas (alemán, francés e italiano); cada una de estas tres redacciones es considerada como texto original y no como una traducción de las otras.

El Código Civil Suizo posee "la misma perfección de la técnica legislativa del Código Alemán, si bien es menos doctrinarista y más práctico y sencillo". Está escrito en un lenguaje popular y conciso.

En otro orden de cosas ha sido calificado como moralizador y social en el noble sentido de la palabra, por el valor decisivo que concede a la buena fe y los términos en que admite el arbitrio judicial; rechaza el abuso del derecho; protege el espíritu corporativo y la dignidad personal y familiar; fomenta el crédito; busca el mejoramiento de labradores y obreros; define la responsabilidad del Estado y sus funciones, etc.".

Se compone de 977 artículos, más un título final de disposiciones para su aplicación. Divídese en las siguientes partes: Derecho de las Personas, Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones y Derecho de las Cosas.

141. Código Civil Italiano

El primer Código Civil para toda Italia se aprueba en 1865 y entra a regir el 1º de enero de 1866. Tiene como modelo al Código de Napoleón. En 1924 se nombra una Comisión para reformarlo; la preside el célebre romanista Scialoja y, a la muerte de éste, lo sustituye el presidente del Tribunal de Casación Mario D'Amelio.

Al cabo de algunos años, como fruto de la labor emprendida, comienzan a publicarse diversos libros, que se ponen en vigor separada y sucesivamente (1938-1942). El texto definitivo y de conjunto se promulga el 16 de marzo de 1942.

La caída del régimen fascista no conmueve la integridad y subsistencia del Codice Civile; mediante decretos leyes (14 de septiembre de 1944 y 20 de enero de 1945), sólo se eliminan expresiones más o menos formales y retóricas de conceptos fascistas y la Carta de Trabajo (Carta del Lavoro), antepuesta al Código de 1942 como enunciación de principios generales inspiradores de la legislación civil.

Precede al Código Civil Italiano de 1942 un conjunto de "Disposiciones sobre la Ley en General", comúnmente llamado "Disposiciones preliminares". Trata de las fuentes del derecho y de la aplicación de la ley en el tiempo y en el espacio. Una ley, que lleva el número 218, de 31 de mayo de 1995 y que comenzó a regir el 1º de septiembre de ese mismo año, reformó las mencionadas Disposiciones preliminares del Código Civil y otras de este último cuerpo legal, todas concernientes al sistema italiano de Derecho Internacional Privado.

Particularidad del Código Civil Italiano de 1942 es la absorción de la mayor parte de las disposiciones de Derecho Comercial; no existe hoy en Italia Código de Comercio: las materias de su competencia se rigen por las mismas normas del Código Civil y por algunas leyes especiales.

El mérito del vigente Codice Civile de 1942 es haber sabido incorporar a su artículado nuevas figuras y concepciones jurídicas; pero sólo aquellas que responden a la necesidad del presente y se conforman a la realidad, dejando de mano tentadoras especulaciones de gabinete. Del mismo modo, ese Código tiene la sabiduría y prudencia de mantener todo lo tradicional útil o de remozarlo adecuadamente. Por fin, hay en sus preceptos flexibilidad para resolver muchas cuestiones que la ciencia jurídica o la práctica viva y cambiante puedan plantear.

Entre las objeciones que se le hacen figura el de no haber considerado en algunas materias la valiosa tradición jurídica italiana; la poca importancia dada al concepto de causa en los negocios jurídicos; el mantener el criterio francés del efecto real de los contratos, con la secuela de inconvenientes que origina, etc. Pero ha de reconocerse que muchas de estas condenaciones son asunto

de apreciación o de puntos de vista.

En resumen, las bondades superan largo a los defectos. El Codice Civile de 1942 ha tenido en Códigos posteriores cierta apreciable influencia.

142. Otros Códigos recientes

Otros códigos civiles recientes que han aprovechado las innovaciones de los anteriores son el portugués de 1967, reformado en 1977; el boliviano, vigente desde el 2 de abril de 1976; el peruano, que entró a regir el 14 de noviembre de 1984; y el paraguayo, que entró en vigor el 1º de enero de 1987. Observamos ya que el Código Civil boliviano no incluye disposiciones sobre el Derecho de Familia, que están contenidas en un cuerpo legal separado.

Es digno de mencionarse, aunque parezca raro, el Código Civil de Etiopía de 1960. Fue elaborado por juristas europeos que tomaron en cuenta orientaciones jurídicas modernas y las expusieron con un método y claridad admirables. Sólo no siguieron el derrotero moderno en muchas normas del Derecho de Familia y en materia de sucesión por causa de muerte, porque, racionalmente, adaptaron tales disposiciones a la idiosincrasia del pueblo etíope, que difiere –claro está– bastante de la de los países occidentales.

143. b) Sistema anglosajón o angloamericano

Este sistema rige en Inglaterra y sus dominios y en Estados Unidos de Norteamérica.

I. *Inglaterra* se caracteriza por la ausencia de códigos. Su ordenamiento jurídico está integrado por el *common-law*, la *equity* y los *statutes* o leyes parlamentarias.

1. El *common-law*: Se forma a base del caso sometido a conocimiento del juez (*case law*), que desprende la norma para regularlo de la naturaleza de las cosas. Trátase, pues, de un derecho casuístico. El derecho derivado de las decisiones judiciales tiende a obligar para los nuevos casos análogos que se presenten. Con razón se dice que el derecho lo hace el juez (*judge made law*).

¿Por qué se habla de *common-law*, como en oposición a un derecho particular o local? Porque los jueces ingleses "invocaban originariamente, en apoyo de sus fallos, el Derecho consuetudinario, el supuesto Derecho común inglés, por oposición a las costumbres locales; de aquí el nombre de common-law. Pero, en realidad, no aplican el derecho consuetudinario, ni siquiera bajo la forma de la práctica judicial, sino que van creando, a través de la jurisprudencia sobre los casos concretos, un Derecho nuevo, con fuerza de obligar para casos análogos".[1]

2. *La equity*, o sea, la equidad concebida como la justicia del caso concreto, corrige las reglas del *common-law* cuando ésta resultan inadecuadas. Si hay muchos precedentes constitutivos del *common-law* en un mismo sentido que, en general serían aplicables al caso concreto, se dejan de lado en el supuesto de que la particularidad o matices de éste, implicarían una injusticia hacerlos operar. Entonces se recurre a la equidad.

3. Statute law: Es el conjunto de leyes dictadas por el rey y el Parlamento o por la autoridad en quien éste delega la facultad de legislar. En las hipótesis de oposición, prevalece sobre el common-law y la equity.

En la época actual la legislación va en aumento progresivo.

II. En Estados Unidos de Norteamérica el sistema de las leyes escritas es cada vez mayor y en muchos Estados rigen no sólo Códigos Penales y Leyes de Procedimiento o Enjuiciamiento, sino también Códigos Civiles. Cuando no hay leyes rige el common-law en la forma del case law.

Hay recopilaciones oficiales o particulares, hechas en forma de códigos, que exponen las doctrinas de los casos (restatements).

Una observación interesante es la de que los tribunales hacen muchas veces la interpretación de la ley en forma muy autárquica o independiente y "discurren con frecuencia por los derroteros del precedente judicial. En cambio, gozan de un respeto extraordinario, casi religioso, las Constituciones y,

[1] G. RADBRUCH, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, traducción del alemán, México, 1965, p. 70.

muy especialmente, la Constitución Federal. Vela por la integridad de esta Constitución la Suprema Corte de Washington, que es, probablemente, el más poderoso tribunal de justicia de la tierra".[2] Y así lo demostró muchas veces, como, por ejemplo, a mediados de 1971, cuando declaró que los diarios no tenían obstáculo legal para publicar el informe secreto del Pentágono sobre la guerra del Vietnam.

144. c) Sistema de los países escandinavos

Sobre este sistema, que junto al legal y el anglosajón, forma el grupo occidental, diremos unas pocas palabras.

Los códigos de los países escandinavos son muy concretos y antiguos. Pero, en cambio, tienen ellos leyes muy avanzadas relativas al Derecho de Familia. Por otra parte, se reconoce un gran papel a la costumbre en materias de obligaciones y contratos. Sobre muchas materias, Suecia, Noruega y Dinamarca, han adoptado leyes uniformes.

145. III. Grupo de la Unión Soviética y las democracias populares

Como nota histórica transcribimos los párrafos relativos a las legislaciones de esos países que tuvieron en mayor o menor grado un régimen socialista marxista, y lo hacemos tal como fueron escritos en la edición anterior, conservando incluso el tiempo verbal presente.

La Unión Soviética y las democracias populares trasuntan en su legislación, hasta donde las circunstancias contingentes y propias de cada país lo permiten, las concepciones filosóficas y económicas del marxismo. El paso del capitalismo al comunismo, según las enseñanzas de Marx y de Engels, no puede ser súbito; es imprescindible un período de transferencia, el de la dictadura del proletariado, durante el cual la clase trabajadora debe ejercer el poder y dirigir el Estado. Su tarea primordial en esta etapa es hacer cesar "la explotación del hombre por el hombre" y para lograrlo hay que suprimir, ante todo, la propiedad privada de los medios de producción y hacer de ellos una propiedad colectiva. En consecuencia, los intereses privados y, entre ellos, la propiedad particular se reducen al círculo personal. El campo del Derecho Civil se comprime y se ensancha el del Derecho Administrativo, que da escaso margen para el surgimiento de derechos privados, como no sea por la excepcional vía de la concesión.

Lo anteriormente dicho no significa que en todos los países socialistas los principios se apliquen en forma absoluta. En algunos Estados, como Polonia, Hungría, Yugoslavia, las leyes reconocen cierta propiedad privada de la tierra, junto a la propiedad socialista; incluso así sucede, aunque muy excepcionalmente, en la Unión Soviética.

146. Los Códigos Civiles de la Unión Soviética

El primer Código Civil (Grazdanskij Kodeks) Soviético se redactó en tiempo "record" (poco más de dos meses) por una comisión de dos especialistas en derecho privado, aunque parece que casi todo fue escrito por "un joven agregado de Universidad de apellido Goikhbarg". Aprobado el proyecto por el Comité Central Ejecutivo del partido el 11 de noviembre de 1922, se publicó como ley en el Izvestia al día siguiente y empezó a regir el 1º de enero de 1923.

Principales fuentes de esta obra, realizada precipitadamente por las circunstancias (instauración de la Nueva Política Económica), son el Código Civil Alemán, el Código Civil Suizo y un proyecto de Código Civil Ruso elaborado bajo el antiguo régimen. Por cierto, las normas se adaptaron a las necesidades del socialismo de la época, agregándose otras originales que se estimaron convenientes al nuevo estado de cosas.

El Código Civil de 1923, con algunas modificaciones, se mantuvo prácticamente hasta el año 1962.

[2] Idem, p. 73.

El 1º de mayo de 1962 entraron a regir las "Bases de la legislación civil de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y de las repúblicas federadas". Se trata de un Código fundamental, una especie de Constitución para el derecho privado, que rige con fuerza propia en todo ese inmenso país y a cuyos principios deben adaptarse los Códigos Civiles de todas las repúblicas mencionadas. Consta de 129 artículos, agrupados bajo ocho títulos, que se ocupan de normas generales (fines de la legislación civil y relaciones que ésta regula, fuentes de derechos y obligaciones, defensa de los derechos civiles, protección del honor y la dignidad, la capacidad de las personas físicas, la declaración de ausencia y de muerte presunta, personas jurídicas, actos jurídicos, representación, etc.); del derecho de propiedad; de las obligaciones y sus fuentes (contratos, obligaciones derivadas del ocasionamiento de daños, obligaciones derivadas del salvamento de bienes socialistas); de los derechos de autor; derecho de descubrimiento; derecho de invención; derecho de sucesión; de la capacidad legal de los extranjeros y de las personas sin ciudadanía; de la aplicación de las leyes civiles de los estados extranjeros, de los tratados y acuerdos internacionales.

Las diversas repúblicas que componen la Unión Soviética han ido dictando sus propios Códigos Civiles, que no son más que la reproducción y ampliación de las Bases en referencia. Así, por ejemplo, la República de Rusia, la más grande de todas las repúblicas de la Unión, puso en vigor su nuevo Código Civil el 1º de agosto de 1964. Consta de 569 artículos. Por cierto, no figura el Derecho de Familia, que está contenido en una ley especial de 1969, el Código de la Familia, del Matrimonio y de la Tutela: "Kodekszakanov obrake, o sem'e opëke".

El antiguo Código Civil de 1923 declaraba que "los derechos civiles son protegidos por la ley, salvo en los casos en que se ejercen contrariamente a su destinación económica y social" (art. 1º). Las vigentes Bases de la legislación civil han sustituido esta disposición por la siguiente: "Los derechos civiles son protegidos por la ley, excepto en los casos en que se ejerzan en contradicción con sus fines en la sociedad socialista del período de la construcción del comunismo. Al ejercer los derechos y cumplir las obligaciones, los ciudadanos y organizaciones deben observar las leyes, respetar las reglas de convivencia socialista y los principios morales de la sociedad que está edificando el comunismo" (art. 5º).

En cuanto al contenido de los códigos civiles soviéticos, cabe señalar que como la generalidad de los otros códigos civiles socialistas no se limitan a regular sólo las relaciones jurídicas privadas de los particulares, sino que se extienden a las de las organizaciones socialistas entre sí y con los ciudadanos. Hace excepción a esta tendencia el Código Civil checoslovaco de 1964, que sigue en lo esencial la línea clásica, circunscribiéndose a regular jurídicamente las relaciones personales de los ciudadanos. Los códigos civiles soviéticos y los de todos los países socialistas, en la parte relativa a los derechos privados que se reconocen a los particulares, lógicamente, no difieren de los códigos burgueses. Dan soluciones parecidas. Así, por ejemplo, al referirse a la responsabilidad por el incumplimiento de la obligación, señalan que el deudor debe indemnizar al acreedor la pérdida o menoscabo efectivo que le causó dicho incumplimiento y las ganancias que por lo mismo dejó de percibir (Bases citadas, art. 36), es decir, el deudor, como en todo el mundo, debe indemnizar el daño emergente y el lucro cesante derivados del incumplimiento de la obligación o del cumplimiento imperfecto de ella. También, como en los países capitalistas, las habitaciones de propiedad particular pueden ser dadas libremente en arriendo por sus dueños; las cláusulas del contrato se establecen según el libre acuerdo de las partes; la renta no debe exceder del máximo fijado por las leyes o decretos del Consejo de Ministros de la respectiva república (Bases citadas, arts. 56 y 57; C. Civil de la República de Rusia, arts. 298 y 304).

Por lo que toca al lenguaje, la legislación civil soviética procuró el empleo de un vocabulario sencillo, desprovisto, hasta donde es posible, de todo tecnicismo.

En fin, como recalcan los juristas de ese país, Bratus, Fleishits y Jalfina, los preceptos básicos están fundamentados teóricamente "en la ciencia del derecho civil soviético" y se inspiran en "la idea de seguir ampliando la democracia soviética y consolidando la legalidad en la esfera de las relaciones patrimoniales y personales no patrimoniales".[1]

147. Códigos Civiles de otros países socialistas europeos

[1] *Bases de la legislación civil y del procedimiento judicial soviético*, textos y comentario, Moscú, p. 79.

Los países socialistas desde el año 1960 han intensificado la dictación de Códigos y leyes civiles. Así, por ejemplo, Hungría tiene un Código Civil que rige desde el 1º de mayo de 1960 (685 artículos); los profesores Vilaghy y Eorsi hacen atinados comentarios sobre él en su Magyar Polgari, es decir, Derecho Civil Húngaro (2 tomos, Budapest, 1962). Desgraciadamente, no conocemos traducción castellana alguna, y son pocos en nuestro país los que dominan aquella lengua urálica.

Digno de mención es también el Código Civil Checoslovaco de 1964 (510 artículos, más 8 del Título preliminar). Sustenta algunas concepciones doctrinarias originales y controvertibles. Así, por ejemplo, aunque reconoce la esencial figura de la obligación, en ninguna parte trata de ella en forma especial. Tal peculiaridad se explica por la concepción general checoslovaca de que toda relación jurídica interesa tanto a las partes como a la sociedad. Por eso dicho Código Civil, según se ha observado, presenta las relaciones de derecho, no bajo el aspecto de su estructura jurídica, sino desde el ángulo de su fin social que, en cuanto a las obligaciones, se traduce esencialmente en prestar un servicio. En consecuencia sustituye una parte reglamentaria de las obligaciones por una parte relativa a los servicios. Y entre éstos coloca la "venta a los consumidores". El jurista checoslovaco Knapp expresa que, desde el punto de vista teórico, es discutible que dicha venta pueda englobarse en la noción económica de "servicio"; parece evidente –agrega– que el Código, fiel a su concepción general, considera los servicios más desde el plano de su misión social que desde el relacionado con su substancia económica. Otra singularidad del mismo Código: abandona la categoría de los derechos reales, aunque otro cuerpo legal, el de Comercio internacional, la mantiene (art. 26). Sigue, pues, el Código Civil, al menos en principio, la corriente que no justifica la noción de los derechos reales en un Derecho socialista; empero, nombra o trata determinadamente algunos de esos derechos: la propiedad personal, la propiedad privada, la prenda y las servidumbres.

En los países socialistas mencionados y en los demás el Derecho de Familia está regulado en leyes o códigos especiales. Así sucede no sólo en la Unión Soviética, en Hungría y en Checoslovaquia, sino también en Yugoslavia, Polonia, Bulgaria, Rumania. En todos estos países, que conciben el Código Civil con un tinte preponderantemente materialista y patrimonial, hay verdadera repugnancia por mezclar en su articulado lo relativo al matrimonio, la familia y la tutela o curatela. Los autores rumanos Turod R. Popescu y Mihai Pascu sostienen que en el mundo capitalista se explica que el Derecho de Familia esté en el Código Civil porque ahí el matrimonio aparece muy influenciado por la consideración de los bienes y hasta los cónyuges lo miran desde un punto de vista comercial... Lo afirman en su libro Casatoria, familia si decreptul, o sea, El matrimonio, la familia y el derecho (Bucarest, 1963, páginas 86, 92 y 99). Es obvio que la razón no es la que dan los autores rumanos, aunque haya casos de matrimonios de conveniencia que, como decía el escritor francés Alphonse Karr, son "aquellos que se celebran entre personas que no se convienen mutuamente...".

La breve y panorámica visión de los ordenamientos jurídicos socialistas nos servirá para apreciar en qué medida dejan rastros en las nuevas legislaciones de los países que abandonen el socialismo marxista, al menos en su forma ortodoxa.

SECCION SEGUNDA

TEORIA DE LA LEY

CAPITULO IX

CARACTERIZACION DE LA LEY Y DE OTROS CUERPOS JURIDICOS NORMATIVOS

A. NOCIONES PRELIMINARES Y EL CONCEPTO LEY

148. Acepción en que se toma la palabra "teoría"

Cuando se habla de teoría de la ley, o de las obligaciones o de los contratos, la palabra teoría no se toma en el sentido opuesto a la práctica y tampoco como sinónimo de principios abstractos o puros. Nada de eso. En los casos a que nos referimos teoría significa la concepción metódica y sistemáticamente organizada de una materia determinada. Abraza, por consiguiente, la exposición de los principios científicos a que ésta se sujeta o puede sujetarse y las normas que la regulan.

En cualquier campo, toda teoría es susceptible de cambios, los que impone el progreso científico y la renovación de las normas por el imperativo de las cambiantes realidades a que ellas deben responder.

149. Nociones preliminares sobre las fuentes del derecho objetivo

Fuentes del derecho objetivo o de las normas jurídicas son los hechos de los cuales éstas derivan, brotan o surgen. Pero la expresión se toma en diversos sentidos. Por una parte, se habla de fuentes de producción del derecho, y por otra, de fuentes de cognición o de conocimiento.

Las fuentes de producción pueden ser materiales o formales. Llámanse fuentes materiales o sustanciales los factores que determinan la generación de las normas jurídicas: la conciencia del pueblo, las necesidades económicas, los sentimientos éticos o ideales.

Por fuentes de producción formales se entienden:

a) las autoridades o sujetos que crean las normas jurídicas (Poder Legislativo, Presidente de la República, municipalidades, otros entes públicos, las fuerzas sociales), y

b) los medios o los actos por los cuales se establecen las normas: leyes, reglamentos, ordenanzas, costumbres.

Llámanse fuentes de cognición o de conocimiento los documentos que contienen o hacen conocer las normas: un código, un texto refundido de leyes o reglamentos, una recopilación de costumbres normativas.

150. Concepciones de la ley como fuente de derecho

a) En sentido riguroso y técnico, ley es la norma jurídica emanada del Poder Legislativo. Reúne en sí dos elementos: uno material o sustancial y otro formal.

El material no es otro que la norma jurídica, es decir, un mandato general y abstracto.

El elemento formal está constituido por el Poder Legislativo que lo genera y por el procedimiento específico asignado a su formación.

b) Ley en sentido puramente formal es el acto del Poder Legislativo que no contiene una norma

jurídica, aunque el procedimiento de su gestación es el mismo de la ley en sentido riguroso.

c) Ley en sentido puramente material o sustancial es la norma jurídica, o sea, un mandato general y abstracto dictado por un poder público diferente del Legislativo (Poder Ejecutivo, municipalidad, otros entes públicos). Son de esta especie de ley, los decretos generales, los reglamentos que dicta el Presidente de la República, las ordenanzas municipales, etc.

Las denominaciones anteriores tienen explicación. Se habla de leyes puramente formales porque sólo ostentan la forma de la verdadera ley, y háblase de leyes puramente materiales o sustanciales porque sólo contienen la sustancia o materia de la verdadera ley, la norma.

151. Concepción de la ley en la legislación positiva chilena

Para calificar un acto de ley nuestro derecho positivo sólo se atiene a la forma; indiferente le es que el acto implique un mandato general y abstracto o uno singular y concreto. Así se desprende de la Constitución Política del Estado y del Código Civil. La primera, según fluye de su texto, configura la ley como la declaración de la voluntad del Poder Legislativo ceñida a los trámites y requisitos que ella misma establece en los preceptos sobre formación de las leyes (arts. 62 a 72). Para nada considera la naturaleza del contenido de esa declaración y, por el contrario, señala, promiscuamente, como materia de ley mandatos generales y abstractos y mandatos singulares y concretos. Ejemplo de la primera especie es la que señala como objeto propio de ley "las materias básicas relativas al régimen jurídico laboral, sindical, previsional y de seguridad social" (art. 60, Nº 4), y ejemplo de la segunda especie son las leyes que revocan la nacionalización concedida por gracia y las que rehabilitan a las personas que hubieren perdido la nacionalidad chilena por alguna de las causales señaladas en el artículo 11 de la Constitución.

La intrascendencia del contenido y lo decisivo de la forma lo reitera el Código Civil al definir la ley como "una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite" (art. 1º).

Las distinciones, pues, entre ley formal y material o sustancial son sólo doctrinarias y prestan utilidad para precisar conceptos; pero no aparecen registradas en el ordenamiento jurídico positivo chileno.

152. Definición del Código Civil y su crítica

El Código Civil pone de relieve que lo decisivo para calificar un acto de ley es la forma en que se gesta y no la naturaleza de la disposición en él contenida. En efecto –repetimos– dice: "La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite" (artículo 1º).

Esta definición ha sido objeto de crítica desfavorable. En primer lugar, se le reprocha que su redacción parece decir que si manda, prohíbe o permite es por estar manifestada en la forma prescrita por la Constitución, y no por ser la declaración de la voluntad soberana, como si pudiera haber alguna declaración de la voluntad soberana que no importara un mandato.

En segundo lugar, se afirma que la definición no es buena porque no da una idea clara del objeto de la ley, como lo hace la fórmula de Santo Tomás de Aquino, según la cual "ley es orden de la razón destinada al bien común, debidamente promulgada por el que cuida de la comunidad". No nos parece de fuerza esta impugnación. Creemos que el objeto de la ley, el bien común, es obvio y si conviene hacerlo resaltar en una obra doctrinaria, está de más en un Código de legislación positiva.

En tercer lugar, la definición de Bello –se arguye– no da una idea de lo que es la ley en sí misma, como lo hace la de Santo Tomás de Aquino al expresar que es "la orden de la razón". Tampoco nos convence la censura, porque la definición del Código establece que se trata de una orden al decir que la ley manda, prohíbe o permite, y que esta orden emana de la razón es lógico, ya que no puede suponerse otra cosa en la declaración de los legisladores. La mención de la razón en Santo Tomás se justifica porque su definición es abstracta y general en tanto que Bello define la ley concretamente en sentido formal y nadie puede suponer que los legisladores hagan declaraciones irracionales.

Por último, se imputa a la definición del Código que sus términos dan cabida incluso a actos que si bien constituyen declaraciones de la voluntad soberana no entrañan normas jurídicas, porque se refieren a situaciones particulares y no a generales y abstractas. Pero este reparo no procede, a nuestro juicio, en una definición que, con criterio práctico, engloba dentro del campo de la ley todas las situaciones que por su entidad exijan la aprobación de la soberanía. Al respecto, Bello observó que la Constitución de 1833 (como las posteriores) entregaban a la ley "dar pensiones, y decretar honores públicos a los grandes servicios" (artículo 28, Nº 10). De atenerse a ciertas definiciones técnicas habría tenido que establecer, primero, que la ley regula situaciones generales y abstractas y, después, que determinadas situaciones particulares importantes (enumerándolas) se someten a los mismos trámites de una ley. Rodeo inútil en un Código positivo que es libre para adoptar las fórmulas que le parezcan más prácticas.

En el derecho positivo chileno también puede decirse que ley es toda disposición obligatoria aprobada por las Cámaras y el Presidente de la República y promulgada por este último.

153. Requisitos externos e internos de la ley

De la definición del Código se desprende que los requisitos de la ley son externos e internos. Los primeros, que permiten a los ciudadanos cerciorarse si la norma que se les presenta es en realidad ley o no, son dos: a) declaración de la voluntad soberana; b) manifestación de ella en la forma prescrita por la Constitución. Los requisitos internos miran al contenido de la norma: si el precepto es imperativo, prohibitivo o permisivo.

Examinaremos estos requisitos uno en pos de otro.

154. Declaración de la voluntad soberana

La soberanía, como es sabido, reside esencialmente en la nación, la cual delega su ejercicio, en lo que a legislar se refiere, en el Poder Legislativo, integrado, entre nosotros, por el Congreso Nacional y el Presidente de la República (Constitución, artículos 62 a 72).

Según nuestro ordenamiento positivo, no son leyes, pues, por falta de este primer requisito, los simples decretos del Presidente de la República, aunque sean de efectos generales y permanentes.

155. Manifestación de la voluntad soberana en la forma prescrita por la Constitución

Nuestra Carta Fundamental resume en el artículo 69 los requisitos necesarios para que esa forma se repute existir. "Aprobado un proyecto por ambas Cámaras –dice–, será remitido al Presidente de la República, quien, si también lo aprueba, dispondrá su promulgación como ley".

Es de tal modo necesario que concurra la forma específica prevenida por la Constitución, "que no sería ley, por ejemplo, la declaración de voluntad de todos y cada uno de los miembros del Congreso Nacional y del Presidente de la República manifestada por medio de escritura pública y con cuantos otros requisitos y formalidades quieran suponerse".

El ejemplo es extremo y nadie duda que ningún juez, de cualquiera jerarquía que sea, podría considerar que es ley la formulada en escritura pública. Pero en la práctica las cosas no se presentan de manera tan burda. Supóngase que una ley ordinaria y común que requiere para ser aprobada sólo la mayoría de los miembros presentes de cada Cámara, y en el Senado de 36 parlamentarios presentes 18 voten por la aprobación y los demás por el rechazo, dándose, sin embargo, por aprobado el proyecto y así se sanciona y promulga por el Presidente de la República y se publica en el Diario Oficial. En esta hipótesis tampoco la declaración de la voluntad soberana se ha manifestado en la forma prescrita por la Constitución y no habría ley. La historia de la definición que de ésta da el Código Civil así lo demuestra. Veamos. El Proyecto de Código Civil de 1853 dice solamente que "ley es una declaración de la voluntad soberana que manda, prohíbe o permite". En seguida, el llamado Proyecto Inédito ofrece un cambio. Señala que "ley es la declaración de la voluntad soberana, constitucionalmente expedida, que manda, prohíbe y permite". Por último, en el Proyecto definitivo y en el Código se altera de nuevo la

redacción. No se habla de "constitucionalmente expedida", sino que para ser ley la declaración de la voluntad soberana "debe manifestarse en la forma prescrita por la Constitución. ¿Qué significa el cambio de redacción? Cuando se habla de constitucionalmente expedida se requiere que la ley esté de acuerdo por completo con la Constitución, tanto con las disposiciones relativas a la formación de la ley como con las de fondo; una de estas es, por ejemplo, la que exige indemnización previa para la expropiación de un bien privado por causa de utilidad pública o de interés nacional (Constitución, art. 19, número 24 inciso tercero). Parece indudable que al sustituirse en el Proyecto definitivo y en el Código Civil la expresión constitucionalmente expedida por la frase "que manifestada en la forma prescrita por la Constitución, la exigencia, para ser ley, se redujo a la conformidad de ésta con las normas de formación que para la misma ordena la Constitución. No quedaron, pues, comprendidas las leyes en pugna con las disposiciones de fondo de la Constitución; tales leyes no pierden por esa circunstancia su condición de leyes, aunque desde la Constitución de 1925 se facultó a la Corte Suprema para declararlas inaplicables por inconstitucionales. ¿Y antes de la Constitución de 1925 qué ocurría? Algunos afirmaban que como no se podía fallar basándose en dos normas jurídicas contradictorias, había que aplicar la constitucional que es la superley. Otros decían que no había ningún artículo en el ordenamiento jurídico en que pudiera apoyarse el juez para desconocer el mandato de una ley.

Hoy día, según exponemos en otro lugar, se piensa que la declaración de inaplicabilidad por causa de inconstitucionalidad comprende tanto las leyes que infringen las disposiciones constitucionales de fondo (que son las que garantizan los derechos de las personas) como las de forma (que son las que se refieren a la gestación de la ley). Pero otra parte de la doctrina distingue:

a) si una ley no se ha ceñido a las disposiciones que la Constitución prescribe para su formación, no es ley, porque no se ha formado como tal; y

b) la inaplicabilidad sólo dice relación con las leyes gestadas perfectamente, pero que violan las disposiciones de fondo de la Constitución.

La última Carta Fundamental, la de 1980, lo mismo que la de 1925, no aclara el punto controvertido.

Nosotros estamos con el segundo punto de vista. Porque creemos que interpretadas armónicamente las normas del Código Civil y las de la Constitución, resulta claro que la última quiso sancionar un caso hasta entonces no resuelto expresamente por nuestro derecho positivo. Incluso prescindiendo de la definición del Código Civil y de su historia, la lógica elemental nos señala que si la Constitución prescribe la formación de la ley y los trámites correspondientes no se cumplen, la ley no está viciada sino más que eso, no está formada, no existe. En cambio, cuando la ley se forma cabalmente pero contradice alguna disposición de fondo de la Constitución, dicha ley existe formalmente aunque viciada por la inconstitucionalidad, lo que da margen para que pueda ser declarada inaplicable por haberse alzado contra la Constitución.

156. Manda, prohíbe o permite

Este último requisito mira a la sustancia de la ley, se refiere a la especie de norma que contiene.

Toda ley, por el hecho de ser tal, implica un mandato "como que es la declaración de una voluntad soberana a la cual debemos obediencia y no se concibe voluntad sin acción y voluntad soberana sin mandato".[1]

Pero las leyes contienen mandatos de diversa especie; algunos imperativos, otros prohibitivos o permisivos. Y de ahí que haya leyes imperativas, prohibitivas y permisivas.

Las primeras son las que mandan hacer algo, como las que ordenan a los ciudadanos el pago de los impuestos, prestar el servicio militar, etc.

Las leyes prohibitivas son las que mandan no hacer algo, las que prohíben o impiden hacer alguna cosa, como las leyes penales.

Las leyes permisivas son las que permiten realizar algún acto o reconocen a un sujeto determinada facultad.

La ley permisiva entraña un mandato a todas las personas en el sentido de que respeten el derecho que ella reconoce al titular. Pero este asunto lo tratamos al hablar de la clasificación de las normas

[1] L. CLARO SOLAR, obra citada, tomo I, p. 29

jurídicas. Nos remitimos a las prolijas explicaciones ahí dadas.

Algunos han criticado al legislador por no haber incluido en la definición un cuarto término, "castiga", como lo hicieron los jurisconsultos romanos. La objeción carece de valor, porque propiamente las leyes que tienen por sanción una pena no forman una clase particular y diversa de las tres mencionadas. Las leyes penales son: o imperativas, cuando ordenan la imposición de una pena; o prohibitivas, cuando señalan los actos que no permiten ejecutar o aquellos cuya no ejecución sancionan, es decir, cuando prescriben delitos de acción u omisión.

Más adelante se verá si la distinción entre leyes imperativas, prohibitivas y permisivas es de importancia práctica. En ese lugar también se precisarán más los conceptos (infra números 291 y siguientes).

157. Numeración de las leyes

Teniendo presente la conveniencia de numerar las leyes para que puedan ser citadas con toda precisión, especialmente cuando se promulgan varias en un mismo día, el 8 de febrero de 1893 se dictó un decreto supremo en que se ordenó numerarlas según el orden en que las despachara el Consejo de Estado. La numeración comenzó a hacerse con leyes anteriores a esa fecha. La ley número 1 es de 11 de enero de 1893 y trata de la prórroga por diez años de la prohibición de adquirir terrenos de indígenas. Todas las leyes anteriores a ésta carecen de número.

Actualmente, suprimido el Consejo de Estado a partir de la Constitución de 1925, las leyes se numeran según el orden en que las despacha el Presidente de la República.

B. CARACTERES DE LAS LEYES DE DERECHO PRIVADO

158. Clasificación de las leyes según sus caracteres

Atendiendo a sus caracteres, las leyes de derecho privado se clasifican en tres grupos:

1) El primero, que es el más numeroso, está formado por leyes puramente declarativas o supletivas de la voluntad de las partes.

2) El segundo se halla integrado por leyes imperativas o prohibitivas.

3) El último grupo lo componen las llamadas leyes dispositivas.

159. Leyes declarativas o supletivas

Leyes supletivas o declarativas son las que determinan las consecuencias de los actos jurídicos cuando las partes interesadas no las han previsto y regulado de otra manera, teniendo libertad para hacerlo.

La ley suple este silencio u omisión de las partes a fin de que tengan la regla que no se cuidaron de establecer, y para ello toma en consideración dos ideas directrices: o se propone reproducir la voluntad presunta de las partes, reglamentando la relación jurídica como probablemente lo habrían hecho ellas mismas si hubieran manifestado su voluntad; o bien, considera principalmente las tradiciones, las costumbres, los hábitos, el interés general. La primera de las ideas la vemos reflejada, por ejemplo, en los contratos más frecuentes de la vida, como la compraventa, en que el legislador se inspira ante todo en la presunta intención de las partes. La segunda de las ideas la encontramos, por ejemplo, en los artículos del Código que reglamentan el régimen de los bienes de los cónyuges que se han casado sin hacer capitulaciones matrimoniales (artículo 1718), o en las reglas de la sucesión intestada (artículos 980 y siguientes).

Las disposiciones del Derecho Privado son, en gran parte, puramente interpretativas o supletivas, es decir, los autores de los actos jurídicos pueden desechar su aplicación para reemplazarlas por otras que ellas mismas se den.

160. Leyes imperativas y prohibitivas

Pero no vaya a creerse que todas las disposiciones del Derecho Patrimonial presentan un carácter simplemente supletivo. Por el contrario, algunas de ellas tienen un alcance imperativo absoluto, es decir, se imponen a la voluntad de los particulares, los cuales no pueden eludir su aplicación.

Según los tratadistas, las causas que determinan al legislador a dictar reglas de esta naturaleza son de dos especies:

1º asegurar el orden público, es decir, el orden general necesario para el mantenimiento del equilibrio social, la moral pública y la armonía económica;

2º proteger a las personas que por su edad, sexo o condiciones físicas son incapaces de defender por sí mismas sus derechos, y que, a no mediar esta protección, podrían ser víctimas de su debilidad o inexperiencia.

"Las disposiciones de esta segunda categoría necesariamente deben ser imperativas, porque las medidas que ellas entrañan no llenarían su fin si pudieran ser alteradas por la voluntad de los contratantes".

Entre las disposiciones de orden público, pueden citarse las que versan sobre el matrimonio y las relaciones de familia en general. Y así, por ejemplo, el artículo 1º de la Ley de Matrimonio Civil, de 10 de enero de 1884, dice: "El matrimonio que no se celebre con arreglo a las disposiciones de esta ley, no produce efectos civiles". Otro precepto de orden público es el artículo 1462 del Código Civil; expresa que "hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público chileno. Así, la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas, es nula por el vicio del objeto". Entre las reglas que constituyen medidas de protección, podemos señalar los artículos del Código Civil que se ocupan de la administración de los bienes de los incapaces, v. gr., el artículo 341, que dice: "Están sujetos a tutela los impúberes".

Las reglas o leyes establecidas por el Derecho Público son siempre imperativas. En cambio, las leyes de Derecho Privado son, en gran parte, supletivas.

161. Leyes dispositivas

Llámanse leyes dispositivas aquellas en que el legislador dicta una norma para resolver conflictos de intereses que se presentan entre personas que no han contratado entre sí. Se refieren a situaciones en que la voluntad no desempeña papel alguno. En efecto, surgen en la vida jurídica situaciones que la voluntad de los interesados no puede solucionar, porque irrumpen bajo la forma de conflictos de intereses entre dos personas que no han celebrado contrato entre ellas. En estos casos, el legislador compara y pesa los intereses controvertidos, y se pronuncia dando la primacía a aquel que le parece más digno de protección. Supongamos que un individuo vende a otro una cosa que ha robado; entre el dueño de la cosa y el que la ha comprado nace una situación, un conflicto de intereses que la voluntad de ninguno de los dos ha contribuido a crear. El legislador ha contemplado este evento y ha dicho, en el artículo 1815, que "la venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el lapso de tiempo".

Muchos autores sostienen que las leyes dispositivas no constituyen un tercer miembro de la clasificación que tratamos, porque esas normas que "disponen", abstracción hecha de la voluntad de los sujetos, habrán de ser imperativas o supletorias, según rechacen o admitan la posibilidad de una declaración de voluntad contraria de los particulares. Para esos autores, el nombre de dispositivas debe considerarse como sinónimo de leyes supletorias.

C. CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY

162. Concepto

La Constitución es la ley de las leyes, la "superley", a la cual deben subordinarse todas las demás.

Cuando éstas guardan conformidad con aquélla se dice que son constitucionales.

163. Constitucionalidad de fondo y de forma

La constitucionalidad abarca dos aspectos: uno de fondo y otro de forma. El primero se cumple cuando el contenido de la ley respeta todo derecho garantido por la Carta Fundamental; y el segundo, cuando la ley es dictada por los órganos competentes y con las formalidades que para su generación y promulgación establece la Constitución.

Resulta, pues, que la inconstitucionalidad es la negación de uno de estos dos aspectos o de ambos a la vez.

Ejemplos de leyes que serían inconstitucionales en el fondo:

a) Cualquiera ley que prohibiera el derecho de asociarse sin permiso previo. Se vulneraría el derecho reconocido a todo habitante de la República en la Constitución;

b) Una ley que apareciera en el Diario Oficial con un texto diverso de aprobado por algunos de los tres órganos anteriores.

c) Cierta ley que ordenara que determinados hechos ya cometidos serán juzgados de acuerdo con sus preceptos. Habría infracción del derecho que la Constitución reconoce a toda persona de ser juzgada en conformidad a una ley promulgada con anterioridad al hecho sobre que recae el juicio.

Ejemplos de leyes que serían inconstitucionales en la forma:

a) Cualquiera ley que fuera dictada con prescindencia de uno de los órganos constitutivos del Poder Legislativo (Cámara de Diputados, Senado y Presidente de la República);

b) Una ley que apareciera en el Diario Oficial con un texto diverso del aprobado por algunos de los tres órganos anteriores.

Las simples erratas de imprenta no autorizan para deducir reclamo de inconstitucionalidad, si no hay duda de que son simples errores tipográficos, de lo que es fácil darse cuenta por la sola lectura de la ley. Sostener lo contrario, sería transformar al linotipista o digitador en legislador, y

c) Cierta ley que se hubiera formado siguiendo otros trámites que los señalados por la Constitución o no cumpliendo con todos. V. gr., una ley dictada por todos los congresales y el Presidente de la República de común acuerdo y extendida en una escritura ante notario, o una aprobada por una sola rama del Congreso y el Presidente de la República.

164. Efectos de las leyes inconstitucionales

¿Producen efectos las leyes inconstitucionales? ¿Deben ser obedecidas por los poderes públicos y los ciudadanos?

En principio, la respuesta debe ser afirmativa. Pero las legislaciones de los diversos países conceden medidas tendientes a obtener la no aplicación de dichas leyes, ya sea en general o en cada caso concreto que se presente.

En la mayoría de los países los efectos de la resolución que declara la inconstitucionalidad de una ley, no son generales; se limitan a declarar "inaplicable" dicha ley para el caso concreto de que se trata. De manera que la ley sigue rigiendo y todos los pleitos que se presenten deben resolverse conforme a ella si los interesados no solicitan, en cada caso, la inaplicabilidad o ésta no es declarada de oficio por el tribunal facultado para hacerla.

165. Clase de inconstitucionalidad que se puede atacar

Algunos países aceptan que se pueda pedir la no aplicación de una ley por inconstitucionalidad en el fondo o en la forma (Estados Unidos); otros sólo por inconstitucionalidad en la forma (Francia); y, finalmente, otros sólo permiten invocar la inconstitucionalidad en el fondo. Entre nosotros, ciertos autores sostienen que el recurso de inaplicabilidad procede únicamente en este caso, Más adelante dilucidaremos el punto.

166. Autoridad que debe tener la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes

Dos criterios distintos, escribe un autor, se perciben en las nuevas constituciones. Uno, el de establecer un tribunal, con independencia de toda jerarquía judicial, para entender en los conflictos que pueda traer la inconstitucionalidad de una ley. Otro, el de encomendar a la justicia ordinaria, generalmente a su organismo superior, el fallar esta cuestión. La Constitución chilena de 1980 consagra, en cierto modo, un sistema mixto, según veremos.

167. El recurso de inconstitucionalidad en Chile

Con anterioridad a la Constitución de 1925, no existía el recurso que nos afana. Jurisprudencia, profesores y publicistas opinaban unánimemente que el poder judicial no podía dejar de aplicar una ley inconstitucional en el fondo, porque esa prerrogativa nadie se la había dado.[1]

Pero no sucedía otro tanto con la inconstitucionalidad de forma. Los tribunales, en más de una ocasión, se negaron a aplicar preceptos que adolecían de dicho vicio. Y así, por ejemplo, tenemos un caso que se presentó con motivo de la publicación de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales. En efecto, el artículo 95 de dicha ley apareció publicado en el Diario Oficial con dos incisos más que no habían sido aprobados por el Congreso Nacional. La Corte Suprema estimó que por tal motivo dichos incisos no tenían el carácter de ley y no debían aplicarse.[2] A juicio de la Corte, no era menester fundarse en un artículo expreso de la Ley Orgánica para tomar la decisión que acordó, "porque su deber es juzgar, y juzgar es aplicar la ley, esto es, el precepto que real y verdaderamente tiene este carácter y no lo que carece de fuerza obligatoria".[3]

La falta de una disposición expresa que estableciera la facultad de declarar inconstitucional una ley, se dejaba sentir. Atendiendo a esta necesidad, la Constitución de 1925 dedicó un artículo expreso al asunto que, con algunas variantes, reprodujo la Constitución de 1980, precisamente en su artículo 80, que dice:

"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".

Este artículo da lugar a algunas cuestiones. ¿La inaplicabilidad por causa de inconstitucionalidad procede sólo contra los preceptos legales que contrarían en el fondo la Constitución? ¿O también contra los preceptos legales que la contrarían por no haberse dictado de acuerdo con todas las normas que ella señala para su gestación y aprobación? Algunos creen que en este último caso no hay en realidad ley; otros, por el contrario, piensan que la inaplicabilidad cabe tanto por la inconstitucionalidad de fondo como por la forma, porque la Carta Fundamental no distingue. En segundo lugar, se plantea el problema de si la declaración de inaplicabilidad por causa de inconstitucionalidad corresponde sólo a la Corte Suprema reunida en pleno o también a las salas. Este segundo punto de vista más amplio prevalece por derivar de la historia de la gestación de la Constitución de 1980 y porque de ese modo se vela más cabalmente en cada caso por la aplicación preferente de las normas constitucionales sobre cualesquiera otras que la contradigan.

[1] Testimonio de que así pensaban los tribunales es, por ejemplo, el dictamen de la Corte Suprema, de 27 de junio de 1848, evacuado a raíz de una consulta que hizo el Intendente de Concepción de aquella época. Y prueba de que así pensaban los profesores y publicistas, tenemos en las obras de don JORGE HUNEEUS (*La Constitución ante el Congreso*, segundo tomo, Santiago, 1880, pp. 252 y siguientes); don MIGUEL LUIS AMUNÁTEGUI (*Definición de la ley*, edición de 1889, pp. 58 y siguientes); ALCIBÍADES ROLDÁN (*Elementos de Derecho* Constitucional de Chile, Santiago, edición de 1924, p. 467).

[2] Sentencia de 1º de marzo de 1876, considerando 3º.

[3] Nota que en agosto de 1876 dirigió al Poder Ejecutivo la Corte Suprema, explicando su manera de proceder en la sentencia anteriormente citada.

168. Control que compete al Tribunal Constitucional

La Constitución establece un Tribunal Constitucional, entre cuyas funciones están:

a) ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación y de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución;

b) resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso;

c) resolver las cuestiones que se originen sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley;

d) resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo, promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda o dicte un decreto inconstitucional;

e) resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría haya representado por estimarlo inconstitucional, cuando sea requerido por el Presidente por no conformarse éste con la representación;

f) resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, cuando ellos se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley (artículo 82, números 1º, 2º, 3º, 5º, 6º y 12).

169. Efectos de las resoluciones del Tribunal Constitucional que implican pronunciamiento de éste sobre la constitucionalidad de los textos legales sometidos a su consideración

Contra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procede recurso alguno, sin perjuicio de que pueda el mismo Tribunal, conforme a la ley, rectificar los errores de hecho en que hubiere incurrido. Las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no pueden convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate. En el caso de los reclamos por los decretos dictados por el Presidente de la República (letras d) y f) de nuestro número anterior), el decreto supremo impugnado queda sin efecto de pleno derecho con el solo mérito de la sentencia del Tribunal que acoge el reclamo. Resuelto por el Tribunal que un precepto legal determinado es constitucional, la Corte Suprema no puede declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia (Constitución, art. 83). Nótese que si el mismo precepto es objetado por otro vicio distinto del sometido a la consideración del Tribunal Constitucional, no hay inconveniente para que la Corte Suprema conozca de él y emita el pronunciamiento que juzgue adecuado.

D. LOS DECRETOS

170. Potestad reglamentaria

La potestad reglamentaria, en su sentido propio y estricto, es la facultad o poder de que están dotadas la autoridades administrativas para dictar normas jurídicas, es decir, mandatos de alcance general e impersonal; en un sentido amplio, abarca además la facultad de emitir resoluciones o mandatos que se refieren a una persona o situación determinada. Considerada en toda su extensión, se manifiesta o ejercita por medio de reglamentos o decretos reglamentarios, simples decretos, resoluciones, ordenanzas e instrucciones.

171. Autoridades administrativas con potestad reglamentaria

En virtud de diversas leyes son múltiples las autoridades administrativas que tienen potestad reglamentaria: el Presidente de la República y sus Ministros de Estado; los Intendentes y Gobernadores; las Municipalidades; los Alcaldes; el Director General de Salud; el Director General de Impuestos Internos; el Comandante en Jefe del Ejército, etc. El organismo autónomo llamado Banco Central tiene también, en materias de su competencia, una notable potestad reglamentaria.

Por ser las manifestaciones de la potestad reglamentaria asunto de Derecho Administrativo, nos limitaremos a señalar las nociones indispensables sobre los decretos del Presidente de la República, los reglamentos, las ordenanzas e instrucciones.

172. Amplitud de la potestad reglamentaria del Presidente de la República

La potestad reglamentaria del Presidente de la República comprende:

a) la facultad de dictar mandatos generales y especiales encaminados a la ejecución de las leyes, y

b) la facultad de dictar normas o resoluciones necesarias para el cumplimiento de sus funciones propias de gobernar y administrar el Estado, supuesto, naturalmente, que se respeten los principios constituciones.

Pero hay más. En la Constitución de 1925 cualquier materia no atribuida por la Constitución al Presidente de la República u otra autoridad administrativa, podía ser regulada por la ley. Bajo el imperio de la Constitución de 1980 la cosa es al revés. Solamente son materia de ley los veinte asuntos que señala el artículo 60 de dicha Carta. En cambio, la potestad reglamentaria del Presidente de la República se ha ensanchado, ya que puede ejercerla "en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes" (Constitución, art. 32, número 8º). De manera, pues, que el Presidente de la República tiene, por un lado, una potestad reglamentaria autónoma, y por otro lado, una de ejecución de las leyes.

173. Decreto en general y decreto supremo

En general, decreto es todo mandato escrito y revestido de las demás formalidades prescritas por el ordenamiento jurídico, dictado unilateralmente por la autoridad administrativa en el ejercicio de sus atribuciones. Cuando es emitido por el Presidente de la República, recibe el nombre específico de decreto supremo.

174. Reglamentos y simples decretos

Los decretos se pueden clasificar en reglamentos y simples decretos. Reglamento o decreto reglamentario es un decreto de alcance general e impersonal; concierne a una generalidad abstracta de personas o situaciones, como el reglamento que señala los detalles de ejecución de una ley. Simple decreto o decreto individual es el que se refiere a una persona o situación determinadas, como el que nombra a un funcionario público, o acepta la donación de un fundo al Fisco, o concede una personalidad jurídica, u otorga un indulto particular.

175. Reglamentos de ejecución y reglamentos autónomos

Una de las clasificaciones importantes de los reglamentos es la que distingue entre reglamentos de ejecución y reglamentos autónomos o independientes.

a) Reglamentos de ejecución. Son aquellos cuyo objeto es asegurar la aplicación de la ley. Sus normas tienden a poner en marcha a las de la ley. Deben encuadrarse dentro de la pauta de ésta, y en caso alguno puede contrariar sus preceptos, modificarlos, restringirlos o ampliarlos; el reglamento de ejecución es siervo de la ley que detalla, como quiera que su razón de ser es desenvolver las reglas generales de la ley, explicar las consecuencias de los principios que ella contiene, determinando la manera de cumplirla, según las diversas circunstancias que puedan presentarse. Esta misión se reserva al reglamento por dos razones: porque las leyes no pueden, "so pena de hacerse enmarañadas y confusas", sino fijar reglas generales; y porque la función de aplicar y ejecutar las leyes corresponde a la autoridad administrativa.

A estos reglamentos de ejecución se refiere específicamente la Constitución Política del Estado al decir que es atribución especial del Presidente "dictar los reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes" (art. 32, segunda parte de su Nº 8).

La expresión "que crea convenientes" no debe inducir a pensar que siempre la dictación de un reglamento, decreto o instrucción queda al puro arbitrio del Presidente de la República. Desde luego, hay leyes que ordenan la dictación del respectivo reglamento; en este caso, el Presidente de la República no puede eludir la obligación de ejercitar la potestad reglamentaria, pues infringiría precisamente esas leyes, y podría por ese motivo ser acusado constitucionalmente (Constitución, art. 48, Nº 2, letra a). También ha de considerar como un deber ineludible del Presidente dictar los reglamentos de una ley que aunque ésta no lo ordene, resultan imprescindibles para la aplicación de ella. En estos casos la apreciación de la conveniencia queda reducida a la creación y fijación de las normas que el Presidente juzgue adecuadas para la ejecución de la ley; pero el deber de dictarlas constituye un imperativo.[1]

En la jerarquía de las normas jurídicas, el reglamento de ejecución está debajo de las leyes, particularmente de aquella cuya aplicación tiende a llevar a cabo; en consecuencia, no puede, sin caer en la tacha de ilegalidad, contrariar preceptos constitucionales o de ley y, en particular, no puede ampliar, modificar o restringir la ley para cuya aplicación fue dictado.

Ejemplos de reglamentos de ejecución: Reglamentos sobre Concesión de Personalidad Jurídica; Reglamento de la Ley sobre Propiedad de Pisos y Departamentos, etc.

b) Reglamentos autónomos. Son los que no se relacionan con una ley determinada y regulan materias no normadas por una ley ni declaradas de la exclusiva incumbencia de ésta por la Constitución, y se dictan por la autoridad administrativa en ejercicio de sus propias atribuciones o de los poderes discrecionales que se le reconocen. Ejemplos de este último extremo son el Reglamento sobre realización de carreras de vehículos motorizados y el que fija condiciones o requisitos para la entrada al Casino de Viña del Mar. Un reglamento de ejecución puede ser derogado por la ley; pero no uno autónomo.

176. Firmas que deben llevar los decretos

Todos los decretos expedidos por el Presidente de la República, sean simples o reglamentarios, deben llevar su firma y la del Ministro respectivo y no serán obedecidos sin este esencial requisito (Constitución, art. 35, inciso Nº 1). Pero hay algunos decretos que pueden ser expedidos, dentro de las autorizaciones que otorgan las leyes al Presidente de la República, con la sola firma del Ministro de Estado respectivo, debiendo declararse que son expedidos "Por orden del Presidente" (Constitución, art. 35, inciso 2º). Se expiden y tramitan en la misma forma que los demás decretos suscritos por el Jefe del Estado. Para que los Ministros puedan hacer uso de la facultad de que se trata es necesaria autorización del Presidente de la República, otorgada por sólo una vez, mediante decreto supremo y que se trate de materias que señala la ley relativa a tales decretos. Todavía hay ciertos decretos que llevan la sola firma del Ministro que corresponda y que no mencionan la frase "por orden del Presidente de la República". Se expiden sobre determinadas materias puntuales y obligan en general a todos los que se encuentren en la situación por ellos prevista.

Se estima que los Jefes de Servicios descentralizados funcionalmente también tienen, como una delegación de las facultades del Poder Ejecutivo, autoridad para dictar "resoluciones" en pro de la buena administración del respectivo servicio público.

En general, la facultad de dictar resoluciones emana en algunos casos de la propia Constitución, de las leyes o de algunos decretos supremos.

En virtud de resoluciones, por ejemplo, el Ministro de Transportes autoriza a los taxis de servicio básico desempeñarse como colectivos; el Director del Servicio Electoral crea Juntas Electorales en determinadas comunas o ciudades, etc.

[1] Conforme: Aníbal Bascuñán V., "Informe" sobre la Memoria de Licenciado don RAÚL GUEVARA R., titulada *Potestad reglamentaria*, Santiago, 1935.

177. Semejanzas y diferencias entre la ley y el decreto

a) Las semejanzas entre la ley y el decreto saltan a la vista. Ambos emanan de órganos públicos, son igualmente obligatorios para autoridades y ciudadanos y sus normas o mandatos deben subordinarse a la Constitución.

b) Las materias objeto de la ley aparecen taxativamente señaladas en la Constitución (art. 60); las de los decretos no.

La generalidad e impersonalidad de las normas no es característica exclusiva de la ley, porque existen decretos, como los reglamentarios que tratan situaciones generales.

Asimismo, no cabe decir que la ley señala normas esenciales y el decreto (reglamentario) los detalles de su ejecución. Tal diferenciación sólo es válida respecto de los reglamentos de aplicación o ejecución; pero no para los autónomos, que también pueden pintar grandes frescos de normas, hasta el punto de requerir, a veces, su propio reglamento de ejecución que descienda a los pormenores.

c) La ley y el decreto (simple o reglamentario), en los ordenamientos como el nuestro, se distinguen esencialmente por el órgano que los crea: la ley emana del Poder Legislativo, y el decreto, del Poder Ejecutivo o la autoridad administrativa.

d) Puede agregarse como característica diferenciadora la superioridad jerárquica de la ley sobre el decreto. En consecuencia, todo decreto, sea individual o reglamentario, de ejecución o autónomo, no puede modificar las leyes. Un decreto jamás puede derogar una ley, pero la ley puede derogar el decreto, supuesto que la derogación no importe invadir atribuciones propias y constitucionales del poder ejecutivo. Por eso no podría una ley derogar, por ejemplo, el decreto que nombra Ministro de Estado a un ciudadano; se vulneraría el precepto constitucional que establece como atribución especial del Presidente nombrar a su voluntad a dichos Ministros. En estos casos, a través del decreto, la ley se inclina ante la Constitución. Por la misma razón una ley no podría derogar un reglamento autónomo que no toca materias reservadas al campo de la ley.

Nótese, como veremos oportunamente, que según una corriente doctrinaria se habla de derogación sólo cuando la pugna es entre normas jurídicas del mismo rango; por ejemplo, entre una ley ordinaria y otra ley ordinaria posterior; pero no cuando la contradicción es entre normas de diversa jerarquía; por ejemplo, entre una ley y un decreto reglamentario, hipótesis en que simplemente prevalece la norma de más alta jerarquía. Para otra tendencia la norma de superior jerarquía siempre deroga a la inferior de tiempo anterior que está en pugna con ella.

e) Por fin, el proceso de gestación hasta alcanzar la formación y el efecto de obligatoriedad es distinto para la ley y el decreto. Todos los trámites de este último son materia de Derecho Administrativo: firma del decreto por el Ministro respectivo y, si cabe, por el Presidente de la República, anotación, toma de razón, refrendación, registro, comunicación y publicación. Algunos de estos trámites son comunes a todos los decretos y otros son propios de ciertas especies de ellos.

178. Las instrucciones

Son comunicaciones que los funcionarios públicos superiores dirigen a sus subordinados indicándoles la manera de aplicar una ley, un reglamento u otra norma jurídica, o las medidas que deben tomar para el mejor funcionamiento de un servicio público. Tienen por objeto ilustrar el criterio del funcionario para el más conveniente ejercicio de las funciones que le corresponden o el desarrollo de la actividad pública que se le ha encomendado.

Las instrucciones del Presidente de la República son generalmente expedidas por los Ministros respectivos.

Cuando las instrucciones van dirigidas a un gran número de funcionarios, se envían mediante “circulares”; cuando se imparten sólo a un funcionario o a un número corto de éstos, se expiden por medio de “oficios”.

179. Las ordenanzas

La palabra "ordenanza" tiene distintas significaciones en diversos países. Y aun dentro de un mismo país designa cosas que no son iguales. Es lo que ocurre entre nosotros. En general, el ordenamiento jurídico chileno entiende por ordenanza un conjunto de normas reglamentarias sobre determinadas materias que se aplican en todo el territorio de la República o en una sección administrativa del mismo y cuya infracción está sancionada con multas u otras penas, entre ellas el comiso. Ejemplo de ordenanza aplicable en todo el territorio es la Ordenanza de Aduanas y ejemplo de ordenanzas locales son las municipales.

180. Ordenanzas y otras disposiciones municipales

La Ley de Municipalidades dice que éstas pueden adoptar resoluciones llamadas ordenanzas, reglamentos municipales, decretos alcaldicios o instrucciones. Y, para sus efectos, dicha ley define todas estas especies. Llama ordenanzas a las normas generales y obligatorias aplicables en la comunidad y cuya infracción está sancionada con multas cuyo monto no exceda de cinco unidades tributarias mensuales, multas que toca aplicar a los juzgados de policía local correspondientes. En seguida esa ley entiende por reglamentos municipales las normas generales obligatorias y permanentes relativas a materias de orden interno de la municipalidad. Luego da el nombre de decretos alcaldicios a las resoluciones que versen sobre casos particulares, emanadas –agregamos nosotros– del alcalde. Por último, denomina instrucciones las directivas impartidas a los subalternos (Ley Nº 18.695, Orgánica Constitucional, de 31 de marzo de 1988, artículo 10).

E. DECRETOS LEYES

181. Concepto

Los decretos leyes son decretos que contienen reglas sobre materias propias de ley. Son decretos por la forma en que se dictan, y leyes, por el contenido, por las materias a que se refieren, por su fondo. Dentro de la expresión decretos leyes caben los decretos con fuerza de ley y los decretos leyes propiamente tales. Esta última denominación tiene, pues, una acepción amplia y otra restringida.

182. Decretos con fuerza de ley

Llámanse decretos con fuerza de ley los decretos que, por expresa autorización de una ley, dicta el Presidente de la República sobre materias que según la Constitución son propias de ley. El nombre se explica porque una vez dictadas esas normas adquieren fuerza de ley.

En doctrina pura se discute la constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley. Estiman algunos que ellos barrenan el principio de la división de los poderes públicos, ya que mediante su dictación el Ejecutivo agrega a sus funciones inherentes las del Poder Legislativo. Por otra parte, se dice, el Parlamento tiene su poder por "delegación" del pueblo y no puede, en consecuencia, delegarlo, de acuerdo con el principio universalmente aceptado "delegata potestas non delegatur" (la potestad delegada, no se puede delegar).

La Constitución de 1925, hasta antes de la reforma que le introdujo la Ley Nº 17.284, de 23 de enero de 1970, no autorizaba en ninguna parte la dictación de decretos con fuerza de ley, y, por el contrario, de su historia aparece expresamente que la idea fue rechazada. Sin embargo, en la práctica se dictaron numerosos decretos con fuerza de ley y la Corte Suprema los aceptaba, aduciendo que ninguna ley la facultaba para pronunciarse sobre la legitimidad constitucional de la delegación, por parte del Congreso Nacional, de sus facultades legislativas en el Presidente de la República. Agregaba que los tribunales de justicia sólo podían intervenir para juzgar si los decretos con fuerza de ley se mantenían dentro del marco que les había asignado la ley que autorizaba su expedición; si excedían o contrariaban

las facultades legislativas otorgadas, el tribunal que conocía del juicio en que se planteaba la cuestión podía declarar la ilegalidad de esos decretos con fuerza de ley.

Pues bien, la Ley Nº 17.284 acabó con el problema. Reformó la Constitución, admitiéndose que una ley puede autorizar al Presidente de la República para dictar decretos con fuerza de ley sobre las determinadas materias que la misma Constitución señala, con los requisitos y restricciones que también ella precisa (Constitución de 1925, art. 44, Nº 15).

La Constitución de 1980 también contempla los decretos con fuerza de ley y, al respecto, dice en su artículo 61: "El Presidente de la República podrá solicitar autorización al Congreso Nacional para dictar disposiciones con fuerza de ley durante un plazo no superior a un año sobre materias que corresponden al dominio de la ley. Esta autorización no podrá extenderse a la nacionalidad, la ciudadanía, las elecciones ni al plebiscito, como tampoco a materias comprendidas en las garantías constitucionales o que deban ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado. La autorización no podrá comprender facultades que afecten a la organización, atribuciones y régimen de los funcionarios del Poder Judicial, del Congreso Nacional, del Tribunal Constitucional ni de la Contraloría General de la República. La ley que otorgue la referida autorización señalará las materias precisas sobre las que recaerá la delegación y podrá establecer o determinar las limitaciones, restricciones y formalidades que se estimen conveniente. A la Contraloría General de la República corresponderá tomar razón de estos decretos con fuerza de ley, debiendo rechazarlos cuando ellos excedan o contravengan la autorización referida. Los decretos con fuerza de ley estarán sometidos en cuanto a su publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley".

Es atribución del Tribunal Constitucional resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley (Constitución, art. 82, Nº 3º).

183. Decretos leyes propiamente tales

Llámanse decretos leyes los decretos que, sin autorización alguna del Parlamento, dicta el Poder Ejecutivo sobre materias que según la Constitución son propias de ley.

Mediante ellos legislan los gobiernos de facto, que avientan con los poderes legalmente constituidos. Empero, algunas Constituciones, como la italiana, prevén los decretos leyes para los gobiernos legítimos, que los pueden usar en casos de extraordinaria urgencia y necesidad, si bien están obligados en seguida a presentarlos al Parlamento para su ratificación o conversión en ley.

En Chile, los decretos leyes son abiertamente inconstitucionales. Pero la jurisprudencia ha debido aceptarlos, una vez restablecida la normalidad constitucional. Así ha sucedido con los que se dictaron durante los períodos revolucionarios: años 1924-1925, 816 decretos leyes; año 1932, 669 decretos leyes; año 1973 hasta que la Junta de Gobierno comenzó a dictar leyes, conforme a la Constitución de 1980, 3.660. Y las razones para mantenerlos después de esfumada la fuerza que los apoyaba, son varias: las circunstancias extraordinarias en que vive el país mientras imperan los gobiernos de facto; porque mediante los decretos leyes en nuestro país se pudieron en marcha numerosos engranajes de la vida nacional y se entretejió, por así decirlo, todo el ordenamiento jurídico en forma tal que éste habría resultado con vacíos o perturbaciones si se hubiera rechazado la vigencia de esas normas ilegales, y en fin, porque el propio aspecto constitucional se complicó al reconocer diversas leyes esas normas, sea modificándolas, derogando algunas y dejando subsistentes otras.

184. Recopilación de decretos leyes

Los decretos leyes del período 1924-1925 se encuentran en una recopilación por orden numérico arreglada por la Secretaría del Consejo de Estado. Se dio a la estampa en 1925.

Los decretos leyes de 1932 hállanse en una recopilación hecha por la Contraloría General de la República y dada a luz en 1933.

Los decretos leyes iniciados después del quiebre constitucional de 1973 se encuentran en las recopilaciones de la Contraloría y en una colección de varios tomos de la Editorial Jurídica de Chile.

Hay algunos decretos leyes, tanto del primero como del segundo período, que llevan la numeración

repetida con el agregado de “bis”; de ahí que la cantidad de decretos leyes dictados no corresponda al último número de cada período. Y así, tenemos 816 decretos leyes de 1924-1925 y 669 del año 1932.

Podemos observar, por fin, que los decretos leyes de cada período llevan una numeración independiente y no continuada.

CAPITULO X

LA LEY Y LA SENTENCIA JUDICIAL[*]

A. GENERALIDADES

185. Las sentencias y sus requisitos

Los tribunales de justicia tienen la misión de resolver conflictos que se susciten entre los particulares con motivo de la aplicación de la ley. En términos generales, se llama *sentencia* el acto del órgano jurisdiccional (tribunales de justicia) que, pronunciándose sobre la conformidad o disconformidad de las pretensiones de las partes contendientes con el derecho objetivo, da satisfacción a la pretensión que guarda esa conformidad.

Nos referimos, naturalmente, a las sentencias definitiva, que son las que ponen fin a la instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio o pleito. Las sentencias constan de tres partes, cada una de las cuales deben cumplir con ciertos requisitos señalados por el Código de Procedimiento Civil.

En la parte *expositiva* es menester que contengan:

1) la designación precisa de las partes litigantes, su domicilio y profesión u oficio, y

2) la enunciación breve de las peticiones o acciones deducidas por el demandante y de sus fundamentos e igual enunciación de las excepciones o defensas alegadas por el demandado (Código de Procedimiento Civil, artículo 170, Nos 1º, 2º y 3º).

En la parte *considerativa* deben contener:

1) las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la sentencia, y

2) la enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo (Código de Procedimiento Civil, artículo 170, Nos 4º y 5º).

La parte *resolutiva* o *dispositiva* debe contener "la decisión del asunto controvertido" (Código de Procedimiento Civil, artículo 170, Nº 6º).

La parte más interesante de una sentencia, además de la resolutiva, son los considerandos, o sea, los razonamientos que llevan a la conclusión.

Toda resolución judicial, de cualquiera clase que sea, deberá expresar en letras la fecha y lugar en que se expida, y llevará al pie la firma del juez o jueces que la dictaren o intervinieren en el acuerdo y la autorización del secretario (Código de Procedimiento Civil, artículo 169 y artículo 61, inciso final).

186. Semejanzas entre la ley y la sentencia judicial

La ley y la sentencia presentan semejanzas:

a) Ambas emanan de un poder público;

b) Tanto una como otra son obligatorias, deben respetarse, y

c) El cumplimiento de las dos puede ser exigido por la fuerza pública.

187. Diferencias entre la ley y la sentencia judicial

Las diferencias son numerosas y substanciales.

1) La ley emana del Poder Legislativo; la sentencia, del Poder Judicial.

[*] Véase Juan Guzmán T., *La sentencia, Santiago.,* 1996 (123 págs.).

2) La ley es un medio de servir los intereses generales; la sentencia, los particulares. De esta diferencia se desprenden otras consecuencias, que son las indicadas en los números siguientes.

3) La ley obliga a todas las personas, es general y universal en sus efectos; mientras que la sentencia del juez sólo obliga a las partes que litigan;[1] por eso se dice que la sentencia produce efectos relativos. Y es natural: sólo los individuos que litigaron hicieron oír su voz; todos los demás han sido ajenos a la contienda, de manera que, de acuerdo con el inmemorial adagio que nos viene desde la Biblia, es lógico que no sean condenados antes de ser oídos. En este principio sencillo radica el fundamento filosófico de la relatividad de efectos de la sentencia judicial.

El artículo 3º, inciso 2º, del Código Civil, consagra el principio expuesto, al decir: "Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren".

Pero hay casos de excepción, que estudiaremos en su oportunidad, en que los fallos de los tribunales produce efectos generales. Así, por ejemplo, la sentencia 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 se aplica al fallo que declara ser verdadera o falsa una maternidad que se impugna (artículo 315).[2] Esto significa que cuando una sentencia declara que una persona es hijo legítimo, o hijo de determinada mujer, todo el mundo está obligado a reconocerle tal calidad.

Otro caso: según el artículo 1246, "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". Si Pedro demanda a Juan para que se le declare heredero de Diego y si el juez así lo declara, quiere decir, en virtud de la citada disposición, que Juan será heredero con respecto a todos los acreedores hereditarios y testamentarios, porque la calidad de heredero no es divisible; no se puede ser heredero con respecto a una persona y no serlo con respecto a las demás.

4) La ley nace por acto espontáneo de los legisladores; no así la sentencia, que es producto del requerimiento de las partes que tienen intereses con conflicto.

Como la misión del legislador es velar por los intereses colectivos, tiene la iniciativa de las leyes que la necesidad social reclama; en cambio, el juez no la tiene con respecto a sus sentencias, pues él sólo puede ejercer su ministerio a petición de parte, salvo en los casos que la ley faculte para proceder de oficio (Código Orgánico de Tribunales, artículo 10). ¿Qué significa proceder de oficio? Significa proceder por iniciativa propia, sin que nadie requiera su intervención. El juez sólo puede proceder en esta forma por excepción, cuando una ley especialmente lo autoriza, como en el caso de los delitos que dan acción pública o, en materia civil, cuando se trata, por ejemplo, de la nulidad absoluta, la cual puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato (artículo 1683).

5) Reclamada la intervención del juez en forma legal y en negocios de su competencia, dice el inciso 2º del artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales, no podrá excusarse de ejercer su autoridad ni aun por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión. La sentencia, una vez requerido legítimamente el juez, debe pronunciarse. La dictación de la ley, por el contrario, no puede ser exigida; el legislador no está obligado a dictar las leyes que se le pidan.

Tres situaciones pueden presentarse cuando el juez debe fallar un pleito o asunto cualquiera:

a) La ley contiene una disposición precisa y clara, aplicable al negocio de que se trata. No hay dificultad: la ley ha de aplicarse por dura que sea; "dura lex sed lex", dice un aforismo latino;

b) Existe una ley, pero su sentido no es claro: debe el juez entrar a interpretar la norma de acuerdo con las reglas de interpretación que señala el Código Civil en sus artículos 19 y siguientes, y

c) No hay ley aplicable al asunto o la que hay es deficiente; el juez no encuentra texto expreso alguno que pueda servir para resolver el caso sometido a su conocimiento. A pesar de esto, por mandato del Código Orgánico de Tribunales, debe fallar. Y ha de hacerlo con arreglo a los principios de equidad (C. de Procedimiento Civil, artículo 170, Nº 5º).

Podría objetarse la inconveniencia de transformar en estos casos al juez en legislador; habría margen para cometer arbitrariedades. Y el argumento no carecería de razón. Pero ¿qué solución cabría? Pedir al legislador que dicte una ley que solucione el asunto. ¿Sería preferible la adopción de este temperamento? No; porque la resolución legislativa sería inapelable, y porque sería más fácil un

[1] LUIS CLARO SOLAR, obra citada, tomo I, p. 32.

[2] Todo artículo que mencionemos sin otro agregado, corresponde al Código Civil.

pronunciamiento arbitrario del Parlamento que uno del juez, ya que aquél no tiene que subordinarse a otra norma que la Constitución; en cambio, este último debe, además, conformarse en su pronunciamiento "al espíritu general de la legislación y a la equidad natural". Aún más, las sentencias sólo producen efectos entre los litigantes; mientras que la ley los produce generales y habría de aplicarse esta ley, dictada seguramente con precipitación, a todos los casos análogos que se presentaran.

Es, pues, preferible que el juez se convierta momentáneamente en legislador que éste en juez.

Todo lo dicho tiene aplicación en materia civil; pero no en materia penal, porque, de acuerdo con el artículo 1º del respectivo Código, sólo se puede imponer una pena en virtud de una ley expresa; sólo "es delito toda acción u omisión voluntaria *penada por la ley*". Si no hay una ley que castigue un hecho, éste no será delito, por inmoral y abominable que sea, y el juez no podrá imponer pena alguna. Ya lo dice el aforismo latino: "Nulla poena sine lege". En relación con este punto, hasta hace poco se dudaba si la introducción del virus en los modernos computadores podía o no sancionarse penalmente. En términos generales este virus, resultante de maniobras dolosas, se traduce en alterar, borrar o destruir la información contenida en uno o más programas computacionales o en la totalidad de ellos. Específicamente ese hecho dañoso no está previsto como delito en el Código Penal, dictado en 1874, época en que se desconocían los mencionados aparatos. Algunos estimaban que sólo procedía la indemnización de perjuicios pero no además una sanción penal; sin embargo, otros creían que era aplicable la pena que castiga el delito de daños (C. Penal, art. 484). Hoy la cuestión está taxativamente resuelta, pues la Ley Nº 19.223, de 7 de junio de 1993, tipifica figuras penales relativas a la informática.

6) La ley y la sentencia judicial se diferencian también en que la primera, al menos en la inmensa mayoría de los casos, regula situaciones del porvenir, del futuro; mientras que la segunda se refiere al pasado, tiende a resolver situaciones derivadas de hechos ya ocurridos; por excepción, hay sentencias que establecen situaciones para el futuro, como las que mandan pagar alimentos desde la primera demanda para adelante.

7) El legislador puede dejar sin efecto una ley cuando y como quiera; el juez no puede modificar su sentencia después de dictada, salvo errores de copia, de referencia o de cálculos numéricos que aparecieren de manifiesto en la misma sentencia (Código de Procedimiento Civil, artículos 182 y 184). Y, todavía, cuando una sentencia adquiere el carácter de firme o ejecutoriada, es decir, cuando contra ella ya no cabe recurso alguno, no sólo es inmodificable por el juez que la dictó, sino que no puede siquiera volver a discutirse entre las partes la cuestión que ha sido objeto del fallo. La sentencia adquiere autoridad de cosa juzgada. Excepcionalmente, puede modificarse una sentencia ejecutoriada por el recurso de revisión, que es un recurso extraordinario dirigido a invalidar las sentencias firmes ganadas injustamente en los casos y formas taxativamente enumerados en el Código de Procedimiento Civil.

B. DE LA COSA JUZGADA

188. Concepto

Cosa *juzgada* es la fuerza de la sentencia judicial que la hace inatacable, ora en sentido formal, ora en sentido material.

189. Cosa juzgada formal y cosa juzgada material

a) Toda resolución que adopta el juez en el curso de un proceso despliega de inmediato sus efectos en éste. Pero tal decisión no adquiere, sin más, carácter de *inmutable*. La ley, comprendiendo que el juez puede equivocarse, franquea medios o recursos para impugnar el pronunciamiento y obtener, si cabe, la modificación o nulidad del mismo. Sin embargo, llega un instante en que dentro del proceso las resoluciones ya no pueden alterarse, porque los recursos o medios de impugnación ordinarios se han agotado o no se han ejercitado en tiempo oportuno o en forma legal. Entonces la decisión judicial adquiere firmeza o *fuerza de cosa juzgada formal*, y toda discusión sobre el asunto resuelto queda "precluida",[1] definitivamente terminada.

[1] Preclusión es la pérdida o extinción del derecho de realizar un acto procesal por haber transcurrido los plazos, o no haberse

En consecuencia, *firmeza* o *cosa juzgada formal* es la inatacabilidad de una resolución judicial dentro del *mismo juicio en que se pronunció*. Corolario de esta invulnerabilidad es que la cuestión resuelta no puede volver a discutirse ni resolverse de nuevo en el proceso en que la resolución se dictó.

b) Cuando concurren determinados supuestos, la cuestión fallada no sólo no puede volver a discutirse en el mismo proceso o juicio en que se pronunció la resolución, sino en cualquiera otro. En estas hipótesis se habla de *cosa juzgada material o sustancial* que se define como la imposibilidad de que en un nuevo proceso se discuta y resuelva una cuestión ya antes fallada. Constituye la "preclusión máxima", la última palabra de los órganos jurisdiccionales en el asunto; todas las puertas quedan cerradas a un nuevo planteamiento de éste.

c) Las *diferencias* entre cosa juzgada formal y cosa juzgada sustancial son claras. Mientras la primera se manifiesta en el *mismo* proceso en que se dictó, la segunda se proyecta *fuera* del juicio terminado por la resolución ejecutoriada, pues liga o vincula a los tribunales a dicha resolución en cualquier proceso posterior e incluso a autoridades diversas de la judicial. Ni el Presidente de la República, ni el Congreso pueden, en caso alguno, hacer revivir procesos fenecidos (Constitución Política, art. 73).

De lo anterior se desprende que puede haber cosa juzgada formal *sin concurrencia de cosa juzgada material*; pero no puede haber cosa juzgada material sin que al mismo tiempo haya cosa juzgada formal, porque la imposibilidad de plantear determinado asunto en un juicio posterior supone que ese asunto se ha decidido por sentencia firme en un juicio anterior.

Finalmente, la cosa juzgada formal tiende a resguardar de *ataques directos* o *inmediatos* a la resolución ejecutoriada; en cambio, la cosa juzgada material precave a tal resolución de ataques *mediatos* o *indirectos*. Es verdad: a partir del momento en que la resolución alcanza firmeza, es ella la que no puede impugnarse en cuanto a su legalidad de forma o de fondo; en cambio, la autoridad de la cosa juzgada sustancial supone la inimpugnabilidad del fallo y su misión es sólo evitar un nuevo planteamiento en otro juicio del específico asunto decidido antes, por lo que el intento de vulnerar la cosa juzgada material no busca herir la sentencia directamente, sino por la vía indirecta que significa el replanteo del mismo asunto ya decidido antes.

d) La *regla general* es que las resoluciones judiciales producen cosa juzgada material; por excepción, cuando así la ley lo señala expresamente, producen sólo cosa juzgada formal, como sucede con las sentencias que fallan la denuncia de obra nueva ordenando la suspensión de la obra y las que desechan la demanda de obra ruinosa.

190. La autoridad de la cosa juzgada y su fundamento

a) *Concepto de esa autoridad*: Autoridad de la cosa juzgada es el valor normativo que el fallo tiene, en cuanto a la materia decidida, en las relaciones entre las partes y sus causahabientes u otros sujetos y, también, respecto a los jueces. Las partes y otras personas sometidas a la autoridad de la cosa juzgada no pueden hacer valer ninguna pretensión que contradiga la declaración del fallo, y los jueces no pueden acoger tampoco peticiones que estén en pugna con esa declaración.

Las partes y las personas a ellas asimiladas deben tener el fallo como regla indiscutible en sus relaciones, y los jueces deben atemperarse a él en los juicios futuros que pudieran entrañar su alteración. Es el efecto *positivo* de la cosa juzgada. El *negativo* se traduce en que la cuestión planteada en el juicio y decidida por la sentencia no puede ser objeto de otro pleito entre las *mismas partes* ni de una nueva y consiguiente resolución judicial.

Por virtud de la autoridad de la cosa juzgada no es lícito ni posible indagar si el fallo fue justo o injusto, a menos que por excepción proceda el recurso de revisión;[1] pero esta hipótesis es extraordinaria. Normalmente, la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada se considera como el señalamiento

ejercitado el derecho en el único momento oportuno que señala la ley, o haber incompatibilidad con una actividad ya verificada o, finamente, por haberse ya una vez ejercitado el derecho (LIEBERMAN, *Manuale di Diritto Processuale Civile,* vol. I, Milano, 1955, N.° 104, p. 195, al final)

[1] El recurso de revisión es un recurso extraordinario que, en los casos taxativos fijados por la ley, procede contra sentencias firmes ganadas injustamente, como las fundadas en documentos que mas tarde otra sentencia firme declara falsos, o las que se han pronunciado contra un fallo pasado en autoridad de cosa juzgada y que no se alegó en el juicio en la sentencia firme recayó (C. De Procedimiento Civil, Art. 810).

último y definitivo de la disciplina que corresponde a la relación o situación objeto del fallo.

Para subrayar el valor de la cosa juzgada los romanos decían que ella se tiene como verdad: *Res iudicata pro veritate habetur*. Y, exagerando el poder de la institución, después se han acuñado frases como aquella de que la cosa juzgada transforma lo blanco en negro y hace equivalente lo redondo a lo cuadrado.

b) *Fundamento*: La razón que justifica la cosa juzgada es la necesidad social de establecer la seguridad jurídica: los pleitos deben tener un punto final para que las cosas no estén constantemente inciertas. Si después de terminado un pleito, los litigantes pudieran frustrar la sentencia por la promoción de otro juicio sobre el mismo asunto, las querellas humanas se eternizarían y los derechos nunca estarían seguros con el consiguiente daño para la colectividad. Un filósofo que rehusó defenderse en el proceso que lo condujo a la muerte y que se llamó Sócrates, preguntaba: "¿Crees, tú, que podría subsistir y no aniquilarse un Estado en el que las sentencias pronunciadas no tuvieran fuerza alguna y pudieran ser invalidadas y frustradas por los particulares?"

Suele agregarse otro fundamento: la necesidad de mantener el *prestigio* de la justicia, que se vería menoscabado cada vez que ella se contradijera mediante fallos incompatibles pronunciados sobre idéntica controversia entre las mismas partes. Esta idea no es convincente: "si se quisiera hacer aparecer a la justicia como infalible se habría establecido la existencia de la cosa juzgada aun cuando las partes no fueran las mismas en los dos pleitos, bastando que fuera idéntica la cuestión propuesta".[2] Sin embargo, el legislador ha ordenado lo contrario: "Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren" (C. Civil, art. 3º, inc. 2º).

En resumen, la autoridad de la cosa juzgada no descansa en una ficción ni en una presunción de verdad, y tampoco en una verdad legal imperativa, sino pura y simplemente en la necesidad social de establecer la seguridad jurídica.

c) *Ataque y defensa de la cosa juzgada*: No han faltado voces condenatorias que han execrado la cosa juzgada. Se dice que una injusticia que queda a firme no alcanza a compensarse con todos los beneficios que puedan derivar de la institución. El ataque es líricamente individualista o de un individualismo lírico. La realidad es que, proporcionalmente, la justicia se equivoca muy pocas veces, pues la ley da medios para evitarlo (obliga a oír a las partes, exige pruebas, establece recursos para enmendar agravios y errores, etc.); pero, con todo, el hecho de que algunas veces se equivoque definitiva e inamoviblemente, no es razón que baste para abominar de la cosa juzgada: el sacrificio excepcional de una minoría –fatal por la imperfección humana– es preferible al caos continuo que reinaría en la sociedad si los pleitos no fenecieran alguna vez.

191. Eficacia de la cosa juzgada; acción y excepción

Los atributos que constituyen la *eficacia* de la cosa juzgada son dos: coercibilidad e inmutabilidad. Por virtud de la *coercibilidad*, la sentencia puede cumplirse con, sin o en oposición a la voluntad del sujeto en contra del cual se pronuncia; la ejecución de la sentencia se traduce en los actos dirigidos a dar eficacia práctica al contenido de ella. La *inmutabilidad* significa que los efectos y los términos de la sentencia no pueden ser alterados o desconocidos por juez alguno.

Por la *acción de cosa juzgada* se hace valer la coercibilidad de la sentencia; por *la excepción de cosa juzgada*, la inmutabilidad de la misma. Las sentencias definitivas o interlocutorias firmes producen la acción o la excepción de cosa juzgada (C. de Procedimiento Civil, artículo 175). Sentencia *definitiva* es la que pone fin a la instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio. Sentencia *interlocutoria* es la que falla un incidente del juicio, estableciendo derechos permanentes a favor de las partes, o resuelve sobre algún trámite que debe servir de base en el pronunciamiento de una sentencia definitiva o interlocutoria (C. de Procedimiento Civil, art. 158). Por *incidentes* se entienden las cuestiones accesorias del juicio que requieren pronunciamiento del tribunal (C. de Procedimiento Civil, arts. 82 y 89, parte final). Ejemplo de sentencia interlocutoria que establece derechos permanentes a favor de las partes es la que acepta el desistimiento de la demanda, y ejemplo de sentencia interlocutoria

[2] Esmein, en el *Droit Civil Français* de AUBRY y RAU, t, XII, 6ª edic., París, 1958, p. 319, nota 2.

que resuelve sobre algún trámite que debe servir de base en el pronunciamiento de una sentencia definitiva, es la resolución pronunciada en el juicio ejecutivo que ordena embargar bienes del deudor en cantidad suficiente para cubrir la deuda con sus intereses y las costas. Sentencias *firmes* o *ejecutoriadas* son las que pueden cumplirse por no existir recursos contra ellas, sea porque la ley no da ninguno, sea porque los que ella concede no han sido hechos valer oportunamente o si lo han sido ya fueron fallados (Definición sintética que se desprende del art. 174 del C. de Proc. Civil). Hay que mencionar también las *sentencias que causan ejecutoria*, que son las que pueden cumplirse no obstante existir en contra de ellas recursos pendientes; ejemplo: sentencia de primera instancia en contra de la cual se concede apelación en el solo efecto devolutivo.[1] Por fin, la ley procesal habla a veces de *sentencia de término*, que, según la doctrina, es la que pone fin a la última instancia del juicio: si el juicio es de dos instancias, sentencia de término será la que resuelva la segunda instancia; si el juicio es de una sola instancia, sentencia de término será la que resuelva esta única etapa del juicio en que se ejercita la acción.

192. Legitimados en causa de la acción y la excepción de cosa juzgada

Legitimación en causa es la vinculación que tienen las partes de un juicio concreto o determinado con el derecho o la situación jurídica substantivos sobre que éste versa y que habilita (la vinculación) a una de ellas para asumir la posición de demandante y coloca a la otra en la necesidad de soportar la carga de ser demandado. Dicha legitimación establece, pues, quién es el sujeto que en determinado juicio debe ser el demandante (*legitimación activa*) y quién el demandado (*legitimación pasiva*).

Un concepto distinto es el de la *legitimación procesal*, o sea, la aptitud o facultad de estar en determinado juicio, de realizar válidamente en éste actos procesales, como son los de entablar la demanda y de defenderse de ella. La acción para recuperar la cosa de propiedad de un menor de edad, compete a éste (legitimación activa en causa); pero como el menor no tiene capacidad para estar en juicio, la demanda deberá presentarla su representante legal (legitimación procesal activa).

La *acción de cosa juzgada*, esto es, la dirigida a exigir el cumplimiento de lo fallado en una resolución ejecutoriada, corresponde a aquel a cuyo favor se ha declarado un derecho en el juicio (C. de Procedimiento Civil, art. 176).

La *excepción de cosa juzgada* tiende a impedir que se vuelva a discutir entre las partes la misma cuestión que ha sido fallada antes por una sentencia definitiva o interlocutoria firmes. 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 identidad legal de personas, identidad de la cosa pedida e identidad legal de la causa de pedir (C. de Procedimiento Civil, art. 177). De esta norma se desprende que puede oponer la excepción de cosa juzgada no sólo la parte que ganó el pleito anterior, sino también la que lo perdió, pues a ella aprovechará el fallo en cuanto su invocación le permita evitar una mayor condena en otro juicio. Así puntualizó acertadamente la Corte Suprema.[1]

193. Condiciones de la excepción de cosa juzgada; las tres identidades

Para evitar que una demanda abra discusión sobre un asunto ya fallado y, por lo mismo, para que el litigante que ha obtenido en el juicio o aquel a quien según la ley aprovecha el fallo, pueda alegar la excepción de cosa juzgada, es preciso que entre la nueva demanda y la anteriormente resuelta haya:

1º identidad de la cosa pedida;

2º identidad de la causa de pedir, y

3º identidad legal de personas (C. de Procedimiento Civil, artículo 177).

Cuando en ambas demanda se da esta triple identidad, quiere decir que la nueva no es sino, en sustancia, repetición de la primera; pero si una sola de estas identidades no concurre, debe concluirse que se trata de dos demandas distintas.

[1] El efecto *devolutivo* consiste en dar al tribunal superior la jurisdicción necesaria para rever el fallo del juez inferior y enmendarlo o confirmarlo. Es un efecto que nunca puede faltar en la apelación. El *suspensivo* es un efecto que generalmente, pero no siempre, se agrega al devolutivo y se traduce en suspender la jurisdicción de tribunal inferior para seguir conociendo de la causa hasta que se resuelva la apelación.

[1] Cas. Fondo, 30 de abril 1934. R., t. 31, sec. 1ª , p. 370

El principio de las *tres identidades*, incorporado en nuestra ley procesal, no es una concepción plenamente satisfactoria. Tiene vacíos y su gran virtud, la simplicidad de su fórmula, es también un atributo que la hace flaquear; la receta parece ser muy sencilla para una realidad demasiado compleja. Por eso su aplicación en la práctica da lugar a grandes vacilaciones, acentuadas por la falta de uniformidad que muestra la doctrina en varios puntos de las grandes líneas del principio. Con todo, éste conserva buena parte de su prestigio, entre otras razones, porque si bien no es una clave perfecta para determinar la existencia de la cosa juzgada, constituye al menos un auxiliar poderoso para guiarse en su búsqueda, y porque permite encontrar casi siempre con esfuerzo menos trabajoso que el que exigen otras pautas fraguadas con la pretensión de sustituir y desalojar la fórmula de las tres identidades.

194. A) IDENTIDAD DE LA COSA PEDIDA

a) *Concepto*: La cosa pedida (*petitum*) no está definida por la ley. Podría decirse que es el derecho, la situación jurídica o el beneficio legal cuya protección se solicita al juez en la demanda.

Veamos, por ejemplo, un juicio reivindicatorio. En éste, el demandante pide que el demandado le entregue o le restituya la posesión del objeto que el primero afirma pertenecerle: la cosa pedida es el derecho de propiedad que se solicita al juez reconocer. En las querellas posesorías, la cosa pedida es la posesión; en las acciones de estado civil, el estado de padre, hijo, cónyuge, pariente; en las demandas de nulidad de un acto, la nulidad de éste.

b) *Determinación de la cosa pedida en relación con el objeto del derecho*: Para que haya identidad de cosa pedida no hay necesidad siempre de que el *objeto* del derecho sea el mismo en la primera y segunda demanda, porque para determinar el *petitum* debe atenderse al derecho cuya tutela se pide al órgano jurisdiccional, y no al objeto de ese derecho. Aunque las dos demandas se refieran al mismo objeto, no hay la identidad de que se trata si los derechos invocados son distintos. Después de rechazada la pretensión de dominio sobre determinado fundo, puede intentarse otra demanda pidiendo sobre el mismo el reconocimiento de un derecho de usufructo, o de condominio. A la inversa, si en los dos juicios el derecho invocado es idéntico, habrá identidad de cosa de pedir aunque el objeto del derecho sea diferente. Si Laura solicita se le entregue un collar de la difunta Beatriz, alegando ser heredera de ésta, y el juez le rechaza la demanda declarando que no es heredera, no podrá ella más tarde pedir un reloj pretendiendo nuevamente ser heredera de Beatriz, supuesto que fundamente el derecho de herencia en el mismo hecho o acto jurídico (un solo y mismo testamento, por ejemplo): la cosa pedida (el derecho de herencia) es la misma en ambos juicios.

c) *La determinación cuantitativa del objeto*. La determinación cuantitativa del objeto del derecho ha dado lugar a interpretaciones en la identificación de la cosa pedida. Por ejemplo, se pregunta si hay identidad de la cosa pedida entre la primera demanda por la que se reivindica todo un fundo y la segunda por la que sólo se reivindica una parte de él. Juzgamos aceptable la opinión negativa: porque puede no tenerse derecho al todo y sí a una parte. Por el contrario, si se rechaza la demanda de la cuarta parte de determinado fundo, no podrá después pedirse se declare la propiedad sobre el todo, porque dentro de éste se halla la cuarta parte denegada antes; pero podría solicitarse en la nueva demanda el reconocimiento del dominio de las otras tres cuartas partes, porque ese derecho sobre ellas no fue materia del juicio anterior.

195. B) IDENTIDAD DE LA CAUSA DE PEDIR

a) *Generalidades*: Para que la excepción de cosa juzgada pueda hacerse valer no basta que haya identidad de personas y de objeto pedido; es necesario, además, que la causa de la nueva demanda sea idéntica a la de la precedente.

La cosa pedida es *lo que se pide al juez*, el derecho cuya tutela a éste se solicita; prácticamente, se encuentra en la respuesta a la pregunta ¿*qué reclamo yo*? La causa de pedir (*causa petendi*), en cambio, es el porqué se pide; representa la contestación a la interrogante ¿*por qué lo reclamo*? Si demando la nulidad de un contrato, la cosa pedida, lo que yo reclamo es que la nulidad del contrato sea declarada por el juez, que el beneficio de la nulidad me sea jurisdiccionalmente reconocido; la causa de pedir es el

hecho generador de esa nulidad: un vicio del consentimiento (error, fuerza, dolo), mi incapacidad para celebrar el contrato (por ser menor de edad, por ejemplo), o un defecto de forma de tal acto, como la de no haber sido otorgado por escritura pública, según lo exige la ley, sino por un instrumento privado.

b) *Causa de pedir y medios probatorios*: La causa de pedir, o sea, el hecho que origina el derecho, la situación jurídica o el beneficio legal que se pretende y persigue a través del juicio, es algo muy distinto de los medios probatorios de ese hecho; la diversidad de estos medios no importa diversidad de causas de pedir. Si en un pleito no pude acreditar con un documento que el demandado me debe un millón de pesos por un préstamo que le hice, más tarde no podré intentar otro juicio tratando de probar el mismo préstamo con otro documento que encontré entre mis papeles: la causa de pedir (el préstamo) es idéntica, y todas las pruebas debí hacerlas valer en el primer pleito.

c) *Concepto de causa de pedir*: Según el Código de Procedimiento Civil chileno, "se entiende por causa de pedir el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio" (art. 177, inc. final). Esta definición está inspirada en los autores franceses Aubry y Rau, cuyo *Cours do Droit Civil*, a partir de su cuarta edición (1869-1879), es considerado como la obra maestra de la doctrina clásica francesa. De acuerdo con esos jurisconsultos, "se entiende por causa en esta materia el hecho jurídico que constituye el fundamento directo e inmediato del derecho o del beneficio legal que una de las partes hace valer por vía de acción o de excepción".[1] Por tanto, la causa de pedir no consiste en el derecho, la situación jurídica o el beneficio legal que se invoca en el juicio y se pretende sea reconocido por el juez: esa es la cosa pedida; la causa de pedir es el hecho generador de aquel derecho, o de aquella situación jurídica o de dicho beneficio legal.[2] Si, por ejemplo, reclamo la devolución de la suma prestada, mi derecho a la restitución nace o deriva del contrato de mutuo: éste es la causa de pedir; si demando el pago del precio de la cosa que vendí, la causa de pedir de mi derecho al precio es el contrato de compraventa que le dio nacimiento; si reclamo la indemnización del daño causado por un automovilista imprudente, la causa de pedir del derecho a la indemnización es el hecho dañoso del autor del entuerto; si una persona reclama la calidad de hijo natural de determinado hombre, la situación jurídica demandada se fundamenta en el hecho de haber sido engendrada por ese hombre; si pido la declaración de nulidad de un contrato porque me forzaron a celebrarlo, el beneficio de la nulidad solicitada encuentra su causa de pedir en el vicio del consentimiento. Tratándose de juicios en que se afirma y persigue un derecho real, la causa de pedir es el hecho que da nacimiento a éste: un contrato traslaticio del derecho real (compraventa, permuta, donación) seguido de la correspondiente tradición; la herencia intestada o testamentaria; la ocupación; la prescripción adquisitiva. Y así, por ejemplo, después de haber perdido el juicio reivindicatorio en que fundé mi dominio en la compraventa, no podré intentar una nueva demanda reivindicatoria basada en la misma compraventa: habría identidad de causa de pedir; pero no la habría si fundamento el dominio en otra causa que de hecho concurrió simultáneamente con la que no tuvo eficacia por cualquier circunstancia. Supóngase, por ejemplo, que el mismo día y en el mismo instante de serme tradida la cosa en razón de la compraventa que después se declaró nula, la haya heredado sin saberlo. Nada se opondría a que iniciara juicio reivindicatorio basando mi dominio en la herencia, después de haber perdido el primer juicio en que fundamenté mi derecho de propiedad en la compraventa declarada nula. No habría identidad de causa de pedir. Y, como se ve, el caso no se opone al principio según el cual las cosas sólo pueden adquirirse por un modo, y no por dos, pues precisamente no se invocan ambos al mismo tiempo, sino uno en pos de otro cuando el primero hecho valer no tuvo eficacia, no operó.

d) *Causa de pedir que surge después de la primera demanda*: No hay duda que, si después de la demanda del pleito anterior, surge una nueva causa de pedir, la cosa juzgada no podrá ser invocada en el juicio actual. Si por ejemplo, el hecho en que se basa un derecho real es posterior al que primitivamente se invocó, en realidad y concretamente se trata de otro derecho, aunque el fundamento de éste sea un hecho de la misma especie o naturaleza en que consistía la anterior causa de pedir; si se me rechaza la acción reivindicatoria por haber sido nula la compraventa que aduzco como causa de pedir, puedo más tarde entablar otra acción reivindicatoria dando como fundamento de mi derecho de propiedad otra compraventa, posterior a la primitiva.

e) *La causa de pedir puede derivar también de las excepciones opuestas a la demanda, y no sólo de ésta*: Si un acreedor demanda, fundándose en un contrato, el pago de una deuda y el deudor, en lugar

[1] AUBRY y RAU, *Cours de Droit Civil Français,* 5ª edic., t. XII, (revue et mis au courant de la Législation et de la Jurisprudence par M. Etienne Bartin, París 1922, N.° 769, p. 440; véase también la 6ª edición por Paul esmain (París, 1958), p. 356.

[2] En este sentido: AUBRY y RAU, ob. cit., t. VII, 5ª edic., p. 440, nota 86; SALVATORE SATTA, *Diritto Processuale Civile,* Padova, 1948, p. 295.

de discutir la existencia primitiva de esta deuda, afirma simplemente que nada debe porque la deuda ha prescrito, es la prescripción la que se erige en la cuestión principal del debate, y el juez no tendrá sino que deducir de ahí la consecuencia que corresponda en cuanto a la suerte de la reclamación de pago. Luego, es preciso, para conocer lo que ha sido efectivamente juzgado, buscar no sólo cuál era la causa de la demanda, sino cuál fue la causa de la discusión tal como lo determinó la excepción del demandado acogida por el juez.[3]

196. Función de la causa de pedir en la cosa juzgada y en el curso del proceso

Conforme a la ley procesal, una vez que la demanda es contestada por el demandado queda fijada la cuestión controvertida, sin que pueda alterarse substancialmente después; el demandante no puede variar las acciones deducidas en la demanda ni el demandado las excepciones opuestas en la contestación: lo que está permitido a los litigantes es sólo ampliar, adicionar o modificar las acciones y excepciones, pero sin alterarlas. Ahora bien, cambiar la causa de pedir significa cambiar la acción o excepción hecha valer; de ahí que si después de fallado un pleito, se inicia otro en que el derecho, la situación jurídica o el beneficio legal pedidos tienen como fundamento otro derecho, no puede decirse que se va contra la autoridad de la cosa juzgada. Pero cabe preguntarse si dentro de un mismo juicio, en el curso de éste, puede cambiarse la causa de pedir.

Para contestar, ha de tenerse presente que una misma situación jurídica, derecho o beneficio legal puede derivar de diversos hechos constitutivos. Estos pueden invocarse todos en el juicio, incluso en forma alternativa, subsidiaria o subordinada; en tal caso no hay problema. Pero puede suceder que uno solo de esos hechos, o solamente algunos, sean alegados, y que en el curso del proceso surja la ocasión de invocar otros.

Según opinión de un gran sector de la doctrina procesal moderna, sería sumamente antieconómico prohibir, en razón del principio de la identificación de las acciones, que se aduzcan esos otros hechos constitutivos e impedir así que el juicio sobre el derecho, la situación jurídica o el beneficio cuestionados, sea completo. Aflora entonces un concepto menos estricto de cambio de la demanda: se deja de lado el rigorismo que ve un cambio de la demanda en cada mutación del hecho constitutivo o causa de pedir, y este efecto se atribuye sólo a aquella mutación del hecho constitutivo que implica un cambio del derecho, de la situación jurídica o del beneficio legal que se pretende y se persigue en el proceso. Con estas limitaciones entiende la doctrina procesal moderna la regla según la cual no está permitido en la apelación alterar o cambiar las acciones y excepciones aducidas en primera instancia.[1]

Si yo, por ejemplo, reivindico una cosa, mientras se trate de esta cosa, la situación jurídica de la propiedad no cambia por el hecho de que yo invoque sucesivamente la compraventa o la sucesión. Del mismo modo, si pido la restitución de una cosa que he depositado en poder de un tercero, no cambio la demanda si la pido luego alegando el dominio probado en el curso del juicio (suponiendo que el depósito no esté comprobado), porque una es la situación jurídica mía respecto al bien. Igualmente, si demando a Primus para que se le condene como codeudor solidario, no cambia la demanda si pido se le condene como fiador, porque aquí se trata de calificar de diversa manera la única situación jurídica mía frente a Primus. Si demando la nulidad del contrato por error, puedo sucesivamente alegar el dolo, la fuerza o la ilicitud de causa, porque una es la situación jurídica (la nulidad, aunque dependiente de diversos títulos). Si pretendo se me reconozca la calidad de heredero, no cambia la situación jurídica si invoco primero la sucesión intestada y después el testamento. Por el contrario, la situación jurídica varía si primero pido la nulidad del contrato y después la resolución del mismo por no haber cumplido la contraparte con sus obligaciones: hay en este caso de sucesivas peticiones cambio de demanda, inadmisible en la apelación.[2]

En opinión de otros, el rigorismo de la causa de pedir debe ser el mismo en la cosa juzgada y en el curso del juicio. Refiriéndose a la apelación, decía el ex presidente de la Corte Suprema y profesor insigne de Derecho Procesal en la Universidad de Chile don Humberto Trucco: “No puede llevarse a la segunda instancia la controversia a un punto distinto del que tuvo en primera; la jurisdicción del tribunal de apelación debe ejercerse para revisar lo que fue resuelto en primera, a menos que se trate de

[3] ROGER PERROT, “Chose Jugée” en Dalloz, *Réprtore de Droit Civil*, t. I, París, 1981, N.° 154, p. 658.
[1] SATA, ob. cit., p 295.
[2] SATA, ob. cit., p 296.

cuestiones que el tribunal de la primera estación del pleito no pudo resolver porque eran incompatibles con las decididas".[3] En consecuencia, una causa de pedir distinta de la alegada en primera instancia no puede hacerse valer ni discutir en segunda.

197. Teorías sobre la causa de pedir; distinción entre causa próxima y causa remota

a) De acuerdo con una teoría, la causa de pedir siempre, en todos los casos, debe estimarse como un hecho específico. En consecuencia, sólo habrá identidad de causa de pedir cuando en el nuevo juicio se invoque el mismo hecho específico que se hizo valer en el pleito anterior, y no la habrá si se invoca otro, aunque este otro sea de una naturaleza igual al que se alegó primero.

b) Conforme a otra teoría, hay demandas, principalmente las de nulidad, en que cabe distinguir una causa remota y una causa próxima del derecho o beneficio que se reclama en el proceso; sólo la causa próxima es la verdadera causa de pedir, la remota o lejana es intranscendente para los efectos de la cosa juzgada. Expliquemos este pensamiento. Si se pide la nulidad de un contrato, ¿por qué se pide? Porque el consentimiento está viciado (causa próxima). Y, ¿por qué está viciado el consentimiento? Porque hubo error, o dolo, o fuerza (causa remota). Esta última sería, pues, la causa de la causa, y no debe tomarse en cuenta para determinar si existe identidad de causa de pedir entre dos demandas: a los ojos del Derecho sólo vive y respira la causa próxima. Y así, por ejemplo, la demanda de nulidad de un contrato por haber existido dolo en su celebración, tiene por causa de pedir la falta de consentimiento válido; este vicio es el que produce la nulidad del contrato; el dolo es sólo la causa lejana que sirve para justificar la causa próxima (la falta de consentimiento), pero no constituye su esencia, como quiera que la falta de consentimiento puede dimanar también de otros hechos, como la fuerza o el error.

En consecuencia, según la teoría que distingue entre causa remota y causa próxima, hay identidad de causa de pedir cuando entre la primera y la segunda demanda la causa próxima del derecho deducido en juicio es la misma, aunque la causa lejana sea distinta. Si se pide la nulidad de un contrato por error, más tarde no podrá volver a discutirse esa nulidad, aunque se invoque otro vicio del consentimiento, dolo o fuerza; habría identidad de causa de pedir, constituida ésta por la causa próxima, falta de consentimiento, que es el hecho esencial: las causas lejanas no cuentan para los fines de la cosa juzgada, y sólo sirven de medio para justificar o establecer la causa próxima.

Análogo razonamiento se hace respecto de las otras causas de nulidad de un acto o contrato. En cuanto a la incapacidad de las partes, la causa remota puede ser la menor edad, la demencia, etc.; pero la causa próxima siempre sería la incapacidad de las partes. Si la nulidad deriva de la falta o de la irregularidad de la forma prescrita por la ley, la causa remota puede ser la no existencia del instrumento público requerido, la falta de testigos o la ineptitud de los mismos, etc.; pero la causa próxima, el manto que cubre a todas las causas lejanas, siempre sería la falta o la irregularidad de la forma legal.

La concepción de la causa próxima y la causa remota es de poca consistencia lógica. Su fin práctico es expandir la autoridad de la cosa juzgada y evitar así la multiplicación sucesiva de los pleitos por la vía de la discriminación de las diversas causas de nulidad. Se agrega que si bien puede parecer inequitativa la solución, en todo caso sería un sacrificio impuesto al interés particular de los litigantes en obsequio de la paz y el interés social. Y obsérvase todavía, que en el sacrificio particular hay cierta culpa de los propios litigantes, como quiera que los hechos causantes de los vicios son ordinariamente coetáneos y pudieron o debieron conocerse y hacerse valer de una sola vez.

c) *Defensa de la concepción de la causa de pedir como hecho específico*. El plausible anhelo de no renovar las contiendas en obsequio de la paz social no puede llegar hasta la injusticia, como resulta al considerar en la cosa juzgada sólo la causa próxima. No parece justo ni lógico negar el pronunciamiento judicial sobre un hecho distinto del que anteriormente fue objeto de una sentencia. Si en un pleito se ha invocado el error como causa de nulidad, toda la controversia judicial se desenvolvió en torno a este vicio; si existieron otros, no fueron discutidos. Absurdo es, entonces, que si más tarde se entabla otro juicio basado en el dolo o la fuerza, se oponga la cosa juzgada dimanante de la sentencia de primer pleito por la sola circunstancia de haberse tratado en éste también de un vicio del consentimiento. La cosa juzgada debe existir respecto de los puntos juzgados y no de otros que ni siquiera tuviera mención

[3] Apuntes de clases del profesor y ex presidente de la corte Suprema don Humberto Trucco Franzani, desarrolladas en 1938, edición a roneo, p. 264.

en el juicio primitivo.

En contra de la pretensión de sus adversarios, la concepción de la causa de pedir como hecho específico y excluyente no vulnera los fundamentos de la cosa juzgada. El fundamento del interés social de no renovar pleitos ya juzgados, queda indemne: porque cuando se hace valer una causa remota distinta, el segundo pleito ya no es el mismo juzgado anteriormente. También queda a salvo el fundamento de la conveniencia de sustraer al juez de la posibilidad de la contradicción: ésta supone afirmaciones incompatibles frente a cuestiones idénticas, y aquí no las hay por la diferencia sustancial de los hechos constitutivos de las causas de pedir: en su realidad concreta son distintos en cada una de las demandas. Si el juez dice "blanco" ante la petición de nulidad de un acto fundamentada en el error, no hay peligro de contradicción por la circunstancia de que el juez pueda decir mañana "negro" ante la petición de nulidad del acto basada en el dolo o la fuerza.

d) *Teoría que acoge nuestra legislación positiva*: ¿Cuál de las teorías acoge nuestra legislación? Hay disparidad de opiniones.

Don Leopoldo Urrutia, muerto en 1936, y que fuera eminente maestro, jurisconsulto y Presidente de la Corte Suprema, era partidario de la primera teoría. Daba dos razones principales para apoyar su manera de pensar:

1ª La letra del artículo 177, último inciso, del Código de Procedimiento Civil, que dice: "Se entiende por causa de pedir el fundamento *inmediato* del derecho deducido en juicio", y

2ª La historia de la ley. La disposición recién copiada fue propuesta por el señor don José Bernardo Lira, uno de los principales redactores del Código de Procedimiento Civil que nos rige, y se mantuvo incólume desde el principio hasta su inclusión definitiva en el Código. Pues bien, el señor Lira era partidario de la teoría de la causa próxima, como queda de manifiesto en su libro *Prontuario de los Juicios* .[1]

Los que creen que nuestro Derecho Positivo acoge la segunda teoría sostienen que si bien la letra de la ley resulta clara al hablar de "fundamento *inmediato* del derecho deducido en juicio", no ocurre lo mismo con el sentido de ella en presencia de diversas disposiciones del Código de Procedimiento Civil, que dan base para pronunciarse por la teoría de la causa remota.

En efecto, el artículo 160 dice que "las sentencias se pronunciarán conforme al mérito del proceso, y *no podrán* extenderse a puntos que no hayan sido expresamente sometidos a juicio por las partes". Si un fallo resolvió que un contrato es nulo por error de una de las partes, no puede, en virtud de esta disposición, extenderse a otros vicios del consentimiento que no fueron debatidos en el juicio. El juez no puede pronunciarse sobre ellos y menos debe entenderse que fallando sobre una clase de vicio falla sobre todos los demás, que no fueron sometidos a su conocimiento.

El artículo 170 expresa que las sentencias definitivas deben contener la decisión del asunto controvertido. Esta decisión deberá comprender todas las acciones y excepciones *que se hubieren hecho valer en el juicio*.

El artículo 318, inciso 2º, expresa que sólo podrán fijarse como puntos de prueba *los hechos substanciales* controvertidos en los escritos anteriores a la resolución que ordena recibir la causa a prueba.

El artículo 1691 del Código Civil dice que el plazo para pedir la rescisión o nulidad relativa de un acto o contrato durará cuatro años. "Este cuadrienio se contará, en el caso de violencia, desde el día en que ésta hubiere cesado; en el caso de error o de dolo, desde el día de la celebración del acto o contrato. Cuando la nulidad proviene de una incapacidad legal, se contará el cuadrienio desde el día en que haya cesado esta incapacidad. Todo lo cual se entiende en los casos en que leyes especiales no hubieren designado otro plazo". Esta disposición demuestra que la ley considera el vicio específico que causa la nulidad.

De todos estos preceptos se deduce que el legislador quiere que la sentencia resuelva sólo lo que se ha debatido. Mal parece entonces la pretensión de extender tácitamente la fuerza del fallo a puntos que no se han sometido al conocimiento del juez.

Dentro de nuestra jurisprudencia, ambas teorías han tenido eco. Por vía de ejemplo, podemos citar una sentencia de 1910, redactada por don Leopoldo Urrutia, en la que se declara que causa de pedir es, en concepto de la ley, la causa próxima.[2] Pero un fallo de 1927 acoge la segunda doctrina que considera

[1] Tomo I de la obra, edición de 1880, pp. 289 y ss.

[2] *Revista de Derecho y Jurisprudencia,* tomo VIII, segunda parte, sección primera, p. 459.

la causa remota.[3]

198. c) Identidad legal de personas

Es la tercera condición para que proceda la excepción de cosa juzgada.

"Cuando en el nuevo juicio concurren la identidad de objeto y la identidad de causa, se puede decir que la cuestión es la misma; pero esto no basta para que la primera sentencia produzca cosa juzgada respecto de la nueva demanda. Es necesario que la cuestión se suscite entre las mismas partes".

Esta identidad debe ser *jurídica* y no física. Las personas son jurídicamente las mismas cuando han figurado en el proceso anterior por sí mismas o representadas y en el nuevo juicio son perseguidas y obran en la misma *calidad*. Si Pedro es demandado por tres millones de pesos de deuda como tutor de Juan y más tarde es demandado en nombre e interés propio, es decir, en otra calidad, no podrá oponer la excepción de cosa juzgada, porque faltaría la identidad legal de personas. Indudablemente, y a la inversa, si más tarde Juan es demandado por el mismo asunto que lo fue su tutor como tal, podrá oponer la excepción de cosa juzgada, porque, si bien no hay identidad física entre él y Pedro, su tutor, la hay jurídica, ya que se considera que en el primer pleito concurrió Juan, representado por Pedro.

No presenta dificultades la determinación de la identidad legal de personas cuando en ambos pleitos concurren las mismas personas, física y jurídicamente consideradas; pero sí en el caso de personas que no ha figurado físicamente en el primer juicio. No nos detendremos en este punto, porque es materia del Derecho Procesal. Sin embargo, diremos, en términos generales, que la cosa juzgada existe respecto de una persona que no ha participado en el primer pleito, en estos dos casos:

a) cuando dicha persona ha sucedido, sea a título universal, sea a título singular, a una de las partes del primer juicio, y

b) cuando una de las partes que no ha participado físicamente en la primera controversia, ha sido representada por otra persona en virtud de un mandato legal, convencional o judicial.

199. Relatividad de la cosa juzgada

De acuerdo con la doctrina clásica, la autoridad de la cosa juzgada rige para las partes que han intervenido jurídicamente en el litigio; no alcanza a las personas ajenas al juicio. Así se desprende de la disposición de nuestro Código Civil según la cual "las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria *sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren*" (art. 3º, inciso 2º). El principio que informa esta disposición fue formulado por el Derecho Romano, diciendo que la cosa juzgada entre unos no daña ni aprovecha a otros: *res inter alio iudicata aliis non norcet prodest*. Lo mismo en su castizo lenguaje, decían las Partidas: "guisada cosa es et derecha que el juyzio que fue dado contra uno non empezca a otro".

Esta regla fundamental se justifica, ante todo, por una razón de equidad. Los intereses de un individuo no pueden comprometerse por la decisión judicial dictada a consecuencia de un litigio en que él no ha figurado; de lo contrario, correría el riesgo de ver comprometidos sus derechos por la torpeza o confabulación de otro. Por ejemplo, el deudor de una suma de dinero muere dejando dos herederos. Su deuda se divide entre éstos (artículo 1354). El acreedor no ejercita su acción ante los tribunales sino contra uno de los herederos, y consigue una sentencia condenatoria para este último. De dicha sentencia no podrá servirse más que para cobrar al heredero condenado; pero no podrá hacerla valer contra el otro heredero. Y es justo. En efecto, puede ocurrir que el heredero perseguido ante los tribunales y condenado haya omitido invocar algún medio de defensa (prescripción de la deuda, nulidad de la obligación, pago efectuado por el difunto), con el cual habría podido obtener el rechazo de la demanda.

La relatividad de la cosa juzgada se aplica a los llamados juicios *declarativos*, es decir, a los que se limitan a reconocer una relación de derecho creada anteriormente. Si bien éstos son los más numerosos, hay otros pleitos llamados *constitutivos*, porque su sentencia crea, constituye un situación jurídica nueva (sentencias que decretan un divorcio, la separación de bienes, la quiebra, una interdicción). Su fallo produce efectos con respecto a todo el mundo, *erga omnes*, como acostumbran decir los autores.

[3] *Revista de Derecho y Jurisprudencia,* tomo XXV, segunda parte, sección primera, p. 579.

También hay otras sentencias que sin ser constitutivas, por expresa disposición de la ley, producen efectos generales, como, por ejemplo, la que declara verdadera o falsa la legitimidad del hijo (artículo 315).

Véase más adelante lo que se dice al hablar de los límites subjetivos de la cosa juzgada.

La distinción entre sentencias constitutivas y sentencias declarativas tiene importancia práctica, no sólo porque las primeras producen efectos absolutos y relativos las segundas, sino también porque las constitutivas, como crean una situación nueva, no operan con retroactividad, cual lo hacen las declarativas; no producen efectos sino desde su fecha. Pero debe observarse que ha sido muy discutida la distinción entre las dos categorías de sentencias; se sostiene que la separación entre unas y otras es pura cuestión de grados; toda sentencia declarativa tendría aspectos constitutivos y, a la inversa, toda sentencia constitutiva los tendría declarativos. En verdad, por lo que a la retroactividad se refiere, hay que admitir que los dos tipos de sentencias presentan atenuaciones al respectivo principio que las domina. Las sentencias constitutivas no dejan de tener cierta retroactividad de importancia variable; así, por ejemplo, la sentencia constitutiva que declara la quiebra, produce efectos sobre actos anteriores a su dictación. Y, por el contrario, algunas sentencias declarativas, en cuanto a ciertos efectos constitutivos o creadores que producen, no operan con retroactividad; esas sentencias no tienen retroactividad sino en cuanto reconocen y liberan el derecho preexistente, como ocurre con el fallo que fija la indemnización de los perjuicios causados por un delito. Por otra parte, en contra de la distinción se advierte que hay sentencias declarativas que producen efectos absolutos, como la que declara la nulidad de una patente de invención.[1]

200. Límites de la autoridad de la cosa juzgada

a) *Límites objetivos*. El valor normativo de la cosa juzgada tiene límites objetivos, es decir, obliga respecto de determinada materia, de aquella sobre la cual ha versado el juicio. Y ésta se determina por el contenido de la demanda, que lo da la cosa pedida y la causa de pedir.

En general, se suele decir que la autoridad de la cosa juzgada se extiende a las cuestiones debatidas y decididas en la sentencia. Sin embargo, se observa que esta afirmación es, por un lado, muy restringida, pues hay cuestiones que habrían podido ser discutidas y no lo fueron, y quedan, empero, cubiertas por la cosa juzgada. Si, por ejemplo, el demandado dejó de oponer una excepción o de presentar una prueba, no por ello podrá después hacerlas valer para invalidar la cosa juzgada. Por lo general, "el fallo cubre lo deducido y lo deducible".

De otra parte, se agrega que aquella formulación es muy amplia, pues hay puntos que el juez considera en su fallo y no por eso quedan con la investidura de la cosa juzgada. Por ejemplo, si se demanda el pago de los intereses vencidos de un mutuo, sin que en este juicio el demandado controvierta la existencia del contrato, el fallo que condena a pagar esos intereses no se pronuncia indiscutiblemente sobre la existencia del mutuo: esta existencia no queda amparada por la cosa juzgada y en otro juicio podrá discutirse.

Hay ciertas cuestiones que son antecedentes de la cuestión principal que constituye el objeto directo de la demanda. Si esas cuestiones están vinculadas indisolublemente a la principal en forma de no poder decidirse ésta sin resolverse primero aquéllas, la cosa juzgada se extiende a las cuestiones que constituyen el dicho antecedente, y no podrán ser discutidas nuevamente en otro juicio para vulnerar el fallo dado oportunamente a la cuestión principal. Pero si esas cuestiones son un mero antecedente lógico para la resolución de la cuestión principal, no tendrán autoridad de cosa juzgada. Nuestra Corte Suprema aparece inspirada por esta doctrina en una sentencia que dice: "Si se discute en un pleito la legitimidad de una persona con el objeto de quitarle la calidad familiar que le atribuyen las respectivas partidas del Registro Civil, lo que el fallo resuelva afectará la inscripción pertinente, pues recae en un juicio sobre estado civil, y deberán, en su caso, efectuarse las rectificaciones que se dispongan. Pero si sólo se litiga sobre derechos patrimoniales, aunque éstos se relacionen con el estado civil o deriven de él, la validez o nulidad de la inscripción no está en juego, pues no lo está el estado civil mismo, respecto del cual nada se pide, y ni una ni otro quedan afectados por la resolución judicial, lo que no priva, por cierto, de apreciar con arreglo a la ley el mérito probatorio de la inscripción, sea en sí misma, sea en relación con

[1] GABRIEL MARTY et PIERRE RAYNAULD, *Droit Civil,* tomo I, París, 1956, p. 318, notas (1) y (2).

los demás antecedentes que en el juicio se produzcan".[1]

b) *Límites subjetivos*. Hay un adagio que pretende marcar la autoridad de la cosa juzgada con relación a los sujetos: "res inter alios iudicata tertiis neque nocet nequet prodest", o sea, la cosa juzgada entre otros no beneficia ni perjudica a terceros. En principio, la sentencia sólo obliga *directamente* a las partes y a sus herederos o causahabientes; los herederos y causahabientes quedan ligados porque reciben la relación o situación jurídica controvertida en la misma posición que tenían sus autores, los litigantes. *Causahabiente* se llama la persona que ha adquirido un derecho u obligación de otra, denominada su autor. El comprador, por ejemplo, con relación a los derechos sobre la cosa comprada, es causahabiente del vendedor, y este es autor del comprador.

Pero hay otras personas que no son partes, herederos ni causahabientes y que, sin embargo, quedan sujetas a lo juzgado entre los litigantes. Respecto de ellos, la cosa juzgada despliega una *eficacia refleja*. Se trata de terceros que son titulares de una relación jurídica *conexa* con la que ha sido objeto de fallo o dependiente de ella. Así, por ejemplo, el fallo pronunciado entre el acreedor y un codeudor solidario y que declara nula la obligación, libera a los demás codeudores. Por el contrario, la eficacia refleja no se produce frente a los terceros extraños al juicio cuando ellos son titulares de un derecho *autónomo* respecto a la relación sobre la cual se pronunció el fallo, y puedan, por tanto, recibir de éste un perjuicio jurídico. Así, por ejemplo, si en el juicio de reivindicación entre Primus y Secundus se reconoce el dominio de la cosa al último, nada impide que un tercero extraño al juicio que pretende tener un título no dependiente del que se discutió en éste, entable acción reivindicatoria respecto a la misma cosa.

Nótese: hay sujetos a quienes el fallo no perjudica ni beneficia jurídicamente; ellos deben limitarse a respetar lo juzgado en el sentido de atemperar su conducta a la situación declarada o fijada por aquél. Son los llamados *terceros indiferentes*. Por ejemplo, al deudor de una sucesión le da igual que el heredero sea Pedro, Juan o Diego; pero una vez que el fallo judicial declara que el verdadero es el primero, necesariamente deberá pagar a éste si quiere pagar bien.

Por fin, parece de más advertir que desde el punto de vista del respeto a la cosa juzgada, como situación jurídica declarada oficialmente, ella tiene autoridad frente a todo el mundo y debe ser reconocida de la misma manera que un contrato válido lo es para todos y no sólo para los que lo pactaron.

c) *Localización de la cosa juzgada en la sentencia*. Se ha discutido si la cosa juzgada resulta de la parte resolutiva de la sentencia o de todo el complejo de ésta, incluso los considerandos o razonamientos que hace el juez para establecer su mandato. Hay opiniones en ambos sentidos. En todo caso, la cosa juzgada sólo puede extenderse a aquellos considerandos que sustancialmente guardan congruencia con la parte dispositiva y representan una premisa lógica de ésta.

[1] C. Suprema, 4 de septiembre 1949. r., t. 46, sec. 1ª, p. 836.

CAPITULO XI

LA COSTUMBRE

201. Concepto y elementos

De acuerdo con la concepción dominante, de origen romano-canónico, costumbre es la repetición de una determinada conducta realizada por la generalidad de los miembros de un grupo social, de manera constante y uniforme y con la convicción de cumplir un imperativo jurídico. En forma más breve, también se ha dicho que costumbre es un uso implantado en una colectividad y considerado por ésta como jurídicamente obligatorio.

Elementos objetivos, materiales o externos de la costumbre son la generalidad, la constancia y la uniformidad de los actos en que se traduce la conducta mencionada, y elemento interno, psicológico o espiritual es la convicción de cumplir un imperativo o necesidad jurídica (opinio iuris seu necessitatis).

a) Generalidad: General es la repetición de los actos cuando éstos se llevan a cabo por la gran mayoría de los componentes del grupo o núcleo social que se considera, como ser la de los habitantes del país o de una ciudad, o la de los comerciantes o arrendatarios de toda la República o de una determinada región o localidad, etc. Las disidencias no menoscaban la generalidad si ellas se valoran como violaciones de la conducta mayoritaria o se califican de insignificantes excepciones.

b) Constancia: La repetición del acto es constante cuando, concurriendo las mismas circunstancias, no deja de realizarse una serie de actos uniformes. Si la cadena se interrumpe en algún período más o menos largo en que existan esas circunstancias, los actos no pueden fundar costumbre; ésta repugna de los interregnos apreciables.

Por lo que hace al número de actos y a la extensión del tiempo en que la repetición de éstos debe cumplirse, son puntos muy relativos. Depende de los casos. Si las circunstancias capaces de originar costumbre se presentan de tarde en tarde, se precisará de un mayor espacio de tiempo y de un menor número de actos para constituir la norma consuetudinaria; en cambio, si las circunstancias vienen con gran frecuencia, se necesitará un mayor número de actos, pero bastará un lapso menor.

c) Uniformidad: Llámase uniforme la repetición de los actos que traducen el acatamiento a un mismo principio o regla. Los actos pueden ser o no materialmente iguales; nada importa: lo que cuenta es la igualdad de su significado.

d) Convicción de obedecer a un imperativo jurídico: Este elemento quiere decir que los que realizan los actos lo hagan movidos por la convicción de obedecer a un imperativo jurídico, de cumplir un deber de esta especie, por una necesidad ineludible de derecho y no por mera voluntad espontánea. Y así, por ejemplo, falta la opinio necessitatis en la práctica de hacer regalos a los amigos en el día de su onomástico; todos saben que esas donaciones obedecen a voces sentimentales y no a una necesidad jurídica, y por eso no constituyen costumbre en el mundo del Derecho.[1]

202. Usos y costumbre

a) La costumbre, que suele llamarse uso normativo, porque constituye norma jurídica, se contrapone a los usos propiamente dichos, denominados también individuales, contractuales, negociales o prácticas o usos de negocios.

Los usos no son sino prácticas o conductas que, por conveniencia, oportunidad u otros motivos, siguen en sus relaciones jurídicas determinados sujetos o círculos de un núcleo social dado. No tienen el

[1] Véase la crítica y defensa del elemento "opinio iuris" en Bobbio, *La consuetudine como fatto normativo*, Padova, 1942, pp. 49 y siguientes, y en Barbero, *Sistema del Diritto Privato Italiano*, t. I, Torino, 1962, p. 75.

carácter de la generalidad de la costumbre y tampoco llenan el requisito de la opinio necessitatis propio de la última. Todo lo anterior no se opone a que un simple uso pueda ser el germen de una costumbre.

b) Desde antiguo se ha subrayado la distinción entre uso y costumbre, según lo prueban, por ejemplo, las sentencias francesas de los siglos XIII y XIV que separan las coutumes de los usages. En el mismo sentido, atribuyen valor normativo a la costumbre y no al uso las Siete Partidas (siglo XIII), ese cuerpo legal calificado por alguien[1] como "una enciclopedia en que, a través de las leyes, se trata de todas las relaciones humanas".

Debe advertirse que la terminología no ha alcanzado justeza unívoca. Suele hablarse de uso para referirse a la costumbre y de ésta para aludir aquél. Y algunos, cuando quieren marcar la diferencia, dicen uso normativo o costumbre normativa para referirse a la costumbre propiamente tal, y uso interpretativo o integrativo o costumbre interpretativa o integrativa para considerar el verdadero uso.

c) Los usos propiamente dichos, individuales o contractuales, desempeñan diversas funciones. Algunos sirven para aclarar o interpretar la voluntad contractual (usos interpretativos). A estos se refiere el Código Civil, por ejemplo, al señalar que las cláusulas de un contrato podrán interpretarse por la aplicación práctica que las partes hayan hecho de las cláusulas de otro contrato celebrado entre ellas y sobre la misma materia (art. 1564). Otros usos sirven para integrar o completar la voluntad contractual que no se ha pronunciado sobre un punto determinado (usos integrativos o supletivos). El Código Civil establece como consecuencia del principio de que los contratos deben ejecutarse de buena fe, que ellos obligan no sólo a lo que expresan en sus cláusulas, 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 (art. 1546); alude al uso integrativo, llamado también por algunos costumbre integrativa del contrato. Del mismo modo, se refiere al uso integrativo el Código Civil al disponer que "las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen (art. 1563, inc. 2º).

d) Los usos contractuales son obligatorios en virtud del contrato con el cual la ley los relaciona; no constituyen por sí mismos una fuente de normas, al revés de lo que ocurre con la costumbre verdadera o uso normativo. Como la costumbre según el Código Civil chileno constituye derecho, norma jurídica, en los casos en que la ley se remite a ella (C. Civil, art. 2º), resulta que la infracción por el juez de esa costumbre es causal del recurso de casación en el fondo; pero no lo es la violación de los usos contractuales, que no son normas jurídicas, reglas de general obligatoriedad. Sin embargo, si se llega a estimar que la ley del contrato, lo establecido por las partes, es susceptible del recurso de casación, la prescindencia o errónea aplicación por el juez de un uso contractual que fijara la ley del contrato, podría servir de base a dicho recurso.

203. Clasificación

La costumbre admite diversas clasificaciones, según sea el punto de vista a que se atienda.

Tomando como base el factor territorial en que impera, puede dividirse en general (la que rige en todo el territorio de un Estado), y local (la que se observa en determinado lugar).

De acuerdo con el país en que se practique, la costumbre es nacional o extranjera.

Según sea su relación con la ley, la costumbre es contra la ley (contra legem), fuera de la ley (praeter legem) y según la ley (secundum legem).

204. Costumbre contra legem, praeter legem y secundum legem

La primera es la que introduce una norma destructora de la ley antigua, ya sea proclamando su inobservancia, ya sea imponiendo una conducta diferente de la establecida por la ley. En cualquiera de estas dos formas conduce al desuso de la norma legislativa.

La costumbre praeter legem es la que rige un asunto sobre el cual no hay ley.

Costumbre secundum legem es la que adquiere el carácter de norma jurídica en razón de llamarla la propia ley a regir una materia dada.

[1] Nos referimos al literato y notable filólogo español Antonio García Solalinde (1892-1937), que, precedidos de admirables comentarios, publicó estudios sobre las obras de Alfonso el Sabio, de Berceo, etc.

También suelen llamarse costumbre secundum legem los usos en conformidad a los cuales se aplica e interpreta la ley.

205. Valor y fuerza obligatoria de la costumbre

En los primeros tiempos todo el derecho era consuetudinario. Más tarde, la ley pasó a ser la norma jurídica preponderante. Sin embargo, no dejó de reconocerse un gran poder a la costumbre, incluso el de derogar a la ley. Y era explicable: en cierto período del Derecho Romano las leyes no eran sino la decisión formal del pueblo reunido en comicios, y siendo la costumbre una práctica del mismo pueblo, un pronunciamiento tácito suyo (tacitus consensus populi), bien podía estimarse derogada la decisión expresa y formal por la tácita y espontánea. Decía el Digesto (1, 3, 32): "Si las leyes no nos obligan más que por haber sido recibidas por decisión popular, es justo que lo aprobado por el pueblo sin escrito alguno también obligue a todos; pues ¿qué más da que el pueblo declare su voluntad por el sufragio que por sus propios hechos?". Sin embargo, en época posterior, Constantino, para evitar la confusión jurídica imperante, negó a la costumbre el poder de derogar la ley.

En tiempos actuales, la costumbre tiene notable importancia en el Derecho Internacional Público, pues constituye su principal fuente.

También tiene considerable valor en el Derecho Mercantil. De ella no podría prescindir esta rama jurídica, dada la naturaleza y características del comercio. Es notorio, escribe un autor, la rapidez con que se ejecutan ordinariamente las operaciones comerciales, la variedad de casos que comprenden, el campo cada día más vasto en que la actividad mercantil se ejercita, todo lo cual contribuye a que la ley sea a veces deficiente, y a que nazca entonces la necesidad de hacer regir el imperio de la costumbre.

En Derecho Penal la costumbre carece de toda fuerza: no hay delito ni pena sin previa ley que lo establezca.

En Derecho Civil la mayoría de las legislaciones y de los autores le reconocen escaso valor. Se sostiene que ella no puede crear derecho porque esa misión en las sociedades de hoy en día está confiada a los órganos del Poder Legislativo, en forma exclusiva; "la tarea encomendada a dichos órganos eliminaría toda posibilidad de revelación directa y espontánea del Derecho".

Pero esta argumentación es rebatida. La idea de una abdicación completa, absoluta, de parte de la colectividad, dice Josserand,[1] y en favor de los poderes constituidos, de su aptitud para crear el derecho, es quimérica y pueril: una comunidad social no puede renunciar a su conciencia jurídica. La canalización perfecta del derecho mediante la ley escrita es ilusoria: quiérase o no, la vida continúa y nadie es capaz de detener su curso, de moldearla en un momento dado y para siempre.

Por otra parte, la razón vista nada prueba, por pretender probar demasiado. En su virtud habría que llegar a negar todo valor a la costumbre, no sólo en Derecho Civil, sino también en Derecho Comercial, y es un hecho inamovible que las costumbres comerciales crean derecho, constituyendo una de las fuentes más fecundas del Derecho Mercantil. Si los principios constitucionales no se oponen a la injerencia de la costumbre en el Derecho Comercial, sería absurdo que fueran impedimento a su autoridad en materia de Derecho Civil.[2]

Hasta hace poco, los Códigos de los países, en materia civil, sólo admitían la costumbre "según la ley". Pero las codificaciones modernas del presente siglo han reaccionado y señalan la costumbre como norma supletoria de la ley y, algunas, hasta permiten la costumbre contra la ley. Las legislaciones suiza[3] y japonesa[4] ordenan al juez que a falta de ley aplicable pronuncie su sentencia de acuerdo con la costumbre.

El Código Alemán, deliberadamente, nada dice sobre la costumbre; pero de los trabajos preparatorios muchos deducen que no sólo puede suplir a la ley sino también derogarla.[5]

El nuevo Código Civil Italiano no acepta la costumbre contra la ley, como tampoco el Peruano de 1984 ni el Venezolano de 1942.

---

[1] *Cours de Droit Civil Positif Français*, tomo I, tercera edición, París, 1938, pp. 76 y 77.
[2] JOSSERAND, obra citada, tomo I, p. 77.
[3] Código Civil, artículo 1º
[4] Ley de 8 junio de 1875, sobre administración de justicia y fuentes de derecho privado, artículo 3º
[5] PAUL OERTMANN, obra citada, p. 33.

Las leyes de algunos Estados africanos se remiten a menudo a la costumbre local. Por ejemplo, el Código Civil de Etiopía de 1960 reconoce, además del matrimonio civil y el religioso, el consuetudinario. Este existe cuando un hombre y una mujer efectúan ritos que a los ojos de la comunidad a la cual ellos pertenecen o a la cual uno de ellos pertenece, son constitutivos de una unión permanente entre este hombre y esta mujer (art. 580). Las condiciones según las cuales puede ser celebrado un matrimonio consuetudinario, y las formas de esta celebración, son las que fija la costumbre local (art. 606). El mismo Código da abundantes normas sobre los esponsales, instituto que empieza a ser barrido de las legislaciones occidentales por no responder, en estos países, a la época. El monto de la indemnización por el perjuicio moral que significa la ruptura de los esponsales, lo deben determinar los jueces considerando las costumbres locales; y a las mismas deben ajustarse para fijar quién puede reclamar dicha indemnización, la esposa, el esposo o su familia (Código Civil Etíope, art. 573).

Podemos concluir, en general, que en las legislaciones la tendencia es favorable al imperio de la costumbre como norma supletoria de la ley, o cuando ésta la llama a regir en casos específicos.

206. Valor y fuerza obligatoria de la costumbre en nuestros Derechos Civil y Comercial

La costumbre, dice el Código Civil, no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella (artículo 2º).

Que la costumbre no constituye derecho significa que no es norma juridica, que no tiene fuerza de ley, pues en tal acepción está tomada la palabra derecho. Pero, de acuerdo con la última parte del artículo, la costumbre adquiere fuerza de ley cuando ésta se remite a aquélla.

Podemos decir, en consecuencia, que nuestro legislador civil reconoce la costumbre "según la ley".

El Código hubo de considerar la norma consuetudinaria, pues se dio cuenta que la legislación, por más general o casuista que sea, no puede llegar a comprender todas las modalidades que adoptan las relaciones de los hombres.

Numerosos son los casos en que la ley se remite a la costumbre. Por ejemplo, declara que si nada se ha estipulado sobre el tiempo del pago del arrendamiento de un predio rústico, se observará la costumbre del departamento (art. 1986); la referencia debe entenderse a la comuna, pues la Ley Nº 18.776, de 18 de enero de 1989, que dispone la adecuación del Poder Judicial a la regionalización del país, en todas sus disposiciones reemplazó el antiguo departamento por la comuna. A dicha ley se le escapó sustituir en el art. 1986 departamento por comuna, pero la división territorial comuna es la que hoy impera. Veamos otro caso. Nuestro Código Civil entiende por "reparaciones locativas", entre otras, las que según la costumbre del país son de cargo del arrendatario (art. 1940, inc. 2º); dice que la remuneración del mandatario es determinada por la convención de las partes, antes o después del contrato, por la ley, la costumbre o el juez (art. 2117).

Nuestro Código Civil de Comercio acepta la costumbre fuera de la ley. Dice que las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, cuando concurren los requisitos que señala (art. 4º). Es de notar, para evitar confusiones, que más adelante se refiere a los usos contractuales, llamándolos también costumbres mercantiles; en efecto, dispone que éstas servirán de regla para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos o convenciones mercantiles (art. 6º). La doctrina nacional concluye que estas costumbres mercantiles interpretativas no quedan sometidas a las limitaciones de la prueba que establece el Código de Comercio para las costumbres mercantiles normativas.[1]

207. Prueba de la costumbre

A pesar de que la costumbre (normativa), en los casos que la ley llama a regir, es una norma jurídica, necesita ser probada ante los tribunales de justicia, porque, al revés de lo que ocurre con la ley, ninguna autoridad pública atestigua oficialmente su existencia. En materia civil, cualquier medio idóneo para demostrar la costumbre es aceptable: instrumentos públicos o privados, testigos, etc. No ocurre lo

[1] RAÚL VARELA VARELA, *Curso de Derecho Comercial*, t. I, Santiago, 1959, página 40; RAFAEL EYZAGUIRRE E., *Derecho Comercial*, Parte General, Obligaciones, Contratos, Santiago, 1959, p. 33.

mismo en materia comercial, en que, como veremos en seguida, reina un criterio restrictivo.

208. Diferencias entre la costumbre civil y la mercantil

1) La costumbre mercantil entra a regir en el silencio de la ley; la civil, sólo cuando la ley se remite a ella.

2) El Código Civil no determina los requisitos que debe reunir la costumbre para que sea fuente de Derecho; pero si el Código de Comercio, en su artículo 4º, que dice: "Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, 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.

3) El Código Civil no determina los medios por los cuales debe probarse la costumbre; de modo que pueden emplearse todos los medios que el Derecho establece. El Código de Comercio, en cambio, señala taxativamente los medios de prueba de la existencia de la costumbre, la cual "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" (artículo 5º).

CAPITULO XII

PROMULGACION Y PUBLICACION DE LA LEY

209. Generalidades

La ley debe formarse según los preceptos que señala la Constitución y que se estudian en el ramo correspondiente. Aquí sólo toca recordar que para hacer obligatoria la ley no basta el voto conforme de la Cámara de Diputados y del Senado, y tampoco la sanción del Presidente de la República, es decir, el acto por el cual éste, en su calidad de poder colegislador, presta su adhesión al proyecto de la ley aprobado por el Parlamento. Para que la ley sea obligatoria se requiere que sea promulgada y publicada.

Con la sanción termina la primera fase de la ley, en cuya elaboración tiene exclusiva injerencia el Poder Legislativo, porque si bien existe participación del Presidente de la República, éste la tiene a título de integrante de aquel poder, y no como miembro del Ejecutivo.

Ahora nos referiremos a la promulgación, fase en que entra a actuar el Primer Mandatario como representante del Poder Ejecutivo.

210. Diversas acepciones de "promulgación"

La palabra promulgación tiene dos acepciones.

En una significa "publicar una cosa solemnemente, hacerla saber a todos". Este sentido, que está de acuerdo con el origen etimológico del vocablo (promulgare), es empleado en las leyes cuando, ordenándose su ejecución, se dice: "…por tanto, promúlguese y llévese a efecto como ley de la República".

La segunda acepción se refiere al "acto por el cual el Jefe de Estado atestigua o certifica al cuerpo social la existencia de la ley y ordena su ejecución".

Hoy en día, la casi totalidad de los autores, y algunas legislaciones como la alemana, dan este solo significado a la palabra que nos preocupa, y reservan la de publicación para denotar el contenido de la primera acepción. Antiguamente, no ocurría otro tanto: promulgación y publicación eran voces sinónimas. Así lo prueban numerosas leyes: en Francia, por ejemplo, la ordenanza de 27 de noviembre de 1816; en España, la Novísima Recopilación (Ley 12, título 2, libro III), etc.

En nuestro Código Civil había al respecto cierto confusionismo, al que puso término la Ley Nº 9.400, de 6 de octubre de 1949; dejó en claro que son cosas distintas para el Código la promulgación y la publicación. En efecto, reemplazó el antiguo texto del Código Civil por otro en que separa ambos conceptos. Más adelante reproducimos dicho artículo 6º.

211. Concepto

La promulgación ya definida es, como dice un autor,[1] la partida de nacimiento de la ley: "ella le da existencia cierta, auténtica, incontestable y la reviste de la fuerza coercitiva de que antes carecía".

212. Fórmulas de promulgación

La Carta Fundamental (art. 32, Nº 1º) que dispone que es atribución especial del Presidente de la República "concurrir a la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, sancionarlas y

[1] BAUDRY LACANTINERIE, *Précis de Droit Civil*, tomo I, párrafo 32.

promulgarlas". Pero no hay disposición alguna en nuestra legislación que determine cómo debe efectuarse la promulgación de las leyes. El uso, sin embargo, ha consagrado, a veces con algunas variantes, la siguiente fórmula de decreto promulgatorio:

Por cuanto el H. Congreso Nacional ha dado su aprobación al siguiente

PROYECTO DE LEY:

(En este sitio se inserta el texto de la ley).

Y por cuanto he tenido a bien sancionarlo (o aprobarlo y sancionarlo); por tanto, publíquese y llévese a efecto como ley de la República. Santiago, 2 de junio de mil novecientos noventa y ocho

(Firma del Presidente) (Firma del respectivo Ministro)

Claro que la fórmula varía un poco cuando el Presidente se ve en la necesidad de promulgar la ley contra su voluntad. Y esto ocurre cuando las dos Cámaras desechan todas o algunas de las observaciones del Presidente de la República e insisten por los dos tercios de sus miembros presentes, en la totalidad o parte del proyecto aprobado por ellas (Constitución Política, art. 70, inciso final). Entonces el decreto promulgatorio termina diciendo más o menos así: "Y teniendo presente que el H. Congreso Nacional ha desechado en parte las observaciones formuladas por el Presidente de la República e insistido en la aprobación del proyecto de ley que precede, de acuerdo con el artículo 70 de la Constitución Política del Estado, promúlguese y llévese a efecto como ley de la República".

213. Plazos para la promulgación y la publicación

El artículo 72 de la Constitución dispone:

"Si el Presidente de la República no devolviere el proyecto dentro de treinta días, contados desde la fecha de su remisión, se entenderá que lo aprueba y se promulgará como ley. Si el Congreso cerrare sus sesiones antes de cumplirse los treinta días en que ha de verificarse la devolución, el Presidente lo hará dentro de los diez primeros días de la legislatura ordinaria o extraordinaria.

La promulgación deberá hacerse siempre dentro del plazo de diez días, contados desde que ella sea procedente.

La publicación se hará dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que quede tramitado el decreto promulgatorio".

214. Condiciones para que la ley sea obligatoria

El artículo 6º del Código Civil dice:

"La ley no obliga sino una vez promulgada en conformidad a la Constitución Política del Estado y publicada de acuerdo con los preceptos que siguen".

De aquí se deduce que la ley no es obligatoria sino cuando concurren estos dos requisitos:

1) Que sea promulgada por el Presidente de la República, y

2) Que sea publicada en el periódico oficial, o en otra forma dispuesta en la misma ley, según agrega el último inciso del artículo 7º.

Ya hemos hablado de la promulgación; nos corresponde referirnos ahora al segundo requisito, la publicación.

215. Publicación

La publicación es el medio que se emplea para hacer llegar la ley a conocimiento de los individuos.

Es lógico que para exigir obedecimiento a la ley se proporcione el medio de conocerla. Nada sería más tiránico ni más cruel, escribe un autor, que castigar a un hombre por haber desobedecido una ley que no ha podido conocer.

216. Diferencias entre la promulgación y la publicación

La primera tiene por objeto atestiguar la existencia de la ley y ordenar su ejecución; la segunda, en cambio, persigue dar a conocer el texto legal.

La promulgación se efectúa mediante un decreto y la publicación resulta de la inserción de la ley en el periódico oficial o de su notificación a las personas en otra forma especial.

217. Formas de publicación

Sería ideal que el contenido de la ley fuera notificado a cada persona individualmente. Pero razones obvias nos indican la imposibilidad de practicar este procedimiento.

Antiguamente, se daba a conocer la ley por inscripción del texto en bronce o mármol y su exposición en un lugar público.

También se empleaba la publicación por bandos. Bando es el anuncio público de una cosa, hecho por persona autorizada, o por voz de pregonero.[1] Un funcionario especial o un notario, acompañado de escolta militar, al son de clarines y tambores, leía la ley en los lugares más concurridos.

Otro medio de notificar la ley era por carteles, o sea, papeles que contenían el texto legal y que se fijaban en los principales parajes públicos.

En la actualidad, los Estados han adoptado generalmente la publicación por medio de la prensa y, con este objeto, existe en cada país un periódico, órgano oficial del Gobierno, en el que se insertan las leyes y demás disposiciones generales de la autoridad e incluso algunas de interés particular como los decretos que conceden pensiones de gracias.

218. Publicación de las leyes en Chile

En nuestro país, la publicación de las leyes debe hacerse mediante su inserción en el Diario Oficial. Para todos los efectos legales, la fecha de la ley es la de su publicación en el Diario Oficial (artículo 7º).

Este diario, creado por decreto de 15 de noviembre de 1876, comenzó a aparecer el 1º de marzo de 1877. Con anterioridad, diversos periódicos fueron empleados sucesivamente como órgano oficial.[1]

En casos especiales puede también usarse otra forma de publicación. En efecto, el Código agrega: "Sin embargo, en cualquiera ley podrán establecerse reglas diferentes sobre su publicación y sobre la fecha o fechas en que haya de entrar en vigencia" (artículo 7º, inciso final). En virtud de este precepto, podría publicarse una ley por bandos, carteles, etc. El Código Civil y otros no fueron publicados en el periódico oficial, sino en tomos que se vendieron a precios módicos para ponerlos al alcance del mayor número posible de personas. Este temperamento, que tiene apoyo legal en la última parte de la disposición citada, se explica por la mayor comodidad que brinda en la consulta un trabajo extenso presentado en forma de libro.

[1] ESCRICHE, *Diccionario de Legislación.*

[1] 1º *Monitor Araucano*; 2º *La Gaceta de Gobierno de Chile*, que después fue *Gaceta de Santiago de Chile* y *Gaceta Ministerial de Chile*; 3º *Boletín de Leyes y Decretos del Gobierno* (que posteriormente se redujo a mera recopilación de normas legales), y 4º *El Araucano* (17 de septiembre de 1830 - 25 de febrero de 1877).

De este último, fundado por el Gobierno de Chile, fue durante un tiempo codirector y después director único, don Andrés Bello.

Véase: ANDRÉS RILLÓN ROMANI, *El Diario Oficial*, Memoria de Licenciado, Santiago, 1960.

218-a. Cuándo se hace obligatoria la ley

Dijimos que mediante la promulgación se ordena que la ley sea ejecutada. Pero esta ejecutoriedad, según el decir de Josserand,[1] es hasta ese momento sólo teórica y virtual; para que la ley entre efectivamente en vigor es preciso que sea publicada y, según algunas legislaciones, que transcurra cierto plazo.

Este espacio de tiempo entre la publicación y vigencia de la ley (vacatio legis, vacación de la ley) se concede para que todas las personas puedan conocer oportunamente el texto legal, y se calcula considerando que el periódico oficial haya podido llegar a sus manos en dicho lapso.

219. Plazo en que entra a regir la ley

Este plazo, ¿es igual para todas las localidades de un Estado? Al respecto, hay dos sistemas: uno, llamado simultáneo, sincrónico, uniforme o instantáneo, y otro sucesivo, gradual o progresivo.

De acuerdo con el primero, la ley comienza a regir en un mismo instante en todos los puntos del territorio de un país.

Por el sistema progresivo, la ley entra en vigor en unas localidades después que en otras, según la mayor distancia que medie entre las diversas regiones y el lugar en que se publica el periódico oficial.

Chile siguió este sistema hasta que la Ley Nº 9.400, de 6 de octubre de 1949, consagró la fórmula de que la ley empieza a regir desde su publicación en el Diario Oficial en toda la República, salvo disposiciones expresas en contrario.

Tanto uno como otro sistema presentan desventajas.

El plazo uniforme "tiene el inconveniente de que debe ser largo para que la presunción de publicidad no sea contraria a la realidad de las cosas y que la ley se haga obligatoria sin darla a conocer o permitir su conocimiento; pero igualmente resultará que a pesar de ser conocida, el cumplimiento de la ley quedará en suspenso por un tiempo largo en las localidades próximas a la de la publicación y en ésta misma".[1]

El plazo sucesivo hace que en una época dada el país se halle gobernado por dos leyes, "la antigua que huye en retirada y la nueva que camina a su retaguardia, derogándola en los lugares que va recorriendo".[2] De aquí resultan inconvenientes serios, como el de que la ley nueva obligue a unas personas y no a otras; el que sea lícito en una parte del territorio lo que es prohibido en otra; el de que sea fácil burlar una ley trasladándose a la parte del territorio en que no rige todavía; el de que para saber la fecha en que empieza a regir una ley en determinada región del país sea necesario acudir a cuadros que expresan las distancias que hay entre las diversas localidades.

Como se comprenderá, la adopción de un sistema u otro depende, nada más, y nada menos, del país para el cual se legisla: de su extensión territorial y de la facilidad de comunicaciones entre sus diversas localidades.

220. Sistema que rige en Chile

En Chile, actualmente, no hay vacación de la ley, no hay un plazo entre la publicación de ésta y su entrada en vigor, a menos que se establezca lo contrario en una ley determinada y para los efectos de ella. El artículo 7º, inciso 1º, modificado por la Ley 9.400, de 6 de octubre de 1949, dice que desde la fecha del ejemplar del Diario Oficial en que se inserta la ley, ésta se entiende conocida de todos y se hace obligatoria. La innovación del legislador del año 1949 se basa en que la ley antes de promulgada y publicada es, al menos en su parte sustancial, susceptible de conocerse por todos, ya que las sesiones del Congreso y la sanción del Presidente de la República tienen una publicidad muy grande a través de los diarios, radio, televisión, etc., de manera que al publicarse en el Diario Oficial esa publicidad sólo viene a "oficializarse". Además, la entrada en vigor inmediata de la ley junto con su publicación, evita hasta donde es posible la preparación o acomodo de situaciones con anterioridad a la vigencia de aquélla para

[1] Obra citada, tomo I, p. 52.
[1] CLARO SOLAR, obra citada, tomo I, p. 48.
[2] ARMAS, *Comentarios de siete títulos del Código Civil*, Santiago, 1886, p. 23.

sustraerse a sus efectos, principalmente en materias económicas y de impuestos.

Sin embargo, por excepción, cualquiera ley puede establecer reglas diferentes, no sólo sobre su publicación, sino también sobre su fecha o fechas en que haya de entrar en vigencia (artículo 7º, inciso final). Por tanto, una ley, si así lo dispone ella misma, puede comenzar a regir, no a partir de su publicación, sino un tiempo después; también puede determinar que en ciertas provincias o regiones del país entre a regir en una fecha, y en otras en una distinta.

Los plazos largos después de la publicación se adoptan en leyes que marcan un cambio acentuado de régimen jurídico o en leyes que por su complejidad requieren tiempo para ser cabalmente conocidas y aplicadas.

221. Autoridad de la ley una vez que ha entrado en vigencia

Nadie puede alegar ignorancia de la ley después que ésta ha entrado en vigencia (artículo 8º). Consecuencias de este principio son que "el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario" (art. 706) y que "el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento" (art. 1452).

Cabe preguntarse, ¿podrán los particulares someterse voluntariamente a una ley antes de que sea obligatoria? La respuesta es negativa. Es cierto que las partes podrían, tratándose de una ley de interés puramente privado, apropiarse de sus disposiciones aunque todavía no fueran obligatorias; pero en estos casos no es la ley, sino la voluntad de las partes la que se ejecuta. "No podría suceder lo mismo con una ley de orden público, relativa, por ejemplo, a la capacidad de las personas; las partes colocadas bajo el imperio de una ley antigua, aún no derogada, no podrían substraerse a ella para exigir la aplicación de las disposiciones de una ley nueva que aún no ha substituido a aquélla".[1]

222. Presunción o ficción del conocimiento de la ley

Después que la ley ha entrado en vigencia, se entiende que es de todos conocida y nadie podrá pretender substraerse a su cumplimiento alegando que la ignora. A esta doctrina se refiere el conocido aforismo *nemo censetur ignorare legem*, sobre el cual se funda otro: la ignorancia del Derecho no excusa su cumplimiento (*error vel ignorantia iuris non excusat*), cuya fórmula se remonta a las fuentes del Derecho Romano.[1]

El secular principio de que la ley se estima de todos conocida se basa en un poderoso interés social, que se hace patente con sólo pensar que "si para ser dispensado de conformarse a la ley, bástase alegar que se la ignora, ella a nadie obligaría".

El conocimiento que se supone que todos tienen de la ley, ¿es una presunción? Según la mayoría de los autores, sí. Pero algunos afirman lo contrario, "porque la base de toda presunción es que el hecho que se presume corresponda a lo que normalmente sucede, y es innegable que lo que existe normalmente es la ignorancia del Derecho por parte de la generalidad de los ciudadanos, los cuales, en el enorme laberinto de las leyes dictadas sin interrupción, no pueden, no ya conocerlas todas, sino ni siquiera una pequeña parte de ellas".[2]

Teniendo presente esta consideración, "muchos hablan, más que de presunción, de ficción legal; por la necesidad social de que nadie eluda el cumplimiento de la ley, se finge que con el hecho de la publicación nadie ignora sus preceptos, impidiendo así que se alegue su ignorancia".[3]

Hay ciertos casos en que se puede alegar ignorancia de la ley, pero no para excusarse de su cumplimiento, sino para otros efectos. Veámoslos.

a) *Obligaciones naturales*. Llámanse así las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento; pero que cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas (artículo 1470, inciso 3º). No puede pedirse la restitución en virtud de estas obligaciones si el pago se ha hecho voluntariamente por el que tenía la libre disposición de sus bienes (artículo 1470, inciso final). "Paga

[1] CLARO SOLAR, obra citada, tomo I, p. 49.
[1] RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, traduc. del italiano, Madrid, 1929, tomo I, p. 92.
[2] Ibídem.
[3] Ibídem.

voluntariamente el que lo hace sabiendo que no se halla obligado civilmente y teniendo, en consecuencia, la voluntad de efectuar libremente el pago de una obligación natural, para descargar su conciencia". De manera que una persona podría exigir la devolución de lo que hubiere pagado por una obligación natural, probando que ignoraba la ley que no la constreñía a cumplir su compromiso.

Como vemos, aquí se puede alegar ignorancia de la ley, pero no para dejar de cumplirla. Quien dice no conocer la ley que no lo obliga a pagar, no pretende ni puede pretender violarla.

Advirtamos, sin embargo, que conforme a otra opinión, y parece ser la mayoritaria, el que paga una obligación natural creyéndola civil no podría pedir la devolución de lo pagado, porque la "voluntariedad" sólo supondría un pago libre y espontáneo, no forzado, y quien paga una obligación natural paga verdaderamente una deuda, aunque ésta no sea perseguible judicialmente.

b) *Nulidad absoluta*. Puede alegarse la nulidad absoluta 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 (artículo 1683). Así, pues, si la persona no tuvo conocimiento de la ley en virtud de la cual el acto es considerado nulo, le es permitido invocar la nulidad absoluta de dicho acto. Pero en este caso tampoco se trata de alegar ignorancia de la ley para excusarse de cumplirla. Y, al contrario, quien alega tal desconocimiento para obtener la nulidad de un acto que no se ajusta a la ley, contribuye a cumplir las disposiciones de ésta.

c) *Pago por error de derecho*. Se podrá repetir (o sea, reclamar la devolución), aun lo que se ha pagado por error de derecho, cuando el pago no tenía por fundamento ni aun una obligación puramente natural (artículo 2297). Si una persona paga una suma de dinero creyendo que la ley la obligaba a ello y posteriormente descubre que la ley no se lo imponía, y tampoco hay una obligación natural, puede exigir la devolución de la suma pagada. Mas, evidente es que tampoco en este caso se trata de alegar ignorancia de la ley para eludir su cumplimiento.

d) *Dación de lo que no se debe*. 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 (artículo 2299). Si una persona da algo a otra, a quien nada debe, no podrá esta última pretender que la cosa le ha sido donada, si no prueba que aquélla sabía que por ningún concepto estaba obligada a darle lo que le dio. La persona que dio la cosa podría exigir la devolución, demostrando que ella creía que la ley la obligaba a dar.

También resulta evidente aquí que la ignorancia alegada de la ley no es para excusarse de cumplirla.

Hay un solo caso en nuestra legislación civil en que podría sostenerse la ignorancia de la ley para excusarse de su cumplimiento. Es el relacionado con el matrimonio putativo, esto es, el matrimonio declarado nulo, celebrado ante el oficial del Registro Civil, y contraído de buena fe y con justa causa de error por ambos o uno de los cónyuges. Este matrimonio produce los mismos efectos civiles que el válido respecto del cónyuge en quien concurre la buena fe y la justa causa de error; pero deja de producir dichos efectos desde que falte la buena fe por parte de ambos cónyuges (art. 122); luego, si uno de ellos se mantiene en la buena fe, el matrimonio será putativo a su respecto.

Algunos autores sostienen que este error al que se refiere la ley es sólo el de hecho. Si así fuera, querría decir, entonces, que en toda nuestra legislación no hay ningún caso en que se puede alegar ignorancia de la ley para excusarse de su cumplimiento. Pero otros intérpretes llegan a la conclusión de que el error a que se alude en el artículo 122, es tanto el de hecho como el de derecho. Podría una persona, pues, afirmar que ignoraba la ley que señala los impedimentos para contraer matrimonio y así quedar amparada por la putatividad. El error de derecho, en tal caso, excusaría del cumplimiento de la ley. A juicio de algunos, aunque la cuestión es discutible, preferible es inclinarse por la última solución porque favorece la legitimidad de los hijos.[4]

223. Fecha de la ley

Para todos los efectos legales, la fecha de la ley es la de su publicación en el Diario Oficial (artículo 7º, inciso 2º).

Las leyes son citadas por su número y fecha. Muchos indican como data la del decreto

[4] En sus explicaciones de clases, el profesor Somarriva acogía este punto de vista.

promulgatorio; afirman que es en ese momento cuando la ley se perfecciona, mediante la sanción del Presidente de la República. Empero, ante la letra del artículo 7º, tal parecer sólo tiene base teórica y contribuye a la confusión en las citas.

223-A. BIBLIOGRAFÍA

Véanse:

JOAQUÍN COSTA, *El problema de la ignorancia del derecho y la costumbre*, Buenos Aires, 1957;

GEORGES DEREUX, Estudio crítico del adagio "La ley se presume conocida de todos", *en R. de D. y J.*, t. 5, sec. Derecho, pp. 197 a 225;

RAYMOND GUILLIEN, "Nul n'est censé ignorer la loi", *en Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. I, París, 1961, pp. 253 a 260;

G. REVEL, *La publication des lois, des decrets et des autres actes de l'autorité publique*, París, 1933;

HUGO ROSENDE, "La promulgación y la publicación de la ley". *Colección de Estudios Jurídicos*, Nº 1, Editorial Nascimento, Santiago, 1941.

CAPITULO XIII

INTERPRETACION DE LA LEY

A. PRELIMINARES

224. Idea general y de interpretación

Interpretación de la ley es la determinación de su significado, alcance, sentido o valor en general y frente a las situaciones jurídicas concretas a que dicha ley debe aplicarse.

Mediante la interpretación se adapta la norma legal a la práctica, a la realidad. Por muy generales que sean los términos que emplee el legislador, nunca podrá abarcar la regulación de todas las situaciones que se presentan en la vida: "ésta es más ingeniosa que aquél y que el mejor de los juristas".

No sólo se interpretan las normas oscuras o ambiguas, sino también las claras. La interpretación no presupone forzosamente una dificultad en la inteligencia de la ley; se piensa que el texto legal claro no requiere el auxilio de aquélla porque su sentido se penetra rápida y casi instantáneamente. Si la aplicación de la norma, por prístina que sea, implica una labor intelectual para resolver el caso particular y concreto con la fórmula general y abstracta dada por el legislador, resulta evidente que no es posible aplicar la norma sin su previa interpretación.[1]

La misma claridad es un concepto relativo: una ley que por sí es clara en su texto puede ser ambigua y oscura en cuanto al fin que se propone, y una ley que nunca dio lugar a dudas, puede tornarse dudosa más tarde por efecto del incesante surgir de nuevas relaciones que produzcan incertidumbre en cuanto a si son regulables o no por la norma hasta entonces aplicada indiscutida e invariablemente.[2]

225. Hermenéutica legal y sistemas de interpretación

El arte de la interpretación jurídica, que recibe el nombre de hermenéutica legal, se efectúa no arbitrariamente, según el capricho o sentimiento del intérprete, sino obedeciendo a ciertos principios o líneas directivas. Cuando éstos se hallan determinados por el legislador, tenemos un sistema de interpretación reglado; de lo contrario, uno no reglado. El Código Civil Chileno ha adoptado el primer sistema; los de Francia y Alemania, el segundo.

Ambos tienen sus ventajas e inconvenientes. El sistema reglado evita la arbitrariedad; pero amarra al juez en cuanto a los medios para indagar el sentido y alcance de la ley. El sistema no reglado proporciona al juez un campo más amplio para ejercitar su inquisición; y le permite amoldar la ley con mayor facilidad al momento en que se vive; pero puede prestarse a la arbitrariedad. Se contesta a esta objeción diciendo que es difícil que tal abuso se produzca, porque existen recursos para reclamar de los agravios.

Los autores observan que siendo las normas de hermenéutica "meros principios filosóficos, simples reglas de lógica o método para descubrir la verdad, son ellas más propias de un libro de doctrina que de un cuerpo de legislación positiva". Y es por esto, sin duda, que no las incorporaron a su texto los Códigos de Francia y Alemania.

225-a. Diversidad de criterios interpretativos en las diferentes ramas del Derecho

[1] RUGGIERO, obra citada, tomo I, p. 133.
[2] Ibídem.

El sistema reglado de interpretación está contenido, entre nosotros, en el título preliminar del Código Civil y ordinariamente se han considerado como normas universales no exclusivas del Derecho privado ni específicamente del Civil. "Pero –se ha observado–[1] ni las normas legales ni las doctrinales de interpretación tienen igual aplicación en todas las ramas del derecho ni son siempre idénticas en cada una de éstas. La interpretación en cuanto se sirve de medios y elementos diversos para averiguar el contenido de la norma debe inspirarse en criterios distintos, según la naturaleza particular de la rama del Derecho a que la norma pertenece. En verdad, no pueden ser iguales los criterios interpretativos en el Derecho privado que en el público por la diversidad de fines y funciones que ambos tienen, y que si corrientemente las reglas generales son aplicables, a veces no lo son o no lo son a todas sus ramas. Así, por ejemplo, la interpretación analógica que se admite por regla general, no es aplicable al Derecho penal y a todas aquellas leyes que restringen el libre ejercicio de los derechos. La interpretación evolutiva o progresiva a la que se debe gran parte del desarrollo del Derecho civil y mercantil es inadmisible en el Derecho procesal, donde las formas que en él imperan no consienten interpretaciones evolutivas. En el mismo campo del Derecho público la interpretación puede y debe ser diversa, según las varias disciplinas del mismo; más rigurosa en el penal y en el procesal, y menos rígidas en las leyes en que predomina el elemento político y es por tal razón más variable en las relaciones y en los conceptos".

Cabe preguntarse si las normas de interpretación que señala nuestro Código Civil son o no de aplicación a toda clase de leyes. En sus notas al Proyecto Inédito de Código Civil, don Andrés Bello escribió el siguiente comentario: "Este Título debe considerarse como una introducción, no sólo al presente Código Civil, sino a la legislación toda; cualquiera que sea, por ejemplo, la ley que se trata de interpretar, ya pertenezca al presente Código, ya a los Códigos que sucesivamente se publiquen, es necesario observar en su interpretación las reglas contenidas en el párrafo 4º de este Título Preliminar".[2] En una nota al artículo 20 afirma expresamente la aplicabilidad de las normas interpretativas del Código Civil a la inteligencia de las leyes penales; dice: "En las leyes penales, se adopta siempre la interpretación restrictiva: si falta la razón de la ley, no se aplica la pena, aunque el caso esté comprendido en la letra de la disposición".[3]

Por último, nadie puede creer que las reglas de interpretación señaladas por el Código agotan los medios para descubrir el verdadero y exacto sentido de la ley. En muchos casos será necesario emplear criterios no encerrados en el catálogo legal. Este, por lo demás, enuncia criterios tan generales que son valederos para toda la legislación y pueden por lo mismo ser complementados por otros más especiales sin temor a que modifiquen a aquéllos.

226. Diversas clases de interpretación: doctrinal y de autoridad

Según de quién emane, la interpretación es doctrinal o privada y de autoridad o pública. La primera es producto de los particulares; la segunda, de la autoridad pública. Esta obliga; aquélla no.

La interpretación de autoridad se divide en judicial y legal o auténtica. El artículo 3º del Código Civil reconoce estas dos clases de interpretación. "Sólo toca al legislador, dice, 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".

B. ELEMENTOS DE LA INTERPRETACION

227. Diversos elementos

Savigny distingue cuatro elementos de la interpretación: gramatical, lógico, histórico y sistemático. Estas designaciones no indican cuatro clases de interpretación, entre las cuales cada uno pueda escoger según su gusto; son cuatro operaciones diversas que deben actuar juntas si la interpretación pretende

[1] RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, traducción del italiano, t. 1, Madrid, 1929, p. 136
[2] BELLO, *Obras completas*, tomo XII, "Código Civil de la República de Chile", Caracas. Ministerio de Educación, 1954, p. 25.
[3] Ibídem, p. 43.

acertar.[1]

El elemento gramatical tiene por objeto la palabra, la cual sirve de medio de comunicación entre el pensamiento del legislador y el nuestro. La interpretación de las palabras de la ley debe tener lugar según las reglas del lenguaje; de ahí que se le denomine interpretación gramatical.[2]

El elemento lógico busca la intención o espíritu de la ley o las relaciones lógicas que unen sus diversas partes. Se dirige a investigar la ratio legis, es decir, el propósito perseguido por la ley, la razón que la justifica, y la occasio legis, o sea, las circunstancias particulares del momento histórico que determinaron su dictación. La ratio es más importante, y hasta tal punto, que se ha llegado a decir que si cesa la razón de la ley, cesa la ley misma. Obsérvase, también, que la ratio legis puede adquirir con el tiempo función diversa; y se la concibe como una "fuerza viviente y móvil". En tal punto de vista se basa la denominada interpretación evolutiva.[3]

El elemento histórico tiene por objeto la indagación del estado del derecho existente sobre la materia a la época de la confección de la ley y el estudio de los antecedentes que tomó en cuenta el legislador antes de dictar la ley que se trata de interpretar. Si consideramos que todas las instituciones del presente llevan gérmenes de las del pasado, podemos comprender el valor del elemento que nos ocupa. La búsqueda de los antepasados de la ley, si así pudiéramos decir, nos permitiría precisar las analogías y las diferencias de la norma de ayer con respecto a la de hoy, descubriéndose así el sentido de esta última.

El conocimiento de los antecedentes o de la historia fidedigna del establecimiento de la ley, que es el que resulta del estudio de los proyectos, actas de las comisiones legislativas, debates en las Cámaras, preámbulos y exposición de motivos con que se acompañan los proyectos, tiene, por lo general, apreciable valor porque trasunta el pensamiento legislativo.

El elemento sistemático se basa en la interna conexión que enlaza a todas las instituciones jurídicas y normas en una gran unidad; esta conexión, como la histórica, ha estado viva en la mente del legislador, y sólo podemos conocer en forma perfecta su pensamiento si llegamos a ver con claridad la relación entre la ley y el conjunto del sistema legal, así como cuál es el influjo que, en dicho sistema, quiere ejercer.[4]

"Los cuatro elementos de la interpretación indicados, pueden reducirse a dos: el gramatical y el lógico. El segundo empieza donde el primero acaba; pues cualquiera interpretación que emplea medios distintos de la mera explicación de las palabras, es interpretación lógica".[5]

228. La legislación comparada como moderno elemento de interpretación

"Los civilistas modernos han puesto de relieve la importancia de la legislación comparada: sobre todo de las legislaciones parecidas que nos muestran las conclusiones a que otras han llegado mediante preceptos idénticos o análogos, y señalan así ejemplos a seguir; y que, por otra parte, nos revela las directrices fundamentales del derecho de nuestro tiempo, a las que ningún país, en definitiva, puede substraerse".[1]

C. ESPECIES Y METODOS DE INTERPRETACION

229. Especies

Por el resultado a que llegue la interpretación cabe distinguir: interpretación declarativa, restrictiva y extensiva.

En efecto, si el proceso interpretativo consiste en la investigación de la voluntad legislativa expresada en una fórmula, que puede ser inadecuada, el resultado de la indagación será necesariamente

[1] *Sistema del Derecho Romano actual*, traducido al francés por Guenoux y vertido al castellano por Mesías y Poley en 1878.
[2] D. de BUEN, *Introducción al Estudio del Derecho Civil*, Madrid, 1932, páginas 430 y 431.
[3] Ibídem, p. 432.
[4] Ibídem, p. 430.
[5] CROME, citado por D. de BUEN en su obra, p. 431.
[1] D. de BUEN, obra citada, p. 432.

uno de estos tres: o reconocer que la fórmula o términos literales coinciden exactamente con el pensamiento legislativo, es decir, que lo expresan con fidelidad y acierto (interpretación declarativa) o en comprobar que expresan menos de lo que fue querido (interpretación extensiva), o que expresan más (interpretación restrictiva).[1]

Según la primera especie de interpretación, la ley se aplicará a todos los casos que expresan sus términos, ni a más ni a menos; de acuerdo con la interpretación extensiva, la ley se aplicará a un mayor número de casos que los que parecen comprender los términos literales de la ley; a virtud de la interpretación restrictiva no se extenderá la aplicación de la ley a un caso que, según las literales palabras de la ley, parecía estar comprendido en la misma.

Debemos hacer un alcance en lo que se refiere al nombre de la interpretación declarativa. "Cierto es que toda interpretación puede considerarse declarativa, porque el fin del proceso interpretativo es precisamente declarar el contenido efectivo de la norma; pero si se mira el resultado final a que se llega en los dos últimos casos de dar a la fórmula del precepto un contenido más amplio o más restringido del que la letra revela, bien se puede, para distinguirla, designar como declarativa aquella en la que tal fenómeno no se verifica. Y esta es la interpretación que normalmente tiene lugar, pues casi siempre quien legisla cuida mucho de la elección de las palabras y de las expresiones técnicas para que ellas resulten adecuadas al concepto y éste resulte completo al indicar todos los casos considerados por el legislador".[2]

Ejemplos:

a) Interpretación declarativa, o sea, aquella que se limita a comprobar que la letra de la ley corresponde al pensamiento del legislador. Una disposición establece que "la existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre" (C. Civil, art. 74, inc. 1º). La inteligencia de la norma quedará fijada simplemente con explicar los conceptos que denotan las palabras "separarse completamente de su madre".

b) Interpretación extensiva, es decir, aquella que establece que el pensamiento del legislador es más amplio que lo que dicen las palabras en que lo ha expresado. Un artículo del Código Civil, ubicado en el título del mutuo o préstamo de consumo, permite estipular intereses en dinero o cosas fungibles (artículo 2205). Se ha entendido que por esta disposición se permite pactar intereses no sólo en el contrato de mutuo, sino en todo contrato que implique crédito de dinero a favor de otro, como la compraventa en que el comprador anticipa el precio o, al revés, en lo que queda debiendo. Y esto porque en todos los casos la razón es la misma: el derecho a obtener frutos civiles del propio dinero que, en una u otra forma, se facilita por un tiempo a otra persona.

c) Interpretación restrictiva, esto es, aquella en que se concluye que el pensamiento del legislador es más estrecho que el que significan sus palabras. Un célebre jurista del siglo XVIII, el alemán Juan Teófilo Heinecke, llamado en latín Heinecio, ponía este ejemplo: "En Bolonia había una ley que condenaba a muerte a todo el que derramase sangre en la plaza pública. Habiendo dado a cierto individuo una hemiplejía en la plaza pública, le sangró allí mismo un barbero: ¿había éste incurrido en la pena? No, por cierto, aun cuando estaba comprendido en las palabras generales de la ley. La razón de ésta era la seguridad pública, la cual no se turbaba por la picadura de la vena".[3]

230. Métodos

Existen diversos. Generalmente se agrupan en dos categorías: por un lado, el método lógico tradicional; y por otro, los llamados métodos nuevos o modernos de interpretación.

231. Método lógico tradicional

Sus líneas principales. Este método pretende sobre todo acertar la voluntad de la ley al momento de ser redactada y promulgada. Concentra la búsqueda de la intención del legislador en los textos legales,

[1] RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, trad. del italiano, Madrid, 1929, tomo I, pp. 147 y 148.

[2] Ibídem, p. 148.

[3] HEINECIO, *Recitaciones de Derecho Civil* Romano, traducción del latín al castellano por Luis de Collantes, 8ª edic., t. I, Valencia, 1888, p. 75.

en sus palabras, antecedentes y motivos, y también en la ilación lógica o racional de sus diversas disposiciones y del principio o los principios que las inspiran. Su grito de combate es: "¡Los textos ante todo!".

Para encontrar el pensamiento del legislador se vale de diversos medios, principalmente de los que a continuación se indican.

a) La exégesis o explicación gramatical y semántica[1] de las palabras empleadas en la ley. Se supone que el legislador domina el lenguaje que exterioriza su voluntad.

b) Los trabajos preparatorios (anteproyectos, exposición de motivos, debates parlamentarios). Se estima que en esos antecedentes puede encontrarse siempre el pensamiento legislativo, sea en forma explícita o implícita.

c) La conjetura, o sea, el juicio probable sobre la verdadera intención del legislador que se desprende del espíritu general de la ley y de la apreciación lógica de las consecuencias a que llevaría cada una de las interpretaciones en pugna. Se parte de la base de que toda ley está animada por un fin supremo que late en todas sus disposiciones, y que viene a ser el espíritu general de ella, de manera que el sentido de una norma debe corresponder a ese espíritu. Por otra parte, se considera que el legislador da soluciones racionales y, por tanto, si una interpretación arrastra a consecuencias absurdas, debe rechazarse.

d) Otros procedimientos lógicos basados en el raciocinio: argumentos a fortiori, por analogía, a contrario; todos ellos se explicarán más adelante.

Crítica. El método clásico, llamado también exegético por el apego y respeto religioso a los textos que tenían sus principales seguidores en el siglo XIX, tiene como gran mérito el presentar todo un sistema para la interpretación legal y es el que mejor permite conocer los textos. Pero, en su contra, se dice que conduce a la petrificación del Derecho, porque, mientras la vida se renueva constantemente, deja a las normas jurídicas estáticas en la época de su nacimiento y, por ende, sin aptitud para moldear en forma adecuada las realidades nuevas. Agrégase que cuando la intención del legislador es incierta, también lo es la utilización de los medios destinados a descubrirla; que, a menudo, esos medios contienen datos confusos y suelen llevar a resultados contradictorios. Todavía, se le tacha de abusar de las abstracciones lógicas que, muchas veces, hacen sentar juicios que no satisfacen las necesidades reales, y es a éstas a las que el Derecho está destinado a servir y no a los principios rigurosos de la lógica.

Representantes. El método lógico tradicional alcanza su cumbre en el siglo XIX. Casi todos los juristas de esa época lo siguen y forman la llamada "Escuela de la exégesis"; tal vez el que con más rigor lo ha aplicado es el gran maestro belga Francisco Laurent (1818-1887). Hoy día todavía tiende a preponderar, aunque con ciertas concesiones a los métodos modernos.

En la legislación positiva, también tiene consagraciones. Nuestro Código Civil adopta el método clásico; lo mismo hace el nuevo Código Civil Italiano de 1942 (art. 12 de las "Disposiciones sobre la ley en general").

232. Métodos modernos

Son muchos y difieren bastante entre sí; pero a todos los une un aspecto negativo, el mayor o menor repudio al método clásico. A continuación, se enunciarán algunos de esos sistemas.

233. a) El método histórico evolutivo

Su esencia. Según este método, la ley no debe concebirse como la voluntad de su autor; una vez dictada, se independiza de éste, adquiere existencia autónoma y pasa a vivir su propia vida, cuyo destino es satisfacer un presente siempre renovado. El intérprete está llamado a hacer cumplir ese destino: respetando la letra de la ley, puede atribuirle un significado diverso del originario, que responda a las

[1] Lo *gramatical* mira a lo que es formal o funcional en la lengua; lo *semántico* alude a la significación de las voces. Así, el género, desde el punto de vista gramatical, constituye un expediente para la concordancia; en cambio, desde el punto de vista de la semántica, se define como la expresión del sexo de los seres (FERNANDO LÁZARO CARRETER, *Diccionario de términos filológicos*, Madrid, 1953, término "Gramatical", p. 171).

nuevas necesidades de la vida social. Ha de darse a la ley, no el sentido que tuvo al tiempo de dictarse, sino el que pueda tener al momento de ser aplicada. No hay que indagar lo que habría pensado el legislador en su época, sino que es necesario esforzarse para hacer decir al texto legal lo que conviene a las exigencias actuales. Al lenguaje del tiempo de las carretas y los coches de posta, hay que darle las significaciones de la hora interplanetaria. La consigna es: "Por el Código Civil, pero más allá del Código Civil".

Crítica. El método histórico evolutivo, que construye las soluciones deformando el sentido primitivo de la ley, ha sido combatido, entre otras razones, porque convierte al texto legal en pretexto del intérprete para sustituir la voluntad del legislador por otra, dando margen a que la objetividad se esfume y abra paso a los puntos de vista personales o subjetivos de ese intérprete. Agréguese que como el método no señala una pauta para ajustar el sentido de la ley a los tiempos nuevos, la operación puede degenerar en la arbitrariedad. Por fin, como ese sentido queda sujeto a los cambios de las épocas y a las influencias del ambiente, la certidumbre de la ley desaparece y, consecuentemente, la seguridad de los particulares para realizar sus negocios jurídicos.

Representantes. En Francia, los principales representantes del método histórico evolutivo son Raimundo Saleilles[1] y Eduardo Lambert;[2] en Italia, Francisco Degni[3] y Francisco Ferrara;[4] en Alemania, Kohler.[5]

234. b) El método de la libre investigación científica

Su esencia. Este método, más franco y respetuoso de la ley que el anterior, hace entrar en juego la interpretación sólo cuando hay dudas sobre el sentido de la norma. Tal sentido se determina de acuerdo con la intención del legislador que revelan las circunstancias dominantes a la época de la dictación de la ley y no a la de su aplicación. El intérprete debe reconstruir el pensamiento legislativo considerando el que habría tenido verosímilmente el legislador en su época si hubiera conocido la dificultad que se presenta ahora. Por cierto no se atiende a los tiempos del legislador en los casos en que entran en juego nociones variables por su propia naturaleza, como las buenas costumbres y el orden público. Pero en esta hipótesis no se tergiversa el sentido ni la intención de la ley, porque ella misma reconoce la variabilidad de esos elementos que, obviamente, quedan sujetos a la apreciación del intérprete de cada época. Hasta aquí hay cierta coincidencia sustancial con el método clásico. La discrepancia comienza frente a las oscuridades insalvables de la ley y a los vacíos o lagunas de ésta. En tales extremos, según el método de la libre investigación científica, inútil resulta buscar una intención legislativa que no ha existido y es artificioso torturar y deformar el texto legal. El intérprete debe, entonces, sortear la dificultad creando él mismo la solución adecuada al caso; tomará como criterio general de orientación la idea de justicia y se fundará en la naturaleza real de las cosas. El conocimiento de la naturaleza real de las cosas se lo dan los datos históricos (que lo instruirán sobre la dirección en que evolucionan las instituciones), racionales (principio de razón, postulados del Derecho Natural), ideales (aspiraciones y tendencias que señalan rumbos en el progreso del Derecho), utilitarios (condiciones económicas) y sentimentales. Estos elementos objetivos serán la base de la labor creadora del intérprete. La investigación de éste es libre y científica: libre, porque se encuentra sustraída a la autoridad positiva de las fuentes formales del derecho; científica, al mismo tiempo, porque se apoya en elementos objetivos que sólo la ciencia puede revelar (historia, sociología, psicología, moral, economía política y privada, estadística, derecho comparado, etc.).

Conforme a una de las tendencias de este método, la menos avanzada, la libertad del intérprete estaría condicionada por el espíritu o la filosofía del ordenamiento jurídico imperante; en consecuencia, la solución que él formule debe estar impregnada de ese espíritu o filosofía, y no en contraste.

Crítica. El método anterior ha merecido grandes elogios, porque entre la multitud de teorías

[1] SALEILLES, "Ecole historique et Droit naturel d'après quelques ouvrages recetes", en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, I, 1902, p. 80; *Introduction au Droit Civil Allemand*, pp. 98 a 193; *Les méthodes juridiques*, París, 1911, p. 15. Pueden verse también las ideas de Saleilles en el prólogo que hizo al libro de GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2ª edición, París, 1919; 3ª edición, 1954.

[2] LAMBERt, *La fonction du Droit civil comparé*, París, 1903.

[3] DEGNI, *L'interpretazioni della legge*, segunda edic., Nápoles; 1909.

[4] FERRARA, *Trattato di Diritto civile italiano*, t. I, Roma, 1921, p. 238

[5] KOHLER, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts* (Tratado de Derecho Civil), t. I, pp. 122 y siguientes.

oscuras, contradictorias o ilógicas, estructura un sistema claro, prudente y equilibrado. Sin embargo, se le reprocha el apegarse demasiado a la intención del legislador y, por lo mismo, inmovilizar en el tiempo las normas jurídicas, no obstante partir del principio de que la misión suprema de Derecho es atender a las necesidades de la vida social. Agrega la crítica que también este método da al intérprete en general y al juez en particular, gran campo (cuando la ley tiene lagunas o es insalvablemente oscura) para imponer sus opiniones y tendencias produciéndose la diversidad de soluciones que conspira contra la unidad de la legislación, indispensable para la seguridad de las transacciones jurídicas. Por último, se señala que el método de la libre investigación científica introduce una desarmonía perturbadora en el orden legal al aplicar los textos claros según el pensamiento con que fueron concebidos al dictarse y someter a creaciones nuevas los casos irreductibles a la ley por oscuridad o lagunas de ésta.

Representantes. El método anterior fue cincelado principalmente por el jurista francés Francisco Gény, en su obra ya clásica *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif*,[1] aparecida en 1899. Más tarde, Gény perfeccionó su teoría en el extenso libro Science et technique en Droit Privé positif (cuatro tomos, París, 1914-1924). Otros representantes del mismo método, aunque con ciertas salvedades de mayor o menor importancia, son Enrique Capitant[2] y Julio Bonnecase.[3]

235. c) Método positivo teleológico

Su esencia. Según el método positivo teleológico, las normas jurídicas tienen un fin práctico, y éste es el que debe indagar el intérprete, y no la voluntad o intención del legislador, que es subjetiva y puede no coincidir con aquel fin. Si el caso o la relación jurídica no están regulados por la ley, deben solucionarse con la norma que se encuentre más adecuada. Esta se deducirá de las necesidades, de la observancia objetiva y positiva de los hechos, de la ponderación de las exigencias reales y de las utilidades prácticas.

Crítica. El defecto de este método consiste en suponer que cada ley tiene un fin propio y único, y la verdad es que tanto la norma legal como la conducta por ella regulada, suponen una cadena de múltiples fines sucesivamente articulados,[1] "la ley es un tejido de fines y de medios" .[2] Por otra parte, los fines pueden entenderse de manera contradictoria, y su apreciación llevar a la arbitrariedad.

Representante. El más caracterizado de los representantes del método positivo teleológico es el jurisconsulto belga Pablo Vander-Eycken.[3]

236. d) Método de la jurisprudencia de los intereses

Su esencia. Según muchos, el método de la jurisprudencia de los intereses no es sino la versión más moderna del método teleológico. Parte de la base de que las leyes son la resultante de los intereses materiales, nacionales, religiosos y éticos que luchan dentro de una comunidad jurídica. Consecuentemente, el intérprete, para resolver una cuestión, debe investigar y ponderar los intereses en conflicto, y dar preferencia al que la ley valore más. Y para este efecto, su inspiración y guía deben ser los intereses que son causa de la ley, dejando de lado la letra de ésta y los pensamientos subjetivos del autor de la misma; a la solución del caso, el intérprete y el juez deben adecuar el texto legal mediante una interpretación restrictiva, extensiva y hasta correctiva, si el nuevo orden social o político así lo reclama.

Crítica. Se reconocen como bondades del método de la jurisprudencia de los intereses el haber acentuado la consideración directa de éstos y el tener flexibilidad para amoldarse a cada momento histórico. Pero se le reprocha haber olvidado que en un gran sector del Derecho los intereses de los individuos no se toman en cuenta, porque la idea de comunidad prima, o porque simplemente no hay

[1] La segunda edición de esta obra es de 1919, reimpresa el año 1954. Hay una edición en castellano, Madrid, Hijos de Reus, 1902.
[2] *Introduction a l'étude du Droit civil*, París, 1921, Nº 65, p. 104
[3] *Précis de Droit Civil,* t. I, París, 1934, Nº 132, p. 131.
[1] CASTÁN, *Teoría de la aplicación e investigación del derecho*, Madrid, 1947, p. 112.
[2]. DUHALDE, citado por el anterior.
[3] *Méthode positive d'interprétation juridique*, 1907.

lucha de intereses (matrimonio, filiación, corporaciones y fundaciones). También se imputa a la jurisprudencia de los intereses el desconocer ciertos valores objetivos que deben contemplarse, no en la misma línea, sino paralelamente con los intereses materiales o morales: la justicia, el bien común y la seguridad jurídica. Por fin, se aduce que la valoración de los intereses cuando no se encuentra neta e imperativamente determinada por la ley o la costumbre, será un punto que llevará a la apreciación subjetiva y a su consiguiente peligro de arbitrariedad judicial. Si el inconveniente pretende salvarse recurriendo a una caracterización y clasificación doctrinaria de los intereses, basadas en conceptos abstractos, se caerá en un renuncio: ya no se tratará de una jurisprudencia fundada en la apreciación de los intereses en conflicto, sino de una conceptual, a la que se opone y combate la primera.

Representantes. Los representantes más conspicuos de este método son los alemanes Heck y Rümelin, profesores de la Universidad de Tübingen.

237. e) Método de la Escuela del Derecho libre

Sus líneas fundamentales. La Escuela del Derecho libre o de la jurisprudencia libre no es un simple método de interpretación de las normas jurídicas; sus planteamientos son mucho más vastos: abarcan en general la elaboración y la creación del Derecho. Sustenta ideas difíciles de ser comentadas, sea por el carácter difuso que presentan algunas, sea por la carencia de unanimidad de pareceres que sobre otras tienen sus partidarios. Con todo, se reseñarán a continuación los pensamientos centrales y más compartidos.

1. Las primeras fuentes del Derecho no son las del Estado u oficiales (llamadas fuentes formales, porque están expresadas o referidas en una fórmula: ley, costumbre), sino las reales, constituidas por los hechos y fenómenos que se generan en la realidad social, en la sociedad toda o en los grupos en que ésta se divide. Las fuentes formales, elemento estático del Derecho, se limitan a comprobar las fuentes reales, elemento dinámico. El Derecho que emana de estas últimas es un Derecho libre, surge espontáneamente de la conciencia social y espontáneamente también es aplicado. La autoridad de las fuentes formales está subordinada a su conformidad con las fuentes primarias o reales; de ahí que una ley o un decreto con toda su fuerza obligatoria pierde valor jurídico si permanece sin aplicación; por eso también una costumbre pierde su valor si cae en desuso.

2. Por lo general, el Derecho libre está en la conciencia colectiva del grupo social en que se genera y el juez se limita a descubrirlo mediante la investigación de las circunstancias reales que le dan nacimiento. Pero en algunos casos el Derecho libre puede ser precisado únicamente por el sentimiento individual; en tal extremo surge propiamente una creación de ese Derecho por el juez.

3. Todos los partidarios de esta Escuela están de acuerdo en que el intérprete y el juez deben prescindir de la ley cuando su texto no es claro y cuando adquieren el convencimiento de que el legislador no habría resuelto el conflicto presente en el sentido que le dio a la ley. Para establecer su solución el juez debe gozar de toda la "libertad" posible. En lo que discrepan los partidarios de la Escuela del Derecho libre es en la actitud del juez frente a los textos legales claros: algunos afirman que está autorizado para desentenderse de ellos cuando las fuentes reales –subsuelo de las formales– llevan a una solución distinta de la ley; otros, sin embargo, estiman que el juez debe respetar la letra del texto legal, acomodando a ella el sentido que fluye de la equidad, la realidad social, el sentimiento jurídico general o personal (ingredientes todos estos de las fuentes reales).

4. Naturalmente, la Escuela del Derecho libre combate la tesis de la plenitud hermética del orden jurídico. De acuerdo con ella, el ordenamiento legal, en virtud de su fuerza orgánica, se basta y se completa a sí mismo; tiene capacidad para solucionar todos los casos que se presentan en la vida práctica sin necesidad de recurrir a elementos externos o extraños. Por ejemplo, si surge un caso no previsto por la legislación, mediante la analogía se le aplica la ley correspondiente a uno previsto y análogo, sin que sea admisible buscar la solución en un factor ajeno a las normas del ordenamiento jurídico, como sería el concepto personal que de lo justo tuviera el juez. La Escuela del Derecho libre lanza sus dardos contra esta tesis; desprecia la analogía, la interpretación extensiva, las ficciones, los razonamientos basados en el pretendido espíritu de la ley, etc., y afirma que el juez, persiguiendo como fin último la realización de la justicia, debe, ante las fallas de la ley, crear libremente la solución del caso concreto sometido a su conocimiento.

Crítica. La Escuela del Derecho libre ostenta como mérito su reacción contra el fetichismo de la ley y las exageraciones del método lógico tradicional; también se aplaude su lucha por una jurisprudencia no dogmática sino empapada en la vida misma. Pero se le atribuyen diversos defectos, como el de dar más importancia a la elasticidad viva del llamado Derecho libre que a la certidumbre y seguridad que proporcionan las reglas formales; el de llevar a una anarquía jurídica por medio de las soluciones subjetivas de los jueces; el de olvidar los principios morales, políticos y sociales que regulan en general la vida jurídica de la colectividad, etc.

Representantes. Se suele mencionar como el primer partidario de la Escuela del Derecho libre al austríaco Eugenio Ehrlich.[1] Pero fue Hermann Kantorovicz, profesor de Derecho Penal y Filosofía del Derecho en Friburgo de Brisgovia, el que caracterizó y concretó el movimiento en el libro La lucha por la ciencia del Derecho[2] que, bajo el seudónimo de Ganeus Flavius, lanzó en 1906.

Influencia de la Escuela del Derecho libre en el Código Civil Suizo. El Código Civil Suizo acoge en cierta forma condicionada el principio de la Escuela del Derecho libre de que el juez debe desempeñar un papel creador del Derecho. En efecto, después de establecer que "la ley rige todas las materias a que se refieren la letra o el espíritu de sus disposiciones", agrega que "a falta de disposición legal aplicable, fallará el juez con arreglo al Derecho Consuetudinario, y a falta de éste, según las reglas que él establecería si fuese legislador. Debe inspirarse en las soluciones consagradas por la doctrina y por la jurisprudencia" (art. 1º).

238. Conclusión general

Doctrinariamente, cada uno puede inclinarse por el método interpretativo que estime más adecuado. En todo caso, sin embargo, nadie puede dejar de conocer a fondo los procedimientos del método lógico tradicional, pues son los que permiten comprender los textos legales, captar sus matices y espíritu.

Desde el punto de vista de la legislación positiva chilena, y dentro del ámbito en que se reconozca imperio a las reglas de interpretación de la ley que señala el Código Civil, el método lógico tradicional debe se acatado por el intérprete, porque en él se fundan esas reglas positivas que, según la mayoría de los comentaristas, constituyen mandatos obligatorios y no meros consejos dados por el legislador al juez. Los demás métodos pueden utilizarse como coadyuvantes.

D. Interpretación doctrinal

239. Concepto

La interpretación privada o doctrinal se manifiesta en los tratados, en las revistas jurídicas y en la cátedra.

El producto elaborado en esta forma escrita u oral se llama doctrina, palabra que también denota al conjunto de personas que participan en la labor de interpretación privada; un mismo vocablo, pues, sirve para designar la obra y el autor.

240. Caracteres

Esta interpretación, dice Planiol, es la más libre de todas, porque es puramente teórica, y la más fecunda, porque se desenvuelve a voluntad y sin cortapisas.

No se detiene en el examen de una cuestión aislada; da a sus ideas y a sus conclusiones la amplitud, la lógica y la fuerza de una síntesis.[1]

[1] *Löken in Recht*, año 1888, y *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, año 1903.
[2] En alemán: *Der Kampf um die Rechtswissenschaft.*
[1] PLANIOL, obra citada, tomo I, p. 87.

241. Fuerza e importancia

La interpretación privada carece de fuerza obligatoria; sólo posee valor moral, cuya trascendencia depende del prestigio del intérprete.

La doctrina presta en todos los países grandes servicios al desarrollo y evolución del Derecho; orienta e inspira a jueces y legisladores.

242. La doctrina chilena

La literatura jurídica chilena hasta los primeros treinta años de este siglo era casi nula. Obras de mérito y envergadura no existían, salvo una que otra sobre instituciones aisladas.

La doctrina estaba representada principalmente, y podría decirse exclusivamente, por los profesores universitarios, algunos de los cuales alcanzaron justa fama en sus cátedras de Derecho Civil. Tales fueron, entre otros, don José Clemente Fabres, don Enrique Cood, don Carlos Aguirre Vargas, don Paulino Alfonso, don José Ramón Gutiérrez, don Tomás A. Ramírez Frías, don Leopoldo Urrutia, don Luis Claro Solar, don Alfredo Barros Errázuriz, y, en años más recientes, don Arturo Alessandri Rodríguez, don Guillermo Correa Fuenzalida, don Manuel Somarriva.

La mayoría de los comentadores de nuestro Código Civil hacía interpretaciones estrechas y de poco vuelo; rendía un excesivo culto a la letra de los artículos cuyas palabras "disecaba" una a una. Pero poco a poco el criterio evolucionó hacia una interpretación moderna y de perspectivas más amplias.

La bibliografía jurídica se ha incrementado con muchas obras, algunas de ellas, notables. Diversas revistas de Derecho contribuyen a la propagación de la doctrina.

E. INTERPRETACION DE AUTORIDAD

1. Interpretación judicial

243. Concepto y fuerza obligatoria

Interpretación judicial es la que emana de las sentencias de los tribunales.

Su fuerza obligatoria es muy limitada. Salvo contadas excepciones, a que ya hemos aludido, sólo alcanza a los litigantes. Ni siquiera ata al juez que falla el conflicto; puede aquél en casos análogos resolver en forma diversa. Y así, veremos, por ejemplo, que nuestra Corte Suprema, antes de sentar la doctrina definitiva del artículo 688, interpretó esta disposición de varias maneras diferentes.

Pero si bien es verdad que la decisión de ningún tribunal tiene fuerza obligatoria general, ocurre que cuando la Corte Suprema, en varios casos análogos, aplica la ley en un mismo sentido, todos los otros tribunales tienden a interpretar la disposición respectiva en el mismo sentido. Legalmente, no tienen ninguna obligación de hacerlo, porque en Chile, como en Francia, a diferencia de lo que pasa con el Case Law o derecho jurisprudencial inglés, los otros tribunales y aun los mismos de que emanan las decisiones constitutivas de la jurisprudencia así fijada, conservan amplia libertad para estatuir en un sentido diferente en los litigios ulteriores parecidos que en el futuro tengan que juzgar. Empero de hecho, se producen pocas veces tales desvíos y los fallos precedentes si bien no ligan a los jueces, los inspiran de un modo fatal.[1] Agreguemos que naturalmente las decisiones de la Corte Suprema ejercen gran influencia ante los demás tribunales, cuyas sentencias están expuestas a ser anuladas si las contradicen. Sin embargo, no son pocos los casos en que las tesis de las Cortes de Apelaciones llegan a imponerse en fallos futuros de la propia Corte Suprema.

244. Reglas que da el Código Civil sobre la interpretación

El Código Civil, en su párrafo 4 del Título Preliminar, artículos 19 a 24, contiene varias reglas que

[1] COLIN y CAPITANT, obra citada, tomo I, p. 56.

versan sobre los diversos elementos del proceso interpretativo. Su objeto es dar a los jueces una norma que les sirva de guía en el descubrimiento de la verdad legal.

245. Elemento gramatical de la interpretación

Dice el artículo 19: "Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu".

Esta regla viene del Derecho Romano y fue traducida del latín al castellano; los comentaristas la formulaban así: "Cuando la ley está concebida con palabras tan claras, que en ellas aparece bien expresa y terminante la voluntad del legislador, no debemos eludir su tenor literal a pretexto de penetrar en su espíritu".

Al decir el código que cuando el sentido de la ley es claro, quiere significar que cuando el entendimiento o la inteligencia de ella no ofrece dudas, debe estarse a su tenor literal.

Pero ha de observarse que para estimar claro el sentido de una ley, no basta que la parte consultada, un artículo de ella, esté redactada en términos que no provoquen dudas; también es menester que no haya otro precepto que la contradiga, porque si lo hay, el sentido de la ley no es claro, ya que éste resulta del conjunto de sus disposiciones y no de una aislada.

El sentido de la ley es claro, pues, cuando el alcance de la disposición se entiende por su sola lectura, sea porque considerada aisladamente de las demás no origina dudas, sea porque relacionada con ellas no denota discordancia.

Con todo, la claridad es un concepto relativo. Una ley que no provocaba dudas al tiempo de promulgarse, puede hacerlas nacer después por diversas circunstancias que enturbian su primitivo sentido. Por otra parte, aún hay leyes que son y permanecen claras en su texto abstracto, pero que, enfrentadas con hechos de la realidad, se tornan oscuras. Es ilustrativo un ejemplo que se viene poniendo desde los tiempos de Ihering. Supóngase que tres amigos, A., B. y C., se pasean a orillas de un río. De repente, A. ve en la orilla opuesta asomar un objeto desde el subsuelo; se lo comunica a sus amigos; B., entonces, llama al perro de C. y lo envía a buscar el objeto; el animal desentierra éste, lo trae entre los dientes y se lo presenta a su amo, C. La cosa resulta ser una bolsa pequeña con monedas valiosas; se trata de un tesoro. Supongamos que conforme a la ley el tesoro corresponde al que primero lo descubre; el texto es claro: todos saben lo que significa "primero" y "descubrir". Pero, en la hipótesis, ¿quién es el descubridor? "El que primero vio asomar el objeto? ¿El que lo hizo desenterrar? ¿O el que, después de tomar la cosa presentada por el perro, se percató de que realmente se estaba en presencia de un tesoro, y no de un objeto perdido?

246. Sentido en que deben tomarse las palabras de la ley

La regla general es que "las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras" (artículo 20, primera parte).

Sentido natural y obvio, ha dicho la jurisprudencia, es el que a las palabras da el Diccionario de la Academia Española.[1] Claro que si el legislador se refiere a un medio o círculo determinado y emplea palabras o frases propias de dicho medio o círculo, el sentido natural de ellas será el que le dan las personas que se mueven en dicha órbita. Por lo demás, el Diccionario en referencia generalmente señala las acepciones que tienen las palabras en la comunidad lingüística toda y en determinados círculos.

Puede suceder que el mismo legislador defina una palabra y le dé un sentido diverso del que tiene en el lenguaje corriente. En tal caso la palabra debe tomarse en su significación legal. Así lo dice el artículo 20, en su segunda parte: "…pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal".

Así, por ejemplo, vulgarmente se entiende por hijo natural al nacido fuera del matrimonio; en cambio, para el Código Civil, el natural es una especie de hijo ilegítimo, el reconocido por su padre o madre o cuya filiación respecto de aquél o de ésta ha sido establecida en conformidad a las reglas

[1] *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXVI, segunda parte, sección primera, p. 101. Véase en el *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas* (t. I, 2ª edición, p. 77, segunda columna) la multitud de sentencias que dicen lo mismo.

especiales que ese mismo Código señala (artículos 36 y 270).

A menudo, también, la ley emplea palabras técnicas de una ciencia o arte. Estas deben tomarse, según el artículo 21, "en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte". Y es natural: el significado auténtico de los vocablos de una ciencia o arte, sólo lo pueden dar las personas que se consagran a esas disciplinas; por eso es lógico presumir que esa misma inteligencia les ha dado el legislador.

En razón de lo dicho cuando encontremos en un artículo la palabra "concepción", deberemos darle el sentido que le dan los biólogos; cuando en otra disposición leamos las expresiones "sector privado" y "sector público" deberemos darles, a falta de una definición legal, la inteligencia que les dan los economistas, según los cuales sector privado es aquella parte del sistema económico independiente del control gubernamental, y sector público es aquella parte de las actividades económicas de una nación que están dentro de la esfera gubernamental, incluyendo los seguros sociales, las autoridades locales, las industrias nacionalizadas y otras entidades públicas.

Pero una palabra técnica puede ser empleada impropiamente en una ley, por falta de conocimientos especiales de su autor u otras razones. ¿Sería racional tomar esa palabra en distinto sentido que el dado por el legislador?[2] Evidentemente que no. De ahí que el artículo 21 diga que "las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso".

Es frecuente el caso en que la ley da otro significado que el técnico a las palabras de una ciencia o arte. Así, el Código Civil, en varios preceptos habla de demente para referirse al enfermo mental[3] que, por la gravedad de su trastorno psíquico, debe estimarse incapaz e inimputable; la psiquiatría, en cambio, da un significado más específico al término demente, pues llama así al que sufre un proceso de pérdida de sus facultades psíquicas, especialmente de la inteligencia, por causas sobrevenidas durante el curso de su vida.[4]

Si cuando la ley habla del demente, atendiéramos al significado psiquiátrico de la palabra, no deberíamos aplicar su prescripción al idiota, al cretino, porque según la psiquiatría, no son dementes, pero ello sería absurdo, porque resulta manifiesto que la ley ha tomado el término demente en el sentido de enfermo mental con trastorno psíquico grave. En honor de don Andrés Bello, podemos decir que en su época la palabra demente tenía esa amplitud.

247. Elementos lógico e histórico

El elemento lógico y el histórico están contemplados en el inciso 2º del artículo 19 y en el inciso 1º del artículo 22.

Dice la primera disposición: "Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento".

Una expresión es oscura cuando no puede entenderse absolutamente (ininteligible) o cuando se presta a dos o más interpretaciones (ambigua). Es muy difícil, casi imposible, que la primera situación se presente, dado el gran número de personas que interviene en la formación y aprobación de las leyes; la segunda, por el contrario, se halla con frecuencia. La oscuridad de ambas clases puede provenir, ya de vicio en la redacción de la ley, ya de modismos de lenguaje, de que no está exento el legislador, que varían con las épocas, etc.[1]

Sería sacrificar el fondo por la forma, si por el solo hecho de existir expresiones ininteligibles o ambiguas, la ley no se aplicara o se aplicara mal; si a pesar de aquellos vicios, el espíritu de la ley se manifiesta claramente, sea en el propio artículo que contiene lo ambiguo o lo ininteligible, sea en cualquiera otro de la misma ley, debe ésta imponerse de acuerdo con ese espíritu.

---

[2] Nota puesta por don Andrés Bello al artículo 18 a) del Proyecto de 1853 (correspondiente al artículo 21 del Código).

[3] "*Enfermedad mental* es un proceso morboso del psiquismo, orgánico o funcional, más o menos permanente, caracterizado por el menoscabo, perversión o desorden de las facultades mentales" (definición del malogrado profesor de Medicina Legal de la Universidad de Chile, don Alfonso García Gerkens, reproducida por don LUIS COUSIÑO MAC-IVER, en su *Manual de Medicina Legal*, 2ª edición, Santiago, 1954, p. 298).

[4] LUIS COUSIÑO MAC-IVER, obra citada, p. 292.

[1] PAULINO ALFONSO, *Explicaciones de Código Civil*, Santiago, 1882, p. 108.

El pensamiento del legislador también puede quedar en evidencia por el estudio de la historia fidedigna del establecimiento de la ley.

Ya sabemos los elementos que forman esta historia. Por lo que respecta a nuestro Código Civil, los antecedentes son escasos. Se reducen a los diferentes proyectos publicados antes de su aprobación, a algunas notas y referencias que el señor Bello hacía al pie de algunos artículos y a ciertos párrafos publicados en los diarios. Una de las cosas que más se lamenta es que la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil no haya dejado actas de sus sesiones, omisión que "nos ha privado de un medio precioso para llegar a conocer en muchos casos el verdadero espíritu de los preceptos legales".

El inciso 1º del artículo 22 concuerda especialmente con el inciso 2º del artículo 19. Dice aquél: "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".

El contexto de la ley es el enlazamiento de sus diversas partes; natural es presumir que éstas no sean contradictorias, porque cada una y todas son elementos integrantes de una misma unidad y están informadas por una misma idea directriz.

Si en un artículo una disposición puede ser tomada en dos sentidos, y en otro precepto se parte de la base de uno de esos sentidos, la duda sobre el espíritu del legislador desaparece aplicando la regla de interpretación que nos ocupa.

248. Elemento sistemático

Lo encontramos en el inciso 2º del artículo 22 y en el artículo 24.

"Los pasajes oscuros de una ley –dice el primero– pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto".

El fundamento de esta regla se halla en la idea de que todas las leyes de un país obedecen en un momento histórico dado a una misma norma superior que las condiciona, y esa norma puede descubrirse analizando las diversas leyes, sobre todo las que regulan un mismo asunto.

Según el artículo 24, "en los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural".

El espíritu general de la legislación no puede ser conocido sino después de estudiarla toda, o al menos, aquellas partes que tengan relación con la materia de que se trate; a veces es muy difícil percibirlo, y entonces naturalmente serán débiles los argumentos que en él se funden.[1] Es espíritu general de la legislación, por ejemplo, dar amplias garantías a los intereses de los menores, facilitar la circulación de los capitales, evitar que los terceros sean perjudicados por actos que no hayan conocido ni debido conocer, ejecutados por otras personas, etc.

249. La equidad

La equidad (del latín aequitas-atis: proporción, igualdad) es el sentimiento seguro y espontáneo de lo justo y lo injusto que deriva de la sola naturaleza humana, con prescindencia del derecho positivo. Suele tomarse también como el cuerpo o conjunto de principios extraídos de ese sentimiento universal.

El profesor holandés Pablo Scholten, que en lugar de equidad prefiere hablar del "sentimiento de la justicia", explica que se trata de algo presente en todo ser humano y que se traduce en sentir lo que es o debería ser el derecho; constituye una categoría determinada de nuestra vida espiritual que, con suprema evidencia y abstracción hecha de toda institución positiva, nos permite distinguir entre lo justo y lo injusto, en la misma forma que distinguimos entre el bien y el mal, lo verdadero y lo falso, lo hermoso y lo feo.[1]

El anterior es el concepto de equidad considerada ésta como justicia natural. Pero en otra acepción se mira como la justicia del caso singular o concreto, pues busca para éste la justicia adecuada, incluso desentendiéndose de la norma general abstracta cuando su aplicación en la especie repugna a la justicia

[1] *Explicaciones de Código Civil*, tomo I, Santiago, 1882, p. 114.

[1] SCHOLTEN, *Traité de Droit Civil Néerlandais*, Partie Générale, traduit par B.E. Wielenga, París-Zwolle, 1954, Nº 27, p. 173.

natural. En este sentido se opone al derecho rígido y estricto. Por eso tradicionalmente se compara la equidad con la regla de Lesbos, delgada, flexible y acomodable a la forma de los objetos que medía, antítesis del legendario lecho de Procusto, bandido de la mitología griega que atraía a su casa a los viandantes para robarles y someterlos a suplicios atroces: tendíalos sobre un lecho de hierro y si sus piernas excedían los límites del mismo, cortaba de un hachazo la porción sobrante; si, por el contrario, las piernas resultaban más cortas, las estiraba hasta que dieran la longitud del lecho macabro.

Nuestro ordenamiento jurídico, al revés del Derecho Romano, el Derecho inglés y el Derecho suizo (éste en algunos casos), no permite usar la equidad para corregir la injusticia que en un caso dado puede resultar de la aplicación de la norma general abstracta. Encuentra preferible sacrificar la justicia frente al principio de la certeza del derecho. Estima mejor que los particulares sepan desde un principio las normas ciertas que los van a regir (que por lo demás en la inmensa mayoría de las situaciones son también justas) y no que deban atenerse a un incierto o probable acomodo de ellas a su caso por parte del juez.

Si bien el legislador chileno no permite usar la equidad para corregir las leyes, recurre a ella en cambio como último elemento para interpretarlas. Según el Código Civil, "en los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural" (art. 24). En consecuencia, si una ley puede tomarse en dos sentidos, y conforme a las reglas de interpretación precedentes no se puede determinar cuál de ellos es el genuino, el juez se inclinará por el que más conforme parezca a la equidad natural. Como la misión del juez es hacer justicia en las causas sometidas a su conocimiento, y no dar normas generales, parece indudable que dicha equidad la ajustará al caso concreto que juzga, y no aplicará una equidad general y abstracta. Pero no sólo el juez debe amoldar la equidad natural al caso concreto, sino que también deberá conducirla por los canales del régimen jurídico, político, económico y social bajo cuyo imperio vive. "El juez es un órgano de la sociedad, su decisión no es un juicio (o apreciación) moral individual, sino una sentencia dictada con autoridad y que liga a la sociedad".[2] Por tanto, la equidad, el sentimiento espontáneo de lo justo y lo injusto, deberá aplicarla el juez en armonía con el espíritu general de la legislación patria. Se comprende, entonces, la distinta aplicación de la equidad que pueda hacer el juez chileno del japonés, o de un país árabe.

La equidad no sólo es un elemento de la interpretación o hermenéutica legal; también suple a la ley como norma jurídica cuando la misma ley se remite a ella. En efecto, hay situaciones que por su complejidad o variedad casuística son irreductibles a una regla general abstracta, por lo que la ley se ve en la necesidad de remitir la solución a la equidad en cada caso concreto. Por ejemplo, según el Código Civil, los socios pueden encomendar la división de los beneficios y pérdidas a ajeno arbitrio, sin que se pueda reclamar contra éste sino cuando fuere manifiestamente inicuo (art. 2867), o sea, la equidad debe regular dicho reparto.

Por fin, la equidad rige los casos que constituyen lagunas de la ley, es decir, aquellas situaciones o hechos de la vida real no previstos por la ley en su letra ni en su espíritu. De acuerdo con el Código de Procedimiento Civil, en defecto de las leyes, las sentencias deben enunciar los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo (art. 170, Nº 5º).

250. Las leyes especiales prevalecen sobre las generales

Esta regla universal se explica: si el legislador dicta una ley sobre determinada materia, quiere decir que desea exceptuarla de la regulación de la ley general. Sería absurdo, entonces, hacer prevalecer ésta sobre aquélla. Por otra parte, una ley particular supone un estudio expreso en cuanto a la materia que viene a regir; de ahí también que resulta lógica la primacía que se le acuerda.

El Código Civil reconoce el principio que nos ocupa en sus artículos 4º y 13. El primero se refiere a disposiciones contenidas en leyes distintas y el segundo a las que están en una misma ley.

"Artículo 4º. Las disposiciones contenidas en los Códigos de Comercio, de Minería, del Ejército y Armada, y demás especiales, se aplicarán con preferencia a las de este Código".

"Artículo 13. Las disposiciones de una ley, relativas a cosas o negocios particulares, prevalecerán

[2] SCHOLTEN, obra citada, p. 179, al final.

sobre las disposiciones generales de la misma ley, cuando entre las unas y las otras hubiere oposición".

251. Lo favorable u odioso de una disposición no debe tomarse en cuenta para ampliar o restringir su interpretación

Dice el Código: "Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley, se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes" (art. 23).

Este artículo tiene un fundamento histórico: en tiempos antiguos lo odioso se restringía y lo favorable se ampliaba (Odia restringi te favores convenit ampliari). Como esta regla se prestada a muchos abusos, el Código estimó conveniente abolirla en forma expresa.

Algunos piensan que nuestro Código Penal ordena que lo favorable al reo se interprete en forma extensa y lo odioso en forma restrictiva. Pero no existe disposición alguna al respecto, y no puede deducirse ella de algunos preceptos que, considerando ciertas circunstancias de hecho, atenúan la responsabilidad del reo o mandan juzgarlo de acuerdo con una ley menos rigurosa, porque como el Código Civil contiene en su título preliminar (que domina toda la legislación) una disposición expresa sobre el particular, habría necesidad también de un precepto contrario expreso en el Código Penal, y no lo hay.

También creen ciertas personas que cuando una ley penal deba ser interpretada, el solo hecho de que uno de los sentidos sea favorable al reo es título suficiente para pronunciarse por él. Pero la verdad es que no existe ningún artículo que diga eso. En consecuencia, cuando en una ley no aparezca de manifiesto la voluntad del legislador, habrá que buscarla valiéndose de las reglas de hermenéutica dadas por el Código Civil, y aplicar la ley en el sentido que resulte de esa investigación.

Ahora, si ésta no permite inclinarse por ningún sentido después de haber recurrido a todas las reglas señaladas en los artículos 19 a 23 del Código Civil, quedaría la del artículo 24, que permite interpretar los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural. Y aquí sí que se podría aplicar el sentido más favorable al reo, porque el espíritu general de la legislación es favorecer al reo en caso de duda.

Pero, como vemos, esto resulta de las reglas generales del Código Civil, y después del fracaso de todas las normas anteriores de interpretación.

252. Tendencias de las legislaciones modernas

a) Las legislaciones de este siglo tienden a expresarse en fórmulas amplias, elásticas, susceptibles de ulterior desenvolvimiento y adaptación a las nuevas y cambiantes circunstancias del devenir social. De esta manera el juez resulta más libre para interpretar la ley y ajustarla al tiempo en que vive.

b) Los ordenamientos jurídicos modernos o no se preocupan de establecer reglas de interpretación, dejando este trabajo a la doctrina (Alemania, Suiza), o se limitan a imponer, en forma esquemática, dos o tres normas básicas (C. Civil Italiano, artículo 12).

253. Orientación de la jurisprudencia chilena

Hasta hasta poco nuestros tribunales eran muy tímidos en la interpretación jurídica; esclavos del tenor literal, poco acogedores a las nuevas concepciones del Derecho, e irresolutos para sincronizar las realidades del presente.

Sin perjuicio de que antes hubiera sentencias que interpretaran la ley con acertada desenvoltura, en general, sólo a partir de la década del 40, más o menos, los tribunales chilenos comenzaron a buscar, a través de las normas legales, la justicia de fondo y no la formal. Tienden a seguir el ejemplo de sus colegas de Francia, que desde hace tiempo realizan una admirable labor de remozamiento del Derecho. No buscan, los tribunales de ese país, con porfía y obstinación, el pensamiento que tuvo el legislador en el siglo XIX, cuando redactó la ley, sino juzgan de acuerdo con el pensamiento que tendría ese mismo

legislador si dictara hoy en día la disposición que se trata de aplicar. Pero hay que reconocer que los tribunales franceses ven facilitada su labor por no tener un texto legal que les imponga un determinado método de interpretación.

254. Publicaciones sobre jurisprudencia

En todos los países las decisiones de los tribunales, generalmente de los de superior jerarquía, cuando ofrecen algún interés, son recogidas y conservadas en revistas especiales; en recopilaciones periódicas, con diversos índices que facilitan la investigación; en los diccionarios o repertorios alfabéticos, o, finalmente, en forma de anotaciones escritas bajo el texto de los artículos de los llamados códigos anotados o repertorios, que siguen el orden de los artículos de los Códigos o leyes.

En Chile, las principales publicaciones sobre jurisprudencia son la Gaceta de los Tribunales y la Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales, más brevemente llamada en la práctica "Revista de Derecho y Jurisprudencia". Las abreviaturas que suelen usarse de la primera son Gaceta, G. T. o G., y de la segunda, Rev., R. D. J. o R.

La Gaceta comenzó a publicarse el 6 de noviembre de 1841 y no dejó de aparecer hasta el año 1950, inclusive. La Revista principió a editarse en 1903, año en que entró a regir (1º de marzo) nuestro Código de Procedimiento Civil. La primera sólo contiene fallos judiciales; la segunda, además, estudios doctrinarios, notas bibliográficas, crítica de las sentencias, etc.

Por decreto supremo de 7 de agosto de 1950, se ordenó fusionar, a partir del 1º de enero de 1951, para los efectos de la impresión y publicación, la "Gaceta", con la "Revista", pasando a llamarse ésta oficialmente "Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Gaceta de los Tribunales". Sin embargo, continúa prevaleciendo el uso de llamarla "Revista de Derecho y Jurisprudencia".

También es digna de mencionarse la Revista de Derecho de la Universidad de Concepción; contiene sentencias judiciales y estudios doctrinarios, al igual que la Gaceta Jurídica, órgano de la Asociación Nacional de Magistrados del Poder Judicial de Chile. Por último, ha de mencionarse la revista Fallos del Mes, que publica sentencias de la Corte Suprema que ofrecen algún interés doctrinario.

En cuanto a Códigos anotados, y por lo que al Civil se refiere, existe una obra de Franklin Otero Espinoza, llamada Concordancias y Jurisprudencia del Código Civil Chileno, 6 tomos; comprende sentencias de cierta importancia expedidas por las Cortes de la República desde la vigencia del Código hasta el primer semestre del año 1929.

Por fin, debe citarse una obra de gran envergadura, el Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Comprende, en numerosos tomos, todos los códigos de la República y las leyes, reglamentos y decretos de proyecciones generales, y la respectiva jurisprudencia de los tribunales desde 1841 para adelante. Los fallos seleccionados son los que de alguna manera interpretan o fijan el alcance de la ley; se excluyen los que meramente la aplican. Los distintos tomos del Repertorio no siguen una numeración correlativa; se hallan distribuidos por ramas jurídicas o por códigos. En cuanto al Derecho Civil, está contenido en 12 tomos y tres suplementos, más un índice general. Una nueva edición comenzó a publicarse en el año 1996.

2. Interpretación auténtica

255. Concepto

Interpretación auténtica o legislativa es la realizada por medio de una ley. El legislador mismo señala el sentido en que debe entenderse una ley anterior.

Las leyes interpretativas contienen una declaración del sentido de una ley que se presta a dudas. Al decir cómo debe entenderse la ley interpretada, el legislador se limita a reiterar su voluntad ya existente, no a hacer una nueva declaración de ella.[1] Por una ficción legal se supone que la ley interpretativa forma un solo cuerpo con la ley interpretada, se entiende incorporada en ésta, como dice el artículo 9º. Esto

[1] CLARO SOLAR, obra citada, tomo I, p. 70.

significa que debe aplicarse desde la fecha de la ley interpretada. En todo y para todo la ley interpretativa se considera una sola con la ley interpretada.

Pero para que una ley pueda calificarse realmente de interpretativa, debe limitarse a declarar el sentido de otra precedente, pues si contiene normas nuevas o adversas, no puede atribuírsele tal carácter.

256. Alcance

La interpretación auténtica es la que tiene más fuerza efectiva y alcance más amplio, según se desprende del artículo 3º, que dice: "Sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio".

257. Cuándo procede

Ninguna disposición lo establece.

El legislador puede dictar una ley interpretativa cuando lo estime conveniente, por iniciativa propia o a insinuación de los tribunales o de los particulares.

La sugerencia de los primeros es obligatoria, de acuerdo con el artículo 5º, que expresa: "La Corte Suprema de Justicia y las Cortes de Alzada, en el mes de marzo de cada año, darán cuenta al Presidente de la República de las dudas y dificultades que les hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes, y de los vacíos que noten en ellas". Por su parte, el Código Orgánico de Tribunales ordena al Presidente de la Corte Suprema que en la exposición que haga el primero de marzo de cada año, al iniciar sus funciones dicha Corte en audiencia pública, señale las dudas y dificultades que hayan ocurrido a la Corte Suprema y a las Cortes de Apelaciones en la inteligencia y aplicación de las leyes y de los vacíos que se noten en ellas y de que se haya dado cuenta al Presidente de la República en cumplimiento del artículo 5º del Código Civil. Esa exposición debe ser publicada en el Diario Oficial y en la Gaceta de los Tribunales (C. Orgánico, artículo 102, Nº 4º).

Los particulares pueden solicitar la dictación de una ley interpretativa con arreglo al derecho de petición que la Constitución Política consagra en el artículo 19, que dice: "La Constitución asegura a todos los habitantes de la República: 14º El derecho de presentar peticiones a las autoridades constituidas, sobre cualquier asunto de interés público o privado…".

El legislador puede o no atender estas insinuaciones; es soberano para dictar leyes interpretativas; el ejercicio de esta atribución es facultativo y no obligatorio.

¿Qué signos permitirán establecer la necesidad de emitir la interpretación auténtica? No se puede responder de una manera absoluta. Una ley dictada precipitadamente puede contener oscuridades y contradicciones manifiestas que reclamen una ley interpretativa inmediata. El hecho de que una ley produzca numerosos pleitos y fallos contradictorios es también un índice para recurrir a su interpretación auténtica.

258. La retroactividad de las leyes interpretativas

Una ley tiene efecto retroactivo, hablando en términos generales, cuando somete hechos pasados a su imperio.

Puede suceder que dos personas celebren un contrato entendiendo la ley en un sentido dado y que una ley interpretativa declare que la ley tiene otro sentido. En este caso, ¿afectará a las partes el pronunciamiento de la última ley? Sí, porque ésta se considera "incorporada" a la ley interpretada y sus preceptos son obligatorios a contar desde la fecha de esta última. Por esto algunos dicen que jurídicamente no hay retroactividad, sino sólo una aparente o de hecho;[1] en cambio, otros sostienen que es pura ficción la pretensión de borrar el lapso que separa a la ley interpretada de la interpretativa y reputar el sentido de la primera conforme al que le fijó la segunda a partir de la fecha de aquélla. En

[1] RONCAGLI, Giorgio, *L'interpretazione autentica*, Milán, 1954, Nº 16, página 74.

consecuencia, habría una verdadera retroactividad.[2]

Más adelante, al hablar de los efectos de la ley en el tiempo, volveremos sobre el alcance retroactivo de las leyes interpretativas.

Ahora bien, si un pleito fue resuelto interpretando la ley en sentido A y posteriormente otra ley declara que el genuino sentido de aquélla es B, los efectos de la sentencia, o sea, los derechos declarados en ella, ¿serán alterados? No, porque el artículo 9º dispone que aunque las leyes interpretativas se consideran incorporadas en las leyes interpretadas, "no afectan en manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio", es decir, entre el lapso que va desde la dictación de la ley interpretada al de la dictación de la ley interpretativa.

Podría argüirse que la solución del artículo 9º no es atinada porque la voluntad del legislador tal como lo da a conocer la ley interpretativa existía y, con arreglo a ella, esos derechos no debían haberse adquirido; pero el hecho es que la voluntad del legislador se prestaba a dudas y la sentencia judicial al aplicar la ley lleva consigo una garantía de estabilidad que pone término a toda discusión o variación ulterior.[3] Los derechos declarados en la sentencia "quedan firmes e invulnerables, aunque hayan sido declarados en contradicción a la verdadera voluntad del legislador, porque pasada ya en autoridad de cosa juzgada, ejecutoriada ya la sentencia, no es posible volver a abrir el pleito y la excepción de cosa juzgada puede ser alegada".[4]

Las leyes interpretativas tampoco afectan a las transacciones celebradas en el tiempo intermedio que va de la ley interpretada a la interpretativa, pues esos contratos se equiparan en sus efectos a las sentencias; dice el artículo 2460 que "la transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia".

Finalmente, resta por decir que uno de los ejemplos más citados de ley interpretativa en nuestro país es el de la ley de 27 de julio de 1865, que determinó el sentido del artículo 5º de la Constitución de 1833, sobre libertad de cultos. Y el período más pródigo en leyes interpretativas es el que transcurre entre 1981 y 1989.

F. REGLAS PRACTICAS DE INTERPRETACION

259. Diversas reglas

Aparte de los preceptos del Código existen para la interpretación de las leyes hoy una serie de aforismos jurídicos, formados en la práctica del foro universal, y que a menudo emplean la doctrina y la jurisprudencia. Se los cita generalmente en las fórmulas latinas que los antiguos juristas les dieron. Ninguno de ellos tiene un valor absoluto; ninguno debe ser empleado de modo exclusivo.[1]

A continuación citamos los principales.

260. a) Argumento de analogía o "a pari"

Se expresa en el adagio que dice: "Donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición" (*Ubi eadem est legis ratio, ibi eadem est legis dispositio*).

De acuerdo con la doctrina predominante, la analogía consiste en resolver conforme a las leyes que rigen casos semejantes o análogos uno no previsto por la ley en su letra ni en su espíritu. Por ejemplo, antes de la formación del Derecho Aeronáutico, muchos problemas que suscitaba la navegación aérea se resolvían aplicándoles las normas de la navegación marítima.

Se dice que la analogía es un proceso de integración del derecho, porque con ella se agregan a éste soluciones que no ha formulado. La analogía no sería, pues, un medio de interpretación, ya que toda interpretación supone determinar el sentido de una norma ya formulada. Nosotros, por el contrario, pensamos que la analogía puede desempeñar las dos funciones. Más todavía: nuestro Código Civil se refiere a ella como elemento de interpretación al decir que "los pasajes oscuros de una ley pueden ser

[2] PAUL ROUBIER, *Le Droit Transitoire. Conflits des lois dans le temp*, 2ª edición, París, 1960, p. 257.
[3] Compárese: L. Claro Solar, obra citada, tomo I, p. 71
[4] Ibídem.
[1] D. de BUEN, obra citada, p. 433.

ilustrados (o sea, aclarados) por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto" (art. 22, inc. 2º). Si una ley, por ejemplo, puede tomarse en dos sentidos, y otras leyes que versan sobre materias similares tienen claramente uno de esos sentidos, el juez al darle éste a la ley ambigua considerando el antecedente de las otras, lo que hace es interpretar la ley por analogía. En consecuencia, según esta concepción más amplia, la analogía sería el procedimiento en virtud del cual se resuelve conforme a leyes que rigen casos semejantes o análogos uno no previsto por la ley en su letra ni en su espíritu, o uno previsto pero cuya ley aplicable no tiene un sentido claro a su respecto.

A juicio de algunos, para que la analogía pueda usarse como medio de integración del derecho, o sea, para llenar las lagunas de éste, se precisa una declaración expresa del legislador. Pero otros, por el contrario, consideran superflua dicha exigencia, porque nadie puede pretender que el ordenamiento jurídico imagine y resuelva todas las situaciones que la realidad presenta, y menos las que en el futuro pueda ofrecer: el legislador no es infalible ni brujo o adivino; siendo así las cosas, la analogía representa una necesidad ineludible y un medio natural de integración del derecho, que siempre está implícito en todo ordenamiento jurídico. Lo que sí se concibe es la prohibición expresa de recurrir en ciertos casos a la analogía; pero aun sin tal prohibición se entiende universalmente que no pueden aplicarse por analogía las leyes excepcionales, las que establecen sanciones y las que restringen el ejercicio de los derechos.

Nuestra Corte Suprema ha aceptado en muchas ocasiones la analogía como operación destinada a integrar el derecho, a llenar las lagunas de éste.[1]

Distinción entre la analogía y la interpretación extensiva. No debe confundirse la analogía con la interpretación extensiva. Por esta última una norma se aplica a casos no comprendidos en su letra pero sí en su espíritu, en su intención, en su razón de ser, en la finalidad social a que se dirige (ratio legis). Como esos casos corresponden al supuesto que se ha querido regular, se considera que el legislador, por omisión, inadvertencia o cualquiera otra causa, ha dicho menos de lo que quería (minus dixit quam volit), y se estima natural y lícito extender a esos hechos la aplicación de la norma. En buenas cuentas, la amplitud de la ley se mide por su intención y no por las palabras en que está expresada. Heinecio ponía este ejemplo: "Si prohibiere el príncipe, bajo la pena de confiscación de bienes, que nadie extrajese trigo de su reino, y un comerciante, movido por el interés, exportase el trigo en harinas, incurriría en la pena, aun cuando la ley no hablase una palabra de las harinas. Porque siendo el objeto del legislador que no se viese el reino afligido por la carencia de trigo, sufriría lo mismo extraído éste que extraída la harina".[2]

La diferencia entre la analogía y la interpretación extensiva radica en que la primera busca la solución del caso concreto en otras normas, sea porque éste no las tenga, sea (de acuerdo con el pensamiento del redactor) porque la que tiene no presente un sentido claro e indubitable a su respecto; la interpretación extensiva, en cambio, halla la solución del caso en su norma propia, que no se ve en el cuerpo de ésta pero sí en su espíritu.

La importancia práctica de la diferenciación toma relieve frente al llamado Derecho singular o de excepción, que es aquel que está en contradicción con los principios generales del ordenamiento jurídico, representando una excepción a los mismos. No debe confundirse el Derecho excepcional, llamado también singular, anómalo o irregular, con el Derecho especial (como el Derecho Comercial y otros), que respetan los principios generales y comunes, aunque los aplican de otra manera que el Derecho Común. Ahora bien, según una opinión, la tradicional, el Derecho singular repugna de la aplicación analógica y también de la interpretación extensiva; conforme a otra doctrina, más moderna, esta última tiene cabida en la leyes excepcionales, pero no la analogía.47 La interpretación extensiva, en cualquier hipótesis se limita a aplicar la voluntad del legislador, pues opera cuando es manifiesto que éste dijo menos de lo que quiso, no pudiendo dejar de considerarse en su mente el caso que no tradujo en palabras. La analogía, en cambio, no cabe por otra razón: porque los casos no previstos por la letra ni el espíritu de las leyes excepcionales deben estimarse del dominio del Derecho regular o común y no arrancados de éste por el Derecho singular o excepcional; siendo así, el fundamento de la analogía que colma las lagunas, la carencia de una norma aplicable, no se da, como quiera que estaría en el Derecho Común. Claro que cuando la analogía se emplea sólo para aclarar el sentido de una ley, no habría inconveniente en aplicarla también en el reino de las normas excepcionales, supuesto que la ley

[1] Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Código Civil, t. I, Nº 3 de la jurisprudencia del art. 24, p. 48.

[2] Heinecio, Recitaciones de Derecho Civil Romano, traducidas al castellano por Luis de Collantes, 8ª edición, t. I, Valencia, 1888, p. 75.

esclarecedora sea similar a la esclarecida o de la misma especie.

261. Tipos de analogía

Algunos autores distinguen dos tipos de analogía:

a) la analogía legal (analogia legis), que busca la solución aplicable en otra disposición legal o en un conjunto de disposiciones legales, y

b) la analogía jurídica o de derecho (analogia iuris), que deriva la solución de todo el conjunto de la legislación vigente, o sea, del sistema legal todo. En verdad, este último tipo no es sino el espíritu general de la legislación o los principios generales del ordenamiento jurídico vigente en determinado momento histórico, principios que, a pesar de no estar escritos, están implícitos como supuestos lógicos del derecho positivo.48

262. b) Argumento de contradicción o "a contrario sensu"

Parte de la voluntad expresada en el caso previsto por el legislador para suponerle en todos los otros casos una voluntad contraria. Ordinariamente, se formula en estas frases: "incluida una cosa se entienden excluidas las demás", "quien dice de uno niega de los otros". Este argumento "es la más de las veces peligroso y falso. El silencio del legislador por sí solo nada prueba. Si la ley es una declaración de voluntad, es necesario que el legislador haya hablado para que se pueda decir que quiere alguna cosa. Cuando la ley no dice ni sí ni no, su silencio tan sólo puede hacer suponer que quiere lo contrario en un caso de lo que ha dicho en otro; pero esta suposición puede ser absolutamente gratuita, porque el silencio del legislador puede ser explicado de muchas otras maneras. Por lo general, el argumento a contrario no prueba sino cuando, partiendo de una disposición excepcional, permite volver al derecho común que recupera su imperio y por esta razón debe ser empleado con mucha cautela y discreción".49

263. c) Argumento "a fortiori"

En su virtud se extiende la disposición de la ley a un caso no previsto por ella, pero en el cual concurren razones más poderosas para aplicarla que en el mismo caso previsto. Se sintetiza en dos fórmulas:

1) "Quien puede lo más, puede lo menos" (argumentum a maiori ad minus);

2) "Al que le está prohibido lo menos, con mayor razón le está prohibido lo más" (argumentum a minori ad maius).

Resulta lógico, en el primer caso, que si a una persona le es permitido vender su inmueble, con mayor razón le será permitido hipotecarlo; y, al revés, en el segundo caso, si a alguien se le prohíbe hipotecar, con mayor razón se le prohibirá vender.

264. d) Argumento de no distinción

Se expresa con el adagio: "Donde la ley no distingue, tampoco nosotros debemos distinguir" (Ubi lex non distinguit, nec nos distinguire debemus). Este principio es cierto si la ley no distingue ni en su letra ni en su espíritu; pero puede suceder que no distinga en aquélla y sí en éste.

265. e) El absurdo

Debe rechazarse toda interpretación que conduzca al absurdo, esto es, cualquiera conclusión contraria a la lógica.

G. LAGUNAS DE LA LEY

266. Lagunas de la ley y lagunas del derecho

Lagunas o vacíos de la ley son los casos de la vida real que no encuentran una norma específicamente adecuada para ser solucionados por ella. Si esos casos no pueden ser resueltos ni aun por todo el ordenamiento jurídico considerado en su conjunto, háblase de lagunas del derecho.

Es discutible la existencia de lagunas del derecho; en la doctrina domina el pensamiento de que sólo pueden existir lagunas de la ley y no en el orden jurídico tomado en su conjunto, "porque cualquier caso que se presente puede ser resuelto de acuerdo con las orientaciones marcadas por el mismo Derecho; las lagunas formales pueden llenarse con el espíritu general de la legislación".50

267. Existencia de lagunas en el Derecho Chileno

Nuestro legislador reconoce implícitamente sólo las lagunas de la ley, al prescribir en el artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales que, una vez reclamada la intervención de los tribunales "en forma legal en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad ni aun por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión".

En estas hipótesis, ¿cómo se llenan las lagunas? ¿Qué normas se aplican al caso? El Código Civil no lo dice. Sin contar la analogía, en que al caso no previsto en la letra ni en el espíritu de la ley, se le aplican las leyes que reglan casos análogos al que constituye laguna, el Código de Procedimiento Civil permite zanjar la dificultad mediante la equidad. Según ese Código (art. 170, Nº 5º), toda sentencia definitiva debe contener "la enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo". Luego, si no hay ley aplicable al caso que se falla, la decisión ha de fundarse en los principios de equidad.

También se podría recurrir, para colmar la laguna, al artículo 24 del Código Civil, que dice: "En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural".

Es cierto que el artículo 24 se refiere a la interpretación de una ley defectuosa y que aquí se trata de un caso en que no hay ley aplicable; pero es obvio que el juez puede también apoyarse en el espíritu general de la legislación y la equidad natural para solucionar un caso que no tiene ley aplicable, porque si ello le está permitido cuando la ley es oscura o contradictoria, con mayor razón le estará permitido cuando no hay ley sobre el particular.51

La jurisprudencia se ha fundado para llenar lagunas en el artículo 170, Nº 5º, del Código de Procedimiento Civil, a veces,52 y en el artículo 24 del Código Civil, otras.53 Pero, como manifestamos, en nuestro concepto, pueden invocarse ambas disposiciones.

Lo dicho no rige para el Derecho Comercial, en el que, a falta de ley, impera la costumbre. Sólo si ésta tampoco es aplicable a un caso dado, entran a actuar las consideraciones anteriores, en virtud del artículo 2º del Código de Comercio, que dice que "en los casos que no estén especialmente resueltos por este Código, se aplicarán las disposiciones del Código Civil". Y la hipótesis de la falta de ley y costumbre, no está prevista por aquel cuerpo legal, debiendo, por lo tanto, aplicarse las reglas de este último.

En nuestro Derecho Penal, como en el de casi todos los países, el problema de las lagunas no existe, porque sin ley no hay delito ni pena.

268. Bibliografía sobre la interpretación de las leyes

En materia de interpretación de las leyes es forzoso nombrar, en primer lugar, los estudios de FRANÇOIS GÉNY, profundos y fundamentales a la vez. Y, entre éstos, cabe destacar su *Méthode d'interprétation et sources du Droit Privé positif*, cuya primera edición apareció en París, el año 1899, la

segunda en 1919, y hay una reimpresión de 1954. Debe citarse también su *Science et Technique en Droit Privé Positif*, 4 volúmenes, 1914-1924.

A continuación citamos otros autores.

BETTI, *Teoría generale della interpretazione*, 2 vols.; Milán, 1955.
JOAQUÍN DUALDE, *Una revolución en la lógica del Derecho. Concepto de la interpretación del Derecho Privado*. Barcelona, 1931.
HENRY DE PAGE, *De l'interprétation des lois. Bruselas*, 1925.
SALEILLES. Ver el prólogo que hace a la obra de Gény sobre los métodos de interpretación.
VAN DER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique*. París, 1907.
JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, Madrid, 1947.
GIOVANNI GALLONI, *L'interpretazione della legge*, Milán, 1955.
GABRIELE MARZANO, *L'interpretazione della legge*, Milán, 1955.

Entre las obras nacionales pueden mencionarse las siguientes:

JOSÉ URETA C., *De la interpretación del derecho y sus métodos*, Memoria de Licenciado, Santiago, 1939.
HERNÁN MOLINA GUAITA, *Doctrinas contemporáneas en materia de interpretación de la ley*, Memoria de Licenciado, Santiago, 1955.
RAMIRO TRONCOSO L., *Interpretación de la ley y arbitrio judicial*, Mem. de Licenciado, Concepción, 1956.
FERNANDO FUEYO LANERI, *Interpretación y Juez, Santiago*, 1976.
CARLOS DUCCI CLARO, *Interpretación jurídica*, Santiago, 1977.

CAPITULO XIV

DEROGACION DE LAS LEYES

A. GENERALIDADES

269. Concepto y fundamento

La derogación es la cesación de la eficacia de una ley en virtud de la disposición o disposiciones de otra ley posterior. Importa privar a la primera de su fuerza obligatoria, reemplazando o no sus disposiciones por otras.

Su fundamento se halla en la evolución sin fin de la sociedad, que constantemente exige nuevas normas jurídicas que concuerden con el momento histórico en que se vive.

270. Terminología

Antiguamente, se distinguía la abrogación, que entrañaba la supresión total de la ley, y la derogación, que sólo implicaba la supresión parcial, es decir, de sólo algunas de sus disposiciones. Después, ambas voces se hicieron sinónimas. Por fin, el uso, árbitro supremo del idioma, consagró la palabra derogación, y relegó al olvido a la otra, que raras veces se emplea. Así es en nuestra doctrina, pero en la de otros países se mantiene la palabra abrogación con diversos significados.

Debe advertirse que suele usarse la palabra "derogación" en el sentido de excepción, que constituye una norma respecto de otra u otras. Y así, por ejemplo, se dice que en algunas materias el Código de Comercio derogó al Código Civil, con lo que quiere significarse, no que el primer Código abolió las respectivas disposiciones del segundo, sino que estableció normas que hacen excepción a las de éste.

271. La jerarquía de las leyes y la derogación

Según algunos, las leyes pueden derogarse sólo por otras de igual o superior jerarquía, una ley ordinaria puede ser derogada por otra ley ordinaria o por una constitucional, pero no por un reglamento.

Vimos ya, cuando hablamos de la jerarquía de las normas jurídicas que, al decir de otros, la derogación sólo cabe entre las normas de mismo rango, porque cuando son de distinto, simplemente prevalece la de grado superior, aunque ésta sea más antigua que la de grado inferior.

B. DIVERSAS CLASES DE DEROGACION

272. Derogación expresa y derogación tácita

La derogación puede ser expresa o tácita. Hay derogación expresa cuando la nueva ley suprime formalmente la anterior, y tácita cuando la ley nueva contiene disposiciones incompatibles con las de la antigua.

El artículo 52 se refiere a este punto. Dice: "La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita".

"Es *expresa*, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua".

"Es *tácita*, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley

anterior".

"La derogación de una ley puede ser total o parcial".

Lo que caracteriza esencialmente a la derogación expresa es la mención que hace el legislador de las leyes que deroga. Esta cita puede hacerse en globo, como cuando se dice "quedan derogadas todas las leyes anteriores a ésta que versen sobre la misma materia", o indicando una por una, como cuando se dice: "deróganse las leyes 1, de fecha tanto, 2 de fecha tanto", etc.

Ejemplo típico de derogación expresa es el artículo final del Código Civil, que dice: "El presente Código comenzará a regir desde el 1º de enero de 1857, y en esa fecha quedarán derogadas, aun en la parte que no fueren contrarias a él, las leyes preexistentes sobre todas las materias que en él se tratan".

La derogación tácita se funda en que, existiendo dos leyes contradictorias de diversas épocas, debe entenderse que la segunda ha sido dictada por el legislador con el propósito de modificar o corregir la primera. Pero como no debe llevarse esta presunción más allá de su razón y objeto, la derogación tácita, conforme lo advierte el artículo 53, "deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley".

La derogación tácita pone de manifiesto la inutilidad del artículo final de muchas leyes chilenas y francesas, cuyo tenor declara abolidas "todas las leyes anteriores contrarias a la presente".

Es indudable la mayor conveniencia de usar la derogación expresa: evita dudas, facilita la labor del juez en la aplicación de los preceptos, etc. Y si muchas veces no se emplea, es por diversas razones: ignorancia del legislador sobre las leyes anteriores, pereza para consultar sus disposiciones y mencionarlas en la ley derogatoria, rapidez que exige el despacho de una ley impidiendo estudiar las antiguas para su mención expresa, dificultad material de referirse a todas las leyes anteriores. Es muy fácil señalar las leyes que reglamentan exclusivamente una institución; pero es dificíl, y en ocasiones imposible, tener presentes todas las leyes de diversa naturaleza y categoría que contienen disposiciones aisladas o incidentales sobre una materia determinada que posteriormente viene a ser regida por una ley especial; para el autor de esta última en algunos casos resulta insuperable la cita particular de todos esos textos. Hoy las dificultades pueden salvarse con el auxilio de la moderna tecnología computacional.

273. La derogación tácita por retrueque o carambola

Hay leyes que para regular una materia se remiten, en mayor o menor grado, a las disposiciones de otras. Estas leyes que simplemente se limitan a referirse a otros textos se llaman "referenciales", y los textos a los cuales aluden se llaman "leyes referidas". Supóngase que una ley establezca normas especiales sobre la compraventa a plazo de automóviles, y que otra diga que la compraventa a plazo de los aparatos de televisión se regirá por las disposiciones de aquélla. En este caso la ley referencial es la última y la referida la primera, la de los automóviles. ¿Qué ocurre con la ley referencial si se deroga la ley referida? ¿También deja de existir? Si se concluye afirmativamente, es decir, que como consecuencia de la supresión de la ley referida, en la cual se apoya la referencial, queda al mismo tiempo derogada ésta, hay derogación tácita por retrueque o carambola.

No hay ninguna pauta general o uniforme para determinar cuándo se produce o no se produce esta derogación, porque las leyes referenciales se presentan en formas, grados y matices muy diversos, como asimismo la derogación de la ley referida. En consecuencia, habrá que construir la solución en cada caso concreto, analizando sus particularidades. Así, por ejemplo, si la ley referencial puede operar autónomamente con la disposiciones de las cuales se apropió, es claro que éstas subsistirán como suyas por la referencia y nada importará la derogación de la ley referida, o que el texto de ésta se substituya por otro; la ley referencial permanecerá con el texto antiguo como propio. Pero hay derogación por carambola si se suprime la ley referida y ésta instituía un servicio, un funcionario o un tribunal que también era indispensable para el funcionamiento de la ley referencial.

274. Derogación orgánica

Es la que se produce cuando una 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 ley nueva.

Si el legislador ha reordenado toda la materia, es forzoso suponer que ha partido de otros principios directivos, los cuales, en sus variadas y posibles aplicaciones, podrían llevar a consecuencias diversas y aun opuestas a las que se pretenden si se introdujera un precepto de la ley antigua, aunque no fuera incompatible con las normas de la nueva ley.

Para que esta derogación tenga lugar, es menester que la nueva ley reglamente en forma completa una materia o un organismo dado. El determinar si una materia está o no enteramente regulada por la nueva ley, depende, no del mayor o menor número de disposiciones que contiene la ley nueva con relación a la antigua, sino de la intención revelada por el legislador de abarcar con las nuevas disposiciones toda una materia, aun en el supuesto, muy improbable, de una disposición única. 1

Muchos autores consideran la derogación orgánica como una especie de derogación tácita, porque dicen que toda ley que viene a regular totalmente una materia regida por otra ley anterior, contiene en sus preceptos una incompatibilidad implícita con cualesquiera otros que versen sobre el mismo asunto.2

El único Código que contempla la derogación orgánica es el Código Italiano (art. 15, de las disposiciones sobre la ley en general). Pero autores y jurisprudencia de todos los países reconocen su existencia, que es indudable y cierta. Así por ejemplo, la Corte Suprema chilena en una sentencia ha dicho que determinada disposición "no deroga en forma tácita ni orgánica el artículo…".3

Y nuestros tribunales han acogido casos de derogación orgánica. En uno de ellos se trataba de dilucidar si debía aplicarse una disposición de la Ley de Municipalidades de 1887 que no estaba en pugna con la ley vigente de 1891. La Corte Suprema resolvió que el asunto debía juzgarse de acuerdo con la ley de 1891 y no con las preexistentes, "porque es de la naturaleza de estas leyes que un régimen político establecido substituye a otro régimen sin necesidad de que se derogue el anterior".4 En otro juicio que giraba alrededor de la remoción de un tesorero de la Municipalidad de Santiago, la Corte Suprema dijo: "Tratándose de una ley general, la posterior deroga a la ley general anterior dictada sobre la misma materia, como ocurre con los decretos leyes ya citados. En efecto, el decreto ley 498 contempla todos los casos referentes al nombramiento y remoción de los empleados municipales, ya sean jefes de oficina o subalternos, ya sean técnicos o no, etc., pues reglamenta completamente todo lo que respecta a esos funcionarios. Y el título X del decreto ley 740 se refiere igualmente a los empleados municipales, a su nombramiento y remoción, legisla sobre la misma materia en forma completa, al igual que el decreto ley anterior. Se trata, de consiguiente, de un nuevo cuerpo de leyes, de carácter general como el anterior, dictado sobre la misma materia, reglamentada también en su totalidad".5-6

275. Derogación total y derogación parcial

La derogación, en cuanto a su extensión, es total o parcial. La primera suprime por completo la ley antigua, sea que se limite a establecer la supresión, sea que la reemplace por otras disposiciones. La segunda suprime uno o más preceptos de la ley antigua, substituyéndolos o no por otros; el resto queda vigente.

Ejemplo de derogación total es el artículo final del Código Civil, y de derogación parcial, la Ley de Matrimonio Civil, de 1884, que dejó en vigor algunos artículos del Código Civil sobre la materia, aboliendo otros.

276. Causas que no producen la derogación de la ley

1) No puede estimarse que ha cesado de regir una ley por el solo hecho del cambio de autoridades como consecuencia de las variaciones políticas normales o anormales.

2) El desaparecimiento de un Estado tampoco hace perder a la ley su fuerza obligatoria. Los territorios que pasan de una soberanía a otra continúan regidos por las leyes del antiguo Estado, mientras el legislador del nuevo no las derogue expresa o tácitamente.

3) La cesación de los motivos de hecho que determinaron la dictación de la ley, no produce el desaparecimiento de ésta, no sólo porque la ley no consiste en motivos, teniendo una existencia

autónoma y objetiva, sino también por una consideración de índole general, esto es, porque todas las manifestaciones de voluntad, aun las privadas, como sucede con los actos jurídicos, tienen su eficacia, persistan o no los motivos psicológicos que indujeron a realizarlos, y ya sean buenos o malos, verdaderos o erróneos. Y esto es así, porque la voluntad no puede decirse que se determine única y necesariamente por sólo aquellos motivos más evidentes e inmediatos, sino que a menudo se determina por una larga serie de motivos no siempre advertidos, que habrían tenido eficacia aun sin los otros más claros y aparentes; y porque en todo caso no puede afirmarse que la voluntad se determine necesaria y fatalmente por el motivo ocasional, de modo que, cesado éste, cese la ley.7

4) En nuestro país, como en casi todos, una costumbre contraria a la ley no tiene la virtud de derogarla.

Don Andrés Bello, influenciado por la idiosincrasia inglesa, pretendió en el Proyecto de 1853 darle fuerza derogatoria a la costumbre, siempre que ésta reuniera una serie de requisitos y se probara fehacientemente su existencia; entre las condiciones para poder invocarla figuraba la de "que haya durado treinta años". En el Proyecto siguiente, el Inédito, eslabón entre el proyecto de 1853 y el Código, sólo se aceptó la costumbre según la ley, considerándose el criterio anterior inadecuado a la sociedad chilena.

277. La derogación con relación a la ley general y la ley especial

Es indudable que si con posterioridad a una ley general se promulga una especial, ésta prevalece sobre aquélla en todo lo que sean incompatibles; deroga las disposiciones que no pueden coexistir con las suyas propias. Esto resulta de la mera aplicación de los principios generales de la derogación tácita.

Pero el problema se complica cuando a una ley especial sucede una general. La mayor parte de los tratadistas, apoyándose en un antiguo aforismo, al que conceden honores de axioma, resuelve de inmediato que una ley general posterior no deroga a una ley especial anterior (lex posterior generalis non derogat priori speciali). No piensan de la misma manera otros autores que estiman que ésta es una cuestión de interpretación que se resuelve por el examen de la intención legislativa.8 Es posible que la ley general posterior trasluzca con evidencia la determinación de someter a su imperio los casos que eran objeto de ley especial.

278. Efectos de la derogación de la ley derogatoria

Una ley derogada no revive por el solo hecho de derogarse la ley derogatoria: porque o la nueva ley nada ha dispuesto con respecto al orden de las situaciones jurídicas disciplinadas por las leyes anteriores, y entonces ello quiere decir que queda abolida la institución jurídica correspondiente o que queda gobernada por los principios generales; o si ha dispuesto, significa que valen sus disposiciones, aun cuando sean idénticas a las suprimidas por la ley derogatoria, también abolida ahora.9

Es necesario, pues, que una ley expresamente devuelva su vigor a una ley derogada; la simple abolición de la ley derogatoria no puede por sí sola dar vida a lo que ya no existe. Y es lógico que así sea. La ley es una declaración positiva y actual del legislador; su existencia no puede desprenderse por meras conjeturas.

Entre nosotros tenemos un ejemplo de la necesidad de manifestación expresa para atribuir de nuevo fuerza obligatoria a una ley derogada, en varias leyes sobre expropiación por causa de utilidad pública; disponen que el procedimiento se sujetará al establecido en las leyes de 1838 y 1857, en circunstancia que éstas fueron derogadas por el artículo final del Código de Procedimiento Civil, el que dedicó un título especial a la reglamentación de esta materia.

Las leyes que vuelven a poner en vigor una ley derogada, reciben el nombre de restauradoras o restablecedoras.

Bibliografía especial

BERNARDO SUPERVIELLE, "*De la derogación de las leyes y demás normas jurídicas*", trabajo

publicado en Estudios jurídicos en memoria de Juan José Amezaga, Montevideo, 1958, páginas 383 a 518;

NORMA OHLSEN V., *La derogación de las normas jurídicas*, Memoria de Lic. (U. Católica de Chile), Santiago, 1967.

C. CAUSAS INTRINSECAS QUE PRODUCEN LA CESACION DE LA EFICACIA DE UNA LEY

279. Causas intrínsecas

Si bien la derogación –causa extrínseca– constituye la causa más frecuente e importante de la cesación de la eficacia legal, también existen otras, llamadas causas intrínsecas, porque van implícitas en la misma ley. Tales son:

a) El transcurso del tiempo fijado para la vigencia de la ley, ya sea que ese tiempo aparezca predeterminado (como en las leyes que establecen un impuesto extraordinario por cierto plazo) o que resulte del mismo objeto de la ley, como sucede con las leyes transitorias (por ejemplo, las que se dictan mientras dura una situación anormal o las que rigen hasta que entre en vigor una nueva ley);

b) La consecución del fin que la ley se propuso alcanzar, y

c) La desaparición de una institución jurídica, o la imposibilidad de un hecho que era el presupuesto necesario de la ley. Así, por ejemplo, suprimido el cargo de Procurador General de la República, por ese solo hecho pierden eficacia todas las disposiciones legales que a él se refieren.

Pero no puede estimarse causal de cesación de la ley, como ya lo hemos dicho, el desaparecimiento de los motivos de hecho que determinaron su promulgación. Si se establece un impuesto nuevo considerando las penurias de las arcas fiscales y más tarde sobreviene un período de prosperidad económica, nadie podría excusarse del gravamen, basado en el cambio de situación.

D. EL DESUSO

280. Concepto

El desuso es la no aplicación de una ley, el simple no uso de ella.

Puede sobrevenir como consecuencia de la introducción de una norma consuetudinaria opuesta o diversa de la disposición de la ley, o como una abstención de su cumplimiento. En el primer evento, la ley es vencida por la costumbre positiva; en el segundo, por una negativa.

¿Por qué caen las leyes en desuso? Por diversas causas.

a) Desaparecimiento de las condiciones sociales, políticas y económicas que provocaron la dictación de la ley.

b) El hecho de ser inadecuada una ley a la necesidad que pretende servir. Entre nosotros, los decretos alcaldicios sobre el cierre uniforme del comercio han caído muchas veces en desuso.

c) Falta de correspondencia entre la ley y el sentido o mentalidad de una sociedad. Ejemplo típico en este punto son las leyes que castigan el duelo y que en casi todos los países no se cumplen.

En una palabra, las leyes caen en desuso cuando la conciencia colectiva las considera malas o inaplicables.

281. Valor legal

En el Derecho positivo de la mayoría de los países, por no decir de todos, el desuso no tiene valor alguno, carece de fuerza para destruir la ley, porque ésta nace y muere por obra del legislador.

De acuerdo con nuestro Código, el desuso no permite eludir el cumplimiento de la ley, porque la costumbre (positiva o negativa) por sí sola no constituye derecho.

282. Tendencias doctrinarias

La mayoría de los autores se opone a concederle fuerza derogatoria al desuso. Se mencionan dos inconvenientes principales: "por un lado, habría incertidumbre acerca del momento preciso en que el desuso se torna lo suficientemente grande para poder equipararlo a la derogación; y por otro, el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo tendrían un medio indirecto para derogar las leyes y así usurpar atribuciones del Legislativo; bastaría con que no aplicaran las leyes que no les convienen y hacerlas caer en el olvido". Además, se dice, podría prestarse a arbitrariedades: nada costaría a un tribunal rechazar la aplicación de determinada ley aduciendo que está en desuso.

Hay, sin embargo, una minoría de autores que aboga en pro del desuso y dicen que su virtud derogatoria es una realidad que no puede soslayarse.

CAPITULO XV

EFECTOS DE LA LEY EN CUANTO A LA SANCION

283. Factores con relación a los cuales pueden estudiarse los efectos de la ley

Los efectos de la ley pueden estudiarse en cuanto a la sanción, en cuanto al tiempo y en cuanto al territorio.

En este lugar nos ocuparemos de los efectos de la ley en cuanto a la sanción; los otros los abordaremos en capítulos separados.

Pero el estudio de los efectos de la ley, principalmente en cuanto a la sanción, exige el conocimiento de dos nociones previas, que en seguida analizamos: el orden público y las buenas costumbres.

284. Concepto de orden público

Algunas disposiciones legales mencionan expresamente el orden público, como, por ejemplo, la que declara que causa ilícita "es la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público" (Art. 1467, inc. 2º). En otros preceptos aparece esta noción como el fundamento que los determina; así sucede en el artículo 121, que dice: "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".

Pero ¿qué es el orden público? Ningún autor, ningún jurista, ningún legislador ha dado una respuesta satisfactoria. Con razón decía el viejo autor francés Mourlon que estas cosas mejor se sienten que se definen.

Podría, en forma aproximada, definirse el orden público como el conjunto de principios morales, religiosos, políticos, sociales y económicos sobre los que reposa, en un momento histórico dado, la organización de una sociedad y le permite a esta desenvolverse correcta y adecuadamente.

Las leyes que consagran dichos principios o que con ellos están íntimamente ligados se llaman –de más está expresarlo– leyes de orden público. Las disposiciones de éstas, los particulares, en sus relaciones, no pueden modificar ni menos suprimir o, como suele decirse metafóricamente, derogar.

El orden público es un concepto eminentemente variable en el tiempo y en el espacio. No es idéntico en todos los países, pues depende del régimen político, social y económico que impere en cada uno. Difiere, aun en un mismo país, según las épocas. En la Alemania nacionalsocialista (1933-1945), una Corte de Leipzig resolvió, por ejemplo, que "era nulo el legado de un alemán ario a un judío, porque atentaba contra el orden público, contra los sanos sentimientos populares alemanes". Por cierto en la Alemania de hoy se reconocería plena validez a ese legado.

285. Determinación de las leyes de orden público

Las leyes de orden público consideran más a la sociedad que a los hombres individualmente mirados, pues se inspiran en el interés general de aquélla más que en el de los particulares a quienes directamente rigen. Pero a menudo resulta difícil precisar si una ley es de orden público o de simple interés privado, porque el interés general y el interés individual no son antagónicos. Para determinar el carácter de una norma debe atenderse, en cada caso, a su fundamento y fin; sólo un examen atento y concreto permitirá afirmar con seguridad si una ley es de orden público o no; las generalizaciones deben

repudiarse.

286. Leyes de derecho privado que presentan el carácter de orden público

Todas las leyes de Derecho Público son, indudablemente, de orden público, incluso, por cierto, las del Derecho Penal. "Pero además, en la misma legislación civil, aunque en principio no se refiere ésta más que a la regulación de intereses particulares, se encuentran numerosas disposiciones relativas al orden público, porque las reglas que contienen parecen indispensables al mantenimiento de la seguridad, de la moralidad pública, al de las relaciones pacíficas entre los ciudadanos, a la comodidad de sus relaciones económicas. Estas disposiciones que atañen no sólo al interés de ciertos individuos, sino al interés general, deben permanecer intangibles. No puede depender de la voluntad de los particulares negarles su aplicación. Son ellas imperativas y los individuos no pueden por su sola voluntad sustraerse a sus disposiciones.

¿Cuáles son estas leyes del Derecho Privado que presentan el carácter de orden público? Dar una lista completa no es posible; pero a medida que avancemos en nuestro estudio las iremos conociendo. Por ahora, nos contentaremos con citar los ejemplos siguientes.

1) Leyes que rigen el estado y capacidad de las personas. Ellas contribuyen a formar el estado social de un país, y por eso son de interés general y no pueden ser suprimidas o modificadas por las convenciones de los particulares. Y así, por ejemplo, no podría celebrarse un contrato entre dos personas tendiente a cercenar el derecho que tiene todo individuo que llega a cierta edad para casarse o no casarse.

2) Leyes que organizan la propiedad territorial. Sus disposiciones tienden a modelar la conformación económica y social de un Estado, por lo cual no pueden quedar abandonadas al arbitrio de los particulares.

3) Leyes que adoptan medidas en resguardo de los derechos de terceros, es decir, de aquellas personas que no son parte de un acto. Todo interés, dice Beudant, 1 que no es el de las partes, debe confundirse, para ellas, con el interés general; no les compete y no pueden atentar en su contra.

Las medidas que se adoptan para resguardar el derecho de terceros se reducen principalmente a inscripciones, inserciones en los periódicos, notificaciones, etc.

4) Leyes que se dirigen a proteger a un contratante frente al otro. Representan, dice Planiol, una nueva concepción del orden público. El legislador de nuestros días, consciente de que no siempre las dos partes contratantes se hallan en un mismo pie de igualdad para defender sus derechos, dicta ciertas normas que tienden a amparar al más débil e impedir que el fuerte abuse de su superioridad económica e imponga condiciones leoninas. Por eso es que casi todas las disposiciones relativas al contrato de trabajo son de orden público e irrenunciables; así se consigue el objetivo del legislador: la defensa del trabajador frente al empleador.

287. Concepto de orden público económico

El orden público económico se ha definido –afirma una sentencia– como "el conjunto de medidas y reglas legales que dirigen la economía, organizando la producción y distribución de las riquezas en armonía con los intereses de la sociedad. De esta noción ha surgido el concepto de delito económico que viene a ser, precisamente, todo hecho que importe una transgresión a aquel orden económico. En consecuencia, el sistema de trabajo lento que altera dolosamente el normal desarrollo de una industria vital para el país, como es la salitrera, importa un verdadero delito económico".2

Del mismo modo, el empresario que maliciosamente no produce lo que la capacidad de la industria permite y el mercado necesita, transgrede el orden público económico.

288. Concepto de orden público en materia penal

Una sentencia declara que, en el campo penal, debe considerarse como orden público la situación y estado de legitimidad normal y de armonía dentro del conjunto social, que permite el respeto y garantía de los derechos esenciales del ciudadano.3 En este fallo el tribunal pretendía más que nada determinar el concepto de alteración del orden público. Quizá hubiera sido mejor reproducir la definición del penalista Maggiore. Según éste, en un sentido objetivo, el orden público denota la armónica y pacífica coexistencia de los ciudadanos bajo la soberanía del Estado y del derecho; en un sentido subjetivo representa el sentimiento de pública tranquilidad, la apreciación de la seguridad social, que es la base del vivir social.

289. Orden público internacional

En ciertos casos los países admiten aplicar dentro de su territorio la ley extranjera. Por ejemplo la sucesión en los bienes de una persona se regla por la ley del último domicilio del difunto (C. Civil, art. 955); en consecuencia, si un chileno muere en Italia, su sucesión se regirá por la ley italiana, salvo ciertas excepciones, y el juez chileno deberá aplicar la ley italiana. Pero hay casos en que aun cuando normalmente, sin necesidad de una norma expresa, correspondería aplicar en un país la ley extranjera, esto no se admite por estar en pugna dicha ley con las ideas y concepciones morales, sociales, políticas o económicas esenciales del país en que tocaría aplicar la ley extranjera. Por ejemplo, si un país admite que los extranjeros se rijan por su ley nacional y ésta les permite contraer matrimonio a los catorce años, no lo podrán hacer si el país en que están fija la edad mínima para casarse a los 18 años, por oponerse al llamado orden público internacional. Recibe este nombre en el Derecho Internacional Privado "el conjunto de instituciones y normas vinculadas de tal manera con la civilización de un país, que los jueces de éste deben aplicarlas con preferencia a la ley extranjera, aunque ésta fuere competente según las reglas ordinarias de los conflictos de leyes".4

El orden público internacional resulta ser, pues, una excepción a la aplicación de la ley extranjera: permite descartar esta última normalmente competente, cuando ella contiene disposiciones cuya aplicación es juzgada inadmisible por el tribunal competente.5

Bibliografía especial

JORGE ALEMPARTE JIMÉNEZ, *Concepto de orden público*, Memoria de Licenciado, Valparaíso, 1952.

JULLIOT DE LA MORANDIERE, *"L'ordre public en droit civil interne",* trabajo publicado en Etudes Capitant, París, 1939, pp. 381.

LIENHARD, *Le rôle et la valeur de l'ordre public en droit privé interne et droit international privé*, tesis, París, 1934.

MARMION, *Etude sur les lois d'ordre public en droit civil interne*, tesis, París, 1923.

MALAURIE, *L'ordre public et le contrat*, tesis, París, 1953.

PASCANU, *La notion d'ordre public par rapport aux transformations du droit civil*, París, 1937.

SUPERVIELLE, *"El orden público y las buenas costumbres",* estudio publicado en la Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, año 54, Montevideo, 1956, pp. 186 a 246.

VAREILLES-SOMMIERES, *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois*, París, 1899.

290. Concepto de buenas costumbres

Las buenas costumbres quedan englobadas dentro del concepto de orden público; cualquier ataque a aquéllas importa una vulneración de éste. Pero muchas veces el legislador se refiere a ellas en forma especial y separada, como acontece, por ejemplo, cuando dice que "causa ilícita es la prohibida por la ley o contraria a las buenas costumbres o al orden público" (C. Civil, art. 1467 inciso penúltimo).

Las buenas costumbres constituyen una materia elástica que se presta a toda clase de digresiones entre filósofos y sociólogos. Nosotros las definimos diciendo que son las reglas de conducta humana

externa que, como conformes a la moral, acepta la conciencia general de un país en determinada época. También, mirando a la conducta misma, puede afirmarse que son los comportamientos habituales y comunes de los miembros de una sociedad que se ajustan a la moral imperante en ésta.

Las buenas costumbres se refieren a los actos externos. Estos son los que deben valuarse y no los pensamientos que no se exteriorizan. Séneca, el filósofo estoico que fue consejero de Nerón durante un tiempo y que hubo de quitarse la vida por orden de éste, decía: "Dentro, como te plazca; afuera, según se acostumbre" (Epístolas a Lucilio, ep. V, sec. 2).

La variabilidad de la calificación es otro carácter de las costumbres. Lo bueno en un lugar puede ser malo y hasta escandaloso en otro; la conducta reprochable de ayer a veces deja de serlo hoy. El mismo Séneca (filósofo romano que los españoles nos recuerdan siempre que nació en Córdoba) expresaba: "Los que antes fueron vicios, ahora son costumbres" (Obra citada, epístola 39, sec. 6). Advirtamos que hubo tiempos en que se consideraba inmoral prestar dinero con interés; en la sociedad actual ese contrato se estima beneficioso y a nadie repugna cuando el interés que se cobra es equitativo.

La conciencia general es la que dictamina sobre lo bueno y lo malo; nada importa que haya opiniones disidentes aisladas.

291. Efectos de la ley en cuanto a la sanción; distinción entre las leyes imperativas, prohibitivas y permisivas

En su oportunidad tuvimos ocasión de referirnos a esta clasificación con relación a las normas jurídicas en general.

Toda norma jurídica es imperativa, pues contiene una orden; sin embargo, como ésta puede ser de diversa especie, las leyes, atendiendo a su contenido, se clasifican en imperativas, prohibitivas y permisivas. Nuestro Código Civil enuncia la distinción al señalar que la ley "manda, prohíbe o permite" (art. 1º).

La doctrina tradicional daba gran importancia a esta clasificación, porque la sanción dependería de la especie de norma infringida. La sanción es la consecuencia jurídica que para el infractor de la norma trae el hecho de haberla desconocido o violado.

292. Caracterización de las diversas normas

a) Ley imperativa, llamada también preceptiva o forzosa positiva, es la que contiene la orden de observar un determinado comportamiento positivo; impone el deber de hacer algo, como cumplir determinadas solemnidades en la celebración de un acto jurídico, prestar alimentos a ciertos parientes bajo determinados supuestos, etc.

b) Ley prohibitiva, o forzosa negativa, es la que impone observar un determinado comportamiento negativo, esto es, una abstención u omisión que no puede sustituirse por ningún comportamiento positivo. Ejemplo típico es la prohibición de donar bienes raíces del pupilo, aun con previo decreto de juez (C. Civil, art. 402). En este caso la abstención de donar los inmuebles del pupilo, el guardador no puede transformarla en ninguna forma en una conducta positiva, como sería el hacer la donación obteniendo autorización judicial. La ley prohibitiva envuelve un deber de abstención absoluta. Una prohibición que puede sustituirse por un comportamiento positivo no constituye ley prohibitiva. Una norma del Código expresa que "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" (art. 2144). En esta hipótesis la prohibición puede sustituirse por un comportamiento positivo: comprar o vender dichas cosas con aprobación expresa del mandante. Se trata, pues, de una ley imperativa y no de una prohibitiva. Del mismo modo, es una ley forzosa positiva y no forzosa negativa la disposición según la cual "sin previo decreto judicial no podrá el tutor o curador proceder a la división de bienes raíces o hereditarios que el pupilo posea con otros proindiviso" (C. Civil, art. 396, inc. 1º). Estamos en presencia de una ley imperativa porque se admite el comportamiento positivo: proceder a la división mencionada con previo decreto de juez.

Fluye de los ejemplos que no es la forma gramatical positiva o negativa la que imprime carácter imperativo o prohibitivo a una ley, sino la posibilidad que ésta da o no da de realizar algún comportamiento positivo.

Hay normas en que la posibilidad del comportamiento positivo en lugar del negativo prescrito la ofrecen de un modo implícito, por ser de puro interés privado. De acuerdo con el Código, por ejemplo, "el dueño del predio sirviente no puede alterar, disminuir, ni hacer más incómoda para el predio dominante la servidumbre con que está gravado el suyo" (art. 830, inciso 1º). Pues bien, nada impide celebrar un pacto en contrario; los dueños de ambos predios podrían celebrar un contrato en que, mediante alguna compensación, la servidumbre resultara un poco más incómoda para el predio dominante. La norma apuntada, si bien obsta a que el dueño del predio sirviente por sí solo altere la servidumbre, no se opone a que lo haga con el asentimiento del dueño del predio dominante, ya que sólo aparece comprometido el interés privado de éste. Por eso se ha explicado, en general, que el concepto de ley prohibitiva supone no sólo el mandato de un comportamiento negativo, sino también el requisito de la correspondencia a una exigencia de orden público, y mal podrían calificarse de prohibitivas leyes que aun cuando ordenan una conducta negativa no ponen en juego un interés público, sino uno puramente privado.6

c) Ley permisiva. Como su nombre lo indica, ley permisiva es la que permite, concede o autoriza hacer o no hacer algo, realizar una acción o una abstención, debiendo el otro sujeto o los otros sujetos tolerar que la persona beneficiada con el permiso haga o no haga lo que expresamente se le ha permitido.

El mandato, la imperatividad de la ley permisiva, radica en la imposición a los sujetos pasivos de tolerar una acción u omisión de otra persona.7

No necesitamos dar mayores explicaciones porque todo lo dicho al hablar de la imperatividad de las normas permisivas (supra Nº 26) es aplicable en este lugar y debe tenerse por reproducido.

293. Sanción de las leyes prohibitivas

Por lo general, las leyes prohibitivas tienden a resguardar serios y graves intereses morales o de conveniencia pública; lógicamente entonces el acto contraventor sufre la sanción máxima: la nulidad. "Los actos que la ley prohíbe –dice el Código Civil– son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención" (art. 10). Esta nulidad es la absoluta, según se desprende de otras disposiciones, como las que expresan que hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes (art. 1466) y que la nulidad producida por objeto ilícito es nulidad absoluta (art. 1682).

Sin embargo, el legislador estima a veces más adecuada una sanción distinta y "designa expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención". Así, por ejemplo, el Código prohíbe constituir dos o más fideicomisos sucesivos; pero, si de hecho se constituyen, como sanción se dispone que adquirido el fideicomiso por uno de los fideicomisarios nombrados, se extingue para siempre la expectativa de los otros (art. 745). Algo similar ocurre con la prohibición de constituir dos o más usufructos sucesivos o alternativos: si de hecho se constituyen, los usufructuarios posteriores se consideran como substitutos, para el caso de faltar los anteriores antes de deferirse el primer usufructo, y el primer usufructo que tenga efecto hace caducar los otros; pero no dura sino por el tiempo que le estuviere designado (art. 769).

294. Sanción de las leyes imperativas

Genéricamente, al revés de lo que ocurre con las leyes prohibitivas, no tienen una sanción determinada. Esta habrá que buscarla en cada caso. Y así, si una ley impone un requisito o formalidad para el valor de cierto acto o contrato, en consideración a la naturaleza de éstos, y tal requisito o formalidad se omite, la sanción es la nulidad absoluta del acto o contrato. Si el requisito o la formalidad se exige en razón de la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, la sanción es la nulidad relativa del acto o contrato en que se prescinde de aquel requisito o formalidad (art. 1682). Hay

también leyes imperativas sin sanción; por ejemplo, no es nulo ni tiene otra sanción el testamento en que se omiten ciertas designaciones que la ley manda que se hagan, siempre que no surja duda acerca de la identidad personal del testador, escribano o testigo (art. 1026, inciso 2º).

295. Sanción de las leyes permisivas

En ninguna parte se establece tampoco, en forma genérica, una sanción para el desconocimiento o violación de las leyes permisivas; será preciso buscarla concretamente en cada especie. Además de obligar por la fuerza a respetar el derecho infringido, cuando ello es posible, normalmente la sanción de la ley permisiva será la indemnización de perjuicios; todavía, salvas quedan las penas que pueda señalar la ley en algunas hipótesis.

296. Escasa importancia de la clasificación

La clasificación de las leyes en imperativas, prohibitivas y permisivas hoy la doctrina moderna le niega toda importancia práctica: la cual existiría si no solo las prohibitivas, sino también las imperativas y permisivas, tuvieran una sanción genérica a falta de una especial y expresa y, como se ha visto, las leyes imperativas y permisivas carecen de aquélla. Pero hay más. La sanción genérica de las leyes prohibitivas sólo reza cuando regulan un acto jurídico, porque sólo respecto de ellos cabe la nulidad y, en consecuencia, cuando la prohibición se refiere a un hecho, tal sanción jamás podrá ir a buscarse en el artículo 10 del Código Civil.

Los fines prácticos que con la clasificación tripartita analizada se han pretendido alcanzar, mucho mejor se logran con la amplia distinción entre normas de orden público y de orden privado: las primeras, consistan en mandatos imperativos o prohibitivos, siempre traen aparejada la nulidad del acto que las desconoce o viola; las segundas, en cambio, dan margen a la nulidad relativa del acto infractor, la inoponibilidad u otras medidas adecuadas, según los casos.

297. La nulidad establecida por la ley no puede dejar de aplicarse aunque en un caso no concurran los motivos que la inspiraron

Ordena el Código que "cuando la ley declara nulo algún acto, con el fin expreso o tácito de precaver un fraude, o de proveer a algún objeto de conveniencia pública o privada, no se dejará de aplicar la ley, aunque se pruebe que el que ella anula no ha sido fraudulento o contrario al fin de la ley" (art. 11). Esta disposición tiende a impedir la burla de la sanción de nulidad y veda al juez considerar pruebas que en un caso concreto podrían destruir las razones en que se apoya la ley. Por último, los actos o contratos que la ley declara inválidos, no dejan de serlo por cláusulas que en ellos se introduzcan y en que se renuncie la acción de nulidad (C. Civil, art. 1469).

CAPITULO XVI

EFICACIA DE LA LEY EN EL TIEMPO

A. NOCIONES PREVIAS

298. La eficacia de las normas jurídicas está limitada en el tiempo y en el espacio

La esfera normal de aplicación de las normas jurídicas la determina, por una parte, el territorio sobre el cual impera la autoridad soberana que las dicta; por otra, el tiempo que media entre el día en que la ley comienza a regir y aquel en que cesa su fuerza obligatoria. "Y éstos son los límites naturales fijados a la eficacia de sus preceptos, no pudiendo ellos, por regla general, regir relaciones formadas en un tiempo anterior o en el territorio de otra organización estatal sometida a diversa soberanía. Pero estos límites no son absolutos, puesto que las necesidades de las relaciones internacionales exigen a veces que las relaciones que se producen en un Estado sean reguladas por normas de otro y las de la vida interna exigen que a las relaciones constituidas bajo el imperio de una norma se apliquen retroactivamente los preceptos de otra posterior". 1

"Se producen así conflictos de leyes en la doble forma de colisiones entre leyes contemporáneamente vigentes en territorios diversos o de colisiones entre leyes que emanan de una misma soberanía, pero que rigen en tiempos diversos. Para resolverlos, hay reglas especiales dictadas expresamente por el legislador o aconsejadas por la ciencia y deducidas de la naturaleza de las relaciones a que se refieren".2

299. Terminología

Los autores estudian bajo diversos títulos los problemas que engendra la sucesión de las leyes en el tiempo. Algunos hablan de "colisión de las leyes en el tiempo", otros de "retroactividad e irretroactividad de las leyes", y otros, en fin, de "efectos de la ley en el tiempo".

Lo mismo acontece con las cuestiones que plantea el contacto de leyes de diversos Estados. La doctrina sistematiza su estudio a la sombra de diversas denominaciones, como las de "colisión de las leyes en el espacio", "efectos de la ley en cuanto al territorio", "límite jurisdiccional de la ley", etc.

Primero se tratarán los efectos de la ley en cuanto al tiempo, y después, en cuanto al territorio.

B. GENERALIDADES SOBRE EFECTOS DE LA LEY EN CUANTO AL TIEMPO

300-311. Distinción de tres períodos

Respecto a la vigencia y obligatoriedad de la ley, pueden distinguirse tres períodos:
a) El que media entre su entrada en vigor y su derogación;
b) El anterior a su entrada en vigor, y
c) El posterior a su derogación.

312. a)Aplicación de la ley entre el día de su entrada en vigor y el de su derogación

Normalmente, una ley se hace obligatoria y comienza a aplicarse desde el día de su entrada en

vigor, o sea, desde la fecha en que se publica o desde una posterior que la misma ley establece, y su vigencia dura hasta que es derogada por otra ley o hasta que acaece el hecho que fija su extinción. La ley rige indudablemente todos los actos y hechos que se realizan durante este período.

313. b)Aplicación de la ley desde el día de su entrada en vigor. Principio de la no retroactividad

Los hechos, relaciones o situaciones jurídicas que han surgido y producido todos sus efectos bajo el imperio de la ley antigua, no son, naturalmente, alcanzados por la nueva norma. Pero el problema se presenta con respecto a los hechos, relaciones o situaciones que han nacido al amparo de los preceptos de una ley y por una razón cualquiera vienen a desarrollarse o a producir todos o algunos de sus efectos cuando dicha norma ya no rige y tiene imperio otra. En estos casos, ¿qué ley debe aplicarse?, ¿la antigua o la nueva?

El artículo 9º de nuestro Código Civil contiene al respecto un principio universalmente aceptado: "La ley –dice– puede sólo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo".

Este texto, afirman Colin y Capitant, encierra en realidad dos reglas:

1) la ley dispone para el porvenir: rige todos los actos y situaciones que se produzcan en adelante;

2) la ley nada dispone sobre los hechos que han pasado, que se han realizado con anterioridad a su entrada en vigor.

De estas dos normas contenidas en el artículo 9º, la segunda es la que constituye el principio de la no retroactividad de las leyes.3

314. Efecto retroactivo de la ley y efecto inmediato

La distinción entre efecto retroactivo y efecto inmediato es fundamental. Ha sido brillantemente precisada y desenvuelta por Roubier.

Cuando la ley nueva alcanza con sus efectos al tiempo anterior a su entrada en vigor, penetrando en el dominio de la norma antigua, se dice que tiene efecto retroactivo, porque la ley vuelve sobre el pasado.4

La definición de la retroactividad es muy sencilla. Consiste en la prolongación de la aplicación de la ley a una fecha anterior a la de su entrada en vigor. Es como ha dicho Valette, una ficción de preexistencia de la ley.5

Solo la ley nueva, desde su entrada en vigor, rige el porvenir. Aquí hablamos de efecto inmediato: la ley nueva no permite más la subsistencia de la ley antigua, ni siquiera para las situaciones jurídicas nacidas en el tiempo en que esta última regía; los efectos de ellas producidos después de la entrada en vigor de la nueva norma, quedan sujetos a ésta, en virtud del efecto inmediato.6

El efecto inmediato debe considerarse como la regla general. La ley nueva se aplica desde su promulgación a todas las situaciones que se produzcan en el porvenir y a todos los efectos, sea que emanen de situaciones jurídicas nacidas antes de la vigencia de la nueva ley, o después. Por lo tanto, en principio, la ley nueva debe aplicarse inmediatamente desde el día fijado para su entrada en vigencia, de acuerdo con la teoría de la promulgación de las leyes. Dicho día determina la separación de los dominios de las dos leyes.7

315. Justificación de la irretroactividad

Las razones que han determinado el establecimiento de este principio, son muy sencillas. Ninguna seguridad y confianza tendrían los particulares si su fortuna, sus derechos, su condición personal y los efectos de sus actos y contratos fueran a cada instante puestos en discusión, modificados o suprimidos por un cambio de parecer del legislador. El interés general, que no es aquí sino la resultante de los intereses individuales, exige, pues, que lo hecho regularmente bajo una ley, sea considerado válido y, en consecuencia, inamovible, a pesar del cambio de legislación.8

316. Justificación del efecto inmediato producido por la ley nueva

Todo el mundo se halla de acuerdo en que el principio de la no retroactividad se justifica por razones de seguridad jurídica. Pero las divergencias surgen cuando se trata de señalar el fundamento del efecto inmediato.

Algunos lo justifican diciendo que la ley nueva debe necesariamente reputarse mejor que la antigua y, por lo tanto, aplicarse inmediatamente; otros lo basan en la simple voluntad legislativa; no faltan, en fin, quienes lo justifican por las dificultades prácticas que traería la sobrevivencia ilimitada de la ley antigua. Paul Roubier propone otra explicación que parece ser más acertada. "Nosotros vivimos, dice, bajo el régimen de la unidad de legislación y no se concibe que leyes diferentes puedan regir simultáneamente situaciones jurídicas de la misma naturaleza, porque ello constituiría un peligro para el comercio jurídico. El efecto inmediato se justifica también, pues, por una necesidad de seguridad jurídica".9

317. El principio de irretroactividad ante el legislador

Como hemos visto, el principio de irretroactividad se halla consagrado entre nosotros, en el Código Civil, y no en la Constitución Política. Por lo tanto, no puede obligar al legislador, ya que éste sólo está subordinado a la Carta Fundamental.

Esto por lo que atañe a materia civil; pero en cuanto a materia penal, el legislador no puede dictar leyes retroactivas, porque la Constitución se lo impide, al decir: "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" (art. 19, Nº 3, penúltimo inciso).

Hay también, en materia civil, una prohibición indirecta, en lo que se refiere al derecho de propiedad, que impide al legislador dictar leyes retroactivas. En efecto, "la Constitución asegura a todos los habitantes de la República, el derecho de propiedad en sus diversas especies… 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, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dicho tribunal. A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado" (art. 19, Nº 24).

Ahora bien, la circunstancia de que una ley que atente contra el derecho de propiedad constituido regularmente bajo el imperio de otra, sea inconstitucional, hace que el legislador no pueda dictar leyes retroactivas con respecto al derecho de propiedad.

En resumen, el legislador es libre para dictar leyes retroactivas; pero, excepcionalmente, no lo puede hacer en materia penal y en cuanto al derecho de dominio.

318. Justificación de las leyes retroactivas

Por lo general, el legislador no dicta leyes retroactivas, pues comprende la gravedad de éstas. Pero muchas veces el progreso y la evolución de la vida social, exigen normas retroactivas. Sin ellas, la abolición de la esclavitud, de los derechos señoriales y feudales, no habría sido posible.

319. Leyes retroactivas dictadas en Chile

En nuestro país se han dictado diversas leyes retroactivas, la mayor parte por razones de justicia social.

En 1924 se promulgó la Ley sobre Empleados Particulares. Estableció la indemnización por años

de servicios, no sólo a contar desde su fecha, sino también por el tiempo servido con anterioridad.

La Ley 5.001, de 13 de noviembre de 1931, dispuso en su artículo 1º, que la renta de arrendamiento de los predios urbanos y rústicos debía ser pagada, durante su vigencia, con una rebaja de un 20 por ciento con relación a la que el mismo arrendatario pagaba el 1º de enero de 1931. De manera que la situación establecida por los contratos de arrendamiento, con anterioridad a la promulgación de la ley, vino a ser modificada.

Hay muchas más; pero por vía de ejemplo bastan las anteriores. En todo caso, van en aumento por razones de rapidez de los cambios.

320. El principio de irretroactividad ante el juez

El artículo 9º del Código Civil es, como toda ley, obligatorio para el juez. Este, en virtud de su mandato, no puede aplicar una ley con efecto retroactivo. Naturalmente que si el legislador dicta una ley con efecto retroactivo, el juez debe aplicarla con ese efecto; el artículo 9º no sería un obstáculo, porque su prescripción es para el caso en que el legislador no dicte una ley retroactiva.

321. La retroactividad debe ser expresa

El principio de irretroactividad, como ya lo hemos manifestado, sólo liga al juez, pero no al legislador. La regla del artículo 9º del Código Civil constituye una ley ordinaria que puede ser derogada por otra ley. Pero esta derogación debe ser cierta y formalmente decretada por el legislador; de otro modo, el artículo 9º mantiene su imperio. En efecto, dice Roubier, es evidente que si se desea que el artículo 9º tenga algún sentido, o sea el de ligar al juez, esto no se conseguiría si pudiera el magistrado dejar de aplicar dicha norma bajo el pretexto, más o menos demostrado, de una intención tácita del legislador. En este caso, como la disposición legal a nadie comprometería, ni al juez ni al legislador, bien podría estimarse borrada de nuestra legislación. En vano se nos opone, continúa Roubier, la gran autoridad de ciertos jurisconsultos clásicos como Aubry y Rau, que han aceptado en forma premeditada una retroactividad tácita o "implícita" del legislador, pues estos autores, colocándose en el terreno de la doctrina de los derechos adquiridos, definen de tal manera la retroactividad que sólo introducen la simple aplicación inmediata de la ley. Y de ahí resulta, entonces, que se ven naturalmente arrastrados a aceptar que esta aplicación inmediata puede tener lugar a base de una voluntad tácita del legislador.10

Pero si se define la retroactividad en su estricto sentido, como la acción de volver sobre hechos consumados, el legislador puede imponerla sólo en forma expresa. Y ello, porque dicha retroactividad es contraria a la función del juez, que es simplemente declaratoria del derecho: la misión del juez es buscar y determinar los efectos jurídicos producidos en el pasado, lo cual no puede hacer sino a la luz de la ley vigente en el día en que tales efectos se produjeron.11

Si el legislador no ha decretado expresamente el efecto retroactivo de la ley nueva, debe el juez estudiar esta última y aplicarla de modo que no produzca dicho efecto.

322. La retroactividad es de derecho estricto

La jurisprudencia ha tenido ocasión de declararlo. Así nuestra Corte Suprema ha dicho "que la disposición de la Ley Nº 6.020 que estableció la retroactividad para los efectos del aumento de sueldos, es una regla de excepción, que debe interpretarse y aplicarse en forma restrictiva, esto es, conforme a sus propios términos y, como se refiere a sueldos, no puede alcanzar a los sobresueldos provenientes de horas extraordinarias trabajadas".12

323. Disposiciones transitorias

Muchas veces el legislador dicta las llamadas disposiciones transitorias, mediante las cuales

previene los conflictos entre la ley antigua y la nueva al determinar los efectos precisos que ésta debe producir en las relaciones o situaciones anteriores. Antes de aplicar la ley de efecto retroactivo que existe entre nosotros, es preciso ver si la ley nueva contiene disposiciones transitorias y sólo si no existen o si las que hay presentan vacíos, se aplican las normas de la ley de efecto retroactivo.

324. Teorías sobre la determinación del efecto retroactivo

Cuando no existen disposiciones transitorias en la nueva ley, es el juez el llamado a precisar los límites de la nueva norma con respecto a los hechos pasados. Y ha de hacerlo, según el artículo 9º, de tal modo que no le dé efecto retroactivo. ¿Qué principios, qué criterios le servirán de guía para lograr este objetivo? Innumerables teorías se empeñan en señalar el camino.

Nosotros limitaremos nuestra atención a la "teoría de los derechos adquiridos y de las simples expectativas", llamada "clásica" y a la teoría de Paul Roubier. Estudiaremos la primera, por constituir el centro de todas las demás y por estar en ella fundada nuestra Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes. Y nos referiremos brevemente a la segunda, por ser una de las más modernas y completas.

325. Teoría de los derechos adquiridos y de las simples expectativas

Su origen hállase en la teoría de Blondeau, expuesta en su obra Ensayo sobre el llamado efecto retroactivo de las leyes ("Essai sur ce qu'on apelle l'effet retroactif des lois"), publicada en 1809. Pero no es este autor, como se cree generalmente, el primero que expuso en forma clara la distinción entre derechos adquiridos y simples expectativas; antes que él, Portalis, uno de los principales redactores del Código Civil Francés, al discutirse la redacción del artículo 2º de ese cuerpo legal, había hecho ya tal distinción.

Más tarde, dio a la teoría una sólida construcción orgánica Lasalle, en su libro Sistema de los derechos adquiridos ("System des erwobenen Rechts").

Su último brillante defensor y elaborador más perfecto, ha sido el italiano Gabba, con su obra Teoría de la retroactividad de la ley ("Teoría della retroattivitá delle legi").

La teoría clásica, hasta principios del presente siglo, contaba con la adhesión casi unánime de los autores y la jurisprudencia. Pero desde entonces innumerables ataques se le han hecho, dando lugar, como resultado, a la formulación de nuevas teorías que tratan de llenar sus vacíos.

Si bien los partidarios de la teoría clásica coinciden en el fondo de sus afirmaciones, demuestran, sin embargo, cierta diversidad de criterio en muchos puntos. Y por esto, y en vista de la imposibilidad de consultar todos los pareceres, nos atendremos en nuestra exposición a las conclusiones del autor que ha conducido a la teoría del derecho adquirido a la máxima perfección científica posible, Gabba.

La teoría que nos ocupa puede enunciarse así: una ley es retroactiva cuando lesiona intereses que para sus titulares constituyen derechos adquiridos en virtud de la ley antigua; pero no lo es cuando sólo vulnera meras facultades legales o simples expectativas.

El juez no debe, en una controversia que recae sobre un derecho adquirido bajo la ley precedente, aplicar la ley nueva; pero puede hacerlo si el juicio versa sobre un hecho que bajo la ley antigua sólo constituía una mera facultad legal o una simple expectativa.

Se entiende por derechos adquiridos, según la más precisa definición de Gabba, todos aquellos derechos que son consecuencia de un hecho apto para producirlos bajo el imperio de la ley vigente al tiempo en que el hecho se ha realizado y que han entrado inmediatamente a formar parte del patrimonio de la persona, sin que importe la circunstancia de que la ocasión de hacerlos valer se presente en el tiempo en que otra ley rige.13

Los derechos adquiridos entran en el patrimonio por un hecho o acto del hombre (por ejemplo, el derecho de crédito que nace en virtud de un contrato) o directamente por ministerio de la ley, aquellos que se obtienen "ipso jure".

Las facultades legales constituyen el supuesto para la adquisición de derechos y la posibilidad de tenerlos y ejercerlos, como, por ejemplo, la capacidad de obrar, la facultad de testar.

Las simples expectativas son las esperanzas de adquisición de un derecho fundado en la ley vigente

y aún no convertidas en derecho por falta de alguno de los requisitos exigidos por la ley; por ejemplo, la expectativa a la sucesión del patrimonio de una persona viva.14

Ahora bien, la ley nueva no puede lesionar, si el legislador no le ha dado efecto retroactivo, los derechos adquiridos; pero sí puede vulnerar las facultades legales y las simples expectativas, porque ni aquéllas ni éstas constituyen derechos que hayan entrado definitivamente a formar parte del patrimonio de una persona. Y de aquí se deriva una consecuencia importante: puesto que en el patrimonio no entran sino los derechos privados, toda una serie de derechos se substrae al principio de la irretroactividad como son los que derivan de normas de carácter puramente político o administrativo, que no pueden dar lugar a derechos adquiridos.15

326. Críticas a la teoría clásica

1) Desde luego, hay incertidumbre sobre el significado del principio en que se funda. La intangibilidad del derecho adquirido ¿significa sólo respeto de su existencia, o también de las consecuencias que constituyen sus varias manifestaciones? En otras palabras, ¿son estas últimas simples expectativas o derechos adquiridos? Los partidarios de la teoría opinan en forma contradictoria.

2) Muchas veces, y precisamente en los casos más graves, resulta imposible distinguir de un modo indudable si una determinada situación jurídica es derecho adquirido o mera expectativa o abstracta facultad legal y si, por lo tanto, la nueva norma tiene o no con respecto a ella efecto retroactivo.16

Un ejemplo típico de esta incertidumbre lo ofrecen los conflictos de leyes en materia de mayor edad. Si la nueva norma eleva de dieciocho a veinte años el límite de la menor edad (sin que nada se disponga por vía transitoria), ¿volverán a ser menores los que eran ya mayores por haber cumplido los dieciocho años? Algunos, como Demolombe, Windscheid y Gianturco, se pronuncian por la afirmativa, basándose en el concepto de que la mayor edad es sólo una capacidad y entra, por tanto, en la categoría de las facultades legales; solamente los actos realizados con los terceros, por quienes, según la ley antigua habían alcanzado la mayor edad, no serían afectados por la nueva ley, porque tales actos constituyen para él y los terceros derechos adquiridos. A juicio de otros, como Gabba, Savigny y Regelsberger, constituye un derecho adquirido la mayor edad en cuanto que el estado personal, una vez adquirido, se convierte en derecho intangible.17

A pesar de todas las definiciones es, pues, en muchos casos imposible dar un criterio único y seguro para distinguir los derechos adquiridos de las simples expectativas.

3) La teoría clásica no resuelve el problema de la retroactividad con respecto a los derechos que no forman parte del patrimonio, como son los de familia, puesto que considera como elemento característico del derecho adquirido el entrar a formar parte del patrimonio. No considera, pues, todos los derechos privados, por más que en la expresión verbal se les quiera comprender a todos los que pueden llamarse adquiridos, sino sólo a los patrimoniales.

327. Defensa de la teoría clásica

Los vacíos de la teoría clásica determinaron su rechazo por calificados autores y la elaboración de otras que tienden a corregir sus defectos. Sin embargo, entre los autores contemporáneos la ha defendido el profesor francés Louis Josserand. Según éste, afirmar, como lo han hecho algunos, que la distinción entre derechos adquiridos y simples expectativas es inaplicable y desprovista de significación práctica, resulta una exageración. Indudablemente, agrega, que es preciso renunciar a la fijación de un criterio uniforme para distinguir los derechos adquiridos y las simples expectativas; pero no puede sostenerse que este criterio constituya sólo una quimera. En realidad, la distinción que tanto se combate es cuestión de tacto, de sentimiento, de matices; puede dar margen a opiniones divergentes, pero, no obstante, es capaz de prestar útiles servicios en el problema de la irretroactividad, sobre todo si se tiene presente el fundamento de ésta, cual es el de procurar la confianza de los particulares en el legislador. Decir que la ley debe respetar los derechos adquiridos, significa que la ley no debe burlar la confianza que en ella depositamos y que las situaciones establecidas, los actos realizados bajo su protección deben permanecer intactos, ocurra lo que ocurra. Todo lo demás, excepto lo dicho, es simple esperanza, más o

menos fundada, que el legislador puede destruir a voluntad.18

Concebida así, termina Josserand, la regla de irretroactividad se torna más concreta, positiva y práctica.19

328. Teoría de Paul Roubier

M. Paul Roubier, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lyon, expuso la teoría de que es autor en su obra Los conflictos de las leyes en el tiempo (2 tomos, París, 1929-1933; 2ª edición refundida en 1 tomo, París, 1960), considerada como uno de los mejores trabajos modernos sobre el problema de la retroactividad.

El sistema de Roubier, que aquí sólo nos limitaremos a insinuar, reposa sobre la distinción entre efecto retroactivo, que es la aplicación de la ley en el pasado, y efecto inmediato, que es su aplicación en el presente.

El problema radica en determinar la acción de la ley frente a las situaciones jurídicas, amplio término que constituye una de las bases de la teoría, y que puede definirse como "la posición que ocupa un individuo frente a una norma de derecho o a una institución jurídica determinada".

La noción de situación jurídica es, en concepto de Roubier, superior al término derecho adquirido, porque no entraña forzosamente como éste un carácter subjetivo, pudiendo aplicarse a situaciones como las del menor, interdicto, pródigo, etc., en las cuales no puede siquiera hablarse de derechos adquiridos; no puede decirse que el estado de interdicción, de menor edad, de pródigo, es un derecho adquirido, pero sí que es una situación jurídica. También es superior a la noción de relación jurídica, tan usada en la ciencia contemporánea, y que presupone una relación directa entre dos personas, lo que no ocurre con la situación jurídica, que puede ser unilateral y oponible a todos.20

La teoría del profesor lionés parte de la observación de que toda situación jurídica puede ser sorprendida por la nueva ley en diversos momentos, ya sea en el de su constitución, o en el de su extinción, o en el momento en que produce sus efectos.

La ley nueva tiene efecto retroactivo si ataca a las situaciones jurídicas ya constituidas o extinguidas o a los elementos ya existentes que forman parte de la constitución o de la extinción de una situación jurídica en vías de constituirse o extinguirse.21

Por el contrario, la ley nueva sólo produce efecto inmediato si rigen, desde su entrada en vigor, los efectos de las situaciones jurídicas anteriormente establecidas, así como su extinción y la constitución de situaciones jurídicas nuevas.22

El efecto inmediato es la regla; pero hay que considerar una excepción tradicional y muy importante, que Roubier justifica en virtud del mismo fundamento de la regla. El efecto inmediato de la ley, que tiende a asegurar la unidad de la legislación, no afecta a los contratos, los cuales constituyen, por su esencia, instrumentos de variedad jurídica. Las leyes nuevas no producen efectos sobre los contratos vigentes. Pero la excepción sólo tiene lugar en la medida en que los contratos representan instrumentos de diferenciación, o sea, en la medida en que su contenido queda entregado a la voluntad creadora de los individuos; los que no tienen otro efecto que provocar la aplicación de un estatuto legalmente establecido, quedan sometidos a la nueva ley desde su entrada en vigor. Así sucede con los contratos del Derecho de Familia: matrimonio, adopción, etc.; la ley nueva que modifica los efectos o los modos de disolución del matrimonio, se aplica inmediatamente a los matrimonios anteriormente celebrados.23

C. RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES INTERPRETATIVAS

329. Concepto sobre las leyes interpretativas

Leyes interpretativas son aquellas mediante las cuales el legislador se propone determinar el sentido dudoso, oscuro o controvertido de una ley anterior.24

¿Cómo saber si una ley es o no interpretativa? Para cerciorarnos, debemos atender a dos características que le son inherentes:

1) La ley nueva viene a fijar el sentido incierto de la antigua; y

2) Adopta una solución que podría haber consagrado la jurisprudencia, pues en este caso el legislador se transforma, por un momento, en mero intérprete del Derecho, a la manera del juez.

Poco importa que la nueva ley declare expresamente o no su carácter interpretativo; lo que sí es menester que aparezca en ella el espíritu de declarar el sentido de otra ley.25 Y aun, supongamos que una ley diga expresamente que es interpretativa, ¿bastará esta declaración para darle esa fisonomía, pensando que el legislador es soberano para hacer lo que le plazca? No, dice Roubier, porque no está en la mano del hombre transformar la naturaleza de las cosas; no puede el legislador hacer que una cosa sea lo que no es.26

Y si al juez se le presenta una ley que manifiesta ser interpretativa y si de su estudio el magistrado concluye que no lo es, deberá decir que está falsamente calificada de interpretativa; pero, por cierto, le dará todos los efectos que el legislador le dio. Y si éste, mediante el subterfugio de la interpretación, quiso darle efecto retroactivo, el juez debe dárselo, porque su misión es aplicar la ley.

330. Jurídicamente en el Derecho chileno las leyes interpretativas no pueden estimarse retroactivas

Para que el problema de la retroactividad surja, es menester la coexistencia de dos leyes de diversas fechas. Tratándose de las leyes interpretativas, esto no ocurre, porque, de acuerdo con el inciso 2º del artículo 9º del Código Civil, las leyes que se limitan a declarar el sentido de otras, se entienden incorporadas en éstas, es decir, las leyes interpretativas se consideran que forman parte de las interpretadas.

Por una ficción se supone que la ley interpretativa forma un solo todo con la interpretada, porque "al decir cómo debe entenderse la ley anterior, el legislador se limita a reiterar su voluntad ya existente, no a hacer una nueva declaración de su voluntad". De ahí que tenga base lógica dicha ficción.

Al expresar el artículo 9º que las leyes interpretativas se entenderán incorporadas en las interpretadas, quiere decir que deben aplicarse desde la fecha de estas últimas leyes, y al aplicarse en esta forma no producen efecto retroactivo, porque éste entraña un conflicto de dos leyes de diversas fechas. Sin embargo, según hemos visto antes, en doctrina la ficción es atacada y algunos autores, como Roubier, afirman que en la realidad hay verdadera retroactividad.

331. Límites de la ficción que supone que la ley interpretativa forma un solo todo con la interpretada

Dice el artículo 9º, en su inciso 2º:

"Sin embargo, las leyes que se limitan 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".

Supongamos que haya una ley que exija la concurrencia de cinco testigos para reconocer validez a una clase de testamentos, pero no precise si aquéllos deben ser hombres o si también pueden ser mujeres. Si más tarde una ley interpretativa determina que todos los testigos deben ser varones, quiere decir que los testamentos otorgados entre la primera y segunda ley y que no cumplan con este requisito, serán nulos, porque esta exigencia se entiende existir desde la fecha de la primera ley, en virtud de la primera parte del inciso 2º del artículo 9º. Pero si en el tiempo intermedio se hubiere discutido judicialmente la validez de algún testamento otorgado con la concurrencia de testigos mujeres, y una sentencia ejecutoriada lo declaró válido antes de dictarse la ley interpretativa, ésta no afectará en manera alguna los efectos del fallo, es decir, los derechos que hubiere declarado. Ese testamento, judicialmente declarado válido, seguirá siéndolo en virtud de la segunda parte del inciso 2º del artículo 9º.

Pero, nótese bien, que si en el momento de dictarse la ley interpretativa el litigio se encuentra pendiente, se fallará con arreglo a las disposiciones de esta última ley, porque la excepción sólo rige tratándose de sentencias ejecutoriadas en el tiempo intermedio.

La razón en virtud de la cual las sentencias ejecutoriadas quedan inamovibles aunque se hallen en desacuerdo con la verdadera voluntad del legislador, expresada en la ley interpretativa, radica en que,

ejecutoriado el fallo, ya no es posible volver a abrir el pleito, pues se opone la autoridad de la cosa juzgada.

332. En el hecho, las leyes interpretativas tienen efecto retroactivo, salvo frente a situaciones reconocidas por una sentencia ejecutoriada

Como lo demuestra el ejemplo relativo a los testamentos, del número anterior, si una ley interpretativa declara que un acto debe celebrarse con tal requisito y el acto se realiza con otro que parecía exigir la ley interpretada, ese acto es nulo, porque el requisito exigido por la ley interpretativa se considera que lo exigía la ley interpretada, a causa de la ficción que supone incorporada aquélla en ésta. Jurídicamente la ley interpretativa existía desde la fecha de la ley interpretada y de ahí que se estime que la alteración que ella provoca de las situaciones jurídicas constituidas al amparo del sentido que se daba a la ley interpretada, no importa efecto retroactivo. Pero, como se comprenderá, en el hecho ese efecto entraña, ya que la ley interpretativa se aplica a situaciones jurídicas constituidas antes de su entrada en vigencia.

Sólo escapan a este efecto retroactivo de hecho, las situaciones reconocidas por una sentencia judicial ejecutoriada, dictada antes de la promulgación de la ley interpretativa por oponerse la autoridad de cosa juzgada.

D. LA NO RETROACTIVIDAD EN LAS LEYES DE DERECHO PRIVADO

333. Ley sobre el efecto retroactivo de las leyes

La Ley sobre el efecto retroactivo de las leyes, de 7 de octubre de 1861, tiene por objeto, como lo dice su artículo 1º, decidir los conflictos que resulten de la aplicación de las leyes dictadas en diversas épocas.

Partiendo del principio consagrado en el artículo 9º del Código Civil, no hace más que deducir sus consecuencias.

Se funda en la teoría de los derechos adquiridos y las meras expectativas, pero en algunos puntos se aparta de sus soluciones y establece otras que han parecido más justas y adecuadas al legislador.

Comenzaremos su estudio con las disposiciones que se refieren al problema de la no retroactividad con respecto a las leyes sobre el estado civil de las personas.

E. LEYES SOBRE EL ESTADO CIVIL

334. Generalidades

El estado civil es la calidad permanente que ocupa un individuo en la sociedad en orden a sus relaciones de familia.

Hay estado civil de casado, viudo, de hijo legítimo o ilegítimo, etc.

Para estudiar el problema de la retroactividad con respecto a las leyes que rigen el estado civil, es preciso distinguir:

a) entre el estado civil adquirido y el que aún no lo ha sido, y

b) entre el estado civil mismo y las consecuencias que de él derivan.

335. Estado civil adquirido

Dice el artículo 3º de la Ley sobre efecto retroactivo: “El estado civil adquirido conforme a la ley vigente a la fecha de su constitución, subsistirá aunque ésta pierda después su fuerza…”.

Por esto todas las personas casadas antes de 1884, fecha en que regía el Derecho Canónico en todo

lo relativo a la celebración del matrimonio, se consideran válidamente unidas aun después de ese año en que se promulgó la Ley de Matrimonio Civil.

La mayor parte de los autores partidarios de la teoría clásica no puede explicar satisfactoriamente el respeto de la nueva ley por el estado civil adquirido, ya que considera como carácter esencial del derecho adquirido su incorporación a un patrimonio, y el estado civil no es un derecho patrimonial.

En cambio, es lógica y satisfactoria la explicación que fluye de la teoría de Roubier. El estado civil adquirido conforme a una ley, es una situación jurídica constituida que, por lo tanto, la nueva ley no puede desconocer sin caer en la retroactividad.

336. Estado civil no adquirido aún al tiempo del cambio de legislación

El estado civil que todavía no ha sido adquirido en el momento del cambio de legislación, sólo puede serlo de acuerdo con las nuevas leyes, según se desprende del artículo 2º de la Ley sobre efecto retroactivo, que dice:

"Las leyes que establecieren para la adquisición de un estado civil, condiciones diferentes de las que exigía una ley anterior, prevalecerán sobre ésta desde la fecha en que comiencen a regir".

La teoría clásica justifica esta norma diciendo que si el estado civil no se ha adquirido aún, su adquisición es una mera expectativa que queda sujeta a la ley posterior, la cual, al condicionar de otro modo su adquisición, no produce efecto retroactivo.

Para Roubier, el hecho de que no se haya adquirido aún el estado civil significa que no se ha constituido la situación jurídica y, por ende, la nueva ley puede, sin ser retroactiva, regular en otra forma su constitución.

337. Consecuencias que derivan del estado civil

Dijimos que es preciso distinguir entre el estado civil mismo y las consecuencias que de él derivan, es decir, los derechos y obligaciones que trae aparejados.

Sabemos que el estado civil mismo debe ser respetado por la ley nueva si no se quiere caer en la retroactividad; pero sus consecuencias se subordinan de inmediato a la ley nueva, sin que esto importe retroactividad. Por eso el artículo 3º de la Ley sobre efecto retroactivo dispone:

"El estado civil adquirido conforme a la ley vigente a la fecha de su constitución, subsistirá aunque ésta pierda después su fuerza; pero los derechos y obligaciones anexos a él, se subordinarán a la ley posterior, sea que ésta constituya nuevos derechos u obligaciones, sea que modifique o derogue los antiguos".

La doctrina clásica justifica la aplicación de su principio razonando así: "El estado tiene una existencia propia que se manifiesta por hechos de un carácter permanente, al paso que la capacidad de obrar ligada a él necesita ser ejercitada especialmente para poder revelarse. El estado puede constituir por eso un derecho adquirido, mas no las facultades o aptitudes no ejercidas que puedan emanar del mismo estado; ellas son meras facultades abstractas que reposan en el interior de nuestro ser, y el individuo que goza de ellas obra a manera de mandatario, usando del poder que la ley le ha delegado para la ejecución de ciertos actos. Natural es, por consiguiente, que ese poder desaparezca, cuando el que lo confirió juzgue conveniente revocarlo".27

De acuerdo con la teoría de Roubier, los derechos y obligaciones anexos al estado civil son situaciones legales, es decir, establecidas por la ley, y susceptibles, consiguientemente, de ser modificadas por ella, en cualquier momento.

338. Aplicación de los anteriores principios

La misma Ley sobre efecto retroactivo contiene en su artículo 3º, incisos 2º, 4º, 5º y 6º, aplicaciones de todos los principios anteriores relativos al estado civil.

El primero de los mencionados preceptos, refiriéndose a los efectos del estado civil, dice: "En consecuencia, las reglas de subordinación y dependencia entre cónyuges, entre padres e hijos, entre guardadores y pupilos, establecidas por una nueva ley, serán obligatorias desde que ella empiece a regir, sin perjuicio del pleno efecto de los actos válidamente ejecutados bajo el imperio de la ley anterior".

Conviene insistir en la última parte de esta disposición, la cual deja a salvo e intocables los actos positivos que se hubieren realizado en uso de las facultades concedidas por la ley, ya que en este caso tales actos han pasado a formar derechos adquiridos, como dice la teoría clásica, o situaciones jurídicas constituidas, como expresa Roubier. Y si, por ejemplo, una ley quita al padre la facultad de administrar los bienes del hijo, que le daba una ley anterior, los actos de administración que aquél hubiere efectuado antes de la vigencia de la nueva norma legal, permanecerán válidos.

El artículo 4º manifiesta que "los derechos de usufructo legal y de administración que el padre de familia tuviere en los bienes del hijo, y que hubieren sido adquiridos bajo una ley anterior, se sujetarán en cuanto a su ejercicio y duración, a las reglas dictadas por una ley posterior".

Dice el artículo 5º: "Las personas que bajo el imperio de una ley hubiesen adquirido en conformidad a ella el estado de hijos naturales, gozarán de todas las ventajas y estarán sujetas a todas las obligaciones que les impusiere una ley posterior".

Finalmente, el artículo 6º prescribe que "el hijo ilegítimo que hubiese adquirido derecho a alimentos bajo el imperio de una antigua ley, seguirá gozando de ellos bajo la que posteriormente se dictare; pero en cuanto al goce y extinción de este derecho se seguirán las reglas de esta última.

"Lo dispuesto en este artículo debe mirarse como una excepción del principio fundamental consignado en el artículo 3º. La calidad de hijo simplemente ilegítimo es un estado civil y los alimentos que la ley le otorga es un derecho anexo a ese estado. Si los derechos anexos al estado civil ya adquiridos se sujetan a la nueva ley, es decir, si pueden ser disminuidos o aumentados por la nueva ley, era lógico que, si la nueva ley no otorga al hijo ilegítimo el derecho de alimentos, los hijos de esta clase que por la ley anterior estaban gozándolo, debían ser privados de él desde la promulgación de la nueva ley".

"Sin embargo, el legislador no ha querido llevar adelante el rigor lógico, y ha formado una excepción al principio. Si se suprimen todos los derechos y obligaciones del estado civil, desaparece éste; y como el estado civil de hijo simplemente ilegítimo no produce otro efecto, según el Código Civil, que el de alimentos, quitando este derecho desaparecía el estado".28

Las palabras goce y extinción del texto legal que comentamos, han provocado dudas.

Tomado el artículo 6º de la Ley sobre efecto retroactivo, dice su comentarista, "en su sentido literal, encierra una contradicción: el hijo ilegítimo –expresa–, que hubiese adquirido derecho a alimentos bajo el imperio de una antigua ley, seguirá gozando de ellos bajo la que posteriormente se dictare". Y luego agrega: "pero en cuanto al goce y extinción de este derecho, se seguirán las reglas de esta última". Si por necesidad subsiste el derecho de alimentos bajo el imperio de la nueva ley, ¿cómo puede depender de ésta su goce? Evidentemente, el legislador se puso en el caso de que ese derecho siguiera siendo reconocido, y así se comprende cómo su modo de ejercicio y extinción puedan hallarse subordinados a la nueva ley".29

En cuanto a la palabra extinción, "ella contraría la disposición misma que asegura al hijo ilegítimo el derecho a alimentos que tenía ya adquirido, es decir, declarado o reconocido a su favor bajo el imperio de la ley antigua; se ha querido hablar tal vez de la extinción del derecho o de las causas extrañas a la adquisición misma del derecho que puedan ocasionar su pérdida".30

339. Aplicación de las reglas del estado civil de las personas naturales a las personas jurídicas

La existencia y los derechos de las personas jurídicas se sujetan a las mismas reglas que respecto del estado civil de las personas naturales prescribe el artículo 3º de la Ley sobre efecto retroactivo (artículo 10).

Las personas jurídicas deben establecerse en virtud de una ley o mediante aprobación del Presidente de la República con acuerdo del Consejo de Estado, decía el antiguo texto del artículo 546 del Código Civil. Pero la intervención que este artículo daba al Consejo de Estado ha quedado sin efecto como consecuencia de haber sido suprimido dicho organismo por la Constitución Política de 1925.

En consecuencia, y aplicando el artículo 3º de la Ley sobre efecto retroactivo, hoy basta para el establecimiento de las personas jurídicas la aprobación del Presidente de la República. Pero si durante el imperio de las antiguas disposiciones se hubiere constituido una de esas entidades con la sola aprobación del Presidente, sin acuerdo del Consejo de Estado, esa entidad no sería persona jurídica, porque le faltaría un requisito exigido por la ley vigente a la fecha de su constitución, que es la ley a la cual debe subordinarse la persona jurídica en cuanto a su existencia, según lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley sobre efecto retroactivo relacionado con el artículo 3º de la misma ley.

Los derechos y obligaciones de las personas jurídicas se rigen por la ley nueva (artículo 10 en relación con el 3º). Y así, por ejemplo, antes, de acuerdo con el artículo 556 del Código Civil, las personas jurídicas no podían, sin permiso especial de la legislatura, conservar, por más de cinco años, la posesión de los bienes raíces que hubieran adquirido. Pues bien, la Ley Nº 5.020, de 30 de diciembre de 1931, suprimió esa traba, y en conformidad al artículo 10, en relación con el 3º de la Ley sobre efecto retroactivo, todas las personas jurídicas, tanto las establecidas con posterioridad a esa ley del año 1931 como las establecidas con anterioridad, pueden conservar libremente los bienes raíces adquiridos, porque el citado artículo 3º nos dice que los derechos y obligaciones anexos al estado civil, "se subordinarán a la ley posterior, sea que ésta constituya nuevos derechos u obligaciones, sea que modifique o derogue los antiguos".

F. LEYES SOBRE CAPACIDAD DE LAS PERSONAS

340. Concepto de la capacidad

Capacidad es la aptitud legal de una persona para adquirir derechos y para ejercerlos por sí sola.

Es de dos clases: de goce o adquisitiva y de ejercicio, llamada también de obrar. La primera constituye la aptitud legal de una persona para adquirir derechos, para poder ser su titular. La segunda es la aptitud legal de una persona para ejercer por sí sola sus derechos, sin el ministerio o autorización de otra.

341. Ley que rige la capacidad según la doctrina

Si una nueva ley eleva de dieciocho a veintiún años la edad necesaria para adquirir la plena capacidad jurídica, ¿se aplicará ella también a las personas que cumplieron los dieciocho años durante el imperio de la ley antigua, volviendo a ser incapaces hasta alcanzar los veintiún años?, ¿o la nueva ley debe estimarse inaplicable a dichas personas?

En este punto es grande la desorientación de los autores de la teoría clásica.

Hay quienes piensan que la nueva ley debe aplicarse sin que puedan objetar algo los que vuelven a ser incapaces, porque la capacidad no forma derecho adquirido, es sólo presupuesto para la adquisición de derechos, una facultad legal; sólo los actos ya realizados por los que fueron capaces, no deben ser tocados por la nueva norma, porque tales actos constituyen para ellos y los individuos con quienes contrataron, derechos adquiridos.31

Para otros, la capacidad constituye derecho adquirido, porque una vez obtenida esa situación personal, se convierte en derecho intangible y no puede ser alterada por la nueva ley.32

Finalmente, algunos estiman que la nueva norma no debe aplicarse a los que ya obtuvieron la capacidad pero no porque ésta forme derecho adquirido, sino por una simple razón de equidad.

Roubier afirma que la nueva ley no puede aplicarse sin caer en la retroactividad, a los que ya adquirieron la capacidad bajo el imperio de la ley antigua. Llega a esta conclusión ateniéndose a la regla general de su teoría. Cumplida cierta edad, dice, se extingue una situación jurídica, la de minoridad, y la nueva norma no puede regir sin retroactividad las situaciones ya extinguidas. Mirando ahora desde otro ángulo: el cumplimiento de determinada edad produce la constitución de una situación jurídica, la de mayor, y la nueva ley no puede alcanzar sin ser retroactiva las situaciones ya constituidas.33

342. Ley que rige la capacidad según la legislación chilena

Nuestro legislador distingue entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio.

a) Capacidad de goce. Queda ella sometida a las nuevas leyes. Si una persona, de acuerdo con una ley, tiene aptitud para adquirir derechos, la pierde si se dicta otra ley que niega esa aptitud o exige otras condiciones para constituirla. Es el principio que fluye del inciso 2º del artículo 7º de la Ley sobre efecto retroactivo.

"Las meras expectativas –dice– no forman derecho".

"En consecuencia, la capacidad que una ley confiere a los hijos ilegítimos de poder ser legitimados por el nuevo matrimonio de sus padres, no les da derecho a la legitimidad, siempre que el matrimonio se contrajere bajo el imperio de una ley posterior, que exija nuevos requisitos o formalidades para la adquisición de ese derecho, a menos que al tiempo de celebrarlo se cumpla con ellos".

Y así, por ejemplo, para que un hijo sea legitimado, excepto los casos en que el matrimonio posterior de sus padres produce ipso jure la legitimación, es necesario que sus padres designen por instrumento público que le confieren este beneficio. Dicho instrumento debe otorgarse a la fecha de la celebración del matrimonio o con posterioridad a éste (Código Civil, artículo 208). Si una nueva ley exige otro requisito distinto, un pronunciamiento judicial, pongamos por caso, el hijo ilegítimo que bajo la antigua norma podía ser legitimado sin este requisito, no podrá serlo ahora si no se cumple con él.

Doctrinariamente, se explica la solución legal en esta forma: la capacidad de goce constituye una abstracta facultad legal, o sea, un supuesto para la adquisición del derecho. Y bien sabemos que las facultades legales no constituyen derecho adquirido; de ahí que la ley nueva pueda aplicarse sin entrañar retroactividad.

b) Capacidad de ejercicio. De acuerdo con la doctrina del derecho adquirido, la capacidad de ejercicio es también una facultad legal, el supuesto para ejercer derechos, y por eso la nueva ley debe aplicarse inmediatamente a todos. Y si alguien hubiere adquirido la capacidad de ejercicio de acuerdo con la antigua norma y no reúne las condiciones que para ello exige la nueva, pierde su capacidad de ejercicio.

Sin embargo, nuestro legislador, en este punto, como en otros, se apartó de los estrictos principios doctrinarios, y estableció en el artículo 8º de la Ley de efecto retroactivo que "el que bajo el imperio de una ley hubiese adquirido el derecho de administrar sus bienes, no lo perderá bajo el de otra, aunque la última exija nueva condiciones para adquirirlo; pero en el ejercicio y continuación de este derecho, se sujetará a las reglas establecidas por la ley posterior".

Si una nueva ley fija la mayor edad a los veintiún años, el que la hubiere adquirido a los dieciocho en conformidad a la norma antigua, no pierde su capacidad, aun cuando en el momento de dictarse la nueva ley no haya cumplido los veintiuno.

La capacidad de ejercicio, pues, de acuerdo con nuestra legislación, subsiste bajo el imperio de la nueva ley, aunque ésta exija condiciones diversas para su adquisición que la anterior; pero su ejercicio, sus efectos, se rigen por las disposiciones de la norma nueva. Indudable es que éstas no alcanzan a los actos ejecutados con anterioridad a su vigencia.

G. LEYES RELATIVAS A LA PROTECCION DE LAS PERSONAS

343. Leyes sobre los guardadores

El Código comprende bajo la denominación de "guardadores" a los que ejercen la tutela o curaduría, y llama "pupilo" al que se halla sujeto a una u otra.

"Los guardadores –dice el artículo 9º de la Ley de efecto retroactivo–, válidamente constituidos bajo el imperio de una legislación anterior, seguirán ejerciendo sus cargos en conformidad a la legislación posterior, aunque según ésta hubieren sido incapaces de asumirlos; pero, en cuanto a sus funciones, a su remuneración y a las incapacidades, o excusas supervinientes, estarán sujetos a la legislación posterior".

Ejemplo: por la ley vigente en la actualidad no es incapaz para desempeñar el cargo de guardador la persona que ejerce el cargo de Presidente de la República; supongamos que venga una nueva ley que establezca esta incapacidad: si al tiempo de la promulgación de esta ley el Presidente estaba desempeñando una tutela o curaduría, continuará desempeñándola; la nueva incapacidad creada por la ley posterior no le afecta. Pero si el tutor o curador, que estaba ejerciendo su cargo al tiempo de la promulgación de la nueva ley, es elegido Presidente de la República, cesa en su cometido, porque le afecta esta incapacidad sobreviniente.34

En cuanto a la pena, dice el inciso 2º del mismo artículo 9º, en que, por descuidada o torcida administración hubieren incurrido los guardadores, se les sujetará a las reglas de aquella de las dos legislaciones que fuese menos rigurosa a este respecto; las faltas cometidas bajo la nueva ley se castigarán en conformidad a ésta.

Esta disposición sigue la regla general corrientemente admitida de que, cuando el delito y la conclusión del juicio tienen lugar bajo distintas legislaciones, se aplica la pena menos severa al respecto.35

344. Leyes sobre el privilegio de la restitución "in integrum"

La restitución in integrum, en el estado de evolución que alcanzó antes de la dictación de nuestro Código Civil, consistía en un privilegio de ciertas personas (menores, incapaces, personas jurídicas) que estaban facultadas por la ley, atendiendo razones de equidad, para pedir la anulación de un acto o contrato legítimamente celebrado, pero que les había reportado un daño o menoscabo en sus bienes, y para lograr, consecuentemente, ser reintegradas a la misma situación patrimonial que tenían con anterioridad al acto lesivo.

La institución dio margen para abusos y, a la postre, se volvió contra los mismos privilegiados, porque nadie quería contratar con ellos ante la posibilidad de perder después los derechos adquiridos; por eso el Código Civil la suprimió de raíz.

Ahora bien, según el artículo 11 de la Ley de efecto retroactivo, "las personas naturales o jurídicas que bajo una legislación anterior gozaban del privilegio de la restitución "in integrum" no podrán invocarlo ni transmitirlo bajo el imperio de una legislación posterior que lo haya abolido".

La restitución "in integrum" no ejercida, dice el señor Claro Solar, no es un derecho sino una expectativa que existe mientras la voluntad del legislador quiere mantenerla.36

B. LEYES RELATIVAS A LOS BIENES

345. Principio

Todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad a ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a sus goces y cargas, y en lo tocante a su extinción, prevalecen las disposiciones de la nueva ley (Ley de efecto retroactivo, artículo 12).

Bajo la legislación española no se requería escritura pública para la transferencia de los bienes raíces; tampoco era menester cumplir con requisitos que dieran publicidad al dominio. Pero nuestro Código Civil dispuso que el contrato de compraventa de bienes raíces sólo puede celebrarse por escritura pública, y que la tradición debe efectuarse por la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces. A pesar de esto, las propiedades adquiridas con anterioridad a la vigencia del Código y en conformidad a las leyes españolas, subsistieron sin sufrir modificaciones bajo el imperio de la nueva legislación, porque "todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad a ella, subsiste bajo el imperio de otra".

Pero en cuanto a los goces y cargas del derecho, la nueva ley tiene aplicación inmediata. Y así, por ejemplo, si una ley autoriza imponer servidumbres legales, el dueño del predio sirviente no podría alegar que había adquirido el dominio bajo una ley que no autorizaba imponerlas.

346. Justificación del principio

El derecho en sí mismo, afirman los partidarios de la teoría clásica, permanece intangible porque, incorporándose al patrimonio por un título propio, es decir, por virtud de la actividad de una persona, constituye derecho adquirido; pero no así las facultades anexas: éstas entran al patrimonio por un título general, la ley. Por eso, pues, puede la nueva norma, sin caer en retroactividad, someter dichas facultades a su imperio.

347. La irretroactividad de las leyes sobre derechos reales, ¿es sólo aparente en nuestro país?

Dice el artículo 12 de la Ley de efecto retroactivo: "Todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad a ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a sus goces y cargas y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley, sin perjuicio de lo que respecto de mayorazgos o vinculaciones se hubiere ordenado o se ordenare por leyes especiales".

Bajo apariencia irretroactiva, dicen los comentaristas, el artículo 12 otorga a las leyes efectos retroactivos, pues, al decir que un derecho adquirido en conformidad a una ley se extinguirá por los medios que señale una posterior, afecta directamente al derecho.

"Si el derecho real adquirido, dice Claro Solar, bajo el imperio de una ley subsiste bajo el imperio de otra que estableciere nuevos requisitos para su adquisición, es porque esta última ley tendría efecto retroactivo si lo sometiera a su imperio. ¿Cómo pueden entonces prevalecer en lo tocante a su extinción las disposiciones de la nueva ley? La extinción del derecho, ¿no es precisamente lo contrario de su subsistencia? En éste como en otros artículos la ley se ha apartado, pues, de los principios que ella misma consagra".37

En realidad, el precepto en comento, analizado a la luz de la teoría del derecho adquirido, resulta de efecto retroactivo; pero juzgado de acuerdo con los principios de la teoría de Roubier, su alcance no sería tal; no tendría efecto retroactivo la ley que estableciera nuevas formas de extinción de una situación existente, pues al aplicarse la nueva norma no entraría a regir el pasado.

Al ordenar el legislador que "un derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad a ella, subsiste bajo el imperio de otra", se está refiriendo, afirma un autor, "al caso que la nueva ley imponga nuevos requisitos para la constitución del derecho real, la que no recibirá aplicación tratándose de un derecho anteriormente constituido; pero no ha querido indicar que éste sea perpetuo y, por el contrario, expresamente establece que los nuevos medios de extinción creados por la ley se aplican a tal derecho"; 38 la circunstancia de aplicarse la nueva ley en lo tocante a la extinción del derecho, no produce retroactividad, porque no se ataca a una situación constituida o extinguida, sino a una que se halla en curso.

348. Las leyes sobre el derecho de propiedad son irretroactivas

Sabemos que nuestra Constitución asegura a todos los habitantes de la República el derecho de propiedad en sus diversas especies. Y ya vimos (Nº 317) que, conforme a la Carta Fundamental, toda ley que imponga un medio de extinción del dominio y no sea de expropiación, envuelve una privación ilegítima de la propiedad. De ahí que con respecto a la extinción de este derecho, ninguna ley nueva tiene efecto retroactivo; la disposición constitucional se opone.

349. Leyes sobre la posesión

La posesión constituida bajo una ley anterior no se retiene, pierde o recupera bajo el imperio de una ley posterior, sino por los medios o con los requisitos señalados en ésta (Ley de efecto retroactivo, artículo 13).

La misma crítica que se hace a la disposición que trata sobre los derechos reales, aplícase aquí: la irretroactividad de las leyes sobre la posesión sólo sería ilusoria.

Si adquirida la posesión de una cosa bajo el imperio de una ley, no puede conservarse bajo otra posterior, sino por los medios que esta última señala, es indudable que no puede hablarse de irretroactividad. Así, según la ley vigente, para adquirir la posesión de una cosa basta con la tenencia de ella con ánimo de señor y dueño. Si cierta persona ha adquirido la posesión de esta manera y viene una ley posterior que exige para conservarla o retenerla una declaración por la prensa, pongamos por caso, el que antes adquirió la posesión, para no perderla, veríase obligado, en virtud del artículo 13 que estudiamos, a hacer dicha declaración; debería conformarse al mandato de la nueva ley. Y esto está demostrando que las leyes sobre la posesión son retroactivas.

350. Derechos deferidos bajo condición

Los derechos deferidos bajo una condición que, atendidas las disposiciones de una ley posterior, debe reputarse fallida si no se realiza dentro de cierto plazo, subsistirán bajo el imperio de ésta y por el tiempo que señalare la ley precedente, a menos que este tiempo excediese del plazo establecido por una ley posterior contado desde la fecha en que ésta empiece a regir, pues en tal caso si dentro de él no se cumpliese la condición, se mirará como fallida (Ley de efecto retroactivo, artículo 14).

351. Prohibición de usufructos, usos, habitaciones y fideicomisos sucesivos

Siempre que una nueva ley prohíba la constitución de varios usufructos sucesivos, ya expirado el primero antes de que ella empiece a regir, hubiese empezado a disfrutar la cosa alguno de los usufructuarios subsiguientes, continuará éste disfrutándola bajo el imperio de la nueva ley por todo el tiempo a que le autorizare su título; pero caducará el derecho de los usufructuarios posteriores si los hubiere. La misma regla se aplicará a los derechos de uso o habitación sucesivos, y a los fideicomisos; sin perjuicio de lo que se haya dispuesto o se dispusiere por leyes especiales relativas a mayorazgos y vinculaciones (Ley de efecto retroactivo, artículo 15).

"Según la legislación española que nos regía al tiempo de la promulgación de nuestro Código Civil, podía haber dos o más usufructos sucesivos, cosa que ahora está prohibida. La persona que al tiempo de la promulgación de dicho Código estaba gozando de un usufructo tenía un "derecho adquirido", aun cuando fuese el tercero o cuarto usufructuario de una misma propiedad; y como la ley posterior sólo afecta a las meras expectativas, mas no a los derechos adquiridos, era lógico que el usufructuario a que se refiere este artículo 15 siguiera gozando del usufructo".39

Pero el derecho de los usufructuarios posteriores se desvanece en virtud de la nueva ley. ¿Por qué? ¿Constituyen ellos meras expectativas? Si las constituyen, quiere decir que el artículo 15 no hace más que aplicar la regla general al hacer caducar los usufructos posteriores. Pero si no forman meras expectativas, significa que dicha disposición se ha apartado del principio general, pues la nueva ley alcanzaría a derechos adquiridos. Don Luis Claro Solar está por está opinión.40

Sea como fuere, el hecho efectivo es que los usufructos posteriores al de la persona que disfruta de la cosa a la época del cambio de legislación, caducan, por expreso mandato de este artículo 15 de la Ley de efecto retroactivo, y corresponde aplicar la norma del artículo 769 del Código Civil, que dice: "Se prohíbe constituir dos o más usufructos sucesivos o alternativos. Si de hecho se constituyeren, los usufructuarios posteriores se considerarán como substitutos, para el caso de faltar los anteriores antes de deferirse el primer usufructo. El primer usufructo que tenga efecto hará caducar los otros; pero no durará sino por el tiempo que le estuviese designado".

352. Leyes sobre servidumbres

Las servidumbres naturales y voluntarias constituidas válidamente bajo el imperio de una antigua ley se sujetarán en su ejercicio y conservación a las reglas que estableciere otra nueva (Ley de efecto

retroactivo, artículo 16).

Este artículo se refiere a las servidumbres naturales y voluntarias, pero omite las servidumbres legales. Resulta evidente que la palabra voluntaria está de más, ya que las servidumbres voluntarias "son establecidas en virtud de un contrato y naturalmente quedan fuera del alcance de la ley, que en esta materia deja a los particulares en entera libertad de constituir las servidumbres que quieran".41

Tratando de la misma materia, dice el artículo 17 de la Ley de efecto retroactivo: "Cualquiera tendrá derecho de aprovecharse de las servidumbres naturales que autorizare a imponer una nueva ley; pero para hacerlo tendrá que abonar al dueño del predio sirviente los perjuicios que la constitución de la servidumbre le irrogare, renunciando éste por su parte las utilidades que de la reciprocidad de la servidumbre pudieran resultarle; a las cuales podrá recobrar su derecho siempre que restituya la indemnización antedicha".

Hay aquí un error manifiesto: el artículo habla de servidumbres naturales; pero la verdad es que resulta claro que se refiere a las servidumbres legales. Servidumbres naturales son, según el artículo 831 del Código Civil, las que provienen de la natural situación de los lugares. Entonces, es lógico, que el legislador no haya tenido en la mente referirse a estas servidumbres, porque ellas no son impuestas por la ley; dependen de factores naturales. La misma redacción del precepto confirma esta inteligencia al decir: "…servidumbres naturales que autoriza a imponer una nueva ley".

L LEYES RELATIVAS A LAS SUCESIONES

353. Principio

Las sucesiones se rigen por la ley vigente al tiempo de su apertura, esto es, por la ley que impera en el momento de la muerte del causante.

Por consiguiente, dicha norma determina la capacidad e incapacidad de los asignatarios, todo lo relativo a la desheredación, al derecho de transmisión y a la representación; y en conformidad a ella debe hacerse la repartición de bienes.

Rige las sucesiones la ley vigente al tiempo de fallecer el causante, porque es entonces cuando nace el derecho de los herederos; antes sólo tenían meras expectativas.

354. Sucesión testamentaria

Para estudiar con la debida claridad el problema de la retroactividad en materia de sucesión testamentaria, es preciso distinguir en todo testamento:

a) requisitos externos o solemnidades que la ley exige para la validez del testamento y para su prueba;

b) requisitos internos, que dicen relación con la capacidad y la libre y espontánea voluntad del testador; y

c) disposiciones, o sea, las manifestaciones de voluntad en que el testador deja herencia o legados.

a) Solemnidades. Las solemnidades externas de los testamentos, dice el artículo 18 de la Ley de efecto retroactivo, se rigen por la ley coetánea a su otorgamiento.

El Mensaje con que fue presentada la ley que tratamos, justificando este precepto, dice en una de sus partes: "Pero las solemnidades externas del testamento, más ligadas a la prueba de su existencia que a lo substancial del derecho transmitido por él, parece natural que deban subordinarse a la ley que regía al tiempo de su otorgamiento". Tal es la regla que ha prevalecido como tradición inconcusa desde los romanos hasta nuestros días, y a este respecto dice un célebre jurisconsulto: "La estabilidad de los actos jurídicos es uno de los fundamentos primordiales de la sociedad civil, y el principio de la no retroactividad de las leyes no puede reposar sobre bases más sólidamente establecidas, que cuando se le aplica en lo concerniente a la forma exterior de esos actos".

b) Requisitos internos. El artículo 19, que comentamos, guarda silencio sobre este punto.

Nuestros comentaristas dan soluciones contradictorias.

Don José Clemente Fabres afirma que la capacidad y libre voluntad del testador se rigen por la ley

vigente al tiempo de la muerte del mismo. Porque el testamento es un simple proyecto que no cobra eficacia sino con la muerte del testador, y si el legislador cree que no está perfecta la voluntad sino con el nuevo requisito, es natural que lo exija para todos aquellos que mueren después de promulgada la ley que lo establece.42 La ley, corrobora otro autor, dice expresamente que las "disposiciones" contenidas en el testamento están subordinadas a la ley vigente a la época en que fallece el testador. Ahora bien, las disposiciones del testamento no son sino el efecto de la capacidad y de la libre voluntad del testador; luego, es necesario que tales capacidad y voluntad hayan existido a la fecha en que esas disposiciones se entienden dictadas, y para decidir si efectivamente han existido o no, debe atenderse a las precauciones que esa misma ley establecía para garantir la perfección de la voluntad. Esas precauciones son el objeto de los requisitos internos; en consecuencia, éstos se rigen por la ley vigente a la fecha de la muerte del testador.43

Don Luis Claro Solar opina que "los requisitos internos del testamento, esto es, la capacidad y libre voluntad del testador, afectan a la validez del testamento en el día de su confección y en el día de la muerte del testador: es necesario, por lo tanto, agrega, que éste sea capaz, según la ley en vigor a la fecha del testamento, y además según la ley que existía cuando ha muerto. Hasta esta última fecha el testamento era un simple proyecto que una ley nueva puede reducir a la nada, quitando a su autor la capacidad que le pertenecía hasta entonces. Pero al mismo tiempo es indispensable que este proyecto haya sido regularmente formado el día de su confección porque la nueva ley no podría validar un acto nulo en su origen".44

A juicio del señor Alessandri, dentro de nuestra ley, lo más aceptable es que los requisitos internos del testamento se rijan por la ley vigente al tiempo de su otorgamiento.

En realidad, dice, la Ley sobre efecto retroactivo, no es lo suficientemente clara a este respecto; pero el texto del artículo 18 deja ver que tiene asidero nuestra interpretación: porque al oponer las "solemnidades externas" a las "disposiciones", es claro que quiso incluir en la primera expresión todo lo relacionado con el otorgamiento.

Y si alguna duda queda, ella desaparece leyendo el artículo 1006 del Código Civil, que a continuación del 1005, que señala las personas inhábiles para testar, manifiesta: "El testamento otorgado durante la existencia de cualquiera de las causas de inhabilidad expresadas en el artículo precedente es nulo, aunque posteriormente deje de existir la causa. Y, por el contrario, el testamento válido no deja de serlo por el hecho de sobrevenir después alguna de estas causas de inhabilidad".

Este precepto, pues, nos da la pauta para conocer la intención del legislador: establece que la capacidad del testador, es decir, uno de los requisitos internos del testamento, se rige por la ley vigente al tiempo de otorgarse el acto.

A la misma solución, pero por otra vía, llega el profesor Alfredo Barros Errázuriz. Aplica, en el silencio de la ley, los principios generales. Conforme a ellos, la capacidad y la manifestación de voluntad del autor de un acto jurídico se rigen por la ley vigente al tiempo de celebrarse éste.45

c) Disposiciones. Las disposiciones del testamento, o sea, su contenido, están sujetas a la ley vigente al tiempo de la muerte del testador, según expresamente lo dice el artículo 18 de la ley que estudiamos, al manifestar que "las solemnidades externas de los testamentos se regirán por la ley coetánea a su otorgamiento; pero las disposiciones contenidas en ellos estarán subordinadas a la ley vigente a la época en que fallezca el testador. En consecuencia, prevalecerán sobre las leyes anteriores a su muerte las que reglan la incapacidad o indignidad de los herederos o asignatarios, las legítimas, mejoras, porción conyugal y desheredaciones".

La razón por la cual las disposiciones del testador se rigen por la ley vigente a su muerte, estriba en que se reputan dictadas en ese mismo momento, como que antes el testamento es esencialmente revocable, y sólo desde entonces produce sus efectos, esto es, pueden hacerse efectivos los derechos y obligaciones que de él proceden.46

"El derecho del heredero o legatario nace con la muerte del testador, al momento en que se le defiere, y es entonces cuando debe ser capaz de recoger su asignación. Si lo era, una ley nueva no puede quitarle su derecho, que ya se ha incorporado a su patrimonio y que puede transmitir a su vez a sus herederos lo mismo que sus demás bienes; pero si la ley se ha dictado antes de la muerte del testador, ella afectará al asignatario y al afectarlo no producirá efecto retroactivo, porque sólo destruirá una mera expectativa".47

Como consecuencia de los principios anteriores, el artículo 19 estatuye que "si el testamento

contuviera disposiciones que según la ley bajo la cual se otorgó, no debían llevarse a efecto, lo tendrán sin embargo, siempre que ellas no se hallen en oposición con la ley vigente al tiempo de morir el testador".

Y así, por ejemplo, si hoy en día un testador deja todos sus bienes a un extraño y no respeta, por lo tanto, las asignaciones forzosas (es decir, las que es obligado a hacer a ciertas personas por mandato de la ley), y si antes de su fallecimiento se dicta otra ley que suprime las asignaciones forzosas, sus disposiciones tendrán pleno efecto, conforme al artículo 19 que transcribimos.

355. Sucesión abintestato

La misma regla que el artículo 18 sienta sobre las disposiciones, se aplica a la sucesión abintestato, la cual no está contemplada por dicho precepto; pero es evidente su procedencia. Así lo confirma también el Mensaje de la Ley de efecto retroactivo, al decir: "Siendo constante que los derechos hereditarios no se transmiten sino a la muerte de su autor, el Proyecto establece que en cada sucesión, testamentaria o abintestato, el derecho de los llamados a ella sea definido por la ley vigente a la época de su delación o transmisión".

De manera, pues, que el que era incapaz, según el derecho antiguo, puede recibir la asignación, si a la apertura de la sucesión lo considera capaz una nueva ley. Por el contrario, el que era capaz de suceder bajo el antiguo derecho no podrá recoger la herencia si en el instante de su delación (actual llamamiento de la ley a aceptar o repudiar la herencia o legado), que es el de la muerte del causante, resulta incapaz con arreglo a la nueva ley.

356. El derecho de representación

El derecho de representación es una ficción legal que supone que una persona tiene el lugar y, por consiguiente, el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre o madre, si éste o ésta no quisiera o no pudiese suceder (Código Civil, artículo 984, inciso 2º).

Ejemplo: si en la sucesión de Pedro hay un hijo vivo y otro que murió antes que Pedro, todos los descendientes del premuerto, hasta el infinito, heredarán en lugar del ascendiente común. Y si la herencia consistiera en 100, 50, corresponderían al hijo vivo del causante y el resto debería repartirse entre los hijos del premuerto.

Ahora bien, la Ley de efecto retroactivo dice que "en las sucesiones forzosas o intestadas el derecho de representación de los llamados a ellas se regirá por la ley bajo la cual se hubiere verificado su apertura" (artículo 20, inciso 1º).

Y así, por ejemplo, si mañana se dijera por una ley que el derecho de representación sólo tiene cabida hasta el segundo grado de parentesco en línea recta y no hasta el infinito, como ocurre ahora, y si la sucesión se abre bajo el imperio de la última ley, los bisnietos del causante, que en conformidad a la ley antigua podían heredar por derecho de representación, ahora no lo podrán, porque son ellos parientes en tercer grado del causante.

El segundo inciso del mismo artículo 20 expresa: "Pero si la sucesión se abre bajo el imperio de una ley, y en el testamento otorgado bajo el imperio de otra se hubiere llamado voluntariamente a una persona que, faltando el asignatario directo, suceda en todo o parte de la herencia por decreto de representación, se determinará esta persona por las reglas a que estaba sujeto ese derecho en la ley bajo la cual se otorgó el testamento".

Ejemplo: el testador instituye heredero a Patricio y si llega a faltar, a las personas que tienen derecho a representarle. En tal caso, dice la ley, para la determinación de esas personas se atenderá a la ley vigente a la fecha en que se otorgó el testamento. Y esto es lógico, porque el testador tuvo en vista para referirse al derecho de representación la ley vigente a la época en que hizo el testamento, la cual le era conocida.

Cabe advertir que aquí las personas suceden, no por derecho de representación, como podría inferirse de una lectura descuidada del artículo, sino en virtud del expreso llamamiento del testador, pues aquel derecho no tiene lugar en la sucesión testada. Lo que ocurre es que el testador manifiesta su

voluntad remitiéndose al derecho de representación que la ley consagra para las sucesiones intestadas.

357. Adjudicación y partición de herencia o legado

En la adjudicación y partición de una herencia o legado deben observarse las reglas que regían al tiempo de la delación (Ley de efecto retroactivo, artículo 21).

Esta disposición es clara y cobra interés tratándose de contribuciones de herencia. Con arreglo a ella, si una sucesión es deferida en 1997, bajo determinada ley de contribución de herencia, y la partición se realiza en 1998, bajo otra ley de ese carácter, la herencia será afectada por la contribución de la ley antigua.

J. LEYES RELATIVAS A LOS CONTRATOS

358. Requisitos de los contratos

En todo contrato se distinguen los requisitos internos o condiciones de fondo y las solemnidades por una parte, y los efectos, por otra. Los primeros, enumerados en el artículo 1445 del Código Civil, son:

a)consentimiento no viciado;
b)capacidad de las partes;
c)objeto lícito, y
d)causa lícita.

Las solemnidades son las formalidades prescritas por la ley para la existencia de ciertos actos o contratos. Los efectos de los contratos son los derechos y obligaciones que crean.

359. Ley que rige los requisitos internos y los efectos de los contratos

"En todo contrato, –dice el artículo 22, inciso 2º, de la Ley de efecto retroactivo–, se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración".

En lo que concierne a las condiciones de fondo requeridas para su validez, los contratos son regidos por la ley existente a la época de su celebración. Un contrato, en efecto, crea derechos, adquiridos desde el momento de su perfeccionamiento, puesto que la aptitud que la ley concede para celebrarlo así, ha sido ejercida y estos derechos no deben, por consiguiente, recibir ataque alguno de una ley nueva que cambiara las condiciones de validez exigidas por la ley que regía al tiempo de su celebración.

Del mismo modo, los efectos del contrato son regidos por la ley en vigencia a la época de su perfeccionamiento, y están al abrigo de un cambio de legislación. Ellos dependen exclusivamente de la voluntad de los contratantes, aunque esta voluntad no se haya manifestado en forma expresa, pues la ley la suple o la interpreta, en el sentido de que cuando las partes no han determinado completamente los efectos que el contrato debe producir, se considera que han querido referirse a la ley en este punto y no podría ser otra ley que aquella que existía a la época del contrato. Hacerlos regir por una nueva ley, que los contratantes no han podido tener en vista al contratar, sería substituir una nueva convención a la que las partes han celebrado, y despojarlas, al mismo tiempo, de derechos adquiridos.

La aplicación en esta forma del principio de la no retroactividad tiene una importancia práctica considerable, pues sólo ella puede dar una confianza absoluta en la eficacia de los contratos, confianza indispensable para la seguridad de las transacciones civiles a que está vinculado el progreso y el perfeccionamiento social.

Estas son las ideas que expresa el artículo 22, al decir que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. Forman un solo cuerpo con el contrato,

porque ellas determinan tanto los requisitos necesarios a la validez del contrato como el alcance de los derechos y obligaciones a que el contrato da lugar. La nueva ley no puede aplicarse a ellos sin producir efecto retroactivo".48

360. Aplicación de la regla de la irretroactividad a todos los actos

Al discutirse el proyecto de la Ley sobre efecto retroactivo, la Cámara de Diputados aprobó una indicación tendiente a redactar el inciso 1º del artículo 22 en los siguientes términos: "La validez de un acto o contrato y los derechos u obligaciones que de ello resulten, se regirán por las leyes vigentes al tiempo en que hubieren tenido lugar".

Pero, ¿qué sucedió? En la transcripción que el Presidente de la Cámara de Diputados hizo al Senado de las modificaciones introducidas en el Proyecto, no se incluyó la del artículo 22.

El Senado, en sesión de 13 de septiembre de 1861, las aceptó por unanimidad, y envió al Ejecutivo el Proyecto, quedando de consiguiente el mencionado artículo en su forma primitiva.

Las razones que tenía la Comisión de Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, que era la que había propuesto el cambio de la disposición, se encuentran estampadas en una parte del respectivo informe, que dice: "…Los efectos de esta ley que se trata de dictar no deben limitarse sólo a los contratos, sino que, por el contrario, deben hacerse extensivos a todos los demás actos legales capaces de constituir derechos y obligaciones de tanta fuerza como los contratos".

Podríamos, pues, a falta de artículo expreso, aplicar el mismo principio de irretroactividad que rige los contratos a todos los demás actos legales, invocando el espíritu del legislador y del aforismo según el cual "donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición".

361. Leyes relativas a la forma de los actos o contratos

La validez de un acto o contrato, en cuanto a su forma o a los requisitos externos de que debe estar revestido, ha de apreciarse según la ley que regía a la fecha de su otorgamiento. Ya lo dice el antiguo adagio: tempus regit actum. De modo que los actos o contratos serán válidos o nulos según que hayan sido o no observadas las normas a la sazón vigentes.

El principio que estudiamos se explica por sí solo: no puede pedirse a las personas que celebren actos o contratos en otra forma que la prevista por la ley en vigencia, y tienen, por lo mismo, un derecho adquirido a que sean respetados cuando esta conformidad existe, ya que han hecho uso de una facultad ajustándose al mandato de una ley. Si, por el contrario, el acto es nulo en la forma de acuerdo con la ley existente a la época de su otorgamiento, quedará tal aunque no adoleciere de ese defecto, atendidas las prescripciones de la nueva ley.49

Si bien no se halla consagrado expresamente el principio que sostenemos, queda de manifiesto que el legislador lo acepta, al aplicarlo en los artículos 18 y 23. El primero, refiriéndose a ese acto que se llama testamento, dice que las solemnidades externas se regirán por la ley coetánea a su otorgamiento. Las solemnidades son precisamente los requisitos externos. Nótese que hay un pleonasmo en la expresión "solemnidades externas", pues las solemnidades son por naturaleza externas. El artículo 23 dispone que los actos o contratos válidamente celebrados (es decir, otorgados de acuerdo con las formalidades impuestas por la ley) bajo el imperio de una ley, podrán probarse bajo el imperio de otra por los medios que aquélla establecía para su justificación.

362. Excepciones a la regla que considera incorporadas al contrato las leyes vigentes al tiempo de su celebración

El mismo artículo 22 contiene dichas excepciones, y son:

"1º Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren de ellos, y

"2º Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado en ellos; pues ésta será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido".

La primera excepción la trataremos al hablar de las leyes de procedimiento.

En cuando a la segunda, hay que advertir que se refiere a las penas que por la infracción del contrato impongan las leyes; no a las que hayan estipulado las partes voluntariamente, porque éstas quedan sujetas a lo dispuesto en el inciso 1º, esto es, se rigen por las leyes vigentes al tiempo de celebrarse el contrato. La razón es que los contratantes en virtud de la estipulación expresa han adquirido el derecho de que la pena estipulada se aplique indefectiblemente, llegado el caso de contravención; la pena entra entonces en la categoría de los efectos accidentales (efectos que pueden faltar o no en un contrato y que cuando existen es exclusivamente por acuerdo de las partes) del contrato, que, como sabemos, se rigen por la ley vigente a la fecha de la celebración de éste.50

Así, pues, la excepción se refiere a las penas que impone la ley. Ejemplo: por la ley vigente al tiempo de la celebración del contrato, se sancionaba su infracción con la indemnización de perjuicios, comprendiéndose en éstos no sólo el daño emergente, sino también el lucro cesante; si viene una nueva ley que dice que en la indemnización de perjuicios por la infracción de ese contrato sólo se comprenderá el daño emergente, las infracciones que se efectuaren bajo el imperio de la antigua ley obligarán al lucro cesante a más del daño emergente; pero sólo obligarán a este último las infracciones verificadas bajo el imperio de la nueva ley.51

Don Luis Claro Solar dice, con toda razón, que no parece justificada la excepción que aquí tratamos, "porque las penas que llevan consigo la infracción de lo estipulado en un contrato, o son una parte integrante del contrato mismo o una indemnización de los perjuicios inferidos a uno de los contratantes por la falta de cumplimiento del otro".

363. Leyes relativas a la prueba de los actos

Las pruebas, o sea, los diversos medios de demostrar la realidad o irrealidad de un hecho o un acto, se hallan sujetas a leyes substantivas y adjetivas: a las primeras, en cuanto a su procedencia o admisibilidad, y a las segundas, por lo que atañe a la manera como deben producirse en el juicio.

EL Código Civil dice que "no se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito" y 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" (arts. 1708 y 1709, inciso 1º). Esta es una regla de derecho substantivo, porque se refiere a la admisibilidad o inadmisibilidad de un medio de prueba; en cambio, las leyes que determinan la manera de interrogar a los testigos, las que fijan los plazos dentro de los cuales deben presentarse listas de testigos en el juicio, son disposiciones adjetivas, de Derecho Procesal, porque se refieren a la manera como debe producirse la prueba en el juicio.

La parte substantiva de la prueba se rige por la ley vigente a la época de la celebración del acto o contrato que se trata de probar; pero su parte adjetiva queda sometida a la ley bajo la cual se rindiere la prueba. Así lo establece el artículo 23 de la Ley de efecto retroactivo, que dice: "Los actos y contratos válidamente celebrados bajo el imperio de una ley podrán probarse bajo el imperio de otra por los medios que aquélla establecía para su justificación; pero la forma en que debe rendirse la prueba estará subordinada a la ley vigente en el tiempo en que se rindiere".

Ejemplo: si bajo el imperio de una ley se pueden probar por testigos determinados actos, pero conforme a la nueva ley sólo se pueden probar por instrumento público, los actos celebrados bajo la primera, podrán, no obstante, justificarse con testigos durante el imperio de la segunda, aunque los que se celebren durante la vigencia de ésta no lo puedan ser sino con instrumento público.

A la inversa, antes de que el Código de Procedimiento Civil entrara en vigor, la prueba de testigos era secreta; pero dicho cuerpo legal abolió este sistema. Y si un acto ejecutado con anterioridad a la vigencia del Código de Procedimiento Civil, que podía probarse con testigos, se deseara probar ulteriormente recurriendo a dos testigos, no habría inconveniente, pero la prueba debería rendirse públicamente, porque la parte adjetiva de la prueba queda subordinada a la nueva ley.

Don José Clemente Fabres, comentando el artículo 23 de la Ley de efecto retroactivo, justificaba el diverso temperamento adoptado por el legislador respecto de la parte substantiva y la adjetiva de la prueba, en los siguientes términos:

"Es natural, decía, que las partes al celebrar un contrato tomen en cuenta los medios de prueba que

establecen las leyes vigentes al tiempo de su celebración; esto pertenece, por consiguiente, a la naturaleza del contrato (artículo 1444 del Código Civil), es un derecho que se adquiere sin necesidad de estipulación expresa. Con la regla contraria podría suceder que se defraudase el derecho de uno de los contratantes por no poder probarlo por el medio con que contó el tiempo de adquirirlo. El medio de probar el contrato es, por consiguiente, una parte integrante del contrato y es, por lo tanto, un derecho adquirido".

"No sucede lo mismo con la forma en que debe rendirse la prueba. Esto es materia de orden público, y no hay peligro de que se deje de probar el derecho o el acto porque se varíe la forma en que debe rendirse la prueba, puesto que siempre la ley tratará de garantirla".52

364. Posibilidad de valerse de un medio de prueba que la antigua ley no reconocía

Se ha observado que "el artículo 23 no habla de que los actos o contratos deberán probarse, sino que podrán probarse en conformidad a la ley de su otorgamiento, lo que quiere decir que en concepto del legislador es admisible valerse de un medio de prueba que la antigua ley no reconocía o prohibía".

"En principio, sin embargo, no parece tan clara la cuestión en el caso en que el medio de prueba que la nueva ley establece fuera prohibido por la ley antigua".53

K. LEYES RELATIVAS AL PROCEDIMIENTO JUDICIAL

365. Ley que rige

Vimos que el artículo 22 de la Ley de efecto retroactivo establece como excepción a la regla que entiende incorporadas a los contratos las leyes vigentes al tiempo de su celebración, las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren de ellos. El artículo 24 reitera la misma idea, al decir: "Las leyes concernientes a la substanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubiesen empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".

366. Justificación

Dice el Mensaje con que el Proyecto de Ley sobre efecto retroactivo fue presentado al Congreso: "En orden a las leyes relativas al sistema de enjuiciamiento, el Proyecto establece que tengan inmediato efecto desde el instante de su promulgación. Las leyes de esta naturaleza jamás confieren derechos susceptibles de ser adquiridos; por consiguiente, nada hay que pueda oponerse a su inmediato cumplimiento. Para salvar los embarazos que pudieran resultar de los cambios súbitos en la ritualidad de los juicios, basta que los trámites pendientes se lleven a término con arreglo a la ley bajo cuyo imperio se hubieren iniciado".

Roubier justifica la aplicación inmediata de las leyes de procedimiento diciendo que el proceso mismo constituye una situación actual y pendiente, que nada tiene que ver con las situaciones pasadas que se debaten dentro del pleito. De ahí que sea lógico aplicar la nueva ley. Y, por el contrario, la norma nueva no puede aplicarse, sin caer en la retroactividad, a los actos de procedimiento anteriores a los plazos ya cumplidos.54

367. Aplicación de la regla del artículo 24 por la jurisprudencia

a) La Corte de Santiago pronunció en 1927 una sentencia relacionada con el mérito ejecutivo de la letra de cambio e hizo aplicación de los artículos 22 y 24 de la Ley de efecto retroactivo. La doctrina de dicho fallo es la siguiente:

"El decreto ley Nº 778, de 19 de diciembre de 1925, al prescribir que tienen mérito ejecutivo, sin necesidad de reconocimiento previo, las letras de cambio, pagarés a la orden o cheque respecto del obligado cuya firma aparezca autorizada por notario, ha modificado el mérito probatorio de tales documentos, equiparándolos a los mencionados en el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil; equivalente que no se altera por la circunstancia de haber sido subscritos en una fecha anterior a dicho decreto ley, si el ejercicio del derecho que de ellos emana se pone en práctica durante la vigencia del referido precepto, ya que, según el artículo 22 de la Ley de efecto retroactivo, deben entenderse incorporadas en todo contrato las leyes vigentes al tiempo de su celebración, salvo aquellas que conciernen al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren de ellos, las cuales, conforme al artículo 24 de esa ley, por referirse a la substanciación y ritualidad de los juicios, prevalecen sobre las anteriores, desde el momento en que deben empezar a regir".

"Siendo las disposiciones que el decreto ley Nº 778 incorporó al Código de Procedimiento Civil una aplicación o modificación al modo como este Código reglamenta la manera de reclamar en juicio el pago de una obligación, debe considerarse que esa manera o modo se aplica a los contratos o actos de voluntad en el momento en que se hagan valer en juicio o se ejerciten las acciones que de ellas se desprenden".55

b) Si se traba embargo sobre un determinado bien y una ley posterior declara que ese bien es inembargable, la norma nueva no afecta al bien embargado, porque el embargo ya trabado constituye derecho adquirido.56

c) En materia de recursos, rigen los que existían según la ley vigente al tiempo de dictarse la sentencia; si después de pronunciada ésta una nueva ley establece otros recursos o suprime los existentes, las disposiciones de la nueva ley no se aplican.57 Tanto los partidarios de la doctrina clásica58 como Roubier 59 están de acuerdo en que la forma y efectos de la sentencia se determinan por la ley vigente al momento en que se dicta. Esta fija su fuerza ejecutoria, los recursos que pueden deducirse, la autoridad de la cosa juzgada respecto de las partes y de los terceros.

L. LEYES DE PRESCRIPCION

368. Noción previa sobre la prescripción

La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas, o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto espacio de tiempo y concurriendo los demás requisitos legales.

369. Cuándo hay conflicto

Si una prescripción ha corrido íntegramente bajo el imperio de una ley o si corre íntegramente bajo otra posterior, no hay cuestión: rige la ley bajo cuyo amparo la prescripción se desarrolla.

Pero el conflicto surge cuando una parte ha corrido durante la vigencia de una ley y otra nueva viene a modificar las condiciones necesarias para adquirir un derecho o extinguir una acción por la prescripción.

370. Doctrina sobre prescripción que acepta nuestra Ley de efecto retroactivo

En materia de prescripción, nuestra Ley se apartó también de la doctrina clásica, según la cual mientras no se cumplan las condiciones necesarias para que la prescripción esté terminada, no hay

derecho adquirido, pudiendo, por lo tanto, modificar la ley nueva dichas condiciones, sin que por ello se vulnere el principio de la irretroactividad.

El legislador chileno adoptó la opinión de Savigny, que da opción al prescribiente para elegir la ley antigua o la nueva en conformidad a la cual se rija su prescripción.

371. Ley que rige la prescripción según el Derecho chileno

Dice el artículo 25 de la Ley de efecto retroactivo: "La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra ley que la modifique, podrá ser regida por la primera o segunda, a voluntad del prescribiente, pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que aquélla hubiese empezado a regir".

De manera que es el prescribiente el que elige la ley que debe regir su prescripción; él verá cuál le conviene más. A veces puede resultarle más ventajoso someterse a la ley nueva, y otras, a la antigua, como queda de manifiesto en los ejemplos siguientes.

a) La ley antigua requería quince años para la prescripción, y la nueva, sólo diez. Si cuando ésta fue promulgada, iban corridos siete años, el prescribiente puede elegir la una o la otra; pero en cualquier caso, estará obligado a completar alguna. Y, como decidiéndose por la de diez, éstos empezarían a correr desde la fecha de la promulgación de la ley posterior, es indudable que optará por la de quince, ya que prescribiría con sólo ocho años más.

b) Suponiendo de diez años el plazo de prescripción de la ley antigua, y de seis el de la posterior; corridos tres a la promulgación de ésta, ¿qué prescripción será conveniente elegir? La de la ley nueva, pues en conformidad a ella el derecho prescribiría en seis años a contar desde su promulgación; en cambio, si se optara por la ley antigua, habría que esperar siete años más para prescribir con arreglo a ella.

372. Justificación de la disposición de la ley chilena

El Mensaje con que se acompañó la Ley de efecto retroactivo, justifica la disposición del legislador en cuanto a la prescripción, en los siguientes términos:

"En materia de prescripción, el Proyecto adopta un criterio que si bien no se conforma rigurosamente a los principios teóricos que imperan sobre este punto, es empero el que mejor armoniza las expectativas de los actuales prescribientes con los derechos de aquellos contra quienes se prescribe. Resulta indudable que una prescripción no consumada no alcanza a conferir un derecho adquirido al prescribiente. La nueva ley podría, pues, cortar el curso de sus esperanzas, prolongando o disminuyendo el plazo que la anterior exigía, o aun declarando imprescriptibles las cosas sobre que versaba la prescripción. Pero de la estricta aplicación de estos principios podrían seguirse inconvenientes graves. Bien podría suceder que por consideraciones personales u otros motivos ajenos a la renuncia presunta del derecho que se prescribe, el titular de este derecho hubiese dejado de ejercerlo, contando para ello con el plazo que la ley le señalaba. Si antes de la expiración de este plazo una nueva ley viniese a redimir el término de la prescripción, su derecho quedaría súbitamente extinguido y castigada la generosidad o indulgencia que hubiese usado para con el prescribiente. Este inconveniente queda del todo removido con el temperamento que adopta el Proyecto, el cual no carece de precedentes en la legislación de otros países que también lo han adoptado con excelentes resultados. Dándose al prescribiente la facultad de elegir entre el término señalado por la antigua ley y el que prefija la nueva, él verá por cuál de ellos más le convenga decidirse. Si prefiere la antigua ley, ninguna innovación se producirá en su condición ni en la de los derechos de la persona contra la cual esté prescribiendo. Si, por el contrario, elige la nueva, ningún agravio se inferirá a los derechos de este último, desde que todos los requisitos constitutivos de la prescripción deben realizarse después que dicha ley haya sido promulgada".

373. Ley que rige la prescripción de lo que la nueva ley declara absolutamente imprescriptible y

que la antigua permitía prescribir

Lo que una ley posterior declara absolutamente imprescriptible no podrá ganarse por tiempo bajo el imperio de ella, aunque el prescribiente hubiese principiado a poseerla conforme a una ley anterior que autorizaba la prescripción (Ley de efecto retroactivo, artículo 26).

Ejemplo: el Código ha declarado absolutamente imprescriptibles las servidumbres discontinuas y las inaparentes: bajo la legislación española podían adquirirse por prescripción inmemorial. Ahora bien, suponiendo que a la promulgación del Código no era aún inmemorial una prescripción de esta especie, pero que, en virtud de la regla de derecho antiguo que consideraba inmemorial la prescripción centenaria, haya adquirido después aquel carácter, no será sin embargo reconocida, aun cuando se hubiesen cumplido los cien años sólo un día después de aquella promulgación.60

El artículo 26 hace una perfecta aplicación de la teoría de los derechos adquiridos y meras expectativas. En efecto, la prescripción iniciada, pero que no se ha consumado, se mira como simple expectativa; no es derecho adquirido, porque mientras no concurran todas las condiciones y, por consiguiente, el término completo que señala la ley, no hay adquisición. La prescripción se reputa un solo acto con varias condiciones; es un acto que se realiza en un largo transcurso de tiempo y, en consecuencia, el acto no tiene este carácter mientras no se vence el término. Esta es la razón por que es expectativa que se sujeta a la nueva ley.61

También hay que considerar que la prescripción tiene en mucha parte por fundamento el orden público, y siempre es esta consideración la que induce al legislador a declarar imprescriptible una cosa.62

LL. EL PROBLEMA DE LA RETROACTIVIDAD Y LAS LEYES DE DERECHO PUBLICO

374. Leyes políticas y administrativas

Las leyes que pertenecen al Derecho Constitucional y al Derecho Administrativo reciben una aplicación inmediata, es decir, rigen desde su entrada en vigor tanto las situaciones jurídicas que nacen a partir de esa fecha como las consecuencias que surgen desde esa misma fecha pero de situaciones nacidas antes. Esto no significa efecto retroactivo, sino inmediato.

Roubier justifica el efecto inmediato de las leyes políticas y administrativas diciendo que el Derecho Público es un derecho institucional por excelencia y la unidad en el régimen de las instituciones públicas es imprescindible; no podrían funcionar paralelamente la legislación antigua y la nueva. De manera, pues, que el principio del efecto inmediato, que es la regla general en las leyes de Derecho Privado, se impone en las leyes de Derecho Público en forma más apremiante que en aquéllas, porque las instituciones de Derecho Privado no están sujetas a la reglamentación de los poderes.

El principio de la irretroactividad, en concepto de la doctrina clásica, no es aplicable tratándose de leyes que conceden derechos de carácter puramente político o administrativo, porque ellas no dan margen para la constitución de derechos adquiridos; sólo conceden simples facultades, aptitudes que constituyen derechos sólo cuando se ejercitan y para los que se ejercitan cada vez determinadamente. Y así, por ejemplo, si mañana se dicta una ley que concede el derecho a sufragio a los mayores de veinte años, desde el momento en que adquiere fuerza obligatoria sólo podrán ejercer el derecho a voto los que hayan cumplido dicha edad; no así los menores de veinte años, aunque bajo el imperio de la ley antigua lo hubieran podido hacer y lo hayan hecho. Pero no se anulará el voto de estos últimos ejercitado en elecciones pasadas, porque la facultad ejercitada en conformidad a la ley antigua y bajo su imperio queda intangible respecto del acto consumado.

Hay casos, sobre todo en la esfera del Derecho Administrativo, en que a la sombra de una ley vigente, se adquieren derechos inmunes a la retroactividad de una ley nueva. Así sucede cuando esos derechos están amparados por la Constitución o por una ley de rango especial, cuerpos legales a los cuales la ley nueva, por su carácter, no puede barrenar a través de su efecto retroactivo. En armonía con este principio, la Corte Suprema ha resuelto que si los funcionarios públicos que, conforme a la ley vigente, devengan una asignación de monto determinado, han adquirido derecho a ella, no puede serles

arrebatada o menoscabada por el efecto retroactivo de una ley nueva, aun cuando no perciban la asignación por la negativa de la institución empleadora a pagarla. El derecho adquirido al mencionado beneficio es el de propiedad sobre un bien incorporal (el crédito), derecho que ampara y garantiza nuestra Constitución, como quiera que asegura a todas las personas el derecho de propiedad, tanto si recae sobre bienes corporales como incorporales (art. 19 número 24). Una ley posterior dirigida a suprimir o mermar retroactivamente el derecho adquirido sobre la asignación de la especie ha de declararse inaplicable en el juicio en que tal derecho se cuestione.63

El autor alemán Fritz Fleiner, famoso en la primera mitad de este siglo y todavía citado con frecuencia, afirma que "en principio la regla de la no retroactividad de las normas jurídicas rige también para el Derecho Administrativo… Sin embargo –agrega–, si no existe una prohibición general, establecida por la Constitución o por una ley determinada para una materia, toda norma jurídica nueva puede ser investida de fuerza retroactiva y comprender situaciones ya existentes y consumadas. Los efectos retroactivos se obtienen sin que hayan sido dispuestos expresamente; basta que se observe esta intención en el conjunto del nuevo Derecho. Cuanto más importante sea para el bien común una norma jurídica, tanto más justificado es el poder que su autor quiso aplicarle para circunstancias ya existentes… Aun cuando una situación existente haya sido justificada o reconocida por un acto administrativo especial durante el dominio del antiguo Derecho, no por ello excusa someterse a una nueva norma jurídica con fuerza retroactiva. De esto resulta que en Derecho Administrativo se otorga a la retroactividad una extensión mucho mayor que en el Derecho Privado. De toda suerte, la interpretación debe decidir en cada caso si una nueva norma jurídica ha de tener vigencia nada más que para el futuro, o si hay que aplicarla también a situaciones ya existentes".64

375. Leyes relativas a la organización judicial y a la competencia de los tribunales

Sabemos que estas leyes pertenecen al Derecho Procesal, el cual, según cierta opinión, pertenece tanto al Derecho Público como al Derecho Privado. Pues bien, las leyes relativas a la organización judicial y a la competencia constituyen una parte del Derecho Procesal que cae dentro del Derecho Público.

Las leyes que modifican la organización judicial y la competencia de los tribunales son de Derecho Público; reciben, por lo tanto, aplicación inmediata. Pero hay discrepancia de pareceres en cuanto a las leyes de competencia relacionada con litigios pendientes.

Actualmente, los juicios de divorcio son de la competencia de los jueces de letras en lo civil; supongamos que se dicte una ley que crea un tribunal especial para conocer de estos asuntos. Si la nueva ley nada dice respecto de los juicios de divorcio pendientes, ¿pasarán éstos a conocimiento del nuevo tribunal o continuarán substanciándose ante el juez de letras? He aquí el problema.

En la doctrina, la cuestión es contradictoria.

Algunos piensan que la competencia no puede alterarse; otros estiman que las nuevas leyes de competencia pueden aplicarse a todos los asuntos que no han sido fallados definitivamente.

Dentro de nuestro Derecho podrían tener asidero las dos opiniones. La primera, merced al artículo del Código Orgánico de Tribunales que dice: "Radicado con arreglo a la ley, el conocimiento de un negocio ante el tribunal competente, no se alterará esta competencia por causas sobrevinientes". La ley a que hace referencia este artículo es, lógicamente, la vigente al tiempo de radicarse el asunto, lo que ocurre una vez contestada la demanda, es decir, cuando está trabada la litis y reconocida implícitamente la jurisdicción del tribunal; esa ley es la que determina la competencia del juez. También se apoyan, los que creen que la competencia no puede alterarse por efecto de una ley posterior, en la segunda parte del artículo 24 de la Ley de efecto retroactivo, que manifiesta que "los términos que hubiesen empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación". Pero algunos no invocan esta disposición, porque dicen que se refiere a los términos y actuaciones de procedimiento propiamente dicho, de tramitación del juicio y no a la organización y competencia de los tribunales.

Los partidarios de que la competencia del asunto debe pasar al juez que designa la nueva ley recurren también al artículo del Código Orgánico, pero le dan otra interpretación. La ley, afirman, que quiere mantener la jurisdicción del juez ante quien está radicado el juicio se refiere sólo al tribunal

competente; y si la nueva ley priva a un tribunal de una jurisdicción determinada, ese tribunal comienza a carecer de competencia desde que la nueva ley principia a regir, porque de otra manera se arrogaría facultades no conferidas por la ley, y sus actos serían nulos en virtud de lo dispuesto en el artículo 7º de la Constitución. Por otra parte, los tribunales han considerado a menudo el Código Orgánico como una ley de procedimientos, que debe prevalecer sobre las anteriores desde el momento de su vigencia, en conformidad a la primera parte del artículo 24, que establece que "las leyes concernientes a la substanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir".

Como vemos, los partidarios de la última opinión olvidan la segunda parte del artículo 24, que citamos más arriba, y que limita la aplicación inmediata de la ley.

Considérese, todavía, la improcedencia de recurrir al artículo 24, por tratarse de una disposición referente al procedimiento en sí mismo, abstracción hecha de todo lo relativo al tribunal.

Don Manuel Egidio Ballesteros65 era también partidario de la última doctrina; pero por otra razón. Según él, las leyes relativas a organización y atribuciones de los tribunales rigen desde su promulgación por ser de Derecho Público; y es indudable, concluía, que una ley de Derecho Público rige desde su vigencia, cesando desde entonces las facultades que ella deroga, y adquiriéndolas desde ese momento los funcionarios a quienes las transfiere, salvo que la misma ley disponga otra cosa.

Por fin, los prosélitos de la doctrina que sostiene que el tribunal que conoce de una causa debe seguir conociéndola, a pesar de que una ley posterior entregue el asunto a otro, apelan al artículo 19, Nº 3º inciso cuarto de la Constitución, el cual expresa que "nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta". De manera que este precepto –que se arrastra desde la Constitución de 1833– impediría que el nuevo tribunal conozca de la cuestión pendiente ante otro. Y esta disposición no sólo impediría aplicar la nueva ley de competencia a los jueces, sino que también al legislador, pues se trata de un precepto constitucional que obliga a todos.

Los partidarios de a doctrina contraria comienzan por analizar el artículo. Respecto de su primera parte que dice que "nadie puede ser juzgado por comisiones especiales" no formulan observación alguna, pues todos están de acuerdo –y es lógico– que en su virtud le queda prohibido al legislador crear comisiones o tribunales ad hoc para fallar un pleito dado o para fallar juicios en que fueren parte o tuvieren interés una o más personas determinadas.

Todo esto es claro y se comprende a primera vista. Pero ¿qué ha querido decir la Constitución al disponer que el tribunal que juzga se halle establecido con anterioridad por la ley? ¿Ha querido decir, se pregunta don Jorge Huneeus, que el tribunal se halle establecido con anterioridad al hecho que motivare al juicio? ¿Se refiere, al emplear la palabra anterioridad, a la iniciación del juicio mismo, que bien puede retardarse hasta muchos años después de verificado el hecho que le da origen, o sea, hasta que prescribe la acción respectiva? ¿O la palabra anterioridad se referirá al pronunciamiento mismo de la sentencia que pone término al pleito, cuando durante su secuela es suprimido y reemplazado por otro el tribunal que de él estuviere conociendo? 66

No resuelve la Constitución esta dificultad, pues empleó la palabra anterioridad sin decirnos a qué, ni cuál es el algo a que debe preceder el establecimiento del tribunal señalado por la ley.67

Pero, en la práctica, dice el señor Huneeus, se ha entendido que la palabra anterioridad, empleada tan vagamente por la Constitución, se refiere, no al hecho que motiva el juicio, ni a la iniciación de éste, sino al pronunciamiento de la sentencia, desde que ha habido numerosos casos en los cuales, alterado por la ley el tribunal que estaba conociendo de un asunto, ha continuado tramitándolo y lo ha resuelto el tribunal posteriormente establecido.68

376. Leyes penales

La irretroactividad de la ley penal es una de las conquistas de la Revolución Francesa y significó una reacción contra la arbitrariedad judicial de los tiempos anteriores. Está consagrada, entre nosotros, fundamentalmente en la Constitución Política, que manifiesta 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" (art. 19, Nº 3º, penúltimo inciso).

Congruentemente, el Código Penal estatuye que "ningún delito se castigará con otra pena que la

que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración. Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgara otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento" (artículo 18).

La ley que elimina o disminuye la pena se aplica, pues, retroactivamente. Y tal retroactividad se justifica por la mayor parte de los autores diciendo que en este caso, "lejos de causar con ella un perjuicio, se hace una aplicación de estricta justicia, no manteniendo la ley antigua, cuando el legislador reconoce, al suavizar la pena, que se había excedido en severidad; y no hay ningún interés ni conveniencia social en aplicar una ley desproporcionada al delito".

Roubier da una base jurídica a esta misma opinión; pero sostiene, de acuerdo con su doctrina, que en este caso no hay propiamente retroactividad, y que para que ésta opere es menester que ataque situaciones jurídicas constituidas, cosa que aquí no ocurre. El Derecho Penal, sostiene el autor francés, no reconoce derechos subjetivos, sino situaciones jurídicas objetivas. Ahora bien, para que tal situación se constituya es necesario una infracción y un juicio; mientras éste no termine con la sentencia definitiva, la situación no se halla constituida: se encuentra pendiente. Y cuando la nueva ley interviene después de la infracción, pero antes de la sentencia, lógicamente se aplica a esta situación pendiente, siempre que suprima o disminuya la pena. Si, por el contrario, la nueva norma crea un hecho punible o aumenta la pena, no puede aplicarse sin caer en retroactividad. En efecto, si vigente la ley anterior un hecho es castigado, la ley nueva que obra sobre esta situación pendiente puede impedir que se constituya o disminuir sus efectos (caso de la ley más favorable al reo), pero es inoperante, en cambio, para hacer producir efectos que no podían resultar según la ley vigente, sea estableciendo una pena que no había, sea aumentando la que existía (caso de la ley más severa).69

377. Aplicación de la ley penal más benigna cuando contiene un plazo para entrar en vigencia después de su publicación

Si una ley reduce la pena de determinado delito, pero entra a regir después de cierto tiempo, por ejemplo transcurridos treinta días a partir de su publicación, ¿debe ser juzgado el reo, antes de que se cumpla este plazo, conforme a la ley antigua o de acuerdo con la nueva más benigna?

Según una sentencia de la Corte Suprema del año 1953, debe aplicarse esta última, porque el Código Penal sólo exige que la nueva ley más benigna esté promulgada, y no también que haya vencido el plazo señalado para que empiece a regir, ya que a la letra dice: "Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento" (artículo 18, inc. 2º). Ahora bien, la inteligencia de la palabra promulgación, en cualquier sentido que se la tome, no implica el transcurso del plazo para que la ley entre en vigencia. Promulgar, en su sentido natural y obvio, es publicar; luego, una vez insertado el texto legal en el Diario Oficial, la ley más benigna debe aplicarse.70 Si se considera el sentido jurídico que el Código Civil chileno da a la palabra promulgar en sus artículos 6º y 7º, también hay que concluir la no necesidad del transcurso del plazo señalado para su entrada en vigor, pues, conforme a esos preceptos, la promulgación se traduce en el acto por el cual el Presidente de la República, mediante decreto, certifica la existencia de la ley y ordena su publicación y ejecución. Por tanto, afirma don Arturo Alessandri Rodríguez, para que se aplique la ley más benigna, "no es menester que ésta entre en vigor, es decir, que haya vencido el plazo señalado para que empiece a regir. Basta que esté promulgada por el Presidente de la República o, a lo sumo, publicada en el Diario Oficial. El inciso 2º del artículo 18 del Código Penal habla de si se promulgare otra ley; no exige nada más".71

La misma tesis de la sentencia del año 1953 de la Corte Suprema y del señor Alessandri, se acepta por la Corte de Apelaciones de Santiago en un fallo de 28 de mayo de 1996.72

Pensamos que la orden de ejecución de la ley que importa la promulgación supone la aplicación de la ley respectiva en los términos que ella misma establece, y si dichos términos disponen que comience a regir después de transcurrido un determinado plazo, deberá esperarse este transcurso. En consecuencia –como agregan en voto disidente dos ministros de la Corte Suprema73, la ley promulgada de que habla el inciso 2º del artículo 18 del Código Penal se refiere a una ley que ya ha empezado a regir. Y esto, por lo demás, es lógico, pues si una ley no rige, carece de todo efecto jurídico, a nadie obliga, los jueces no

tienen porqué aplicarla e, incluso, puede alegarse por todos su ignorancia (C. Civil, art. 8º, "a contrario sensu").

En sentencia de 19 de agosto de 1996 la Corte Suprema, reaccionando, se ha plegado a este último punto de vista.7743 bis

Nosotros estamos con la misma corriente. A continuación, exponemos nuestras razones.

1) Cuando la Constitución y el Código Penal disponen que al reo debe aplicarse una ley promulgada posteriormente al delito cometido si le es más favorable, lo hace, naturalmente, en la inteligencia de que ésta le sea aplicada en todos los términos que ella misma establece. La promulgación, además de atestiguar que un proyecto ha sido aprobado como ley, ordena que ésta se cumpla, se lleve a efecto de acuerdo con las normas establecidas por esa misma ley, y si ella prescribe que entrará en vigencia una vez transcurrido el plazo señalado posterior a su publicación, este mandato no puede eludirse y dejarlo como letra muerta.

2) Si la ley más favorable al reo debe aplicarse a los delitos cometidos con anterioridad a la fecha de su publicación o promulgación, cabe preguntarse qué ley corresponde aplicar a los delitos cometidos después de esa fecha pero antes de que transcurra el plazo fijado para que entre en vigor la ley nueva. Lógicamente habría que aplicar la ley anterior, la más severa, porque mientras no comience a regir la nueva subsiste la antigua. Resulta que en este caso respetaríamos el comienzo de la vigencia de la ley nueva y en el otro no, sin que nada justifique esta distinción. Ahora, si a todo trance se quiere que sea cual fuere la fecha de los delitos cometidos, se aplique la ley nueva desde su promulgación o publicación, resultaría que el legislador habría establecido inútilmente el mandato de que la ley entre en vigencia después de cierto tiempo de publicada. Todas estas contradicciones o inconsecuencias no surgen si la nueva ley se aplica, como ella prescribe, una vez transcurrido el lapso que ella señala, porque todos los delitos cometidos antes de vencido tal plazo caerán bajo su dominio.

3) La Constitución y el Código Penal dicen que ningún delito será castigado con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración. Ahora bien, supóngase que se promulgue una ley que establece la pena de muerte para los traficantes de estupefacientes y que declare que ella comenzará a regir sesenta días después de su publicación en el Diario Oficial. Para ser consecuentes, los que sostienen que basta la promulgación de la ley más favorable al reo para ser aplicada, porque la Constitución y el Código Penal hablan de ley promulgada y nada más, deberán aceptar que en el caso propuesto correspondería aplicar la pena de muerte a los que después de promulgada la ley y antes del transcurso del plazo fijado para su vigencia se hicieren reos del delito de tráfico de estupefacientes. No podrían argüir que una misma disposición en unas líneas diera un significado a la promulgación y en otras uno distinto.

Cuando una ley dispone el transcurso de un plazo para su entrada en vigor, no es porque sí; tiene en cuenta algunos factores, como, en el ejemplo, que haya el tiempo suficiente para noticiarse de su existencia. Si no hay ningún factor que justifique el retardo de la vigencia de la ley, ésta no ordena ninguna postergación y rige desde su publicación oficial, sin más, y a veces, el legislador pone énfasis en este punto y lo declara expresamente.

Debemos concluir, pues, que en todos los casos en que una ley manda que su vigencia comience después de cierto plazo, ha de acatarse la disposición. Toda promulgación ordena el cumplimiento de la ley a que se refiere en los términos que ésta misma consigna.

378. Leyes que establecen multas

Partiendo de la base que estas multas constituyen verdaderamente una pena, la Corte Suprema declaró, bajo la vigencia de la Constitución de 1925, que todas las leyes que imponían multas eran irretroactivas, porque quedaban amparadas por los términos del artículo 11 de esa Constitución, que decía: "Nadie puede ser condenado, si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio". No se dudaba que al hablar de condenado la disposición aludía al que lo hubiera sido a una pena, carácter que no se podía discutir a la multa, sea que se impusiera por la infracción de una ley propiamente penal, civil, administrativa o laboral. Por tanto, todas las leyes sobre multas eran irretroactivas.75 Los ministros disidentes de la serie de fallos dictados en este sentido afirmaban que la disposición constitucional se limitaba a los condenados a penas como

sanciones impuestas en juicio por la comisión de hechos constitutivos de delitos de orden criminal y, por ende, debía reconocerse irretroactividad sólo a las leyes que establecieran multas como penas de delitos de ese orden, y no por otros hechos sancionados en leyes civiles, administrativas o laborales.

La Constitución de 1980, en armonía con el artículo 18 del Código Penal, se refiere únicamente a las penas de los delitos de orden criminal, pues dice 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" (art. 19 número 3º, inciso penúltimo de este número). En consecuencia, hoy sólo las multas impuestas por leyes propiamente penales, están amparadas por la norma constitucional.

Pero cabe preguntarse, dejando de lado la Constitución, si no sería equitativo favorecer con la nueva ley más benigna a los afectados con una multa establecida para hechos que no son delitos de acuerdo con el Derecho Penal. Podría responderse afirmativamente, porque si se es benevolente con delincuentes, con mayor razón es necesario serlo con los que no lo son. Afortunadamente, en el hecho el problema se plantea pocas veces, porque las leyes más benignas de toda clase generalmente declaran en forma expresa su retroactividad.

Por último, creemos que no pueden estimarse más severas las leyes que se limitan a elevar el monto de las multas de acuerdo con la inflación monetaria, porque sólo equiparan valores.

378-a. Bibliografía sobre el efecto retroactivo de la ley

a) Obras generales

Pascuale Fiore, De la irretroactividad e interpretación de las leyes, traducción del italiano por Enrique Aguilera de Paz, 3ª edición corregida, Madrid, 1927.

Gabba, Teoría de la retroattività delle leggi, Turín, 1891-1898.

José L. Gómez Angulo, Estudio crítico de la jurisprudencia de la ley sobre el efecto retroactivo de las leyes. Artículos 18 al 26, Memoria de Licenciado, Santiago, 1962 (164 pp.).

Ismael Ibarra Léniz, Ley de 7 de octubre de 1861 sobre efecto retroactivo de las leyes (artículos 1º al 17), Memoria de Licenciado, Santiago, 1960 (218 páginas).

Patrice Level, Essai sur les conflits de lois dans le temps. Contribution a la théorie générale du droit transitoire, París, 1959.

Pacchioni, Delle leggi in generale e della loro retroattività, Padua, 1937.

Pace, Il Diritto transitorio, Milán, 1944.

Carmen Riveros Ramírez, Retroactividad de la ley, Memoria de Licenciado, Santiago, 1937.

Paul Roubier, Les conflits des lois dans le temps, 2 volúmenes, París, 1ª edición, 1929-1931; 2ª edición: Le Droit Transitoire. Conflits des lois dans le temps, París, 1960, 590 pp.

Vareilles-Sommières, Une théorie nouvelle sur la retroactivité des lois, París, 1893.

b) Obras especiales

Marcelo Cibie Paolinelli, Efectos de la ley penal en el tiempo, Memoria de Licenciado, Santiago, 1954, 64 pp.

Fernando A. Díaz Müller, Territorialidad y retroactividad de la ley procesal, Memoria de Licenciado, Santiago, 1958, 140 pp.

Alberto Domínguez, La retroactividad de la ley en el Derecho Público argentino. Principios y jurisprudencia, Buenos Aires, 1951, 106 p.

M. APLICACION DE LA LEY A HECHOS POSTERIORES A SU DEROGACION

379. Principio

En principio, la derogación de la ley antigua es instantánea, de manera que ella no puede aplicarse a los hechos nuevos, posteriores a su derogación. Y es lógico: si el pasado cae bajo el imperio de la ley antigua, de acuerdo con la regla de irretroactividad, el porvenir debe ser del dominio de la ley nueva y pertenecerle totalmente durante el tiempo de su vigencia, de acuerdo con el principio del efecto

inmediato.

380. Aplicación de las leyes de Derecho Público

El principio de la aplicación inmediata de la ley nueva a los hechos posteriores a su promulgación, gobierna de una manera absoluta y sin excepciones tratándose de leyes de carácter puramente político o administrativo, por las razones ya vistas al hablar de la irretroactividad de las leyes.

381. Aplicación de las leyes de Derecho Privado

También por regla general reciben aplicación inmediata; pero excepcionalmente continúan rigiéndose por la ley antigua los contratos.

Sabemos que los contratos se rigen por las leyes bajo cuyo dominio se celebran y que las leyes vigentes a esa época se entienden incorporadas al contrato. De ahí que el juez, para interpretar los contratos y para solucionar cualquier dificultad que sus efectos provoquen, debe recurrir a las leyes coetáneas a la celebración de dichos actos.

382. El efecto diferido o supervivencia de la ley posterior a su derogación

Este efecto es, en general, el que prolonga la aplicación de la ley en el porvenir, más allá de su derogación. La supervivencia de la ley antigua se produce cuando la ley nueva permite que se aplique aquélla a todos los efectos jurídicos del porvenir derivados de un hecho anterior a la promulgación de la ley más reciente. Según Roubier, el juez, al revés de lo que ocurre con la retroactividad, no necesita de un texto formal para admitir la supervivencia de la ley antigua, supuesto que haya una razón jurídica suficiente para derogar la regla común del efecto inmediato de la ley.

CAPITULO XVII

EFICACIA DE LA LEY EN EL ESPACIO

A. GENERALIDADES

383. Planteamiento del problema

Del hecho que todo Estado soberano e independiente, de acuerdo con los principios básicos del Derecho Internacional Público, ejerza, dentro de su territorio, en forma absoluta y exclusiva, la potestad legislativa (facultad de dictarse sus propias leyes) y jurisdiccional (facultad de poder hacerlas cumplir), deriva lógicamente que cada Estado sólo puede dictar leyes y hacerlas cumplir dentro de las fronteras de su propio territorio; ninguno puede pretender que sus normas jurídicas sean respetadas más allá de los confines territoriales. Si este doble principio fuera reconocido y aplicado con todo rigor no se producirían conflictos entre las legislaciones de los diversos Estados; cada uno aplicaría sólo su propia legislación sin considerar la nacionalidad de las personas, el país en que se encuentran las cosas o en que se celebran los actos o contratos. Pero se comprende que una aplicación estricta del concepto de soberanía sería obstáculo a las relaciones internacionales, que son parte muy importante de la existencia misma de los Estados por la interdependencia en que viven, y entrabaría el comercio jurídico. Estos factores determinan el respeto de las leyes extranjeras y su aplicación, en muchos casos, dentro del territorio nacional.

Puede suceder que dos o más legislaciones pretendan, simultáneamente, regir una misma situación jurídica. En este caso, ¿a cuál se le dará preferencia? De esta materia se ocupa el Derecho Internacional Privado.

Diversas causas hacen que una situación o relación jurídica pretenda ser regida por dos o más legislaciones: la nacionalidad de los individuos, el cambio de domicilio, la circunstancia de encontrarse un bien en otro país distinto de aquel en que reside el dueño, el hecho de celebrarse un contrato en un país para que produzca efectos en otro, etc.

El conflicto de legislaciones puede ser simple y múltiple: es de la primera especie cuando se encuentran dos legislaciones al tratar de regir ambas un mismo caso jurídico, y es de la segunda, cuando las legislaciones concurrentes son más de dos, como, por ejemplo, si un ciudadano francés y otros inglés celebran un contrato en Croacia sobre bienes situados en Italia y se origina un pleito en Chile, mientras uno de los contratantes tiene su domicilio en Argentina y el otro en Bolivia.

Varias teorías se han preocupado de determinar, atendiendo a diversos factores y puntos de vista, la legislación de qué país debe aplicarse cuando concurren dos o más a regir una misma situación jurídica. Las que han ejercido mayor influencia son:

1) la teoría de los estatutos;

2) la teoría de la comunidad de derecho entre los diversos Estados, y

3) la teoría de la escuela italiana o de la nacionalidad.

Resumiendo, podemos decir:

a) Los factores que producen la colisión de las leyes en el espacio son la diversidad legislativa y jurisdiccional entre los Estados y la existencia de relaciones sociales (y, por consecuencia, jurídicas) entre los individuos pertenecientes a Estados diversos, y

b) Estos conflictos deben ser resueltos para determinar la legislación aplicable, cosa de la cual se ocupan diversas teorías que atienden a determinados puntos de vista.

384. Desarrollo histórico de los conflictos de legislaciones

Los conflictos de legislación, tan frecuentes ahora por la gran facilidad de comunicaciones y el enorme desarrollo de las relaciones comerciales entre los diversos Estados, "provenían antes principalmente de la diversidad de costumbres y derechos entre las diversas secciones y pueblos de un mismo país".

"La antigua Francia, por ejemplo, se regía en parte por el Derecho Romano y en parte por las costumbres, y la diversidad de éstas era tanta que la legislación variaba de una provincia a otra y aun dentro de una misma provincia".

"En Alemania, las relaciones entre los Estados del Antiguo Imperio estaban expuestas a frecuentes conflictos de esta clase y aun dentro de cada Estado la confusión legislativa era tan extraordinaria que un derecho particular regía ya una provincia, ya una subdivisión de provincia, ya una comuna, ya una ciudad o sólo una parte del territorio de una ciudad". 1 "Así, por ejemplo, dice Savigny,2 hasta el 1º de enero de 1840 hubo en Breslau cinco leyes particulares diferentes sobre el derecho de sucesión, el derecho de bienes entre cónyuges, etc., que constituían otras tantas jurisdicciones locales. A menudo el derecho variaba de una casa a otra; algunas veces una propiedad situada en los confines de dos jurisdicciones estaba regida en parte por una ley y en parte por otra".

La mayoría de los Estados de Italia, como Génova, Venecia y Florencia, tenían su derecho local, llamado "status", por oposición al Derecho Romano, al cual se reservaba el nombre de "lex". Este se aplicaba en todo el país, y aquél, en ciertos casos, en las ciudades en que se había promulgado.

También en España hubo diversidad de legislación, con sus fueros especiales.

385. La territorialidad y extraterritorialidad de las leyes

Todos los problemas que originan el conflicto de leyes en el espacio y los diferentes sistemas de Derecho Internacional Privado giran alrededor de dos principios antitéticos: el territorial y el personal o extraterritorial. Según el principio territorial, las leyes se dictan para el territorio y tienen su límite dentro del mismo. Según el principio personal, por el contrario, las leyes se dictan para las personas, y acompañan a éstas fuera del territorio.

Si el primero de los principios se aplicara estrictamente, el Estado podría exigir el reconocimiento exclusivo de su derecho sobre el territorio que le pertenece; pero no podría pretender que sus normas fueran reconocidas más allá de las fronteras.

Si se aplicara en absoluto el principio personal, el Estado sólo podría legislar para sus súbditos y no podría hacer valer ninguna autoridad sobre los extranjeros que residieran en su territorio.

Ambos sistemas han tenido importancia histórica. En la época de las invasiones bárbaras se aplicó el principio de la personalidad de la ley, conforme al cual cada individuo estaba exclusivamente sometido a la ley de su origen en cualquier parte que estuviera: el godo, a la ley goda; el franco, a la ley franca; el romano, a la ley romana, etc. En la época feudal se practicó, en cambio, el sistema de territorialidad de la ley, traducido en aquel famoso axioma: "leges non valent extra territorium estatuentis".3

386. Diversas teorías y puntos que discuten

Pero la solución extrema de ambos principios presentaba dificultades e inconvenientes muy graves. Por eso cuando las relaciones sociales y comerciales entre los pueblos se hicieron más continuas y regulares, se comprendió que la ley no podía ser absolutamente personal ni absolutamente territorial, y que había que buscar fórmulas de armonía y conciliación entre esos dos opuestos principios. Esta ha sido la constante aspiración de los sistemas de Derecho Internacional Privado. En ellos se da por supuesto que algunas leyes son territoriales y otras tienen eficacia extraterritorial; pero lo que se discute es:

1º La preponderancia que ha de tener el principio personal o el territorial;

2º La fórmula que ha de determinar qué leyes son territoriales y cuáles personales, y

3º El fundamento o justificación del hecho de la autoridad extraterritorial del derecho interior.

Entre las teorías que han intentado dar solución a estos problemas sobresalen, por su importancia, la de los estatutos, la de comunidad del derecho y la de la personalidad o nacionalidad del derecho.4 Nosotros limitaremos nuestro estudio a la primera, por estar fundada en ella, en parte, nuestra legislación.

387. Teoría de los estatutos

Nació la teoría de los estatutos a principios del siglo XIII con los comentarios de algunos glosadores, como Dino y Jacobo de Arena; se desenvolvió en el siglo XIV merced a las glosas de diversos maestros y principalmente de Bartolo de Sassoferrato (1314-1357). Este hizo de las reglas aisladas una teoría de conjunto que, a través de diversas vicisitudes, perdura hasta hoy.

La teoría de los estatutos clasificó las leyes en personales, es decir, relativas a las personas, y reales, o sea, relativas a los bienes. Las primeras tienen aplicación extraterritorial, pues siguen a la persona dondequiera que vaya, "como la sombra al cuerpo", según el decir de los estatutarios. Las leyes reales sólo se aplican en el territorio en el cual están situados los bienes, es decir, tienen carácter local y territorial.

Más tarde, se agregó una tercera categoría de leyes. D'Argentré (1519-1590) añadió a la clasificación las leyes mixtas, que se refieren a las relaciones concernientes a un mismo tiempo a los bienes y a las personas y particularmente a la forma de los actos y "para los cuales la aplicabilidad fuera del territorio se admitía o no según los casos y criterios sutiles de distinción deducidos del fin que la ley perseguía".

Ahora, precisando más las tres categorías de leyes, podemos decir que, "según la doctrina comúnmente admitida, son leyes personales aquellas cuyas disposiciones afectan directa y exclusivamente al estado de la persona, es decir, la universalidad de su condición, de su capacidad o incapacidad para proceder a los actos de la vida civil y que si tienen relación con las cosas es sólo accesoriamente y por una consecuencia del estado y calidad del hombre, objeto principal del legislador. Así, son personales: la ley que determina si el individuo es nacional o extranjero, la que fija la mayor edad, las condiciones para el matrimonio y la legitimidad, la que somete a la mujer a la potestad del marido, al hijo de familia a la patria potestad, la que establece la capacidad de obligarse o de testar, etc.

Son leyes reales las que se refieren directamente a las cosas, para determinar su naturaleza y el modo de poseerlas o adquirirlas, transmitirlas y transferirlas, sin tener relación con el estado o capacidad general de la persona si no es de un modo incidental y accesorio. A esta clase pertenecen las leyes que dividen los bienes en cosas corporales e incorporales, muebles e inmuebles; las que determinan el derecho de suceder abintestato o por testamento, las que fijan la cuota de libre disposición, etc.

De las leyes relativas a los actos hablaremos más adelante.

El fundamento de la aplicación extraterritorial de las leyes personales, de acuerdo con la teoría de los estatutos, radica en el hecho de que tales leyes se dictan en consideración al medio ambiente, el clima, los hábitos, las costumbres que imperan en el país en que el individuo nace y se desarrolla; siendo así, estas leyes se ajustarán más a la condición del individuo, por lo cual es justo que esté sometido a ellas donde quiera que se encuentre.

La aplicación territorial de la ley real tendría por fundamento el principio de la soberanía territorial, el dominio eminente del Estado sobre los bienes que se hallan dentro de sus fronteras.

La doctrina de los estatutos provoca una serie de dificultades; y así, hay casos en que resulta casi imposible distinguir si una ley es personal o real, porque se refiere tanto a la persona como a los bienes.

En verdad, la resolución de los conflictos de las leyes en el espacio es una de las cuestiones más difíciles del Derecho, hasta tal punto que ha habido autores que han dicho que esta materia es "un laberinto sin hilo" y algo en que el tratadista "no sabe a qué altar dirigir sus ruegos para hablar justo y claro al respecto". También se decía que este asunto constituye "un alambique de los cerebros".

388. Efectos territoriales y extraterritoriales de la ley

Para el debido estudio de la aplicación de la ley con relación al territorio, es preciso considerar los efectos de la ley dentro del territorio para el cual ha sido dictada, o sea, la territorialidad de la ley, y los efectos de la ley fuera de dicho territorio, o sea, la extraterritorialidad de la ley.

B. TERRITORIALIDAD DE LA LEY

389. Consagración del principio territorial en nuestro Derecho

La ley, dice nuestro Código, es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros (artículo 14).

390. Causas en virtud de las cuales se aceptó el principio territorial

Cuando se redactó nuestro Código Civil se hallaba en su apogeo la doctrina del estatuto personal. A pesar de esto, don Andrés Bello se mostró francamente partidario de la doctrina de la territorialidad absoluta, porque siendo Chile un país en formación y escasamente poblado, al mismo tiempo que estimular la inmigración, le convenía la uniformidad de población y legislación.

Conforme a este criterio, no podía la ley chilena acoger la doctrina del estatuto personal y por razones de nacionalismo no aceptó en forma alguna la vigencia de estas leyes extranjeras en su territorio.

391. Significado del artículo 14

a) Según la doctrina tradicional, el artículo 14 significa que todos los individuos que habitan en el territorio nacional, sean chilenos o extranjeros, quedan sometidos a la ley chilena desde el punto de vista de sus personas, bienes y actos.

Un individuo que adquiere bienes en Chile, debe sujetarse a las leyes chilenas en lo relativo a la adquisición y ejercicio de su derecho de propiedad; un extranjero que contrae matrimonio en Chile, queda sometido a la ley chilena en cuanto a los efectos y disolución del matrimonio; el extranjero que se radica en Chile queda sujeto a las leyes chilenas en lo relativo a la capacidad, etc.

b) Según otra doctrina, el significado del artículo 14 es más estrecho; la norma tendría por objeto sólo establecer que el estatuto personal (estado y capacidad) de los habitantes del territorio de la República se rige por la ley chilena. Y esto se vería confirmado por la existencia de una disposición particular relativa al estatuto de las cosas (estatuto real) y, además, por la posibilidad de deducir una regla semejante para el estatuto de los actos.5

392. Diversas aplicaciones del principio de territorialidad

El principio de la territorialidad absoluta está consagrado en varias disposiciones de nuestra legislación positiva y, en algunas, el legislador lo ha llevado a extremos verdaderamente inauditos.

1) Así, por ejemplo, en lo que se refiere al matrimonio y a su disolución, el Código Civil en los artículos 120 y 121, dispone 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 para casarse en Chile mientras viviere el otro cónyuge", y 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 artículo 120, sobre todo, constituye una iniquidad, porque coloca al extranjero en la disyuntiva de ir a casarse a otro país, o de fundar una familia ilegítima. Por otra parte, resalta más la injusticia si se considera que si ese extranjero hubiera vuelto a casarse en su país, se le reconocería en Chile su matrimonio.

2) El artículo 997 es una corroboración del artículo 14. Establece que "los extranjeros son llamados a las sucesiones abintestato abiertas en Chile de la misma manera y según las mismas reglas que los chilenos".

3) El Código Penal, en su artículo 5º, considera el mismo principio del artículo 14. "La ley penal chilena, dice, es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros. Los delitos cometidos dentro del mar territorial o adyacente quedan sometidos a las prescripciones de este Código".

393. Ventajas de la doctrina chilena del artículo 14

La doctrina chilena es mucho más práctica, conveniente y justa que la doctrina del principio personal.

En primer lugar, no lesiona en forma alguna la soberanía del Estado.

En seguida, la teoría del principio personal pugnaría con la disposición del artículo 6º del Código Civil (que dice que la ley no obliga sino una vez promulgada en conformidad a la Constitución Política del Estado y publicada de acuerdo con los preceptos que establece el Código Civil), pues las leyes extranjeras obligarían sin haber sido promulgadas por el Presidente de la República ni publicadas en el Diario Oficial.

En tercer lugar, desde el punto de vista de la conveniencia práctica, es mejor nuestro sistema: evita tener que conocer las leyes de los demás países y con ello se ahorran fraudes y errores.

Cuando en Chile se va a celebrar un acto, basta conocer la ley chilena. Lo contrario se presta a fraudes, porque se puede simular una nacionalidad que no se tiene.

Finalmente, la teoría del principio personal tiene la inconveniencia de crear una diversidad de situaciones en los individuos, sometiendo a unos a una legislación y a otros a una diferente.

Todos estos inconvenientes se evitan con la doctrina de la territorialidad absoluta de la ley aceptada por nuestro Código.

394. Excepciones del artículo 14

El principio del artículo 14 no tiene más excepciones que las que admite el Derecho Internacional y que son relativas a los soberanos extranjeros, agentes diplomáticos y buques de guerra.

Los soberanos de un Estado quedan sometidos a sus leyes dondequiera que se encuentren; los agentes diplomáticos acreditados ante un país están sometidos a las leyes del Estado a quien representan, y los buques de guerra, aun los surtos en aguas territoriales chilenas, están sometidos a las leyes del Estado a que pertenecen.

Tanto los buques de guerra como las moradas de los diplomáticos se consideran como parte integrante del territorio del Estado a que pertenecen o que representan. Por eso, en materia de nacionalidad, se consideran nacidos en el territorio del Estado los que nacen en los buques de guerra o en la morada de un agente diplomático acreditado ante un país extranjero.

395. La ley chilena no rige en el territorio de otro Estado. Excepción

En el artículo 14 se establece que la ley chilena es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso para los extranjeros, de lo cual, a la inversa, se deduce lógicamente que la ley chilena no rige en el territorio de otro Estado. Por excepción, ciertas leyes siguen al chileno fuera del territorio; pero, como veremos, no lesionan la soberanía de otro Estado, ni constituyen una inconsecuencia con respecto a la disposición del artículo 14.

396. Equiparación del chileno y el extranjero

En compensación a las obligaciones que el artículo 14 impone a los extranjeros al someterlos a las leyes chilenas, se les otorga en el artículo 57 una franquicia, al decir 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".

En términos muy generales se definen los derechos civiles como aquellos derechos que la ley concede o reconoce para la realización de un interés privado del sujeto. Se contraponen a los derechos públicos que, como los políticos, se otorgan para la realización de un interés público.

Si exigente fue el legislador en el artículo 14 al someter al extranjero a las disposiciones de la ley chilena, en lo relativo a su estado y capacidad, fue excesivamente liberal en el artículo 57, al equiparar su situación con la de los nacionales. El fin que persiguió el legislador fue atraer con tal franquicia a los extranjeros para incrementar la población de la República.

397. Excepciones a la regla de igualdad civil entre el chileno y el extranjero

Podemos decir que casi no hay diferencia de ninguna especie entre el chileno y el extranjero, pues las que se han establecido son pocas, y se fundan más en el domicilio que en la nacionalidad.

Veamos algunas de cierta importancia.

1) Se prohíbe ser testigo de un testamento al extranjero no domiciliado (art. 1012). Y esto tiene su razón, porque, llegado el caso, sería difícil obtener la comparecencia de ese extranjero.

2) En la sucesión abintestato de un chileno o de un extranjero que se abre fuera de nuestro país, sólo los chilenos que tienen interés en esa sucesión pueden invocar los derechos que les corresponderían según la ley patria y solicitar que se les adjudique en los bienes del difunto existentes en Chile todo lo que les cabe en la sucesión de éste; los extranjeros, domiciliados o no en nuestro territorio, sólo pueden hacer valer los derechos que les otorga la ley del país en que se abre la sucesión y no tienen preferencia sobre los bienes del causante situados en Chile. Así se desprende del artículo 998 del Código Civil.

3) La Ley de Pesca señala los antecedentes que deben presentar en su solicitud las personas interesadas en obtener una autorización de pesca, y declara que en el caso de ser el solicitante una persona natural, deberá ser chileno o extranjero que cuente con autorización de permanencia definitiva en el país. Si el solicitante es una persona jurídica, deberá estar constituida legalmente en Chile. En caso de haber en ella participación de capital extranjero, ha de acreditar cuando corresponda, el hecho de haber sido autorizada previamente la inversión, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes. (Texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley General de Pesca y Acuicultura, fijado por el decreto Nº 430, de 1991, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, publicado en el Diario Oficial de 21 de enero de 1992, arts. 16 y 17).

4) Por razones de interés y seguridad nacional hay tierras, bienes raíces, cuyo dominio, posesión y derechos reales sobre ellos se reserva a los chilenos, particularmente tratándose de tierras situadas en zonas fronterizas o a cierta distancia de la costa. Sin embargo, por excepción, la ley autoriza en casos taxativos que extranjeros domiciliados pueden acceder a esos bienes. Al respecto la normativa se encuentra en el Decreto Ley Nº 1939, de 1977, que establece normas sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado (arts. 6º y 7º), publicado en el Diario Oficial de 10 de noviembre de 1977. En esta materia hay normas especiales sobre bienes raíces situados en determinadas áreas de la Comuna de Arica, que favorecen a las personas naturales y jurídicas de países limítrofes; se encuentran establecidas en la Ley Nº 19.420, de 23 de octubre de 1995, sobre Incentivos para el desarrollo económico de las provincias de Arica y Parinacota (arts. 19 a 23).

C. Extraterritorialidad de la ley

398. La extraterritorialidad de la ley es excepcional

Los casos en que la ley produce efectos fuera del territorio del Estado que la dicta, son excepcionales, porque, según ya se ha dicho, la regla general es que no produzca efectos sino dentro de esos límites. Sin embargo, a pesar de esta regla general, hay casos en que la ley chilena produce efectos

fuera del territorio, como luego se verá.

Para estudiar la extraterritorialidad de la ley chilena, es decir, para determinar los efectos de esta ley fuera del territorio de la República, tenemos que aceptar la distinción entre leyes personales, reales y leyes relativas a los actos.

1. Leyes personales

399. Principio fundamental establecido en el artículo 15 del Código Civil

La extraterritorialidad de la ley chilena, por lo que respecta a las leyes personales, está determinada por el artículo 15 del Código Civil, que señala las reglas fundamentales a este respecto, en los términos siguientes:

"A las leyes patrias que reglan las obligaciones y derechos civiles, permanecerán sujetos los chilenos, no obstante su residencia y domicilio en país extranjero, en lo relativo al estado de las personas y a su capacidad para ejecutar ciertos actos que hayan de tener efecto en Chile, y en las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia; pero sólo respecto de sus cónyuges o parientes chilenos".

Este principio está repetido en el artículo 15 de la Ley de Matrimonio Civil, que dice:

"El matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad a las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere celebrado en territorio chileno. Sin embargo, si un chileno o chilena contrajera matrimonio en país extranjero, contraviniendo a 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".

400. El artículo 15 no es una inconsecuencia con respecto al artículo 14

El artículo 15 del Código Civil, al establecer que la ley chilena rige fuera del territorio, parece constituir a primera vista una inconsecuencia con respecto al artículo 14 del mismo Código, porque mientras éste declara que en Chile sólo rige la ley chilena y que no se acepta la ley personal del extranjero, en aquél se dispone que la ley personal del chileno rige más allá de las fronteras de la República.

Examinando la cuestión a fondo, se ve que no hay tal inconsecuencia. En primer lugar, porque la ley chilena sólo rige en el extranjero para los actos que han de tener efecto en Chile; y en seguida, no se exige ni se pide amparo para la ley chilena a las autoridades extranjeras.

Se dispone únicamente que el chileno ha de respetar la ley chilena en el extranjero, para aquellos actos que han de tener efecto en Chile; de manera que en caso alguno la ley chilena va a ser aplicada por tribunales extranjeros.

401. Fundamento del artículo 15

El fundamento del artículo 15 del Código Civil es muy claro: el legislador no quiere que mediante un subterfugio se burlen las leyes chilenas relativas al estado y capacidad de las personas, y a las relaciones de familia, leyes todas éstas que son de orden público; de lo contrario, se burlaría la ley con sólo traspasar las fronteras del país.

El legislador no quiere facilitar la violación de la ley en una materia tan íntimamente ligada a la constitución misma de la sociedad.

Al mismo tiempo, tiende a favorecer a la familia chilena, porque la familia es el núcleo de toda organización social.

402. Aplicación restrictiva del artículo 15

El artículo 15 es una excepción al derecho común, porque la regla general es que la ley rige solamente en el territorio del Estado que la dicta, y no produce efectos fuera del mismo. Como se trata de una norma de excepción, es de derecho estricto y, como tal, debe aplicarse restrictivamente. Precisemos, pues, su verdadera extensión.

En primer lugar, sólo se refiere a los chilenos; por tanto, si un chileno se nacionaliza en país extranjero, no estará sujeto a esta disposición, como no lo está cualquier extranjero.

En seguida, el artículo 15 sólo hace obligatorias para el chileno que está fuera el territorio de la República las leyes chilenas relativas al estado de las personas y su capacidad para ejecutar actos que hayan de tener efectos en Chile, y las relativas a las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia. Las demás leyes chilenas, aunque sean personales, no obligan al chileno que se halla en el extranjero.

En tercer lugar, el artículo 15 se refiere a los actos que hayan de tener efectos en Chile, y los cónyuges y parientes chilenos, sin que la ley se preocupe de los parientes extranjeros.

403. Análisis del Nº 1º del artículo 15

La disposición que estudiamos dice que están sujetos a las leyes patrias los chilenos domiciliados o residentes en país extranjero, en lo relativo al estado de la persona y a la capacidad para ejecutar ciertos actos que hayan de tener efecto en Chile. Un acto produce efectos en Chile cuando los derechos y obligaciones que engendra se hacen valer a cumplir en Chile.

Si un chileno ejecuta en el extranjero un acto que haya de crear derechos u obligaciones en Chile, deberá ajustarse a las leyes chilenas en lo que se relaciona con el estado civil y la capacidad para ejecutar este acto.

De aquí se desprende que si un extranjero ejecuta ese acto, no estará sujeto a las leyes chilenas, aunque ese acto vaya a producir efectos en Chile. Y en esta último hipótesis no hay que entrar a averiguar si es capaz según la ley chilena, sino si lo es según la ley de su país.

A la inversa, el acto ejecutado por un chileno en el extranjero está sujeto a la ley chilena, en cuanto al estado y a la capacidad, si ese acto va a producir efectos en Chile; si los produce queda sujeto a las leyes chilenas; en caso contrario, se rige por las leyes del país en que el acto se realiza. Si un francés contrae matrimonio en Francia, deberá ajustarse únicamente a la ley francesa; podrá divorciarse y contraer nuevo matrimonio y su segundo matrimonio será válido en Chile. Pero si es un chileno el que contrae matrimonio en Francia, se divorcia y vuelve a contraer matrimonio, no sería válido su segundo enlace, porque según las leyes chilenas el matrimonio es indisoluble. El artículo 4º de la Ley de Matrimonio Civil dice que no pueden contraer matrimonio los que se hallan unidos por vínculo matrimonial no disuelto, y el artículo 15 de la misma ley expresa que el matrimonio de un chileno o una chilena en país extranjero en contravención al artículo 4º, produce los mismos efectos que si la contravención se hubiera cometido en Chile, y el efecto que esa contravención produce en Chile es la nulidad.

404. Análisis del Nº 2º del artículo 15

El Nº 2º del artículo 15 tiene por objeto proteger a la familia chilena.

Los chilenos domiciliados o residentes en el extranjero quedan sometidos a la ley chilena en lo que respecta a las relaciones de familia; derechos que sólo pueden reclamar los parientes y cónyuges chilenos. De tal manera que el cónyuge extranjero o los parientes extranjeros no pueden acogerse a esta disposición.

Intimamente ligada con este precepto está la disposición del artículo 998 del Código Civil, que dice:

"En la sucesión abintestato 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. Los chilenos interesados podrán pedir que se les adjudique en los bienes del extranjero existentes en Chile todo lo que les corresponda en la sucesión del extranjero. Esto mismo se aplicará en caso necesario a la sucesión de un chileno que deja bienes en país extranjero".

La regla general respecto de sucesiones, como veremos luego, es que la sucesión se regla por las leyes del último domicilio del causante; pero como las leyes chilenas protegen siempre a los parientes chilenos, han establecido que si en una sucesión abierta en el extranjero tiene el causante bienes en Chile, en éstos deberá adjudicarse el total de lo que corresponda a los herederos chilenos, los cuales tendrán los mismos derechos que las leyes chilenas les acuerdan en las sucesiones abiertas en Chile.

Así, si un inglés muere en Inglaterra, en donde existe la libertad absoluta de testar, y este inglés tiene dos hijos, uno inglés y otro chileno, y al morir resulta que en su testamento instituye heredero a su hijo inglés, el otro, el chileno, si el padre común ha dejado bienes en Chile, tiene derecho a pedir que se le adjudique en los bienes existentes en Chile, todo lo que según las leyes chilenas debe percibir a título de herencia.

2. Leyes reales

405. Concepto

Leyes reales son las que se refieren directamente a los bienes, y sólo de un modo accidental o accesorio a las personas.

En materia de leyes reales, nuestro Código ha seguido por completo la teoría de los estatutos. Hemos visto que, tratándose de leyes personales se ha apartado de la doctrina, no admitiendo el estatuto personal de los extranjeros residentes en Chile; pero sí, hasta cierto punto, el estatuto personal del chileno en el extranjero.

406. Los bienes situados en Chile se rigen por la ley chilena

El artículo 16, referente a los bienes, acepta de lleno, en su inciso 2º, el efecto territorial del estatuto real. Dice el citado precepto.

"Los bienes situados en Chile están sujetos a las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile".

No toma en consideración para determinar cuál es la ley aplicable a un bien situado en Chile, la nacionalidad del propietario, sino que exclusivamente el lugar de la ubicación del bien.

El artículo 16 habla de bienes, y son bienes, todas las cosas susceptibles de apropiación, sean corporales o incorporales, muebles o inmuebles.

A todos los bienes situados en la República de Chile se les aplica la ley chilena, cualquiera que sea la nacionalidad de su propietario: en lo referente a su clasificación en muebles o inmuebles, a los modos de adquirir, conservar, transmitir y transferir su dominio o adquirir y perder su posesión.

Nuestro Código Civil, al establecer esta regla, rechaza la antigua y tradicional doctrina que distingue entre bienes muebles e inmuebles, aplicando a aquéllos la ley nacional o del domicilio del propietario, según la máxima mobilia personam sequntur (los muebles siguen a la persona del propietario), y a los inmuebles la ley del país en que están ubicados, sitos, de acuerdo con la fórmula lex rei sitae (la cosa se rige por la ley del lugar en que está sita).

Con esta teoría pueden suscitarse conflictos gravísimos, sobre todo cuando un bien mueble pertenece a varias personas de distintas nacionalidades, conflictos que se evitan con la doctrina adoptada por nuestro Código.

A contrario sensu, se desprende del artículo 16 del Código Civil que los bienes situados en el extranjero no están sujetos a las leyes chilenas, aunque sus dueños sean chilenos y residan en el territorio nacional.

407. Excepciones al principio según el cual la ley chilena rige los bienes situados en Chile

El principio del inciso 1º del artículo 16 tiene dos excepciones: la primera es la establecida en el artículo 955 y la segunda hállase en el inciso 2º del mismo artículo 16.

1) Dice el artículo 955: "La sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte en su último domicilio, salvo los casos expresamente exceptuados. La sucesión se regla por la ley del domicilio en que se abre, salvas las excepciones legales".

Constituye este artículo una excepción a la regla general, porque según el inciso 1º del artículo 16, la manera de adquirir los bienes situados en Chile se rige por las leyes chilenas, y según el artículo 955, la sucesión, que es un modo de adquirir, se regla por la ley del último domicilio del causante; de manera que si éste fallece en el extranjero, se reglará por la ley del país en que murió, aun cuando todos sus bienes estén situados en Chile. Si, por ejemplo, un inglés fallece en Inglaterra y deja bienes en Chile, su sucesión se rige por la ley inglesa, de acuerdo con el artículo 955, disposición excepcional y, por ende, de aplicación preferente a la del artículo 16, que contiene la regla general.

Pero el artículo 955, excepción del artículo 16, después de establecer que la sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte en su último domicilio, agrega: "salvo los casos expresamente exceptuados". Esto significa que la excepción del artículo 16, el 955, tiene contraexcepciones, como la del artículo 998, que, en síntesis, vuelve a la regla general respecto al cónyuge y parientes chilenos, pues dice que todos ellos tienen en la sucesión del extranjero fallecido dentro o fuera de la República, los derechos que según las leyes chilenas les corresponderían sobre la sucesión intestada de un chileno; y los chilenos interesados pueden pedir que se les adjudique en los bienes existentes en Chile de la persona extranjera fallecida, todo lo que les corresponda en la sucesión de ésta. Aclaremos con el ejemplo de más arriba este juego de excepciones y contraexcepciones. Si el inglés fallecido en Inglaterra deja bienes en Chile, según la regla general del artículo 16 la sucesión de sus bienes debería regirse por la ley chilena; pero en virtud de la excepción del artículo 995, procede aplicar las leyes inglesas; sin embargo, si hay chilenos con derecho a herencia, porción conyugal o alimentos, sus derechos se reglan por las leyes chilenas y podrán pedir se les adjudique el total de lo que les corresponde en los bienes existentes en Chile.

2) La regla de que los bienes situados en Chile están sujetos a las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile, tiene una segunda excepción. Según ésta, la regla se entiende sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos otorgados válidamente en país extraño (art. 16, inc. 2º). Esto significa que no obstante que los bienes situados en Chile están sujetos a la ley chilena, las estipulaciones contractuales que a ellos se refieren, otorgadas válidamente en el extranjero, tienen pleno valor y efecto en Chile. Tal excepción tiene una contraexcepción, pues el mismo artículo 16 declara, en su inciso 3º: "pero los efectos de los contratos otorgados en país extraño para cumplirse en Chile, se arreglarán a la ley chilena". De esta disposición se hablará más adelante.

Por ahora, basta subrayar que las dos excepciones al inciso 1º del artículo 16 son el precepto del inciso 2º del mismo artículo 16 y el precepto del artículo 955.

3. Leyes relativas a los actos o contratos

408. Generalidades

En esta materia reciben aplicación conjuntamente los principios expuestos, tanto los de la leyes personales como los de las leyes reales. Por tal razón al conjunto de las leyes relativas a los actos y contratos se le llama estatuto mixto.

Para determinar la ley por la que se rige un acto ejecutado en país extranjero, es menester distinguir entre los requisitos internos o de fondo y los requisitos externos o de forma.

Son requisitos internos o de fondo los que se relacionan con la capacidad del sujeto, el consentimiento, el objeto y la causa del acto o contrato. Y son requisitos externos o de forma los que se relacionan con la manera de hacer constar fehacientemente su existencia; constituyen la manifestación

exterior del acto; tocan, como decía Ihering, a su "visibilidad".

Así, en la compraventa de bienes raíces son requisitos internos o de fondo el consentimiento de las partes, la capacidad de las mismas, la causa y el objeto; son requisitos externos o de forma, la escritura pública.

En el matrimonio, son requisitos de fondo la capacidad y el consentimiento de las partes y la diferencia de sexos entre los contrayentes, y son requisitos de forma, la presencia del oficial del Registro Civil y la de dos testigos.

Si el acto se ejecuta en Chile, no hay cuestión que resolver, ni hay necesidad de hacer distinción alguna, como no hay que hacerla respecto de la nacionalidad de los otorgantes, según el artículo 14, porque todos los habitantes de la República, chilenos y extranjeros, están sujetos a las leyes chilenas, en cuanto a sus personas, a sus bienes y a los actos que ejecuten.

La dificultad sólo nace cuando se trata de actos realizados en el extranjero y que han de tener efectos en Chile.

409. Ley que rige la forma de los actos

Los actos se rigen por la ley del lugar en que se otorgan o celebran, cualquiera que sea la legislación del país en que hayan de producir sus efectos, principio que está formulado en el aforismo latino "locus regit actum".

Es éste un principio universal de Derecho que se basa en la conveniencia general y que tiende a facilitar la realización de los actos jurídicos. Si así no fuera, habría actos que no podrían realizarse en el extranjero. Si el chileno estuviera obligado a la ley chilena no obstante su residencia en un país extranjero, en lo relativo a la forma de los actos, no podría contraer matrimonio en aquellos países en que no hubiera oficial del Registro Civil, y no podría celebrar contratos por escritura pública donde no hubiera notarios.

Por lo demás, es lógico respetar las formas establecidas en el país extranjero, porque ellas están en armonía con su conciencia jurídica. Boullenois, jurista francés del siglo XVIII, decía que el acto jurídico es un niño ciudadano del país donde ha nacido, y que debe ser vestido a la manera de su país.

410. El principio "locus regit actum" en la legislación chilena

El aforismo "locus regit actum" está consagrado entre nosotros en el artículo 17 del Código Civil: "La forma de los instrumentos públicos –dice esta disposición–, se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el Código de Enjuiciamiento".

"La forma se refiere a las solemnidades externas y la autenticidad al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en los tales instrumentos se exprese".

A primera vista, pudiera creerse que el Código Civil adopta el principio "locus regit actum" respecto de los instrumentos públicos, pero no con respecto a los demás actos jurídicos, conclusión que parece desprenderse de los términos restrictivos en que está redactado el artículo17; mas, si se hace un estudio de las disposiciones del Código Civil, esta conclusión no resiste el menor examen, porque del inciso 2º del artículo 16, que reconoce valor en Chile a los actos o contratos válidamente otorgados en país extranjero, se desprende que ha aceptado el principio "locus regit actum" en toda su amplitud.

Lo mismo se desprende del artículo 119 del Código Civil, hoy reemplazado por el artículo 15 de la Ley sobre Matrimonio Civil, que dice:

"El matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad a las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere celebrado en territorio chileno".

"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".

El artículo 1027 del Código Civil es otra prueba de que los actos se rigen por las leyes del país de su otorgamiento en cuanto a su forma. Este artículo dice:

"Valdrá en Chile el testamento escrito, otorgado en país extranjero, si por lo tocante a las solemnidades se hiciere constar su conformidad a las leyes del país en que se otorgó, y si además se probare la autenticidad del instrumento respectivo en la forma ordinaria".

Estas tres disposiciones, inciso 1º del artículo 17 y artículos 119 (hoy 15 de la Ley de Matrimonio Civil) y 1027, demuestran que nuestro legislador siguió el principio "locus regit actum" en toda su amplitud.

Cualesquiera sean las formas a que se someten los actos jurídicos en el país de su otorgamiento, serán válidos en Chile si se han observado esas formas.

Así, el matrimonio celebrado en Francia ante el alcalde, el celebrado en Italia bajo el rito católico (que es una de las formas de matrimonio reconocidas en Italia), el matrimonio consuetudinario etíope, son válidos en Chile.

Lo mismo cabe decir de los testamentos, de los contratos y demás actos jurídicos públicos o privados.

Digamos que el referido matrimonio consuetudinario etíope queda perfecto cuando un hombre y una mujer llevan a cabo ritos que, a los ojos de la comunidad a la cual uno de ellos o ambos pertenecen, son constitutivos de una unión permanente entre este hombre y esta mujer (C. Civil Etíope de 1960, art. 580). Esta forma de matrimonio, como la civil y religiosa, se prueba por actas del estado civil o, en ciertos casos admitidos por la ley, mediante actos notorios o de posesión de estado (C. Civil Etíope de 1960, art. 47).

411. Requisitos necesarios para que valga en Chile un instrumento público

El artículo 17 se refiere especialmente a los instrumentos públicos. Se llama instrumento a todo documento escrito en el cual se consigna un hecho, e instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el funcionario competente; cuando ha sido otorgado ante un notario e incorporado en un registro público o protocolo, se llama escritura pública (artículo 1699).

La forma de los instrumentos públicos se rige por la ley del país en que hayan sido otorgados. (La forma, dice el inciso 2º del artículo 17, se refiere a las solemnidades externas.)

De todo esto resulta que para que un instrumento público valga en Chile, es menester:

1º Que haya sido otorgado con las formalidades prescritas por la ley del país del otorgamiento, y

2º Que se pruebe su autenticidad conforme a las normas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, que es el Código a que se refiere el artículo 17, en su inciso 2º, que dice: "La autenticidad del instrumento público se probará según las leyes establecidas en el Código de Enjuiciamiento".

Es preciso, pues, que se hayan observado las solemnidades según las leyes del país de su otorgamiento, y comprobada esta circunstancia, debe probarse la autenticidad, esto es, el hecho de haber sido realmente otorgado y autorizado el instrumento de la manera y por las personas que el instrumento expresa.

412. Forma en que se prueba la autenticidad de los instrumentos públicos

La autenticidad se prueba en la forma que establece el artículo 345 del Código de Procedimiento Civil.

No corresponde aquí estudiar en detalle las reglas de este artículo. Se refiere a la legalización de instrumentos públicos otorgados fuera de Chile, mediante la cual se prueba su autenticidad. En resumen, el trámite se reduce a dejar constancia fehaciente que el funcionario que autorizó el instrumento es realmente el que correspondía. Así, una escritura otorgada en Francia ante un notario, debe el Ministro de Justicia de Francia certificar la firma del notario; el Ministro de Relaciones, la firma del Ministro de Justicia; el representante Diplomático de Chile en Francia, la firma del Ministro de Relaciones y, finalmente, el Ministro de Relaciones chileno debe certificar la firma del funcionario diplomático.

El conjunto de estas formalidades es lo que se llama legalización del documento.

Hay en el Ministerio de Relaciones Exteriores una oficina especial de "Legalizaciones".

413. ¿Se aplica la regla "locus regit actum" a los instrumentos privados?

La mayor parte de los instrumentos privados se otorgan sin sujetarse a solemnidad alguna, y en este caso no cabe la aplicación del adagio que estudiamos. Pero hay ciertos actos que pueden extenderse en instrumentos privados solemnes. Tal es el caso del testamento "ológrafo", que es el escrito, fechado y firmado de puño y letra del testador. Este es un instrumento privado, porque no hay en él injerencia de funcionario público alguno; pero es solemne, porque las legislaciones en que dicho testamento existe (en Chile no está contemplado), imponen esas tres solemnidades: escritura del propio testador, fecha y firma.

Ahora bien, el principio general con respecto a los instrumentos públicos, ¿puede hacerse extensivo a los instrumentos privados, que el legislador no consideró? El profesor Somarriva opina que sí. Se basa para hacer tal afirmación en el antecedente legal del artículo 17, que lo fue el artículo 10 del Código de Luisiana, según consta de las anotaciones que el señor Bello hizo al Proyecto de 1853. Y dicho precepto se refiere tanto al instrumento público como al privado. A este último el legislador chileno no lo mencionó, porque estaba de más, ya que si la exigencia se hacía con respecto a los instrumentos públicos, con mayor razón cabía la regla "locus regit actum" en cuanto a los instrumentos privados.

Nuestra Corte Suprema ha declarado que el principio "locus regit actum" es de carácter general, se refiere a todo acto o contrato y a todo instrumento, sea público o privado y, entre ellos, incluso a la letra de cambio.6

También ha resuelto que vale en Chile un testamento ológrafo otorgado en Francia, con las solemnidades que exigen sus leyes, aunque se refiera a bienes situados en Chile.7

414. La máxima "locus regit actum" es facultativa

En la legislación chilena la máxima "locus regit actum" no es obligatoria, sino un principio facultativo. Los nacionales pueden en el extranjero sujetarse a las leyes chilenas para realizar actos que hayan de surtir efecto en Chile, acudiendo a los funcionarios diplomáticos o consulares que estén autorizados para desempeñar en estos casos funciones de ministros de fe.

Los chilenos residentes en el extranjero sabrán qué les conviene más, si ajustarse a las leyes chilenas o a las extranjeras.

Sólo deben obligatoriamente sujetarse a estas últimas para celebrar matrimonio, porque los cónsules chilenos que tienen atribuciones para actuar como ministros de fe pública, expresamente están privados de la facultad de intervenir como oficial civil en la celebración de ese acto solemne (Reglamento Consular, aprobado por Decreto Nº 172 del Ministerio de Relaciones, publicado en el Diario Oficial de 29 de julio de 1977, art. 54, Nº 1, inciso 1º).8

415. Excepción a la regla "locus regit actum"

El principio expuesto relativo a la forma de los actos que se rigen por la ley del país en que han sido otorgados tiene una excepción en el artículo 1027, que sólo reconoce validez a los testamentos otorgados en país extranjero cuando fueren escritos; no se reconoce validez en Chile a un testamento verbal otorgado en otro país, cualquiera que sea el valor que las leyes de ese país le atribuyan.

Es una excepción al principio "locus regit actum", porque sin las disposiciones de este artículo habrían tenido eficacia en Chile todos los testamentos otorgados válidamente en país extranjero, ya fueren verbales o escritos.

Algunos, como don José Clemente Fabres (Derecho Internacional Privado, Santiago, 1908, página 214), sostienen que también el artículo 18 del Código Civil (que en el siguiente párrafo trataremos), es excepción al principio del artículo 17. Asimismo lo sería el artículo 2411, aplicación del artículo 18, y que dice: "Los contratos hipotecarios celebrados en país extranjero darán hipoteca sobre bienes situados en Chile con tal que se inscriban en el competente Registro".

416. Casos en que las escrituras privadas no valen como prueba en Chile

"En los casos en que las leyes chilenas exigen instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y producir efecto en Chile, no valen las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el país que hubieren sido otorgadas" (artículo 18 del Código Civil).

Esta disposición guarda absoluta conformidad con el artículo 1701: "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, bajo una cláusula penal: esta cláusula no tendrá efecto alguno".

Para bien entender las normas precitadas debe señalarse que hay ciertos actos jurídicos que son solemnes. Todo acto jurídico necesita para su existencia la voluntad de las partes; esta voluntad puede manifestarse sin solemnidad alguna, y entonces se dice que el acto es consensual; puede manifestarse por la materialización de ciertos hechos, como el de la entrega de la cosa sobre que recae (acto real) o por la realización de formalidades preestablecidas por la ley en consideración al acto mismo (actos solemnes).

Tratándose de actos solemnes, la ley considera que no hay manifestación de la voluntad si no se realizan las formalidades.

Así, el contrato de compraventa de bienes raíces es solemne, porque debe otorgarse por escritura pública; lo mismo la hipoteca. Estos actos no existen jurídicamente mientras no se ha realizado la solemnidad, y siendo así, es evidente que no podrá probarse su existencia por medio alguno que no sea la escritura pública. El acto no existe y no puede probarse la existencia de lo que no existe en concepto de la ley.

De ahí que diga el artículo 1701 que la falta de instrumento público en los casos en que la ley lo exige no puede suplirse por ningún otro medio de prueba, principio que se traduce en este otro: "los actos solemnes no pueden ser probados sino por las respectivas solemnidades, porque si la solemnidad no se ha cumplido, no hay acto, y no puede probarse lo que no existe".

Consecuente con este principio, que es de sentido común, el artículo 18 establece que cuando la ley exige instrumento público para pruebas que han de rendirse y producir efecto en Chile, no valdrán los instrumentos privados otorgados en país extranjero, cualquiera que sea el valor que éstos tengan en el país de su otorgamiento.

El precepto del artículo 18 se aplica a los nacionales y extranjeros, porque se refiere a actos que van a producir efectos en Chile, y en Chile sólo rige la ley chilena. Todo extranjero que fuera del territorio de la República ejecuta un acto que haya de tener efecto en Chile, y que según las leyes chilenas debe otorgarse por escritura pública, no valdrá en Chile si no llena ese requisito, aun cuando las leyes del país en que el acto se otorga no exijan escritura pública.

Esto puede parecer contradictorio con el artículo 17; pero en realidad no hay tal contradicción, como tampoco una excepción; no es sino una aplicación a un caso particular de lo dispuesto en el artículo 16, inciso final, que dice que los efectos de un contrato otorgado en país extraño para cumplirse en Chile, se arreglarán a las leyes chilenas.

El artículo 18 no dicta reglas sobre la eficacia o ineficacia de los actos ejecutados en el país extranjero, ni fija reglas sobre la forma a que éstos deben sujetarse; únicamente reglamenta los efectos en Chile de un acto celebrado en un país extranjero, cuando ese acto o contrato debe cumplirse en Chile, y la prueba es uno de los efectos del acto.

Un ejemplo aclarará estas ideas. Si en un país los bienes raíces pueden venderse por escritura privada, ésta no podrá operar en Chile tratándose de un inmueble situado en nuestro país, porque la ley chilena exige escritura pública, y no podría solicitarse la inscripción con la escritura privada.

417. Ley que rige los requisitos internos del acto y sus efectos

Los requisitos de fondo se refieren a la capacidad, consentimiento, objeto y causa.

Por regla general, los requisitos internos, lo mismo que los externos, se rigen por la ley del país en

que el acto se celebra. Pero como estos requisitos miran ya al estado y capacidad de las personas, ya a los bienes, hay que tener presente la distinción que hemos hecho entre leyes personales y reales, y al mismo tiempo es menester considerar si el acto va a producir o no efectos en Chile.

Si no los va a producir, no hay cuestión: la legislación chilena no tiene por qué inmiscuirse en el caso, y es indiferente que el acto otorgado en el extranjero lo sea por un chileno o por un extranjero.

Pero si el acto va a producir efectos en Chile, debemos distinguir, en cuanto a estado y capacidad, entre el chileno y el extranjero: el primero debe sujetarse a nuestra ley; y el segundo, a la del país en que el acto se otorgó.

418. Ley que rige los efectos de los contratos otorgados en el extranjero para cumplirse en Chile

Los efectos de los contratos otorgados en país extraño, dice el inciso 3º del artículo 16, para cumplirse en Chile, se arreglarán a las leyes chilenas.

¿Qué son efectos de los contratos? Para responder, previo es recordar que en todo contrato, según el artículo 1444, se distinguen 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. En el contrato de compraventa, por ejemplo, es esencial el precio en dinero: si no hay precio, no hay contrato, y si el precio no es dinero y la cosa objeto del contrato se paga con otra cosa, el contrato pasa a ser permuta.

Son de la naturaleza de un contrato, las cosas que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial, como el saneamiento por evicción o la lesión enorme en la venta de bienes raíces.

Son cosas accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

Al decir el Código que los efectos de los contratos otorgados en país extranjero para cumplirse en Chile, se arreglarán a las leyes chilenas, no se refiere, evidentemente, a las cosas que son de la esencia de un contrato, porque no son consecuencias de éste, sino el contrato mismo, sus elementos constitutivos; la norma se refiere a los derechos y obligaciones que produce, y estos derechos y obligaciones pueden ser cosas de la naturaleza del contrato o cosas accidentales del mismo. Luego, que los efectos de los contratos otorgados en país extraño para cumplirse en Chile, se arreglarán a la ley chilena, quiere decir que los derechos y obligaciones que de ellos emanan, sea por la naturaleza de esos contratos, sea por virtud de las cláusulas especiales que les agregaron las partes, serán los mismos que establece la legislación chilena o los que ella permite estipular a los contratantes.

Bibliografía especial

LUIS ABURTO, *Locus regit actum*, Memoria de Licenciado, Santiago, 1934.

BERNARDO GESCHE M., "El artículo 14 del Código Civil como norma de D. Internacional Privado", publicado en la Revista de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Concepción, Nº 101, año 1957, pp. 442 y siguientes.

DIEGO GUZMÁN L., Tratado de Derecho Internacional Privado, Santiago, 1997.

EDUARDO HAMILTON, y otros, Solución de conflictos de leyes y jurisdicción en Chile (Derecho Internacional Privado), Santiago, 1966.

MARIANO PAOLA MARTIN, El artículo 14 del Código Civil, Memoria de Licenciado, Santiago, 1955, Editorial Universitaria. Es una edición a mimeógrafo de 164 páginas tamaño oficio.

FRANCISCO ROGEL CRUZ, Aplicación de leyes civiles extranjeras en Chile. Memoria de Licenciado, Santiago, 1935.

PARTE GENERAL

SECCION TERCERA

LA RELACION JURIDICA EN GENERAL Y EL DERECHO SUBJETIVO

CAPITULO XVIII

LA RELACION JURIDICA EN GENERAL

419. Concepto

En la vida social los hombres entablan muchas clases de relaciones: de amistad, de afecto, de cortesía, etc.; pero el Derecho objetivo sólo valora y considera aquellas que tienen trascendencia para el logro de los fines y desarrollo de la colectividad social organizada. En consecuencia, relación jurídica es la relación entre dos o más sujetos regulada por el derecho objetivo. Este atribuye a uno de los sujetos un poder y al otro, como contrapartida, un deber, que está en la necesidad de cumplir para satisfacer el interés que el sujeto titular del poder está llamado a realizar con el ejercicio del mismo.

Las relaciones jurídicas nacen, brotan o surgen de un hecho jurídico. Por ejemplo, la relación de los cónyuges nace del matrimonio; la del acreedor y deudor, de un contrato, o de un hecho ilícito o de cualquiera otro que la ley considere idóneo para producir consecuencias o efectos jurídicos.

Aunque no única, la figura más típica de la relación jurídica privada es el derecho subjetivo, o sea, el poder reconocido por la ley a los particulares para realizar sus intereses.

420. Estructura. elementos: sujetos, objeto y contenido

Los elementos que forman la estructura de la relación jurídica son tres: 1) los sujetos; 2) el objeto, y 3) el contenido.

1) La relación jurídica se establece entre dos o más personas, físicas o jurídicas, sean estas últimas públicas o privadas.

Sujeto activo es la persona a quien el ordenamiento jurídico atribuye el poder. El acreedor es, por ejemplo, sujeto activo de la obligación, y tiene el poder o la facultad para obtener el pago de su crédito.

Sujeto pasivo es la persona sobre la cual recae el deber. El deudor, verbigracia, es el sujeto pasivo de la obligación, el que está en la necesidad de satisfacer la deuda.

Los sujetos que crean la relación se llaman partes, en contraposición a los terceros que, en general, son las personas que jurídicamente no pueden considerarse partes o sujetos de una determinada relación jurídica.

La denominación de tercero deriva de los ejemplos de la escolástica, o sea, de la enseñanza que se impartía en la Edad Media en las Escuelas y Universidades árabes, judías y cristianas: las partes se designaban con los numerales "Primus" y "Secundus" y con el de "Tertius" a la persona extraña a la relación.

Las relaciones jurídicas pueden ser simples o complejas.

Simple es la relación que presenta un solo derecho del sujeto activo y un solo deber del sujeto pasivo. Ejemplos: a) la relación entre el acreedor, que prestó una suma de dinero y el deudor obligado a devolvérsela; b) la relación entre el dueño de una cosa y todos los demás miembros de la comunidad, sobre los cuales pesa el deber de abstenerse de turbar el pacífico ejercicio de ese derecho de propiedad.

Relación jurídica compleja es aquella que encierra un conjunto de derechos y obligaciones coligados entre sí, pudiendo implicar también, al lado de derechos y obligaciones propiamente tales, varias otras figuras de poderes, sujeciones, cargas. En la relación entre vendedor y comprador, por ejemplo, el derecho de aquél de obtener el precio es correlativo al derecho de este último de lograr la cosa, con la consecuencia de que cada una de las partes puede negarse a cumplir su obligación si la otra a su vez no cumple la suya; el vendedor, además del deber principal de transferir y entregar la cosa al comprador, tiene una serie de deberes accesorios, como la obligación de saneamiento, en virtud de la cual debe amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida y responder de los defectos ocultos de la misma, llamados vicios redhibitorios (C. Civil, art. 1837); a estos deberes pueden agregarse por mutuo acuerdo varios otros, como la obligación del vendedor de una casa a hacerle, antes de entregarla al comprador, determinados arreglos, obtener el desalojo de sus arrendatarios, etc.

La relación compleja supone, pues, un conjunto de elementos entre sí coligados. Uno de estos elementos puede, a veces, ser separado y cedido a otro sujeto. Por ejemplo, el vendedor puede transferir a un tercero el crédito del precio, conservando, sin embargo, ese vendedor todos los deberes y cargas y todos los otros poderes o facultades que emanan del contrato de compraventa. Por otro lado, la relación genética entre el crédito del precio y el contrato puede manifestarse incluso con posterioridad a la adquisición del crédito por el tercero: el comprador puede rehusar el pago si, por ejemplo, a su vez, no ha recibido la cosa por parte del vendedor. 1

2) El objeto de la relación jurídica es la entidad sobre la que recae el interés implicado en la relación: bienes materiales o inmateriales, actos singulares de otras personas, los servicios, los vínculos familiares.

3) El contenido de la relación jurídica lo forman los poderes y deberes que ésta encierra y que constituyen su integral sustancia. Esos poderes y deberes pueden ser únicos o múltiples, y unilaterales o recíprocos, según vimos anteriormente.

Hay relaciones jurídicas que no autorizan para exigir de inmediato los derechos y deberes que comportan, sino que requieren los ulteriores requisitos, situaciones o circunstancias. Ejemplo típico es la relación de parentesco que por sí sola no autoriza para pedir alimentos; el poder de demandarlos sólo se actúa cuando un pariente cae en la necesidad y el otro puede proporcionarle recursos.

421. Clasificaciones

a) La doctrina no tiene una valoración uniforme de las clasificaciones adecuadas o importantes. Cada autor hace la suya, y muchos enuncian agrupaciones de relaciones jurídicas cuya exposición mejor calza específicamente dentro del derecho subjetivo.

b) Algunos consideran la materia de la relación jurídica privada para enunciar las distintas especies. Y así distinguen: 1) relaciones de personalidad, entendiendo por tales "aquellas por las que se atribuye al sujeto la tutela de un interés relativo a la persona"; su desarrollo se hará al estudiar los derechos y atributos de la personalidad; 2) relaciones de familia (entre cónyuges, de filiación, de parentesco, de tutela o curatela), en las que median relaciones de potestad sobre personas y, también, de carácter patrimonial (derecho de sucesión, de usufructo de bienes); 3) relaciones corporativas, que se refieren a las relaciones complejas entre una persona jurídica y sus miembros y los derechos y obligaciones que de ellas dependen; 4) relaciones jurídicas de tráfico (derechos reales y obligaciones), que engloban las distintas clases de poderes que el ordenamiento jurídico admite sobre los bienes económicos y respecto a la circulación e intercambio de éstos.

c) Suele hablarse de relaciones reales y personales. Con esto no quiere significarse que, en un caso, las relaciones se establezcan entre personas y cosas y, en otro, puramente entre personas. Las relaciones jurídicas siempre tienen en sus extremos a sujetos, y cuando se distingue entre relaciones personales y reales la distinción se funda en la naturaleza del ente hacia la cual se orienta directamente el poder del sujeto activo; si es hacia una persona, la relación se llama personal y si es sobre una cosa, toma el nombre de relación real. Por cierto, el desconocimiento o la violación de una relación real puede dar margen a que nazca una personal. Si un individuo destruye la cosa ajena, ha violado la propiedad de otro y por esta circunstancia surge una relación jurídica personal entre el destructor y la víctima, que obliga a indemnizar los daños y perjuicios causados a ésta.

d) Algunos, como Barbero, suelen clasificar las relaciones jurídicas en un sentido muy amplio; hablan de relaciones jurídicas activas (que son las que en sentido lato representan una ventaja para el titular) y relaciones jurídicas pasivas (que son las que implican un gravamen). Otros prefieren hablar de situaciones subjetivas activas y situaciones subjetivas pasivas. Por fin, no faltan los que agrupan las diversas figuras bajo los rubros de relaciones jurídicas en su aspecto activo y relaciones jurídicas en su aspecto pasivo.

421-a. Situación jurídica

¿Qué es en sí misma la situación jurídica? En la respuesta de los autores no hay mucha claridad ni precisión.

Dicen unos que situación jurídica "es un determinado modo o una determinada manera de estar las personas en la vida social que el ordenamiento jurídico valora y regula. Las situaciones jurídicas pueden ser unisubjetivas, cuando son maneras de estar o estados de la persona en sí misma considerada, o bien situaciones plurisubjetivas, cuando lo que el Derecho reglamenta y valora es la situación en que una persona se encuentra respecto de otra u otras. La llamada situación unisubjetiva puede representar un modo de estar o ser de la persona jurídicamente valorado (por ejemplo, estado civil, ser mayor de edad, etc.), o un modo de estar la persona respecto de los bienes (por ejemplo, propiedad). Dentro de las situaciones del segundo tipo, es decir, aquellas situaciones en que una persona se encuentra frente a o respecto de otra u otras personas, merece especial consideración la idea de relación jurídica".2

Otros tratadistas antes de esforzarse por aclarar lo más posible el concepto de situación jurídica, recuerdan la noción de supuesto de hecho. Como sabemos, la norma jurídica prevé hechos o situaciones-tipo a los cuales, al verificarse, se enlazan o conectan efectos jurídicos previstos en la misma norma. Tales hechos o situaciones-tipo reciben el nombre de supuestos de hecho. Veamos un ejemplo. El Código Civil, en el párrafo relativo al arrendamiento de servicios de criados domésticos, establece en una disposición (que aunque no derogada ha quedado sin aplicación por estar regulada la materia de que se ocupa por el Código del Trabajo) lo siguiente: "Toda enfermedad contagiosa del uno (amo o criado) dará derecho al otro para poner fin al contrato" (art. 1993, inciso penúltimo). En este caso el supuesto de hecho es la enfermedad contagiosa de uno de los contratantes, y la consecuencia jurídica el derecho del otro para poner fin al contrato. Demos otros ejemplos. El recibir una suma de dinero en préstamo (supuesto de hecho) origina el deber de restituirla (consecuencia jurídica). El hecho de cumplir dieciocho años de edad (supuesto de hecho) trae consigo la capacidad de ejercicio, o sea, la aptitud de una persona para obligarse por sí misma, y sin el ministerio o autorización de otra (esta capacidad es la consecuencia jurídica). Ahora bien, explican los autores, cuando el supuesto se realiza, un cambio se produce en el mundo de los fenómenos jurídicos: al estado de cosas preexistente se sustituye, según la valuación hecha por el ordenamiento jurídico, un estado diverso, una situación jurídica nueva. Esta situación puede consistir o en una relación jurídica o en la calificación de personas (capacidad, incapacidad, calidad de cónyuge, etc.), o de cosas (inmueble por destinación, inalienabilidad de un bien, etc.).3

422. I. Situaciones jurídicas activas

Son las siguientes: el derecho subjetivo, la potestad, la facultad, la expectativa, la cualidad jurídica, el estado o "status".

423. a) El derecho subjetivo

Más adelante hay todo un capítulo dedicado al derecho subjetivo. Por ahora basta decir que, tradicionalmente, se define como el señorío del querer, el poder de obrar para la satisfacción del propio interés, protegido por el ordenamiento jurídico.

424. b) La potestad

La potestad es el poder atribuido a un sujeto, no en interés propio, sino para realizar un interés ajeno.

El poder se asigna al titular en razón de la función que desempeña, conexa a un cargo, a un oficio u otra situación determinada. El poder que tiene un Ministro de Estado lo tiene en interés de la colectividad y no en el de su persona. De la misma manera, en el campo del derecho privado, los poderes del padre respecto del hijo o del guardador respecto del pupilo se conceden en interés de los que están bajo potestad y no en el de los que ejercen ésta. Como las potestades son al mismo tiempo deberes, suelen designarse como "poderes-deberes".

Una de las características de la potestad es que su ejercicio siempre debe inspirarse en el cuidado del interés ajeno. Y en esto se diferencia del derecho subjetivo, cuyo titular no tiene trabas: puede perseguir los fines que le plazcan, supuesto que respete la ley y los derechos de terceros.

La fuente de la potestad es la ley (como en la patria potestad) o la voluntad del interesado (como sucede en la representación voluntaria).

Por último, hay casos en que la potestad, a la vez que se concede en interés ajeno, se da también en interés del que la ejerce para evitarle un perjuicio. Ejemplo: la acción subrogatoria, conforme a la cual el acreedor ejercita acciones y derechos del deudor, en caso de inercia de éste, para incorporar bienes al patrimonio del mismo deudor a fin de contar con bienes en qué hacer efectivos sus créditos. Es una molestia muy interesada la que se toma el acreedor, pero, en todo caso, a la postre, disminuirá el pasivo del deudor.

425. c) La facultad

Las facultades han sido definidas como manifestaciones del derecho subjetivo que no tienen carácter autónomo, sino que están comprendidas en éste. Forman el contenido del derecho subjetivo y representan manifestaciones concretas del mismo, como el uso, el goce y la disposición que comprende la propiedad o derecho de dominio. Son irradiaciones del poder sustancial que constituye un derecho subjetivo y permiten al titular de éste realizar actos que lo actúan y hacen tangible en la práctica. La posibilidad de impedir que extraños entren en su dominio, es una facultad del propietario, como lo es la de cerrar por todas partes el sitio que le pertenece o destruir una cosa que considera inútil, etc.

426. d) Meras expectativas y expectativas de derecho

Hay derechos que para nacer o adquirirse no están subordinados a la existencia de un solo hecho jurídico o de varios de ejecución simultánea, sino que, por el contrario, suponen varios hechos que se van cumpliendo progresivamente. Mientras no se realicen todos sólo hay una esperanza o una expectativa de que el derecho nazca o se adquiera. Reina la incertidumbre. Pero ella se desvanece poco a poco, a medida que se cumplen elementos o hechos de cierto relieve que van plasmando el derecho o su adquisición. Mientras no haya un elemento o un hecho importante o significativo para la ley, hay sólo una esperanza o mera expectativa. Expectativas de hecho, meras expectativas o simples esperanzas son las posibilidades de nacimiento o de adquisición de un derecho que no cuentan con la protección legal por no haberse realizado ningún supuesto de aquellos que la ley valora para otorgar tutela a dichas posibilidades. Tienen una mera expectativa la persona designada heredero testamentario mientras el testador está vivo y el ofertante de un contrato mientras no haya aceptación por el destinatario. A la inversa, son expectativas de derecho las posibilidades de nacimiento o de adquisición de un derecho subjetivo que, aun cuando no se han realizado todos los elementos necesarios para su formación o adquisición, cuenta con alguno o algunos que la ley valora para brindarle una protección anticipada, que se traduce en el otorgamiento de medidas destinadas a evitar que un extraño obstaculice ilícitamente la producción del elemento que falta para la formación o adquisición del derecho. Ejemplo típico de expectativa de derecho es la del acreedor condicional. El derecho condicional no nace sino una vez

cumplida la condición, pero como el principal supuesto, el valorado por la ley para otorgar la protección anticipada, ya se ha cumplido (el acto jurídico que genera el derecho), antes de que el derecho nazca plenamente por el cumplimiento de la condición, queda autorizado el titular activo, el acreedor condicional, para implorar providencias conservativas y solicitar el pago del precio y la indemnización de perjuicios, en caso de que antes del cumplimiento de la condición perezca la cosa prometida por culpa del deudor (C. Civil, arts. 1492, inc. final, y 1486, inc. 1º).

Más adelante, al estudiar el derecho eventual, las nociones anteriores podrán ser cabalmente comprendidas.

427. e) La cualidad jurídica

Cualidad jurídica es toda circunstancia, permanente o transitoria, que concurre en una persona y que le atribuye determinada posición frente a las normas jurídicas, singularmente calificada por éstas: son cualidades jurídicas el ser heredero, socio, acreedor, menor de edad, demente, etc.4 Una especie de cualidad jurídica es el "estado" o "status", que tratamos a continuación.

428. f) El estado o "status"

El estado jurídico o "status" no es un derecho subjetivo. Constituye una situación-base. Importa un presupuesto de relaciones jurídicas, de derechos y deberes. Es una cualidad jurídica del individuo que denota la posición que tiene en una colectividad humana. Está integrado por un conjunto de circunstancias en que el individuo es considerado en sí mismo o en relación con grupos sociales más amplios de que forma parte, como son la familia, la nación, el Estado.

Las circunstancias que se toman en cuenta para considerar al individuo en sí mismo, prescindiendo de sus relaciones con los demás, suelen llamarse estados individuales. Son individuales, por ejemplo, los estados de mayor de edad, de lúcido o demente. Por el contrario, las circunstancias que se miran para considerar al individuo en sus relaciones con los demás miembros del grupo de que forma parte, reciben el nombre de estados sociales, y los hay de derecho público (nacionalidad, ciudadanía) y de derecho privado. En esta última órbita cae el estado de familia, que nuestro Código llama "estado civil" (arts. 304 a 320) y que se define como la cualidad de una persona que deriva de la posición que ocupa en una familia en relación con los demás miembros de la misma.

No ha de confundirse estado y capacidad: ésta es la aptitud para adquirir o ejercer un derecho, y el estado la situación de la persona en la sociedad. El estado considera la situación de la persona desde un punto de vista estático y de él derivan para su titular derechos y obligaciones, como también su capacidad, que tiene por supuesto al estado.

La determinación de las condiciones según las cuales se es chileno o extranjero es una cuestión de estado; la determinación de los derechos que un extranjero pueda tener y ejercer es una cuestión de capacidad. La determinación de los requisitos para calificarse de casado, es una cuestión de estado; en cambio, la fijación de los derechos que, por ejemplo, puede ejercer una mujer casada, es una cuestión de capacidad.

429. II. Situaciones jurídicas pasivas

Son: la deuda o situación de obligado, el deber genérico de abstención, la sujeción, la carga, la responsabilidad y la garantía.

430. a) La deuda o situación de obligado. Distinción del deber jurídico en sentido amplio y del deber personal

La deuda o la situación de obligado impone a una persona determinada (el deudor) la necesidad de

cumplir una prestación (dar, hacer o no hacer) en interés de otra también determinada (el acreedor), como consecuencia de la relación jurídica (la obligación) que la liga a ésta.

La deuda es, pues, una especie de deber jurídico. Este, en sentido amplio, se define como la necesidad de conformar nuestra conducta al mandato de la regla de derecho. Psicológicamente somos libres para observar el comportamiento requerido por las normas jurídicas, pero si no lo hacemos nos exponemos a la sanción.

Por otro lado, según una tendencia el nombre de obligación sólo conviene cuando el comportamiento exigido al deudor, la prestación, es valuable en dinero (transferencia de la cosa vendida en la compraventa, servicios prestados por el mandatario al mandante, etc.); pero no cuando falta el carácter pecuniario o no es calificador, cual ocurre con los deberes de fidelidad y cuidado de los cónyuges, o los de obediencia y respeto de los hijos a los padres, casos todos en que el comportamiento de los obligados tiene carácter esencialmente personal. Incluso la obligación de alimentos considerada en sí misma es un deber personal por sobre todo, y los auxilios económicos en que se resuelve (pensiones alimenticias) no son sino una forma de exteriorizar los cuidados que se deben prodigar a los alimentarios, generalmente parientes cercanos o personas a las cuales se debe una incuestionable gratitud.

En algunos países al deber del obligado que tiene contenido económico se le da un nombre distinto del deber en que el contenido no es pecuniariamente valuable. Por ejemplo, en Italia se reserva el nombre de obligación al primero y de obbligo al segundo. En otros países se emplea a veces simplemente el nombre de deber para referirse al último, y así se habla del deber de fidelidad de los cónyuges. Sin embargo, en todas partes la terminología a menudo no es respetada y se usa la palabra obligación para referirse a unos y otros deberes. El asunto, por lo demás, no tiene importancia práctica; sólo sirve para precisar conceptos.

431. b) El deber genérico de abstención

Es el deber que pesa sobre todos los terceros de omitir o evitar cualquier hecho que perturbe o moleste al titular de un derecho en el goce del mismo. No constituye una verdadera obligación, porque la obligación supone un deudor determinado al momento de constituirse o, al menos, al cumplirse, y en ambos extremos, el sujeto pasivo siempre es universal en el deber genérico. Sólo su infracción hace surgir un sujeto pasivo determinado; pero éste no lo es ya de ese deber, sino de la verdadera obligación originada por el hecho dañoso; el tercero infractor se transforma en deudor de ella. Si una persona no respeta el derecho de propiedad de otra y, por ejemplo, destruye los vidrios de la casa ajena, la obligación de pagar el perjuicio no emana de la vulneración del deber genérico de abstención, sino del hecho ilícito que causa daño.

432. c) La sujeción correlativa al llamado derecho potestativo

Buena parte de la doctrina moderna reconoce categoría de derecho subjetivo al poder que, por efecto de una relación determinada, tiene el titular para provocar, por su propia y exclusiva voluntad (acto unilateral), un cambio en la situación jurídica del sujeto pasivo, que nada puede ni debe hacer sino resignarse a sufrir las consecuencias de aquella declaración de voluntad. Este poder que lisa y llanamente somete al sujeto pasivo a la consecuencia de la declaración de voluntad del titular, se llama derecho potestativo. Ejemplo típico es el derecho de pedir la partición de la comunidad: ella siempre puede pedirse si no se ha estipulado lo contrario (C. Civil, art. 1317). Supuesto que esta última hipótesis no se dé, los comuneros demandados de partición nada pueden hacer para oponerse y conservar su calidad de tales. Otro ejemplo de derecho potestativo es el del censuario que no debe cánones atrasados para redimir el censo (art. 2039).

433. d) La carga

En la lengua del derecho de palabra carga tiene numerosas acepciones: tributo, imposición, modo que restringe las liberalidades, necesidad de hacer algo para satisfacer un interés propio. Este último sentido es el que ahora toca precisar, aunque ya lo hayamos considerado en otro lugar.

Nadie ignora que la ley no impone directamente al actor o demandante de un juicio probar los hechos constitutivos de la demanda, es decir, el hecho o el acto jurídico sobre el cual funda su pretensión; ninguna sanción le impone si no proporciona la prueba. Pero condiciona el acogimiento de la demanda a la demostración de los hechos que constituyen su fundamento. Del mismo modo, si se ha celebrado pacto de retroventa, el vendedor puede o no reembolsar al comprador la cantidad estipulada; pero si quiere recuperar la cosa necesariamente deberá hacer el reembolso. La prueba, en el primer ejemplo, y el reembolso, en el segundo, no son obligaciones, porque si se realizan no es para satisfacer el interés de otro, sino el propio. Y en esto consiste la diferencia esencial entre una y otra figura: la obligación es un sacrificio en interés ajeno (en el del acreedor); la carga, en uno propio. Por eso esta última se ha definido como la necesidad de un comportamiento para realizar o satisfacer un interés propio.

Nota común de la obligación y la carga es la necesidad, el imperativo de hacer algo; pero mientras el imperativo de la primera es absoluto, que debe ser respetado en todo caso (imperativo categórico), el de la segunda es sólo condicional, representa una necesidad práctica que sirve como medio para alcanzar el fin que se pretende (imperativo hipotético): "Prueba los hechos en que fundas tu demanda, si quieres que ella sea acogida".

434. e) La responsabilidad

La responsabilidad no es sino un deber jurídico sucedáneo de un deber primario. Es la sujeción a la sanción contenida en la norma violada o, como dicen otros, es la sujeción a los efectos reactivos del ordenamiento jurídico dimanante del incumplimiento de un deber anterior. En este caso primero aparece el deber; después, sucesiva y condicionalmente al incumplimiento, la responsabilidad por no haber cumplido. Tal responsabilidad no es sino, a su vez, una obligación, un débito ulterior, el de reparar la consecuencia del incumplimiento de un primer débito o de una primera obligación.5

435. f) La garantía en sentido pasivo

Para que la responsabilidad no quede en el plano teórico, el Derecho ha configurado las garantías. En un sentido general, garantía es todo medio de seguridad (relativa) de lo que debido a su equivalente, aunque no suministrado o prestado, será por cualquier vía obtenido. Según la forma en que puede lograrse lo debido y no cumplido, distínguense varias especies de garantías: a) genérica; b) específica, subdividiéndose ésta en garantía específica sobre bienes del deudor y garantía a cargo de terceros.

1. Garantía genérica; el derecho de prenda general. El Código Civil precisa la garantía genérica; dice: "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..." (art. 2465).

Esta garantía genérica sobre todo el patrimonio del deudor suele llamarse derecho de prenda general. La expresión es perturbadora porque evoca la idea del derecho real de prenda, y no hay ningún derecho real, como quiera que falta la característica de éste, el llamado derecho de persecución, o sea, el derecho de perseguir el bien sobre que recae el derecho real cualesquiera que sean las manos en que se encuentre. Si un bien del deudor sale de su patrimonio, por el derecho de prenda general o garantía genérica, el acreedor no está autorizado para perseguirlo, sin perjuicio de que por otra razón pueda obtener su reintegro.

En atención a que el llamado derecho de prenda general no es un derecho real, algunos autores lo caracterizan como el estado de sujeción del deudor respecto a los propios bienes. Con ello quiere significarse que si el deudor no cumple, debe sufrir que los bienes que le pertenecen le sean expropiados, a través de la justicia, por el acreedor mediante el procedimiento que la ley señala.6

2. Garantía específica del deudor. Garantía específica es, por oposición a la genérica, toda garantía

especial, que afecta a bienes determinados del deudor o a todos los bienes del mismo. Las garantías reales, como la prenda o la hipoteca, afectan a bienes determinados; y son reales porque la cosa vinculada al cumplimiento del crédito, puede perseguirse en manos de terceros si sale del patrimonio del deudor. Ejemplo de garantía específica que se hace efectiva sobre todos los bienes del deudor es el privilegio de que goza el crédito proveniente de los gastos de la enfermedad de que haya fallecido el deudor (C. Civil, artículos 2472, Nº 3, y 2473). Nótese que los privilegios no son derechos reales.

Las garantías específicas constituyen causa de preferencia o prelación de los créditos. En virtud de la preferencia ciertos créditos deben pagarse con antelación a otros. El privilegio y la hipoteca son causa de preferencia (C. Civil, art. 2470). Aunque no definido por la ley, el privilegio es la preferencia que ésta acuerda a ciertos créditos en razón de la naturaleza de la causa que los originó, y que determina que ellos se paguen antes que otros, sin tomar en cuenta su fecha.

Las razones que justifican la preferencia son muy diversas: razones de humanidad (gastos para la alimentación del deudor y de su familia, gastos de funerales, etc.); razones de interés común de los acreedores (costas judiciales en el interés general de ellos); razones de interés financiero (como los créditos del fisco y de las municipalidades por impuestos y contribuciones),etc.

3. Garantía específica a cargo de terceros. Ella puede ser personal o real. Una garantía es personal cuando una persona distinta del deudor asume la obligación de cumplir la obligación en caso de que éste no lo haga. La garantía es real cuando una cosa del deudor o de un tercero queda especialmente afectada a la satisfacción del crédito, por manera que si la obligación no se cumple el acreedor se indemniza con el precio de dicha cosa.

La principal garantía personal es la fianza. En cuanto a las garantías reales que pueden proporcionar los terceros, son las mismas que puede brindar el deudor: la prenda y la hipoteca.

436. La institución jurídica

Llámase institución jurídica el conjunto de relaciones jurídicas que presentan caracteres comunes y se encuentran sometidas a las mismas normas. También recibe el nombre de institución jurídica el conjunto de normas que regulan esas relaciones. El matrimonio es, por ejemplo, una institución jurídica en cuanto comprende un conjunto de relaciones jurídicas que ofrecen los caracteres señalados o un conjunto de normas unitarias sobre dichas relaciones.

Hay instituciones más o menos amplias; las más específicas entran en las más genéricas. Así, la institución de la propiedad se comprende en la más amplia de los derechos reales; la del testamento, en la de la sucesión por causa de muerte, y así por el estilo.

CAPITULO XIX

EL DERECHO SUBJETIVO. IDEA GENERAL Y TEORIAS SOBRE SU EXISTENCIA

437. Idea general

Entre las situaciones jurídicas activas, se cuenta el derecho subjetivo. Según el concepto tradicional, el derecho objetivo es el derecho considerado como norma, y el derecho subjetivo es el derecho considerado como facultad de un individuo o de varios individuos; facultad resultante de la norma, y que entraña, como consecuencia, un deber para los que están en la necesidad de respetar tal facultad en virtud de la norma misma. 1

438. Teorías sobre el derecho subjetivo

Podemos dividirlas en dos grandes grupos: uno que afirma la existencia del derecho subjetivo, y otro que la niega.

Tanto en uno y otro campo la construcción o negación del concepto que nos preocupa, es materia que se enfoca y fundamenta de muy diversa manera.

A continuación exponemos estas doctrinas.

439. Negación del derecho subjetivo

Varias teorías niegan la existencia del derecho subjetivo. Nos limitaremos a enunciar la del francés Duguit, la del austríaco Kelsen y la del polaco Koschembahr-Lyskowski.

440. Teoría de Duguit

M. Duguit es quien ha negado en una forma más rotunda la existencia de los derechos subjetivos. "Pienso –dice en una de sus obras2– que los individuos no tienen derechos, que la colectividad tampoco los tiene; pero que todos los individuos están obligados, por su calidad de seres sociales, a obedecer la regla social; que todo acto violador de esta regla provoca de modo necesario una reacción social que, según los tiempos y los países, reviste formas diversas, así como todo acto individual, conforme a esa regla, recibe una sanción social variable también en las diversas épocas y lugares. Tal regla social está fundada en la solidaridad social, o sea, en la interdependencia derivada de la comunidad de necesidades y de la división del trabajo que existe entre los miembros de la humanidad y, particularmente, entre los de una misma agrupación social" .3

Duguit reniega del derecho subjetivo, al que considera un concepto "metafísico". Pero, ¿qué coloca dicho autor en lugar del derecho subjetivo? Coloca la "situación subjetiva de derecho". Y al fin de cuentas viene a ser lo mismo con distinto nombre. Verdad es que Duguit protesta de que se asimile una noción a la otra, pero los críticos de la teoría del profesor francés llegan a la conclusión de que "se trata de una sola y misma cosa" .4

441. Teoría de Kelsen

Entre las doctrinas estatistas, acaso ninguna más representativa que la del profesor vienés Hans Kelsen, sobre la negación del derecho subjetivo. 5

Kelsen estima falso y pernicioso oponer el derecho objetivo, de una parte, y el subjetivo, de otra. El derecho subjetivo, dice, no es sino la resultante de la aplicación a los individuos del derecho objetivo; es sólo un aspecto de la subjetivización de la norma jurídica. Los derechos subjetivos no pasan de ser posibilidades que la norma jurídica concede al sujeto, poniéndose a disposición del mismo para que pueda hacer valer sus intereses y, en definitiva, para que pueda cumplir sus deberes.

Conforme a sus doctrinas hiperestatistas, Kelsen sostiene que el individuo no puede tener verdaderos derechos ni contra el Estado ni contra los otros hombres.

442. Teoría de Koschembahr-Lyskowski

El profesor polaco I. de Koschembahr-Lyskowski, autor de un proyecto de Código Civil para Polonia, ha expuesto su teoría negativa del derecho subjetivo en conferencias dictadas en la Facultad de Derecho de París y repetidas en Nancy, en marzo de 1928. Estas conferencias han sido publicadas en la Revue trimestrielle de droit civil (tomo XXVII, año 1928, pp. 552-578).

K. Lyskowski trata de convencer que históricamente la noción de derecho subjetivo jamás ha existido; ni en el antiguo Derecho griego, ni entre los romanos, ni en la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, ni en el Derecho germánico, ni en la moderna doctrina de Savigny. ¡En parte alguna se encontraría el derecho subjetivo!6

¿Cuál sería, entonces, la fuente de este concepto?

"Según parece, afirma el profesor polaco, su origen es puramente doctrinal, producto de una falsa doctrina, exenta de valor y contraria a las bases esenciales del Derecho. Podría explicarse, quizás, por un gran error histórico, cosa que muchas veces acontece en la historia de la humanidad, produciendo ello casi siempre consecuencias funestas. ¡También en la ciencia se producen sugestiones!"

K. Lyskowski opone al sistema de los derechos subjetivos el "conjunto objetivo de reglas de conducta". La vida jurídica debe tener por base no derechos subjetivos, que tienden hacia el absolutismo y la fuerza, sino un régimen de reglas de conducta establecido por la ley. En esta forma no existiría más el derecho de propiedad, el derecho de usufructo, el derecho de crédito, sino simplemente la propiedad, el usufructo, el crédito.

Lo que debe interesar en toda sociedad es el cumplimiento de los fines económicos y sociales. El sistema de los derechos subjetivos, afirma el maestro polaco, va contra la realización de estos fines.

Por otra parte, hay una razón práctica para repudiar los derechos subjetivos. El conjunto de reglas de conducta haría amoldar más fácilmente la conducta de los individuos al orden jurídico. En el sistema de los derechos subjetivos, en cambio, el hombre se sentiría empujado a rebasar las restricciones impuestas por la ley, empleando la fuerza.7

443. Teorías que aceptan la existencia del derecho subjetivo

Siguiendo a Ionescu,8 podemos dividir las teorías que aceptan la existencia del derecho subjetivo en:

a)Teorías a base de técnica;

b)Teorías que confunden el derecho con la acción, y

c)Teoría de la realidad.

444. a) Teorías a base de técnica

De acuerdo con René Demogue, el papel de la técnica es transformar una regla ideal de conducta en regla obligatoria. Las ideas técnicas son ciertas y sólidas. Invaden todo el dominio del derecho y se

transforman en principios; de ahí que no sea fácil hacer la distinción entre el fondo del derecho y su técnica.

Establecido esto, veamos la relación que existe entre la técnica jurídica y el derecho subjetivo.

La misión del derecho no es otra cosa que la de proteger ciertos intereses. Estos no son sino relaciones que se establecen entre los sujetos de derecho. El gran papel de la técnica jurídica es determinar cuáles son los sujetos de derecho y no en precisar cuáles son los actos lícitos para la persona.

En esta forma el derecho subjetivo queda reducido, según el decir del propio Demogue, a un "vocablo cómodo", fácil de manejar en los trabajos de la técnica jurídica.

Otro autor que basa en la técnica el concepto de derecho subjetivo es Gény, quien distingue en el derecho dos aspectos: uno natural, que emana de la naturaleza misma de las cosas, de la propia vida social, y otro artificial, que representa las construcciones del espíritu humano: es la técnica, cuya misión, muy importante, es adaptar lo natural a la vida jurídica.

Ahora bien, para Gény, nociones como las de derecho subjetivo, sujeto de derecho y persona moral son simples nociones de técnica: no derivan de la naturaleza de las cosas; son simples artificios. Como tales, estas nociones pueden cambiar de aspecto y ser modificadas hasta desaparecer de la ciencia del derecho, si se encuentran nuevas nociones, más adecuadas, para reemplazarlas. Pero Gény las conserva, puesto que son útiles. Por su elemento racional, las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, introducen orden en la diversidad de las situaciones jurídicas, constituyendo, al mismo tiempo, ideas capaces de hacer progresar el derecho.

Estas nociones son construcciones del espíritu que se interponen entre el principio de la justicia y la vida social. El ideal del derecho sería reducir su dominio en tal forma de colocar al hombre en contacto más directo con la justicia. Pero hasta ahora, esas nociones prestan grandes servicios.

445. b) Teorías que confunden el derecho con la acción

Estas teorías ven en la acción la característica, o, para ser más precisos, la existencia misma del derecho subjetivo.

Sus principales sustentadores son el alemán August Thon y el francés Joseph Barthélémy. El primero publicó un libro titulado Las normas del derecho y los derechos subjetivos; el segundo explaya sus ideas en su célebre tesis de doctorado Ensayo de una teoría de los derechos subjetivos de los administrados en el derecho administrativo francés.

Thon, siguiendo en esto a Binding, declara que toda norma y toda infracción a la norma pertenecen al dominio del derecho público. En efecto, la norma jurídica consiste en la protección de un bien, y esta protección es, por su esencia, pública.

En lo que respecta al derecho subjetivo, Thon considera que no nos encontramos en presencia de un derecho subjetivo privado, sino en el caso de una infracción a la norma, que pone a disposición del perjudicado una acción para corregir esta infracción a la norma.

Thon, después de analizar los diversos derechos subjetivos privados, llega a la conclusión de que en el fondo de cada uno hay un interés protegido por la policía jurídica. Esta protección no puede tener la calidad de derecho subjetivo sino en la medida en que una acción es puesta a disposición del individuo.

Barthélémy afirma que el derecho subjetivo es el derecho cuya realización puede obtenerse por un medio jurídico que está a disposición del sujeto. Este medio jurídico es la acción. Es verdad, dice el autor francés, que la acción no es sino una consecuencia del derecho subjetivo y que no puede servir de base para definirlo; pero este criterio presenta la ventaja de que es concreto.

Ahora, por el contrario, todo derecho desprovisto de acción no pasa de ser pura abstracción, que puede concebirse, a lo sumo, en forma de derecho natural.

El único criterio, pues, para reconocer el derecho subjetivo es, en concepto de Barthélémy, la acción.

446. c) Teoría de la realidad del derecho subjetivo

Esta teoría, de la cual es partidario Ionescu, afirma que el derecho subjetivo no es ni una ilusión de jurista, ni un simple procedimiento de técnica; es una realidad jurídica, que se impone como tal. Todo el derecho se basa sobre esta noción, según universalmente se reconoce, incluso por los mismos adversarios del derecho subjetivo.

Los derechos subjetivos consisten en las relaciones jurídicas que se establecen entre los individuos. Estas relaciones pueden ser de naturaleza puramente personal o real, es decir, teniendo como objeto ciertas cosas. En uno y otro caso hay algo efectivo e innegable: la relación misma.

El hecho de celebrar un contrato, de ejercer el derecho de propiedad, de recurrir a la fuerza, si es necesario, para asegurar su respeto, no son conceptos vacíos; son realidades que se llaman derechos subjetivos.

La existencia de relaciones supone siempre la de los principios que forman su base y de los cuales derivan. Por lo que se refiere a los derechos subjetivos, estos principios son las normas objetivas de Derecho; éstas tienen por misión permitir el natural desenvolvimiento físico y espiritual del hombre.

De las normas objetivas, el hombre saca la facultad de constituir una familia originada en el matrimonio. Tendrá así derechos de padre, de hijo, etc. (nótese que algunos, como Capitant, sólo admiten la noción del derecho subjetivo en el dominio patrimonial). Asimismo, conforme a las normas objetivas, es justo que el hombre tenga bienes; de aquí deriva el derecho de propiedad.

Los derechos subjetivos vienen a ser la aplicación de los principios generales de derecho a los casos individuales.

Resumiendo: por realidad del derecho subjetivo debe entenderse la existencia de ciertas relaciones jurídicas sancionadas por una acción, que se establece en virtud de los principios objetivos de derecho entre dos o más sujetos, con la mira de realizar un interés protegido por la ley.

En qué consiste más concretamente el derecho subjetivo, lo veremos a continuación.

CAPITULO XX

ESTRUCTURA DEL DERECHO SUBJETIVO

447. Diversas teorías

Los que afirman la existencia del derecho subjetivo se hallan divididos en cuanto a la naturaleza de su estructura, es decir, discrepan en la determinación de los elementos esenciales de aquella noción.

Varias teorías enfocan el problema, pero tres son las principales, a saber:

a) Teoría de la voluntad, para la cual el derecho subjetivo consiste en un acto de voluntad;

b) Teoría del interés, que sostiene que el derecho subjetivo es sólo un interés protegido por la ley, y

c) Teoría de la voluntad y del interés combinados, según la cual el concepto que nos preocupa no es simplemente un acto de voluntad o un interés protegido por la ley, sino la resultante de ambos elementos.

448. a) Teoría de la voluntad

Su fundador fue Savigny, y Windscheid, su constructor más perfecto.

Este último, en su famosa obra Pandectas, define el derecho subjetivo como un poder o señorío concedido a la voluntad por el ordenamiento jurídico. El ordenamiento prescribe una norma, ordena una determinada conducta, poniendo este precepto a la libre disposición de aquel en cuyo favor lo ha dictado. De la norma así surgida puede valerse el particular con plena libertad para la consecución de sus fines, y si se vale de ella, el ordenamiento jurídico le proporciona los medios adecuados para constreñir a los demás a la observancia de aquel precepto. Pero lo decisivo es la voluntad del individuo: el ordenamiento jurídico, dictado el precepto, se desprende de él a favor del particular; la norma abstracta se concreta en una particular protección del sujeto por determinación de su voluntad, que es decisiva para el nacimiento del derecho. 1

Diversas objeciones se han hecho a la teoría de Windscheid y de los que lo siguen. Obsérvase principalmente que no puede explicar los casos en que el derecho existe con independencia de la voluntad del titular. Y que si en ésta se basa el derecho y ella determina la actuación del precepto dado en el ordenamiento jurídico y puesto a disposición del particular, no se concibe cómo el derecho puede surgir también en un incapaz, en el loco y en el niño, en los cuales no hay voluntad ni puede darse otra que la substituya si carecen de representantes. Ni se explica cómo puede tener derecho una persona que ignora que lo ha adquirido, cual sucede con el heredero que ignora que lo es. Tampoco se explica cómo tiene derechos el hijo que se encuentra en el claustro materno.

449. b) Teoría del interés

El fundador de la teoría del interés es Ihering, quien expuso su doctrina principalmente en su obra El espíritu del Derecho Romano (“Geist des römischen Rechts”, tomo IV).

La teoría del interés sostiene que la existencia de los derechos se da en razón de ciertos fines que el titular necesita o quiere alcanzar. Son ellos los que constituyen la substancia del derecho subjetivo. Los fines no son sino los intereses que la ley considera dignos de su protección. Por eso puede decirse que el derecho subjetivo “es un interés jurídicamente protegido”.

Entre otras objeciones a esta teoría, se han hecho valer las siguientes:

1) El interés no constituye la esencia del derecho, sino solamente el fin del mismo, ya que si bien

es verdad que para tutelar un interés (por cierto que un interés digno de protección jurídica), el ordenamiento concede derechos al particular, no radica en él o, por lo menos, en él solamente, la esencia del derecho subjetivo. Este tiene, en todo caso, además del momento del interés, el de la posibilidad de actuación individual, lo cual sólo puede hacerse por acto de voluntad.

2) ¿Cómo conciliar la fundamentación del derecho subjetivo en el interés con la circunstancia de que, en muchas legislaciones, se admite que un derecho pueda ser ejercitado por un mero querer, porque sí, sin interés alguno?

3) Existen intereses garantizados por la ley que no constituyen un derecho subjetivo, como acontece con las normas de policía. En estos casos no se trata de derecho subjetivo alguno, sino simplemente, como lo manifiesta el mismo Ihering, del efecto reflejo del derecho objetivo.

450. c) Teoría de la voluntad y del interés combinados

Esta teoría, cuyo origen se encuentra en la doctrina de Bekker sobre el sujeto de derecho, sostiene que la estructura del derecho subjetivo no se basa ni en un puro acto de voluntad ni tan sólo en un interés que la ley protege, sino en ambos elementos conjuntamente: voluntad e interés. La primera sirve para concretar el derecho subjetivo; el segundo constituye su contenido. Es ilógico apoyarse sólo en uno u otro. No se puede tener algo concreto sin contenido o un contenido no concretizado. De ahí que las dos teorías, la de la voluntad y la del interés, sean insuficientes. Es preciso reunirlas. Y así tenemos la teoría de la voluntad y del interés combinados.2

En todo derecho, pues, hay que distinguir dos elementos: el goce, interés o provecho, y el poder de actuar, de hacer valer el interés, de disponer. Por eso puede definirse el derecho subjetivo como "el poder de obrar de una persona individual o colectiva para realizar un interés dentro de los límites de la ley",3 o bien, "el poder de la voluntad del hombre de obrar para satisfacer los propios intereses en conformidad con la norma jurídica".

Partidarios de la teoría en examen son, entre otros, Bekker (su fundador), Bernatzik, Jellinek, Vanni, Miceli, M. M. Lévi, Richard, el profesor rumano Mircea Djuvara, y, sobre todo, M. Leon Michoud en su famosa obra La teoría de la personalidad moral.4

Las críticas que se hacen a la teoría combinada son motivadas un tanto por basarse en el interés y otro tanto por apoyarse en el poder de la voluntad.

Nosotros diremos que derecho subjetivo es el poder que tiene una persona para satisfacer sus fines o intereses bajo la protección del ordenamiento jurídico. El poder o señorío y su pertenencia a un sujeto de derecho son los elementos esenciales del derecho subjetivo.5 Este, concretamente, se traduce en el poder reconocido a una persona frente o contra otra u otras para exigir el respeto del goce de un bien, la entrega de una cosa o la realización de un servicio.6

Se dice que el derecho subjetivo es el señorío del querer, porque la voluntad del titular es libre y soberana para determinar si aquél se ejerce o no. Cuando a un individuo le chocan culpablemente el automóvil, tiene derecho a ser indemnizado. Pero, a veces, este derecho no se hace valer si el autor de la hazaña es un amigo, y con mayor razón si es una amiga.

CAPITULO XXI

CLASIFICACIONES DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

451. Necesidad de clasificar los derechos subjetivos

"Dada la múltiple variedad de las relaciones entre los hombres como individuos o como miembros de la organización estatal, fácil es comprender la variedad y multiplicidad existentes en la serie de los derechos subjetivos. Por ello se impone la necesidad de una clasificación que, atendiendo a las notas comunes y diferenciales, recoja en grupos homogéneos las diversas figuras y las reduzca todas a unidad orgánica y sistemática. Tal obra de clasificación es muy difícil porque existen notas o caracteres que son comunes a varios grupos y dentro de cada grupo hay figuras de derechos que presentan caracteres diferenciales que no encajan bien en una categoría preestablecida; de ahí que sean varias las clasificaciones adoptadas, y puede decirse que cada autor tiene la suya propia. Sin embargo, hay categorías generales que todos aceptan, siendo fundamentales para la construcción de cualquier sistema. A éstas nos hemos de concretar". 1

452. Clasificación que atiende a la eficacia y naturaleza del derecho subjetivo y clasificación que atiende al objeto y contenido del mismo

Substancialmente, podemos señalar dos grandes clasificaciones, según que se mire a la eficacia y naturaleza del derecho subjetivo o bien al objeto y contenido del mismo.

En el primer aspecto, los derechos subjetivos pueden dividirse:

1) En absolutos y relativos;

2) En originarios y derivados, y

3) En puros y simples y sujetos a modalidades.

Con relación a su objeto y contenido intrínseco, los derechos subjetivos pueden dividirse en públicos y privados. Estos últimos admiten una gran clasificación, que es la siguiente:

a) Derechos patrimoniales, y

b) Derechos extrapatrimoniales.

1. Los derechos subjetivos según su eficacia y naturaleza

453. Derechos absolutos y derechos relativos

Lo que caracteriza a esta división de los derechos subjetivos es la existencia de un sujeto pasivo universal, que comprende a todo el mundo, o de un sujeto pasivo limitado a una sola o a varias personas determinadas. En el primer caso, nos hallamos en presencia de un derecho absoluto; en el segundo, de un derecho relativo.2

El derecho absoluto tiene una eficacia universal. Puede hacerse valer contra cualquiera persona. Implica un deber general y negativo en cuanto todos los terceros tienen el deber de abstenerse de turbar al titular.

Ejemplos de derecho absoluto son los derechos de la personalidad, y los derechos reales.

El derecho relativo tiene una eficacia limitada. Puede hacerse valer contra una o varias personas determinadas. Sólo éstas se hallan obligadas con respecto al titular a hacer o no hacer alguna cosa; sólo estas personas determinadas sufren una limitación, una obligación que puede ser positiva o negativa,

según el contenido específico de la prestación a la que se encuentran obligadas.

Ejemplo de derecho relativo son los derechos personales, llamados también de obligación.

454. Derechos originarios y derechos derivados

Los primeros se producen independientemente de la actividad del titular dirigida o encaminada a adquirirlos. Los segundos se obtienen por efecto de un hecho del titular.

Son derechos originarios todos los inherentes a la persona. Y son derivados los demás que presuponen los primeros, y en cuanto son producto de una actividad del titular, aunque no vaya acompañada ésta de la voluntad dirigida precisamente a adquirirlos.3

455. Derechos transmisibles e intransmisibles

Los derechos son transmisibles o intransmisibles según admitan o no la posibilidad de traspasarse del titular a quien corresponden a otro sujeto. Cuando el traspaso del derecho se hace entre vivos, se habla de transferencia, y cuando se efectúa por un acto de última voluntad, se habla de transmisión. Pero el último vocablo también se emplea en sentido genérico.

La regla general es que todos los derechos puedan transferirse y transmitirse; pero "hay algunos que se hallan tan íntimamente ligados a la persona del titular que no pueden sufrir un cambio de sujeto o cuando menos no lo pueden sufrir sin desnaturalizarse, y por eso se llamen derechos personalísimos". Pertenecen a éstos, en primer término, los derechos que forman el contenido de la personalidad, y además, los derechos inherentes al estado y capacidad de las personas, los derechos de familia y, entre los patrimoniales, algunos que van unidos estrechamente a la persona del titular, como son los derechos de uso y habitación".4

456. Derechos puros y simples y derechos sujetos a modalidades

Para comprender qué son los derechos puros y simples, los cuales constituyen la regla general, lo mejor es formarse previamente una idea acerca de las modalidades, que a menudo afectan a los derechos.

Esta palabra tiene dos acepciones, una amplia y otra restringida. En la primera denota todas las maneras de ser, todas las variantes que los derechos pueden presentar y sufrir. Pero entre estas maneras de ser y entre estas variantes, existen dos, singularmente importantes y de uso frecuentísimo, que vienen a ser las modalidades por excelencia, las únicas que ordinariamente se consideran cuando se habla de modalidades: ellas son el plazo y la condición.

El término o plazo es un hecho futuro y cierto del cual depende el ejercicio o la extinción del derecho. Ejemplo: compro a Pedro un caballo, estableciéndose que la entrega de éste se efectuará el 1º de enero próximo. Desde la celebración del contrato de compraventa, yo tengo un derecho, pero mientras no llegue la fecha indicada, mientras no transcurra el término, no podré exigir la entrega del objeto, pues el plazo suspende el ejercicio del derecho.

La condición es un hecho futuro e incierto, del cual depende el nacimiento o la extinción de un derecho. Ejemplo: le regalaré una casa cuando llegue el barco "Chile" a Valparaíso. Tu derecho para exigirme la casa sólo nacerá cuando el buque llegue a ese puerto. Si jamás arriba, nunca tendrás el derecho mencionado.

Tanto el plazo como la condición pueden ser suspensivos y extintivos o resolutorios, materia esta que tocaremos más adelante al hablar de los actos jurídicos, por lo cual ahora no nos detendrá.

De todo lo anterior fluye, naturalmente, la definición de derechos a plazo y de derechos condicionales, siendo los primeros los que se hallan sujetos a un término o plazo, y los segundos, a una condición.

Derechos puros y simples son los que no están sujetos a modalidad alguna.

457. Los derechos eventuales

Supuesto de hecho y otras nociones preliminares. Recordemos que por supuesto de hecho se entienden los hechos o situaciones-tipo previstos por la norma jurídica, a los cuales, cuando se realizan, ella misma conecta efectos jurídicos, como la formación de un acto de este carácter, o la adquisición, modificación o extinción de un derecho subjetivo.

El supuesto de hecho puede ser simple o complejo, según esté constituido por uno o varios hechos. Por ejemplo, el supuesto de la adquisición del derecho de herencia es simple: la muerte del causante. Este solo hecho basta para esa adquisición, porque la aceptación de la herencia que exige la ley sólo tiene un carácter confirmatorio de la adquisición del derecho ya operada por ministerio de la ley a la muerte del causante. En cambio, la adquisición del derecho de propiedad de un edificio que se compra a su actual dueño, tiene un supuesto de hecho complejo, integrado por el contrato de compraventa con todos sus requisitos y formalidades y la tradición del derecho de propiedad mediante la inscripción de la escritura pública del contrato en el Registro del Conservador de Bienes Raíces.

Por regla general, ningún derecho se forma ni nace mientras no concurran todos los elementos del supuesto de hecho que condicionan su existencia. Esta exigencia de integración absoluta puede derivar de dos causas: la necesidad impuesta por la ley de que todos los elementos de hecho se produzcan simultáneamente, o el idéntico valor que se les atribuye cuando se generan sucesivamente; en este segundo caso ningún derecho surge hasta que no se realice o cumpla el último de esos elementos.

Sin embargo, a veces, mientras el derecho está en formación, es decir, en un estado de gestación en que se han verificado uno o algunos de los elementos sucesivos, el ordenamiento jurídico otorga desde ya un derecho. Este, naturalmente, no es el mismo que el que se está formando; pero a su servicio se pone. ¿En qué casos ocurre tal fenómeno? Cuando se cumplen uno o más elementos que la ley juzga de suficiente importancia para otorgar ese derecho destinado a proteger al definitivo en formación; uno de esos elementos calificados es la voluntad de los sujetos manifestada en conformidad a la ley, el acto jurídico, etc. El derecho condicional, por ejemplo, no nace hasta que la condición no se cumpla, pero como el principal elemento de hecho del derecho condicional ya se ha realizado, el acto jurídico que lo genera, la ley concede, antes de que el derecho condicional nazca por obra del cumplimiento de la condición, un derecho de impetrar las providencias necesarias para conservar y llegar a adquirir el derecho principal y definitivo.

458. La doctrina clásica del derecho eventual

De acuerdo con esta doctrina, derecho condicional y derecho eventual son dos nociones distintas y que se oponen; sólo tienen de común el estar sometidos a un hecho futuro e incierto, condición y eventualidad, respectivamente. Pero se diferencian trascendentalmente en que el derecho condicional es un derecho que no se forma por habérsele agregado un elemento adventicio, es decir, una circunstancia no necesaria normalmente para su perfeccionamiento, y ese elemento sólo afecta al derecho, y no a la constitución del acto del cual deriva y del que es un simple efecto; por el contrario, el derecho eventual es un derecho que no se forma por la falta de un elemento que nunca puede dejar de concurrir para su perfeccionamiento, y ese elemento afecta a la constitución del acto jurídico mismo de que deriva el derecho en gestación: mientras la eventualidad, el elemento que falta a ese derecho, no se cumpla, el acto jurídico mismo permanecerá imperfecto, porque es también y por sobre todo un requisito constitutivo del acto. Si, por ejemplo, se estipula que se vende a prueba, el derecho del vendedor al precio convenido no nace porque tampoco existe el contrato mientras el comprador no declare que le agrada la cosa de que se trata (C. Civil, art. 1823); la declaración del comprador de agradarle la cosa, la eventualidad, impide la formación del contrato y, consecuentemente, la del derecho que de éste puede surgir. En cambio, si se vende una casa y se establece que el precio se pagará y aquélla se entregará si el hijo del vendedor se va a París el próximo año, el contrato de compraventa existe, supuesto que se han llenado todos los requisitos de ese contrato; lo que no existe todavía son los derechos y obligaciones que de él emanan: éstos se formarán sólo si la condición se cumple.

La consecuencia práctica que de aquí saca la doctrina tradicional es la de que el derecho

condicional se forma con retroactividad, es decir, una vez verificada la condición, el derecho se reputa existir no desde este momento, sino con anterioridad, desde el mismo día en que se celebró el acto o contrato; en cambio, el derecho eventual no puede operar con retroactividad porque su formación completa coincide con la del acto o contrato generador, marcada para ambos por el día en que la eventualidad se realiza.

459. Doctrina de la noción genérica del derecho eventual

a) Generalidades. Según esta doctrina, el derecho eventual sería una noción genérica; dentro de ella caben el derecho condicional y el derecho eventual porque su diferencia no es de esencia ni de estructura. Por cierto, el concepto genérico de derecho eventual es diverso del que da la doctrina clásica, y se define como un derecho futuro cuya adquisición está desde ya protegida por el otorgamiento de un derecho subjetivo encaminado a esa finalidad protectora.

El derecho eventual se desdoblaría, pues, en dos derechos, uno provisional y otro definitivo: el provisional sería el otorgado para preparar la adquisición del futuro y definitivo, y su carácter es puro y simple; el derecho definitivo, el futuro, surgiría y reemplazaría al provisional cuando la eventualidad (una de cuyas formas es la condición) se cumpliera. En consecuencia, lo eventual es el derecho futuro, pues su posibilidad de nacer depende de la realización de la eventualidad; el derecho que precede al futuro, el provisional, es puro y simple, tiene existencia propia.

Esta estructura se descubriría tanto en el derecho condicional como en el llamado eventual por la doctrina clásica. Veamos primero el asunto en el derecho condicional. Mientras la condición no se cumple, el derecho definitivo no existe; en efecto, la ley dice que el acreedor condicional no puede exigir el cumplimiento de la obligación, sino verificada la condición totalmente, y agrega que todo lo que se hubiere pagado antes de verificarse la condición suspensiva, puede repetirse mientras no se hubiere cumplido (C. Civil, art. 1485). Por otra parte, el acreedor condicional tiene el derecho provisional de preparar la adquisición del derecho definitivo; el Código dice expresamente que en el intervalo entre el contrato condicional y el cumplimiento de la condición, puede el acreedor impetrar las providencias conservativas necesarias (art. 1493). Enfoquemos ahora el llamado derecho eventual por la doctrina clásica y tomemos como ejemplo el derecho de aceptar o repudiar la herencia. Vamos a partir de la base de que ésta se adquiere sólo con la aceptación, prescindiendo de la discusión sobre si en nuestro derecho la herencia se adquiere por el solo ministerio de la ley a la muerte del causante o por la aceptación del heredero que opera con efecto retroactivo al momento en que la herencia haya sido deferida. Ahora bien, conforme a la premisa, el heredero, antes de aceptar, no adquiere el derecho definitivo, el de herencia; la adquisición de este derecho estaría sujeta a la eventualidad de la aceptación. Por otro lado, el heredero tiene el derecho provisional para preparar el derecho futuro de esa adquisición, ya que la ley declara expresamente que los actos puramente conservativos, los de inspección y administración "provisoria" urgente, no son actos que suponen por sí solos la aceptación (art. 1243), es decir, el heredero tiene el derecho de realizar estos actos antes de la aceptación, antes de que con ella adquiera el derecho definitivo, el de herencia. Una situación parecida hay en los contratos de promesa. Por ejemplo, el derecho del prometiente-vendedor de reclamar el precio es eventual; no nace mientras no se celebre el contrato definitivo de compraventa; pero mientras tanto, y después que adquiere eficacia el contrato de promesa, tiene el prometiente-vendedor el derecho de apremiar al prometiente-comprador para que celebre el contrato definitivo, derecho actual que va encaminado a adquirir el futuro derecho de reclamar el precio.

b) Germen de derecho y derecho eventual. Tradicionalmente, se habla de "germen de derecho" para referirse al derecho condicional mientras está pendiente el cumplimiento de la condición. Semejante expresión carece de significación jurídica y produce extrañeza cuando se afirma que puede transmitirse, porque no se concibe jurídicamente la transmisión de algo que no sea un derecho, en su aspecto activo o pasivo. En verdad, como observan los partidarios del concepto genérico de derecho eventual, se trata de un derecho, que desde ya presenta como una realidad el provisional que supone todo derecho futuro protegido, y que tiende a preparar el advenimiento de este último. Esta inteligencia es la única que permite comprender con lógica y en toda su amplitud la norma según la cual el derecho del acreedor que fallece en el intervalo entre el contrato condicional y el cumplimiento de la condición,

se transmite a sus herederos; y lo mismo sucede con la obligación del deudor (art. 1492, inc. 1º).

c) La órbita del derecho eventual. No entran en los dominios del derecho eventual los derechos sin titular ni las simples expectativas o derechos futuros no protegidos desde ya, como el de los presuntos herederos de una persona mientras ésta vive. El terreno propio del derecho eventual es el de la formación sucesiva del derecho subjetivo que ha alcanzado cierto grado de gestación o perfeccionamiento.

d) Existencia y contenido del derecho provisional en todos los casos de derecho eventual. Todo derecho futuro protegido ofrece un derecho actual, incluso los llamados específicamente eventuales por la doctrina clásica: si bien la eventualidad, en razón de afectar a un elemento esencial del acto, impide que nazca no sólo el derecho futuro sino también el acto mismo, la falta de dicho elemento no se opone al surgimiento del derecho provisional y actual. Este deriva como consecuencia de la reunión de un mínimo de requisitos legales en la persona del interesado o de la obligación o compromiso asumido por el cocontratante.

El derecho provisional (que es el actual, puro y simple, que precede al derecho futuro antes de que este mismo se transforme en puro y simple por el cumplimiento de la eventualidad) tiene como contenido facultades dirigidas a preparar y proteger la adquisición del derecho futuro y no prerrogativas de goce de este último.

e) El derecho eventual supone un titular actual. Por su esencia, el derecho subjetivo es un poder atribuido a una persona; en ésta recibe aplicación concreta la norma abstracta que confiere ese poder. Si el eventual es un derecho, consecuencia lógica resulta de que debe tener necesariamente por soporte a una persona. Luego, no pueden calificarse de derechos eventuales las situaciones jurídicas cuyo titular no existe todavía o aún no está determinado.

Nadie niega que el derecho positivo habla a veces de derechos sin exigir la existencia actual de un titular. El Código Civil se refiere, por ejemplo, a los derechos del que está por nacer, y dice que se suspenden hasta que el nacimiento se efectúe (art. 77). Pero en todas las hipótesis al estilo de ésta la explicación del fenómeno deberá buscarse en otro campo de ideas, ajeno al concepto de derecho eventual.

f) Distinción entre la simple expectativa y el derecho eventual. En un sentido amplio, se entiende por "expectativa" la posibilidad de adquirir un derecho, protegida o no por la ley. Pero en un sentido estricto y más propio, expectativa o, mejor, simple o mera expectativa, es la posibilidad extrajurídica de adquirir un derecho, basada en la concurrencia de uno o algunos elementos del supuesto de hecho de esa adquisición, pero sin que tal concurrencia sea valorada por la ley para otorgar protección a la posibilidad. Precisamente, la simple expectativa se distingue del derecho eventual en que éste, al contrario de aquélla, encierra elementos de hecho calificados, que por sí solos mueven a la ley a otorgar protección a la posibilidad de adquirir el derecho futuro; la protección se traduce en el otorgamiento del llamado derecho provisional que sirve de medio para preparar la adquisición del derecho futuro y definitivo. Los elementos de la simple expectativa carecen por sí solos de trascendencia jurídica; por eso, la posibilidad de suceder a una persona mientras ésta todavía vive, no autoriza al heredero presuntivo para pedir ninguna medida conservativa de los bienes de la sucesión que espera recoger a la muerte del causante.

Como no constituyen derecho, las meras expectativas no son transmisibles, y pueden ser frustradas por una ley sin que ésta dé margen a la tacha de ser retroactiva (Ley sobre el efecto retroactivo de las leyes, art. 7º).

g) Justificación de la incorporación del derecho condicional en el genérico eventual. La doctrina que considera el derecho eventual como un concepto genérico está de acuerdo con la clásica en la diferencia entre eventualidad y condición, consistente en que la primera afecta a un elemento constitutivo del acto o contrato, retardando la formación del acto o contrato mismo, y en que la segunda sólo afecta a un elemento de la formación del derecho, impidiéndole nacer desde luego. Pero observa que el efecto o la proyección sobre la génesis del derecho en uno y otro caso resulta el mismo: el derecho condicional no nacerá mientras no se cumpla el hecho futuro en que consiste la condición, por muy perfeccionado que esté el acto o contrato generador; y el derecho eventual tampoco nacerá hasta que no se realice el elemento que falta a la constitución completa del acto, la eventualidad.

La doctrina clásica que opone el derecho eventual al condicional establece una diferencia consecuente de su afirmación anterior. El derecho condicional opera, en principio, con retroactividad, el

derecho se reputa desde el día en que se celebró el acto o contrato, y no sólo desde la fecha en que se cumple la condición; el derecho eventual, en cambio, no opera con retroactividad, sino desde el día en que se realiza la eventualidad, esto es, el perfeccionamiento del acto o contrato. La doctrina del derecho eventual genérico responde que esta diferencia no altera la naturaleza común de los derechos eventuales y condicionales; se trata de una simple diferencia de régimen en la etapa dinámica de ambos derechos. Y agrega, todavía, que la subrayada diferencia de régimen se desvanece en gran medida si se considera que muchos derechos condicionales no obran con efecto retroactivo y que varios derechos eventuales producen efectos hacia atrás. Ejemplos: el cumplimiento de la condición resolutoria, salvo una declaración en contra, no hace dueño de los frutos al acreedor durante el tiempo en que la condición estaba pendiente (art. 1488); en cambio, la aceptación del heredero (eventualidad para que éste recoja los bienes de la sucesión) retrotrae sus efectos al momento en que la herencia haya sido deferida (art. 1239).

h) Consecuencias de la doctrina del concepto genérico de derecho eventual. Esta doctrina concluye que de la escala o gradación clásica de los derechos desaparece un peldaño, el de los derechos condicionales, que pasan a integrarse en los derechos eventuales, pues tienen el mismo carácter de derechos futuros protegidos desde ya y ofrecen la nota, también común, del mecanismo o proceso invariable que siguen para formar la situación jurídica respectiva. Por esta circunstancia todos los casos constituyen una noción jurídica genérica. Sin embargo, no forman una categoría jurídica, pues el régimen jurídico no es uniforme u homogéneo para todas las hipótesis comprendidas en la noción.

La doctrina que reduce a un solo concepto todos los derechos futuros protegidos, demuestra que donde la doctrina clásica veía un solo derecho en gestación, hay dos derechos subjetivos que se suceden: antes del cumplimiento de la eventualidad o la condición, existe un derecho actual, puro y simple, dirigido a preparar la adquisición y aplicación del derecho futuro; cumplida la eventualidad o la condición, desaparece el primer derecho, el provisional, y surge el futuro y definitivo con los caracteres, ahora, de puro y simple.

A juicio de sus partidarios, este análisis tiene consecuencias teóricas y prácticas, como la de dar satisfactoria explicación jurídica a la transferencia, transmisión y caución de los derechos futuros protegidos desde antes que ellos se hagan actuales.

Bibliografía especial

DEMOGUE, "Des droits éventuels et des hypotheses ou ils prennent naissance", en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, año 1905, p. 723, y "Nature et effets des droits éventuels", en la misma Revista, año 1906, p. 231. Este último estudio se encuentra traducido en el tomo IV de *nuestra Revista de Derecho y Jurisprudencia.*

FILDERMAN, *De la retroactivité de la condition dans les conventions*, tesis, París, 1935.

REGIS GIRAR*, Les actes de dispositions relatifs aux situations juridiques futures en droit français et en droit allemand. Les droits éventuels*, tesis, Lyon, 1939.

JAMBU-MERLIN, "Essai sur la retroactivité dans les actes juridiques", *en Revue Trimestrielle de Droit Civil*, año 1948, p. 271.

TITULESCO, *Essai sur une théorie générale des droits éventuels*, París, 1907.

JEAN-MAURICE VERDIER, *Les droits éventuels. Contribution a l'étude de la formation succesive des droits*. Este autor, cuya obra, publicada en 1955 y premiada por la Facultad de Derecho de París, es el que ha perfeccionado hasta la fecha más que ninguno la noción amplia de los derechos eventuales.

En el Derecho Alemán hay diversas obras sobre el tema. Merece destacarse la publicada en 1933 por MICHAELSEN, *Das Anwartschaftrecht en B.G.C*. Según este autor, "anwartschaft" es un derecho actual e irrevocable al acceso de un derecho puro y simple.

En la bibliografía chilena, RUBÉN GALECIO G. consagró su Memoria de Licenciado al *Ensayo de una teoría de los derechos eventuales*, Santiago, 1943; aunque obra muy meritoria, ha quedado hoy atrasada, y su consulta debe complementarse con trabajos más recientes, como la Memoria de SUSANA MUÑOZ R., *Las teorías de los derechos eventuales*, Santiago, 1962. En poco más de 50 páginas da una visión clara y sintética de la parte general de la monografía de Verdier.

460. Derechos puros y simples

Podemos ahora, gracias a las definiciones y eliminaciones sucesivas, precisar el concepto de los derechos puros y simples: son aquellos que no se hallan sujetos a modalidad alguna, cuya existencia y ejecución nunca son suspendidas, y que desde su nacimiento se desenvuelven normalmente. Ejemplo: una venta al contado celebrada entre dos personas; los derechos que de ahí derivan para el vendedor y para el comprador, son derechos puros y simples, que nacen en seguida y cuya ejecución puede exigirse de inmediato. Son los derechos más actuales y definitivos; su vida se desarrolla normalmente de acuerdo con su naturaleza.

461. La jerarquía de los derechos

Las explicaciones anteriores ponen de manifiesto la existencia de una jerarquía de derechos:

1º En la cima, hállanse los derechos puros y simples, que son actuales y definitivos, perfectos, investidos de todos los atributos; constituyen la regla;

2º Después vienen los derechos sujetos a un plazo (suspensivo), que son actuales en su existencia, pero no en su exigibilidad;

3º Más abajo están los derechos eventuales, sujetos a condición suspensiva o a una eventualidad en sentido restringido. Su imperfección es notoriamente más grande; su existencia misma se encuentra subordinada a un acontecimiento futuro e incierto

La lista se cierra con las meras expectativas, las cuales no constituyen derechos; no son intereses a los cuales la ley acuerde su protección.

461-a. Derecho subjetivo e interés legítimo

Para que el interés de un particular sea respetado o satisfecho es necesario que esté directamente protegido por el ordenamiento jurídico, es decir, que constituya un derecho subjetivo. Sin embargo, en los últimos tiempos la doctrina y aun la legislación de algunos países como la de Italia (Constitución Política, arts. 24, 103 y 113) admiten la protección de los intereses de los particulares aunque no importen derechos subjetivos, cuando esos intereses se encuentran estrechamente vinculados a un interés público. Se habla entonces de intereses legítimos. Se ha definido el interés legítimo como "un interés individual estrechamente vinculado a un interés general o público y protegido por el ordenamiento sólo mediante la tutela jurídica de este último interés". El interés legítimo es un interés indirectamente protegido.

Los órganos del Estado, de las municipalidades y de otros entes públicos están obligados a velar por el interés público o general y a satisfacerlo. Si no lo hacen, los particulares, a menos que la ley les conceda al respecto alguna acción, carecen de un derecho subjetivo para exigir a la autoridad el cumplimiento de las normas vulneradas; a lo sumo pueden hacer presente, formular denuncias de las violaciones, que la autoridad respectiva puede o no tomar en cuenta. Se estima que otra cosa debe suceder cuando el interés público está ligado estrechamente a un interés individual.

Esclarezcamos el asunto con algunos ejemplos. Si yo tengo una casa con vista al mar y el dueño del terreno intermedio me priva de esa vista levantando una construcción, no puedo impedirlo, porque no tengo derecho alguno para ello. Pero si una ley, por razones estratégicas, prohíbe hacer construcción alguna en dicha heredad, puedo exigir a la autoridad o a la justicia que haga cumplir la ley prohibitiva, porque su violación, además de vulnerar el interés general, también daña el mío. Otro ejemplo: si se establece una industria peligrosa o insalubre en una calle, infringiendo una ley que lo prohíbe, los vecinos, aunque no tienen un derecho subjetivo correlativo para impedirlo, pueden reclamar la infracción legal, porque su interés particular o individual está vinculado estrechamente al general o público.

La figura del interés legítimo campea, sin discusión, en el Derecho Administrativo de algunos

países; pero se considera que también tiene cabida en el Derecho Privado. Un ejemplo en este sentido: las normas que regulan el funcionamiento de la asamblea de una corporación o de una sociedad por acciones se encuentran establecidas en interés de la corporación o de la sociedad, pero cualquier socio que se considere perjudicado por una deliberación puede pedir al juez que la anule, si ha sido adoptada con violación de la norma susodicha, impugnación que deberá por tanto ser acogida para tutelar un interés legítimo de los socios.5

En nuestro ordenamiento jurídico no encontramos regulación alguna sobre el llamado interés legítimo; pero dado que al invocarlo también se alega el interés público o general vinculado a aquél, parece justo y lógico que debe ser amparado.

2. Los derechos subjetivos según su objeto y contenido

462. Derechos subjetivos públicos y privados

Esta clasificación se hace atendiendo a la norma de derecho objetivo en que se fundan los derechos subjetivos, según sea aquélla de Derecho Público o Privado. Por consiguiente, los derechos subjetivos públicos pueden pertenecer no sólo al Estado y demás entidades de carácter político o público, sino también a los particulares, y viceversa, los derechos privados incumben no sólo a los particulares sino también al Estado y demás personas jurídicas de carácter político o público.6

Los derechos públicos no deben confundirse con los derechos políticos. Estos son sólo una especie de aquéllos. Los derechos políticos, por lo que atañe a los individuos, se reducen a los tradicionales "jus suffragii" y "jus honorum", o sea, derecho de sufragio y derecho a ser elegido para cargo de representación popular. Los públicos son, en cambio, múltiples y de variada índole (derecho a la percepción de impuestos, derecho de los empleados a la promoción, a la inamovilidad, etc.), y entran tanto en el campo del Derecho Constitucional como en el del Derecho Administrativo.7

463. División de los derechos privados: patrimoniales y extrapatrimoniales

Dejando a un lado los derechos subjetivos públicos, debemos detenernos en la gran clasificación de los derechos privados: derechos patrimoniales y extrapatrimoniales.

Derecho patrimoniales son los que tienen por contenido una utilidad económica, o, en otros términos, todos aquéllos que pueden valuarse en dinero.

Derechos extrapatrimoniales son aquellos que no contienen una inmediata utilidad económica, ni son por ello valuables en dinero, como los derechos de la personalidad y los de familia.

464. Derechos extrapatrimoniales: derechos de la personalidad y derechos de familia

Dentro de los derechos extrapatrimoniales cabe distinguir dos categorías: los derechos de la personalidad y los derechos de familia.

Los primeros son los derechos inherentes a la persona. Se caracterizan por ser originarios, es decir, nacen con la persona; absolutos, esto es, pueden ejercerse contra todos, "erga omnes", y son inseparables del individuo; éste no puede desprenderse de ellos.

Los derechos de familia son los que derivan de las relaciones en que el sujeto se halla en el grupo familiar con los demás miembros del grupo.

1) Derechos extrapatrimoniales

465. a) Derechos de la personalidad; categorías en que pueden agruparse

Advertimos que sin perjuicio de las explicaciones que siguen, volveremos a tratar de los derechos

de la personalidad al hablar de las personas físicas.

Los derechos de la personalidad pueden agruparse en dos categorías:

a)Los que conciernen a la individualidad física, y

b)Los que conciernen a la individualidad moral.

Los que conciernen a la individualidad física tienen por objeto, primero asegurar nuestra propia existencia (la vida), y, en seguida, la integridad corporal, la salud, la actividad física.8

Los derechos que atañen a la individualidad moral del hombre tienen por objeto el honor en sus diversas manifestaciones, y comprenden también el derecho al nombre y la actividad intelectual.9

"En verdad, la actividad humana, principalmente la física, nos conducirá al derecho de propiedad, haciéndonos salir del dominio de los derechos de la personalidad propiamente dichos. En cuanto a la actividad intelectual (científica, literaria, artística, etc.), no obstante el elemento patrimonial que entraña, conserva a pesar de todo algo que la hace formar parte de los derechos de la personalidad. En efecto, ella representa el trabajo de cierto hombre; no de cualquiera. Lleva, pues, consigo el sello de una actividad personal" .10

466. ¿Son admisibles los derechos sobre la propia persona?

Las controversias al respecto son grandes.

Según Windscheid, así como la voluntad del titular es declarada decisiva sobre una cosa por el orden jurídico cuando éste concede un derecho real, así también es decisiva tratándose de su propia persona, ya en lo que se refiere a su existencia física, ya en cuanto a su existencia psíquica. El derecho a la vida, a la integridad corporal, al honor, a la exteriorización de las actividades psíquicas o físicas y otros derechos, no implicando una acción sobre personas o cosas ajenas, representan poderes que el hombre tiene sobre sí mismo, sobre sus propias fuerzas físicas o intelectuales. De aquí el derecho sobre el propio cuerpo, sobre el nombre, sobre la propia imagen y, por consiguiente, un derecho a disponer de la propia vida, del propio cadáver, de partes del cuerpo, etc.11

Contra la admisión de un derecho sobre la propia persona se oponen dos objeciones principales, señaladas a continuación.

1. Ni las fuerzas físicas, ni las psíquicas o intelectuales, se sostiene, como manifestaciones de la multiforme actividad humana, pueden separarse del hombre de quien proceden y representarse como entidades independientes y partes separadas de la persona, la cual constituye un todo orgánico incapaz de ser descompuesto en los elementos o funciones que lo componen.12

2. El querer considerar la persona misma como objeto del derecho subjetivo, tropieza con una dificultad insuperable, la de dar a la persona simultáneamente dos funciones contradictorias e inconciliables en la relación jurídica: la del sujeto y la del objeto del derecho.13 Y esto es absurdo, afirma Coviello, aunque por sujeto se tome a la persona en su totalidad, y como objeto se consideren las diversas partes de la persona o sus diversas condiciones, el cuerpo y las facultades intelectuales, las fuerzas físicas o las psíquicas.14

Sin embargo, en opinión de Ruggiero, el argumento anterior es cierto "en cuanto que una efectiva separación de las partes del todo no es posible; pero es concebible abstractamente, sobre todo cuando se considera la personalidad en sí como entidad compleja y autónoma, como sujeto de los derechos que se incluirían en la categoría examinada".15

Más concretamente, como explica el mismo Ruggiero, si se examinan los derechos constitutivos de la personalidad en lo que se refiere al elemento físico o material, todo el problema se reduce a ver si la persona tiene un derecho sobre el propio cuerpo. Y esta cuestión se presenta bajo un triple aspecto, según se considere: a) el cuerpo de la persona viva; b) el cadáver, y c) las partes separadas del cuerpo.

En el primer caso no puede hablarse de un derecho de propiedad que la persona tenga sobre su propio cuerpo, o de un derecho patrimonial, pero sí de un derecho personal en cuanto se garantiza al hombre por el derecho objetivo la facultad natural de disponer del propio cuerpo, de la propia vida, de la propia actividad física. Si de tal premisa debe deducirse como lógica consecuencia la existencia de un derecho al suicidio, a la automutilación o a la destrucción del feto como "porción visceral", por parte de la madre, es cuestión que se resuelve al tenor de las normas particulares que cada Derecho Positivo dicte para limitarlo o suprimirlo. Limitaciones se dan en todo ordenamiento jurídico, establecidas por motivos

de orden público o de buenas costumbres, que no consienten ciertos abusos de libertad aun cuando éstos recaigan sobre la propia persona.16

No puede nadie, por respeto a la dignidad humana, darse a sí mismo en esclavitud; hasta en el Derecho Romano, que admitía la abominable institución, la venta de sí mismo es reprobada por el alto concepto en que la libertad debe ser tenida, y si es verdad que una disposición del Edicto Pretorio, mantenida hasta Justiniano (Párrafo 4. Inst. 1,3), impone la servidumbre al ciudadano mayor de veinte años que dolosamente se haya dejado vender como esclavo para participar del precio de la venta, la esclavitud se considera como pena por el desprecio de la propia libertad más que como reconocimiento de eficacia del negocio jurídico de compraventa realizado. El Derecho Moderno ha ido más allá, negando eficacia a toda convención mediante la cual una persona se obligue por toda la vida o por tiempo indefinido a emplear su propia actividad en servicio ajeno.17 Y en todos los países existen normas expresas que resguardan en una u otra forma la disposición arbitraria de la actividad personal en provecho de otro.

No se concede amparo al acto de atentar contra su propia vida y se impone a funcionarios y ciudadanos el deber de prestar socorro e impedir el suicidio. Y es castigado penalmente "el que con conocimiento de causa prestare auxilio a otro para que se suicide, si se efectúa la muerte" (Código Penal Chileno, artículo 393). Del hecho de que en la mayor parte de las legislaciones el autor de la tentativa de suicidio no sea castigado –para el consumado no habría posibilidad de castigo– no se debe concluir la existencia del derecho de ocasionarse la muerte como facultad protegida por el ordenamiento. No se castiga porque sería inhumano añadir a los sufrimientos morales o físicos que indujeron al autor a adoptar tal determinación, un nuevo sufrimiento con la pena.18 Por lo demás, la ciencia recomienda después de todo suicidio fracasado enviar al autor a un establecimiento psiquiátrico para precaver en los psicóticos la repetición y practicar en todo caso psicoterapia adecuada.

No es lícito suprimir o detener la vida intrauterina del feto y es castigado como delito el aborto procurado, aunque haya sido realizado por la mujer (Código Penal, artículo 344, inciso 1º), consecuencia lógica ésta de los principios y preceptos que protegen la vida del que está por nacer.19 Nuestro Código Sanitario prohíbe el aborto (art. 119), al contrario de algunos países que lo permiten por razones económicas o de otro carácter, bajo determinadas condiciones que regulan especialmente.

¿Podría una persona celebrar un contrato para enajenar parte de su cuerpo, algún órgano? Como lo veremos en otro lugar, las enajenaciones a título oneroso no están permitidas; pero sí las a título gratuito y siempre que no menoscaben severamente la salud del donante. Así, sucede con los trasplantes de riñón.

En resumen, la persona tiene un derecho sobre su propio cuerpo; pero por motivos de orden público y buenas costumbres todas las legislaciones establecen grandes limitaciones a tal derecho.

Por lo que atañe al derecho de disponer del propio cadáver, no puede desconocerse la facultad que tiene al respecto toda persona. Pero debe entenderse con las limitaciones señaladas por el derecho objetivo en virtud de motivos de higiene o policía, de moral o de orden público que privan de eficacia o limitan las disposiciones que pugnan con lo que constituye el destino natural del cadáver.20

Es conocido el caso de personas que venden o donan su esqueleto, ya para fines científicos o para satisfacer razones sentimentales. Cuéntase, entre otros, el caso del poeta Rubén Darío, quien vendió su cerebro para después de su muerte.

Según Coviello,21 la persona viva puede disponer en vida de su cadáver, porque éste, cuando la persona muera, tendrá una existencia impersonal: será una cosa. Y podría disponer del cadáver tanto a título oneroso como gratuito.

En cuanto a los derechos de los herederos sobre el cadáver de su causante, el mismo profesor italiano afirma que hay que distinguir dos situaciones.

1) El causante contrajo en vida relaciones patrimoniales sobre su cadáver. En tal caso, los herederos tienen los derechos que resultan de la relación que había contraído el difunto; los herederos son los sucesores del causante en todas las relaciones patrimoniales que pertenecían a éste al tiempo de su muerte. De manera que si el causante antes de morir no recibió el precio en que vendió su cadáver, corresponderá percibirlo a los herederos.

Nuestro Código Sanitario sólo autoriza para que la persona done en vida su cadáver y sólo puede hacerlo para los objetivos que se enuncian: investigación científica, docencia universitaria, elaboración de productos terapéuticos, realización de injertos, trasplante de órganos con fines terapéuticos (art. 146).

No consideramos inmoral que una persona venda su propio cadáver, por lo que, a nuestro parecer, es injustificada la restricción sólo a las enajenaciones a título gratuito. Esa restricción sí se justifica cuando los parientes disponen del cadáver del difunto. Tampoco encontramos razón para limitar los fines a que se destinará el cadáver, siempre que no atenten contra la moral y el orden público. ¿Por qué el cadáver de un hombre trascendente no podría entregarse a una organización científica o patriótica para que lo embalsame y deposite en un lugar adecuado a fin de honrarlo y exhibirlo en determinadas fechas como se hacía, por ejemplo, en Moscú con los restos de Lenin?

2) El difunto no había contraído en vida relación patrimonial alguna con respecto a su cadáver. En tal evento, dice Coviello, el cadáver no pertenece a los herederos, porque el cuerpo inanimado se torna cosa precisamente desde el momento de la muerte; antes no lo era, pues formaba parte integrante de la persona, y el heredero en tal calidad no tiene ni puede tener derecho patrimonial alguno sobre el cadáver del difunto, el cual, por lo tanto, quedará sometido por completo a las reglas generales de orden público concernientes a la policía de los cementerios.

Nuestro Código Sanitario, en cuanto a la disposición de cadáveres ajenos o partes de los mismos, prescribe que "los cadáveres de personas fallecidas en establecimientos hospitalarios públicos o privados, o que se encuentren en establecimientos del Servicio Médico Legal, que no fueren reclamados dentro del plazo que señala el reglamento, podrán ser destinados a estudios e investigación científica, y sus órganos y tejidos, destinados a la elaboración de productos terapéuticos y a la realización de injertos. Podrán ser destinados a los mismos fines cuando el cónyuge o, a falta de éste, los parientes en primer grado de consanguinidad en la línea recta o en el segundo de la colateral (hermanos) no manifestaren su oposición dentro del plazo y en la forma que señale el reglamento. Podrán también destinarse a trasplantes con fines terapéuticos los órganos de cadáveres de personas cuyo cónyuge o, a falta de éste, los parientes en el orden señalado en el artículo 42 del Código Civil, otorguen autorización en un acta suscrita ante el director del establecimiento hospitalario donde hubiere ocurrido el fallecimiento" (artículos 147 y 148). El referido artículo 42 señala el siguiente orden aplicable a los parientes del difunto: sus consanguíneos legítimos de uno y otro sexo mayores de edad, y si fuere hijo natural, su padre y madre que le hayan reconocido, y sus hermanos naturales mayores de edad. A falta de consanguíneos se consideran los afines. Son preferidos los ascendientes y descendientes a los colaterales, y entre éstos los de más cercano parentesco.

Finalmente, es indiscutible e indiscutida la existencia de un derecho de propiedad sobre las partes ya separadas del cuerpo: éstas se convierten en cosas independientes y comerciables, y en tal concepto son, en principio, propiedad de aquella persona de cuyo cuerpo se han separado. También cabe, por regla general, celebrar negocios jurídicos válidos con relación a miembros que forzosamente han de separarse del cuerpo.22 Por ejemplo, si a una persona necesariamente deben cortarle una pierna, ella podría, antes de la operación, comprometerse a venderla, donarla, etc.23

467. Derecho a la fuerza muscular

Todo hombre tiene derecho sobre su fuerza muscular. Puede comerciar con ella. Pero el legislador, velando por su sana conservación y a fin de evitar abusos que irían en su detrimento, limita las horas de trabajo, establece que los sacos no podrán exceder de determinado número de kilos, con el objeto de impedir un esfuerzo excesivo en los cargadores, etc.

468. Derecho sobre la propia imagen

El derecho sobre la propia imagen consiste en la potestad de impedir a cualquiera retratar sin permiso nuestra imagen y reproducirla o hacer de ella cualquier uso, aun cuando sea inocuo. El derecho sobre la propia imagen sería, por decirlo así, una prolongación del derecho sobre el propio cuerpo.

En general, las legislaciones establecen que no puede publicarse la imagen de una persona o comerciarse con ella, sin su consentimiento y, después de su muerte, sin el de los parientes de cierto grado más o menos próximo.

Algunas normas de nuestra legislación sobre el derecho a la imagen las veremos en el capítulo

Derechos de la Personalidad.

Es evidente que el fotógrafo no puede fotografiar a una persona sin su autorización expresa o tácita, aun cuando de la imagen no vaya a hacerse un uso ulterior. Sin embargo, una tendencia niega que uno pueda oponerse a ser fotografiado, a menos que de ello se siga un daño. Más adelante veremos que el derecho para obtener y utilizar la propia imagen es uno de los derechos de la personalidad, o sea, esencial, natural e innato de toda persona por el solo hecho de serlo y que, como tal, no necesita de un reconocimiento explícito de la ley.

El derecho sobre la propia imagen lo comprenden algunos tratadistas entre las facultades que integran el derecho a la intimidad, que los italianos llaman "diritto a la riservatezza", "the right of privacy" los norteamericanos y "the right to be left alone" los ingleses, el derecho a que a uno lo dejen a solas, tranquilo.

Ese derecho a la intimidad personal o de reserva importa el deber de los extraños de respetar el ámbito netamente privado del individuo, absteniéndose de dar a la publicidad las actividades propias y puramente personales del sujeto y que él mismo no desea se divulguen. Procurarse la imagen de una persona y usarla sin su consentimiento constituye una violación del derecho a la integridad moral de ella o una intromisión jurídicamente reprobable en la esfera personalísima de otro. El afectado tiene derecho a solicitar a los tribunales que ordenen la cesación del abuso y, si cabe, la indemnización de los perjuicios.

Por cierto, el derecho sobre la propia imagen ofrece excepciones. Justifícanse ellas por no contravenir el fundamento de aquél, el respeto a la integridad moral de la persona o a su intimidad. En consecuencia, como lo revela la legislación comparada –moderno elemento de integración del ordenamiento jurídico nacional– no es necesario el consentimiento del retratado: a) cuando la reproducción de la imagen tiene por causa la notoriedad de la persona (artistas, intelectuales, deportistas) o el cargo que ocupa; b) cuando lo exige un interés superior, como el de la justicia o la necesidad de identificar a un sujeto desaparecido o extraviado; c) cuando hay interés científico, didáctico o cultural; d) cuando la reproducción, como dice la ley italiana, se encuentra relacionada con hechos, acontecimientos, ceremonias de interés público o actos que se celebren en público. No obstante, en los casos que marcan todas las letras, el retrato, según esa misma ley, no debe ser expuesto o lanzado al comercio si la exhibición o circulación del mismo acarrea perjuicio al honor, reputación o decoro de la persona fotografiada. El perjuicio debe ser real y probarse objetivamente, "y no basarse sólo en la estética o la hipersensibilidad del retratado o de sus herederos".

Todas las excepciones deben encuadrarse dentro de sus fines y no desviarse de éstos. So pretexto científico no podría, por ejemplo, publicarse una fotografía que viniera a servir torcidos propósitos contra el sujeto cuya imagen se reproduce. Por análoga razón el retrato, para información periodística, tomado a un político brindando, a copa alzada, por su partido no podría emplearse, sin autorización del retratado, en la propaganda de un "complejo" viñatero, aunque se ilustrara la imagen con el antiguo proverbio "in vino veritas", en el vino está la verdad…

469. Derechos que conciernen a la individualidad moral

Hasta aquí hemos analizado los derechos relativos a la individualidad física; ahora veremos los concernientes a la individualidad moral.

El hombre tiene derecho al honor. Y cuando éste es amagado por imputaciones injuriosas, puede la persona afectada perseguir criminalmente al autor. Y puede, civilmente, si prueba daño emergente o lucro cesante, apreciable en dinero, demandar una indemnización pecuniaria (Código Civil, artículo 2331). En otro lugar nos ocupamos con más detalles de este asunto.

También tiene el individuo derecho al nombre, al reconocimiento de la paternidad de sus obras literarias, etc., todo lo cual estudiaremos ulteriormente.

470. Características de los derechos de la personalidad

1) Son originarios, porque el individuo nace con ellos; 2) absolutos, porque pueden ejercitarse

"erga omnes", contra cualquiera persona; 3) no directamente apreciables en dinero, pero pueden producir consecuencias patrimoniales cuando son violados (ofensas al honor, por ejemplo); 4) son intransferibles e intransmisibles, y 5) son imprescriptibles.

A pesar de que los derechos de la personalidad son intransmisibles, no habría inconveniente alguno para que un heredero exigiera indemnización por violación de un derecho de la personalidad del causante, porque aquí la indemnización nace como consecuencia del derecho que tenía el difunto.

471. b) Derechos de familia

Los derechos de familia son los que derivan de las relaciones en que el sujeto se halla en el grupo familiar con los demás miembros del grupo. Su fundamento es el matrimonio, que crea vínculos entre los cónyuges, entre padres e hijos y, consiguientemente, los poderes paternos y las instituciones supletorias de estos poderes, como la tutela.24 Ejemplo: derecho de los padres para exigir obediencia y respeto a sus hijos, etc.

Los derechos de familia se dividen en dos categorías: derechos de familia propiamente tales, que son los que no persiguen ventaja o utilidad pecuniaria alguna, como la calidad de hijo legítimo, la patria potestad; y derechos de familia patrimoniales, que son los que influyen en el patrimonio y pueden significar ventajas económicas. Por esta circunstancia son patrimoniales, y son de familia porque emanan precisamente de las relaciones de familia. Ejemplo típico de derecho de familia patrimonial es el derecho de sucesión. Otro ejemplo: el derecho de usufructo que tiene el padre sobre los bienes del hijo.

2) Derechos patrimoniales

472. Concepto y clasificación

El patrimonio puede definirse como el conjunto de derechos y obligaciones de una persona, valuables en dinero.

Derechos patrimoniales son, en consecuencia, todos los que tienen por objeto una ventaja pecuniaria y, por ende, pueden apreciarse en dinero.

Los derechos patrimoniales se clasifican en dos grandes grupos: derechos reales y derechos personales, de obligación o de crédito.

473. Derechos reales y derechos personales

Derecho real (jure in re) es el que concede al titular un poder inmediato sobre la cosa, poder que puede ser pleno o ilimitado y menos pleno o limitado. Cuando es de la primera especie, se ejerce en toda su extensión sobre la cosa y da lugar a la propiedad, que es el derecho real más completo; cuando es de la segunda especie, se limita a algunas utilidades económicas de la cosa y da lugar a los derechos reales menores, a los derechos en cosa ajena.

Derechos personales son los que nacen de una relación inmediata entre dos o más personas, en virtud de la cual una (el deudor) es obligada a una determinada prestación (dar, hacer o no hacer) en favor de otra (acreedor). Ejemplo: el derecho que tiene el acreedor a la devolución del dinero prestado, más los intereses respectivos.

Una de las principales diferencias entre ambas clases de derechos, consiste en que los reales pueden hacerse valer contra toda persona, "erga omnes"; mientras que los personales sólo pueden ejercerse en contra de la persona o personas obligadas. Los primeros son absolutos; los segundos, relativos. Más adelante nos explayamos sobre ambos derechos.

474. Los derechos intelectuales

Noción previa de los bienes inmateriales. La doctrina llama bienes inmateriales a aquellos que representan una realidad no perceptible por los sentidos sino sólo a través del entendimiento.

Algunos de estos bienes son objeto de derechos extrapatrimoniales, pues son emanación de la personalidad, y aunque de gran valor moral, no son en sí mismos valuables pecuniariamente. Por ejemplo, el nombre civil. Pero hay otros bienes inmateriales que, al mismo tiempo de ser emanación de la personalidad, tienen valor patrimonial independiente: obras literarias, musicales, inventos, modelos industriales, marcas comerciales, diseños. Todas estas cosas tienen una existencia puramente intelectual, propia y original, con abstracción de que se realicen o plasmen en cuerpos materiales, como el papel, los cuadros, las estatuas, las máquinas, los libros, los dibujos, etc. Los bienes de creación y percepción puramente intelectual y que por sí mismos tienen valor patrimonial son objeto de los llamados derechos patrimoniales sobre bienes inmateriales.

Derechos intelectuales son los que tienen por objeto una cosa puramente intelectual, de valor pecuniario. La doctrina tradicional los engloba dentro de los derechos reales. Empero, otra tendencia, considerando que las diferencias entre una cosa material y una inmaterial son muy grandes en cuanto a su naturaleza y su origen –lo que explica que los derechos de que son objeto reciban distinta regulación– prefiere formar una categoría aparte con los derechos que recaen sobre cosas inmateriales. En 1877, el jurista que por primera vez los estudió, el belga Edmundo Picard, les dio el nombre de “derechos intelectuales”.25 Estos suelen definirse como los derechos que recaen sobre cualquier bien inmaterial de valor pecuniario y que se traducen en un monopolio de explotación del mismo. Ejemplos: derechos de propiedad literaria y artística, propiedad industrial, propiedad comercial.

Hay derechos intelectuales que, además del pecuniario, implican un derecho moral, como el del autor en cuanto protege el interés de éste de que su obra no sea publicada sin su consentimiento y tampoco sufra alteración alguna sin su anuencia.

CAPITULO XXII

NACIMIENTO, MODIFICACION Y EXTINCION DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

475. Momentos de la vida del derecho subjetivo

Como toda entidad de real existencia, el derecho subjetivo tiene su vida y recorre un ciclo que se resume en los tres momentos de nacimiento, modificación y extinción.

476. Nacimiento y adquisición del derecho

Nace un derecho cuando viene a la vida una relación jurídica, y puesto que toda relación, cualquiera que sea su naturaleza, tiene un sujeto al que debe referirse, natural resulta que a todo nacimiento corresponda una adquisición, es decir, la unión del derecho a una persona determinada.

Debe tenerse presente que los conceptos de nacimiento y adquisición de un derecho no es forzoso que coincidan entre sí. Todo nacimiento importa una adquisición, y por eso todo derecho es adquirido; pero no toda adquisición entraña un nacimiento del derecho, porque puede que éste preexista, que se encuentre ya nacido, y que sólo cambie de sujeto por causa del hecho adquisitivo (venta de una cosa, cesión de un crédito).

l nacimiento del derecho supone, como el nacimiento de los seres, la incorporación al mundo jurídico de una relación que antes no existía. Y así, por ejemplo, la ocupación de una res nullius (cosa de nadie) produce para el ocupante el derecho de dominio, que con respecto a ese bien no existía en el mundo jurídico; la obligación que una persona contrae de pagar a otra cierta suma de dinero, da nacimiento al derecho de crédito, porque éste sólo viene a existir desde el momento en que aquella persona celebra el compromiso; con anterioridad, tal derecho no existía.

477. Adquisición originaria y adquisición derivativa

La adquisición del derecho puede ser originaria o derivativa. Es originaria cuando el derecho que se une al sujeto surge en éste directamente y de un modo autónomo, es decir, independientemente de una relación jurídica con una determinada persona. Obsérvese que es indiferente al concepto que el derecho que se adquiere existiese ya antes en otros, como en el caso de la ocupación de las cosas abandonadas por sus dueños (res derelicta), o no existiese en otro, como tratándose de la ocupación de las cosas de nadie, ya que lo que caracteriza la adquisición originaria es el hecho de que surja en el titular independientemente de su relación con otra persona. 1 La adquisición es derivativa cuando el derecho procede de una relación con otro sujeto, relación de la cual deriva el derecho en favor del nuevo titular, ya sea que se traspase de uno a otro el derecho mismo e íntegro que antes correspondía al primero (transferencia del dominio de una cosa, adquisición de una herencia), ya sea que sobre el derecho del primero se constituya en favor del adquirente un derecho nuevo que no existía en el otro como tal, sino que era en él solamente el supuesto indispensable para la constitución del derecho nuevo (constitución de prenda o usufructo); en otros términos, en este último caso se adquiere un derecho nuevo que precedentemente no tenía existencia por sí, sino que presupone la existencia de otro derecho (la propiedad, en los ejemplos señalados) en el cual se funda. Por eso se subdistingue en la adquisición derivativa, la derivativa traslativa, en la que es el mismo derecho el que se traspasa, y la derivativa constitutiva, en que sobre la base de un derecho preexistente se crea en otros un derecho nuevo.2

En la adquisición derivativa hay que distinguir el autor o causante, que es la persona que transfiere

o transmite el derecho, y el sucesor o causahabiente, que es la persona que adquiere un derecho u obligación de otra llamada su autor. Derecho habiente es sinónimo de causahabiente.

478. Importancia de la distinción entre adquisición originaria y derivativa

Tiene suma importancia distinguir entre adquisición originaria y derivativa. Porque tratándose de la primera basta examinar únicamente el título del adquirente para comprobar la eficacia y amplitud del derecho. En cambio, si la adquisición es derivativa, menester es examinar el derecho del titular anterior, pues éste condiciona el derecho del adquirente o titular actual. Ejemplo: si yo adquiero un tesoro por ocupación, para comprobar mi derecho basta examinar la legitimidad de mi título. Pero si compro un caballo a Pedro, no basta demostrar, para comprobar mi derecho, la existencia de la venta y tradición que me hizo Pedro de la cosa, sino que es preciso también probar la legitimidad de derecho de Pedro sobre el caballo.

El adquirente obtiene el derecho con las mismas calidades y vicios o cargas con que lo poseía su autor o causante. Sobre este principio se funda el antiguo adagio que dice "nadie puede transferir a otro más derecho que el que él mismo tenga" ("nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse haberet"), adagio que se halla aplicado en el artículo 682 de nuestro Código Civil.

479. Extinción y pérdida de los derechos

"Correspondientes a los conceptos de nacimiento y de adquisición son, en sentido inverso, los de extinción y pérdida. Extinción es la destrucción o consunción de un derecho que deja de existir para el titular y que tampoco puede existir para cualquier otra persona (una cosa de mi propiedad ha sido destruida, un crédito mío ha prescrito); pérdida es la separación del derecho de su actual titular, a la que puede seguir la adquisición por otro, sea derivativamente (transferencia de la propiedad de una cosa), sea originariamente (ocupación de una cosa abandonada)".

"Causas particularmente importantes de la extinción del derecho son la prescripción y la caducidad", de las que nos ocuparemos más adelante, como también lo haremos de la pérdida de los derechos por renuncia.

480. Modificación de los derechos

Entre los dos momentos extremos del nacer y del perecer de un derecho se desarrolla su vida con múltiples vicisitudes. Los cambios, las alteraciones, los incrementos que un derecho puede sufrir, quedan comprendidos en el concepto de modificación del derecho, amplio concepto que abraza en sí el de la adquisición y pérdida cuando ambos fenómenos se producen correlativamente, y esto ocurre cada vez que el derecho que adquiere una persona se pierde para otra, porque modificación también es el cambio de sujeto.3

Examinar y clasificar las vicisitudes que un derecho es susceptible de tener, no es posible, porque son infinitas. Deben estudiarse tan sólo las más conspicuas y corrientes a las que responden conceptos fundamentales de la doctrina jurídica.4

481. Modificación subjetiva y modificación objetiva

Las modificaciones pueden referirse al sujeto o al objeto del derecho.

482. Modificación subjetiva

Modificación subjetiva es todo cambio que el derecho sufre en la persona de su titular.

Cuando el cambio del titular se produce por acto entre vivos, se habla de transferencia, y cuando se produce por causa de muerte, se habla de transmisión. Sin embargo, esta última palabra tiene también una acepción genérica, comprensiva de la transferencia y de la transmisión en sentido estricto. Por eso no es justa la crítica que algunos hacen a nuestro Código Civil cuando este para referirse al traspaso entre vivos de un derecho habla de transmisión.

La traslación o traspaso de los derechos puede ser a dos títulos, a título universal o a título singular. Clasificación esta que se hace atendiendo a la indeterminación o determinación de los bienes que se traspasan.

La transferencia o transmisión es a título universal cuando comprende el traspaso de todos los bienes de una persona o una cuota de todos ellos, como la mitad, tercio o quinto.

La transferencia o transmisión es a título singular, cuando el traspaso comprende determinados bienes.

En el Derecho chileno la transferencia de bienes, esto es, el traspaso de ellos por acto entre vivos, sólo puede hacerse a título singular. Pero la transmisión o traspaso de los bienes por causa de muerte, puede hacerse tanto a título singular como universal.

483. Modificación objetiva

Las modificaciones objetivas se refieren al cambio cualitativo o cuantitativo del objeto del derecho.

Las modificaciones cualitativas son aquellas en que el derecho se transforma experimentando un cambio en su naturaleza o en su objeto. Ejemplo del cambio en la naturaleza: la hipoteca de un fundo, si éste se destruye, se convierte en crédito de la suma debida por el asegurador. Cuando es el objeto lo que cambia, nos hallamos en presencia de una subrogación real, que es una figura jurídica que importa la substitución de una cosa por otra, de una prestación por otra.

Las modificaciones cuantitativas son aquellas en que el objeto o elemento real de un derecho se incrementa (por edificación en un terreno el dominio que me corresponde aumenta; por consolidación del usufructo con la nuda propiedad ésta se convierte en plena) o disminuye (el acreedor en una quiebra recibe menos de lo que se le debe).

CAPITULO XXIII

RENUNCIA DE LOS DERECHOS

484. Derechos que pueden renunciarse

Dice el Código Civil 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" (art. 12).

Los derechos tienen su origen en la voluntad de la ley y en la de los particulares. ¿Sólo los que tienen su fuente directa en la ley pueden renunciarse? No, también pueden renunciarse los que tienen su origen en las otras fuentes, porque al decir el Código que son susceptibles de renuncia "los derechos conferidos por las leyes", se refiere a todos los derechos que la ley otorga directa o indirectamente y a los cuales presta su sanción, y no sólo a los derechos que nacen directamente de la ley, como el usufructo que tiene el padre de familia sobre ciertos bienes del hijo. Un derecho que nace de un contrato celebrado entre dos personas, también puede ser renunciado por el titular, porque si bien ese derecho se lo confiere directamente el mismo contrato, la ley se lo reconoce u otorga en forma indirecta. Por lo demás, no se ve qué razón habría para que no pudieran renunciarse los derechos cuya fuente directa es un contrato.

No sólo pueden renunciarse los derechos actuales, sino también los futuros, es decir, los que después han de ser nuestros: salvo el caso de que la ley, por motivos especiales, lo prohíba, como tratándose de una sucesión no abierta todavía.

484-a. Renuncia de las leyes

Cabe hacer notar que las leyes no pueden renunciarse, sino los derechos por ellas conferidos. Sostener lo contrario equivaldría a permitir la derogación de las disposiciones del Poder Legislativo por los particulares. Y esto sería absurdo. En verdad, decir "renuncia de las leyes" es sólo una forma de hablar elíptica, porque resulta claro que se alude a la renuncia de los derechos por ellas conferidos.

484-b. Reglas que gobiernan la renuncia

La renuncia no es un acto sometido a disciplina especial; puede existir por sí misma o puede ser el efecto de otros actos jurídicos. Por esta razón le son aplicables las reglas generales de todos los actos jurídicos, y las particulares del acto en que se contiene y aun del derecho a que se refiere. 1

484-c. Definición y caracteres de la renuncia

La renuncia es una declaración unilateral del titular de un derecho subjetivo por la cual se despoja de éste; lo abandona sin traspasarlo a otro sujeto. Constituye causa de extinción de un derecho por la sola voluntad de su titular.

El que no traspase el derecho no se opone a que otra persona se aproveche de la renuncia; pero su ventaja deriva ocasional e indirectamente de la pérdida del derecho de su titular, y el derecho que llega a adquirir no es el mismo del renunciante. Si, por ejemplo, abandono mi derecho de dominio sobre el diario que he leído, arrojándolo a la calle, y un viandante lo recoge y guarda, no hay de mi parte

transferencia del derecho que me pertenecía; el que se apodera de ese diario adquiere otro derecho, que logra, no por tradición, sino por ocupación.

En oposición a los actos traslaticios, que operan la transferencia o la limitación del derecho a favor de otro, la renuncia es un acto abdicativo, pues consiste pura y simplemente en desprenderse del derecho, sin traspasarlo a nadie.

Se ha cuestionado si una renuncia puramente abdicativa, que es la renuncia en sentido propio, puede constituir una donación indirecta, sujeta a las reglas de las donaciones. Se ha respondido que sí, cuando ella es hecha con intención liberal y procura al beneficiario una ventaja material, y esto aunque no se indique el beneficiario. Es el caso, por ejemplo, de la renuncia al derecho de usufructo que tiene por efecto consolidar a favor del nudo propietario el dominio pleno. En contra se ha dicho que la consecuencia de la renuncia, el retorno al propietario de la facultad de gozar, no constituye efecto directo de la renuncia, que en sí y por sí produce solamente extinción del derecho de usufructo; ella derivaría del principio de la elasticidad del dominio, en virtud del cual la propiedad, comprimida por el usufructo, recobra automáticamente su amplitud originaria en cuanto el derecho que la limitaba desaparece.

La renuncia presenta los siguientes caracteres:

1) Es un acto abdicativo, según ya vimos;

2) Unilateral, porque para perfeccionarse sólo requiere la voluntad del titular del derecho, el renunciante;

3) Exento de formalidades, con excepción de la renuncia que versa sobre inmuebles o derechos inmuebles, que requiere instrumento público;

4) Abstracto, en el sentido de que el acto vale por sí mismo, con prescindencia de los fines o móviles del autor de la renuncia;

5) Irrevocable, y

6) Voluntario, por lo general. Excepcionalmente la renuncia no es voluntaria, como en el caso del artículo 181 de la Ley de Quiebras, que dice que los acreedores privilegiados, hipotecarios, prendarios, anticréticos y los que gocen del derecho de retención pueden asistir a la junta de acreedores y discutir las proposiciones del convenio. Pueden también votar, si renuncian los privilegios o garantías de sus respectivos créditos. “El mero hecho de votar, dice el inciso 3º del referido artículo 181, importa de derecho esta renuncia” (la de los privilegios o garantías).

484-D. Diversidad en los efectos

La renuncia puede ser muy diversa en sus efectos: “lo que el renunciante pierde no puede ser adquirido por otros (el acreedor renuncia a la garantía) o puede serlo (renuncia de una herencia por parte del primer llamado); la renuncia implica a veces necesariamente un incremento en la esfera jurídica de un tercero aunque no adquiera el mismo derecho que se ha renunciado, porque consigue la liberación de una limitación que antes sufría (la renuncia al usufructo, a la servidumbre, libera a la cosa o el fundo de la carga o limitación que le afectaba; la renuncia del crédito desliga al deudor del vínculo)”.2

484-E. Derechos cuya renuncia expresamente permite la ley

Si un derecho sólo mira al interés individual de una persona y su renuncia no está prohibida, puede, de acuerdo con el artículo 12, renunciarse, sin que sea menester que expresamente, en cada caso, lo diga la ley.

A pesar de la regla anterior, en muchas ocasiones, el legislador permite expresamente la renuncia de los derechos. Así, puede renunciarse el de usufructo (artículo 806, inciso final), el de uso o habitación (artículo 812), el de servidumbre (artículo 885, Nº 4º), el de fianza (artículo 2831, Nº 1º), el de hipoteca (artículo 2434, inciso 4º), etc.

484-F. Derechos que no pueden renunciarse

Del artículo 12 fluye, a contrario sensu, que no pueden renunciarse:

1º Los derechos conferidos no sólo en interés individual sino también en interés colectivo, los que a la par que derechos son deberes u obligaciones: la patria potestad, etc., y

2º Los derechos cuya renuncia prohíbe la ley. Hay ciertos derechos que a pesar de mirar sólo al interés particular, no pueden renunciarse por diversas causas que tuvo en vista el legislador. Así, por ejemplo, "es prohibido a la mujer renunciar en las capitulaciones matrimoniales la facultad de pedir separación de bienes a que le dan derecho las leyes (art. 153), porque se ha estimado probable que, en consideración a su esposo y sin prever los accidentes que son causales de la separación de bienes, hiciera ella imprudentemente esa renuncia, y llegado el caso de convenirle la separación, se encontrara maniatada por su compromiso. Además, tal renuncia daría al marido armas para delinquir, porque ya no podría inspirarle temor alguno la descuidada o torcida administración de los bienes de la mujer.

484-G. Distinción entre la renuncia y el no ejercicio de un derecho

No debe confundirse la renuncia de un derecho con su no ejercicio: la primera significa el despojarse del derecho; el segundo sólo entraña un estado pasivo. Y así existen derechos concedidos por las leyes que el individuo puede no poner en ejercicio, pero que en manera alguna está facultado para renunciar; por ejemplo, la facultad de testar, el derecho de pedir rescisión del contrato de compraventa por lesión enorme, etc.

484-H. Renuncia expresa y renuncia tácita; no presunción de la renuncia de derechos

La renuncia de un derecho puede ser expresa o tácita. La primera se hace formalmente, de modo terminante y manifiesto. La segunda resulta de actos del renunciante que revelan su intención de abandonar el derecho, porque son incompatibles con su ejercicio.

La renuncia de un derecho no puede presumirse. Así, por ejemplo, si una persona renuncia en un contrato de compraventa a la acción de evicción, no debe ni puede entenderse que también renuncia a la acción de saneamiento por vicios redhibitorios. Y en caso de duda, siempre ha de interpretarse restrictivamente la renuncia, es decir, sólo deben estimarse renunciados los derechos cuyo abandono aparezca en forma inequívoca; los demás deben considerarse no renunciados. Aplica esta doctrina el Art. 2462, que dice: "Si la transacción recae sobre uno o más objetos específicos, la renuncia general de todo derecho, acción o pretensión deberá sólo entenderse de los derechos, acciones o pretensiones relativas al objeto u objetos sobre que se transige".

Sólo cuando la ley prevé el caso, la renuncia se presume. Ejemplo: el asignatario de una herencia o legado constituido en mora de declarar si acepta o repudia, se entenderá que repudia (artículo 1233).

Por lo demás, la no presunción es común a toda declaración de voluntad.

484-I. Las renuncias generales

Se dice a menudo que no son admisibles las renuncias generales. "Una renuncia general no es válida, porque la declaración debe determinar de un modo concreto y preciso el objeto a que se refiere y los límites dentro de los cuales la dejación se verifica; pero una renuncia general es admisible y válida cuando no hay posibilidad de equívoco con relación al objeto a que se refiere".3

484-J. La enajenación y la renuncia

La renuncia no debe confundirse con la enajenación. Esta es la separación de un derecho de la persona de su titular y la atribución de éste a otro por voluntad del primero, que se despoja del derecho

en favor del segundo, independientemente del resultado económico final.

Dos son, pues, los elementos que integran el concepto de enajenación: traspaso de un derecho a favor de otro y una manifestación de voluntad encaminada a tal fin.

Hay enajenación no sólo cuando se transfiere el derecho de propiedad u otros derechos reales o de crédito, sino también cuando hay una constitución de derechos reales (usufructo, servidumbre predial, hipoteca, etc.).

No son enajenaciones, por faltarles uno u otro de los elementos señalados de este concepto, los siguientes actos:

1) El abandono de un derecho (porque falta su adquisición por otro);

2) La disposición testamentaria (porque falta una separación del derecho de la persona del titular: el traspaso no tiene lugar sino cuando el titular no existe ya), y

3) La adquisición por ley de una servidumbre o la adquisición por obra de la prescripción extintiva (porque falta un acto voluntario).

Sólo en un sentido figurado, dice el ex profesor de la Real Universidad de Nápoles, Roberto de Ruggiero,4 puede hablarse de enajenación forzosa o necesaria en la que se efectúa la transferencia sin o contra la voluntad del titular (expropiación por causa de utilidad pública, ejecución forzosa), en contraposición a la voluntaria que es la verdadera.

La renuncia, en sentido estricto, es la dejación de un derecho por su titular, sin intención de traspasarlo a otro. Claro está que este otro puede apropiárselo al hallarlo vacante, pero su derecho no derivará del anterior. La dejación puede hacerse con el propósito de que otro adquiera el derecho, pero esta circunstancia no influye en el concepto y no implica enajenación, porque no hay traspaso, en el sentido de que el derecho del adquirente sea continuación del derecho del renunciante.

La renuncia es un acto unilateral. Por lo tanto, para producir sus efectos sólo necesita de la voluntad del renunciante. De aquí deriva la importancia de determinar si un acto constituye renuncia o enajenación, porque en este segundo caso habrá necesidad de aceptación del sujeto al cual se traspase el derecho.

484-K. Las repudiaciones

Una forma de renuncia es la repudiación, definida como un acto jurídico unilateral y abdicativo encaminado a impedir la adquisición de un derecho o a extinguirlo irrevocablemente sin traspasarlo a otra persona. Ejemplo: la repudiación de una herencia o legado, la repudiación del reconocimiento de hijo natural.5

Bibliografía especial

G. MARTÍNEZ B., *Ensayo de una teoría de la renuncia de los derechos*, Memoria, Santiago, 1940.

J. OJEDA C., *De las repudiaciones ante el Derecho Civil*, Memoria de Licenciado, Santiago, 1960.

REYNAUD, "*La renonciation à un droit*", estudio publicado en la Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1936, pp. 763 y siguientes.

SIBISCIANO, *Théorie générale des renonciations en droit civil français*, tesis, París, 1932.

MACIONE, *Il negozio di renuncia nel diritto privato*, I, Napoli, 1942.

CAPITULO XXIV

FUENTES DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

484-L. La fuente como voluntad y como hecho

Por fuente de los derechos subjetivos se entiende: a) la voluntad que los crea, o b) los hechos de que esa voluntad hace surgir los derechos.

a) La voluntad como fuente de los derechos no puede ser sino la del legislador o la de los particulares. La voluntad legal crea obligaciones cuando ella por sí sola, con prescindencia de cualquier voluntad particular, establece el derecho. Por cierto, la voluntad del legislador no es arbitraria o caprichosa; establece derechos sólo cuando hay una base, un supuesto, que reclama, en nombre de la justicia o de la equidad, la creación de un derecho. Por su lado, la voluntad de los particulares origina derechos libremente merced a la autonomía de la voluntad, que el legislador siempre reconoce cuando no atenta contra el orden público ni las buenas costumbres. Los derechos que surgen de un delito, de un cuasidelito, de un cuasicontrato, los derechos de alimentos, son establecidos por la sola voluntad de la ley; los derechos que emanan de los contratos son creados por la voluntad de los particulares, los contratantes.

b) Los hechos que dan nacimiento a los derechos subjetivos son todos aquellos de que arrancan éstos, sea por voluntad de la ley o de los particulares. Se clasifican en hechos jurídicos propiamente tales y actos jurídicos; más adelante se precisarán estas nociones fundamentales.

La voluntariedad del hecho es cosa distinta de la voluntad como fuente de los derechos. Un hecho puede ser voluntario de un particular pero el derecho que de ahí surge puede no ser obra de la voluntad de ese particular, sino del legislador. Por ejemplo, el derecho de la víctima del delito tiene por fuente, en cuanto a hecho, precisamente el hecho voluntario de un particular, el delito; pero su fuente considerada como voluntad, es la voluntad del legislador: el autor del delito se limita a cometer el hecho ilícito; el derecho de la víctima lo establece el legislador. En estos casos la voluntad humana simplemente crea el hecho que toma como base o supuesto el legislador para establecer por su voluntad el derecho subjetivo. Los particulares generan con su voluntad los derechos cuando realizan un hecho con el deliberado propósito de crear derechos, derechos que ellos mismos moldean o configuran, como sucede a través de los contratos que celebran.

Suele decirse que la fuente de todos los derechos es la ley. Con ello quiere significarse que, en último término, los derechos siempre surgen de la ley porque sin el reconocimiento de ésta no podrían existir. Pero cuando se habla de fuentes de los derechos subjetivos se alude a las directas o inmediatas, y no a la indirecta o mediata. Desde el punto de vista inmediato, la ley es sólo fuente de las obligaciones cuando por su voluntad y no por la de los particulares se establece un derecho.

CAPITULO XXV

EJERCICIO DE LOS DERECHOS, SU RELATIVIDAD Y ABUSO

485. Concepto sobre el ejercicio de los derechos

El ejercicio de los derechos consiste en la actuación práctica del contenido del derecho mismo; es el hecho material que corresponde al contenido abstracto de un derecho. 1

El ejercicio del derecho importa la ejecución de hechos a que nos faculta su contenido.

486. El absolutismo de los derechos

Dentro del criterio individualista del derecho, los derechos subjetivos implican poderes que la ley reconoce al individuo para que éste los ejercite libre y discrecionalmente, con el fin que mejor le plazca y sin tener que dar cuenta a nadie de sus actos.

Si del ejercicio de las prerrogativas que el derecho importa, resultara un daño para un tercero, el autor del perjuicio de nada respondería, porque estaría obrando amparado por su derecho; no puede ser responsable quien se limita a ejercer las facultades permitidas por la ley. Un mismo acto no puede reunir en sí las dos calidades de lícito e ilícito. De esta concepción arranca su origen el aforismo que dice: "Quien su derecho ejerce, a nadie ofende".

Todas estas ideas son manifestación del concepto del absolutismo de los derechos, que recibió un fuerte impulso gracias a la "Declaración de los derechos del hombre": el derecho revolucionario estaba empapado de un individualismo extremista; miraba más al hombre en sí mismo, en cuanto pudiera satisfacer sus propios y personales fines, que como miembro de la comunidad; lo consideraba más como individuo que como célula primera de la sociedad.2

487. Refutación: relatividad de los derechos. El abuso del derecho

La concepción absolutista de los derechos está hoy totalmente abandonada. Sus antiguos partidarios olvidaban "que el derecho se realiza, no en el vacío, sino en un medio social y que, en una comunidad realmente organizada, los derechos de unos se encuentran frente a iguales derechos de otros. Concedidos por los poderes públicos, ellos tienen una misión social que llenar, de la cual no pueden desentenderse; cada derecho tiene su razón de ser, su carácter, del cual no puede desprenderse. Los derechos pueden utilizarse no para un fin cualquiera, sino tan sólo en función de su carácter, del papel social que ellos están llamados a desempeñar; han de ejercerse para un fin legítimo y por un motivo legítimo. No pueden ponerse al servicio de la malicia, de la mala fe, del deseo de perjudicar a otro; no pueden servir para realizar la injusticia ni ser desviados de su curso regular. De otro modo, en rigor, los titulares no ejercitarían los derechos, sino, más bien, abusarían de ellos y serían responsables ante las posibles víctimas. Los derechos no son concedidos sin la garantía de los poderes públicos; los ejercemos bajo nuestra responsabilidad y no podemos ponerlos al servicio de la injusticia".

De esta manera se funda en su lineamiento general la teoría de la relatividad de los derechos, la cual no constituye, a decir verdad, algo enteramente nuevo; por eso Coviello la ha llamado "fórmula nueva de viejos conceptos". Pero es la primera mitad de este siglo cuando ha tomado gran vuelo, bajo los impulsos de la doctrina y la jurisprudencia progresivas; su desarrollo ha sido rápido y poderoso.

Incluso los Códigos la han consagrado en sus disposiciones: Código Civil Alemán (artículos 226 y 826); Código Civil Federal Suizo, de 1912 (artículo 2º); el Código Libanés de las Obligaciones (artículo 124); Código Civil Peruano, de 1984 (art. II del Título Preliminar), etc.

El primer Código Civil de la Unión Soviética, el de 1923, decía: "Los derechos civiles son protegidos por la ley, salvo en los casos en que se ejercen contrariamente a su destinación económica y social" (artículo 1º).

El Código Civil Suizo que, con modificaciones, rige desde el 1º de enero de 1912, establece que "el abuso manifiesto de un derecho no está protegido por la ley".

Una sentencia del Tribunal federal helvético declara que el ejercicio de un derecho es manifiestamente abusivo cuando es contrario al fin de este derecho. Otra sentencia del mismo tribunal señala que se violan las reglas de la buena fe y se incurre en abuso del derecho cuando se utiliza una institución jurídica para un fin que le es extraño.3

El Código Civil Peruano, que entró en vigor el 14 de noviembre de 1984, dice que "la ley no ampara el abuso del derecho. El interesado puede exigir la adopción de las medidas necesarias para evitar o suprimir el abuso y, en su caso, la indemnización que corresponda" (Título Preliminar, art. II).

El Código Civil Paraguayo, que comenzó a regir el 1º de enero de 1987, dispone que "los derechos deben ser ejercidos de buena fe. El ejercicio abusivo de los derechos no está amparado por la ley y compromete la responsabilidad del agente por el perjuicio que cause, sea cuando lo ejerza con intención de dañar aunque sea sin ventaja propia, o cuando contradiga los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlos. La presente disposición no se aplica a los derechos que por su naturaleza o en virtud de la ley pueden ejercerse discrecionalmente." (Art. 372).

En la legislación chilena no hay una norma general que se refiera al abuso del derecho. Pero hay disposiciones, relativas a casos específicos, en él inspiradas. Tales son, por ejemplo, la que declara que no vale la renuncia de un socio a la sociedad si la hace intempestivamente o de mala fe (C. Civil, art. 2110); las que autorizan sanciones indemnizatorias por el ejercicio de acciones judiciales temerarias (C. de Procedimiento Civil, arts. 280 y 467; C. Procedimiento Penal, arts. 32, 34 y otros).

488. Cuándo hay abuso del derecho genéricamente hablando

En la doctrina encontramos fórmulas genéricas sobre el abuso del derecho que traslucen variados criterios.

Según una de ellas, el abuso del derecho subjetivo es el ejercicio de éste que contraría a su espíritu y al fin para el cual fue otorgado o reconocido por el ordenamiento jurídico. Cada vez que un derecho se ejerce sin un móvil legítimo, habría abuso del derecho.

De acuerdo con otro criterio, hay abuso del derecho cada vez que su titular lo ejerce y, sin justificación legítima, daña un interés ajeno que carece de protección jurídica específica. El supuesto de carecer de protección jurídica específica es lógico, porque si existe tal protección se recurrirá a ella y no a la figura del abuso del derecho. Si, por ejemplo, una ley prohíbe al propietario de una casa realizar cualquiera construcción que oscurezca la casa del vecino y, en el hecho realiza una de esas construcciones, el perjudicado invocará esa ley para que los tribunales ordenen deshacer la construcción que priva de luz natural a su casa. Si la mencionada ley protectora no existe, el perjudicado nada podrá reclamar si la construcción dañosa para su interés es necesaria para el que la hizo dentro de su propiedad; pero si no lo es, si fue hecha sólo para dañar al vecino, éste, aunque no tenga una protección específica, podrá reclamar invocando el principio genérico del abuso del derecho.

Para otros, todo titular de un derecho debe ejercerlo como lo hacen las personas correctas y prudentes y si no lo hace así debe responder del daño que cause a otro. El abuso del derecho no sería sino una especie de acto ilícito y debería someterse a las reglas del Código Civil que sancionan a éste (artículos 2314 y siguientes). Así, pues, conforme a este punto de vista que, en Chile sostiene don Arturo Alessandri Rodríguez,4 hay abuso del derecho cuando una persona, en el ejercicio del propio derecho, daña a otro por realizar tal ejercicio negligentemente, con culpa, o dolosamente, es decir, con la intención de dañar. Una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago sigue estas aguas al afirmar que "a diferencia de otras legislaciones, en Chile el abuso del derecho no aparece formulado en la ley de un modo expreso como principio genérico y fuente de responsabilidad civil. Si el ejercicio de un

derecho origina daño, mediante culpa o dolo, se transforma en la comisión de un delito o cuasidelito civil que, como fuente de obligaciones, se rige por los preceptos del Título XXXV del Código Civil, artículos 2314 y siguientes.5

Tendencia que considera innecesaria la figura del abuso del derecho. Una tendencia doctrinaria expresa que debe partirse del principio de que el contenido del derecho subjetivo se determina por el interés concreto del titular, "entendiéndose que el poder le es atribuido a éste para la tutela no de un cierto tipo de interés, sino hasta donde el interés concreto coincide con el interés abstracto. Su contenido también está determinado por el principio de la solidaridad entre los dos sujetos de la relación, como partícipes ambos de la misma comunidad, en el sentido de que la subordinación de un interés concreto se consiente hasta tanto no vaya contra aquella solidaridad, que no se realiza en la comunidad sin realizarse antes en el núcleo constituido por los sujetos de la relación jurídica... Como consecuencia de este límite general e interno del contenido del derecho subjetivo puede considerarse eliminada la figura del abuso del derecho... Hoy ella no tiene ya razón de ser porque, por definición, el derecho subjetivo llega hasta donde comienza la esfera de acción de la solidaridad y, por tanto, los actos de emulación, como contrarios a la solidaridad, no entran en el contenido del derecho subjetivo, no constituyen un abuso, o sea, una desviación del derecho sino que, por el contrario, están fuera, constituyen un exceso del derecho, y, en cuanto tales, se comprende fácilmente que puedan ser ilícitos según las normas generales".6

Digamos que en el lenguaje jurídico se entiende que hay emulación cuando el titular de un derecho ejercita una de las facultades que éste contiene no para obtener una concordante y legítima utilidad, sino con el único fin de causar daño o molestias a otro. Ejemplos típicos: el propietario de un edificio, sin necesidad alguna, eleva uno de sus muros sólo con el malvado propósito de oscurecer la casa del vecino; el dueño de una casa que da volumen desmesurado al sonido de su radio para molestar al vecino. Para los partidarios de la figura del abuso del derecho los actos de emulación son casos de tal abuso.

489. Excepciones: derechos absolutos

Hay un pequeño número de derechos que escapan al abuso; presentan un carácter absoluto,7 sus titulares pueden ejercerlos con todas las intenciones y para cualquier fin, aun doloso, sin el riesgo de comprometer su responsabilidad. Estos, al decir de Josserand, son los derechos amorales, que pueden ejercerse arbitrariamente y ponerse tanto al servicio de las intenciones más legítimas como de las más perversas; llevan en sí mismos su propia finalidad. Diversas especies hallaremos en el curso de nuestro estudio. Por el momento, nos concretaremos a citar algunos por vía de ejemplo.

1) El derecho que, conforme al artículo 112 del Código Civil, tienen los ascendientes para oponerse al matrimonio del descendiente menor de dieciocho años. Según este artículo, los ascendientes pueden negar el consentimiento sin expresar causa y la justicia no puede calificar la irracionalidad del disenso. He aquí un derecho que puede ejercer arbitrariamente el padre: porque sí; por el mero hecho de serle antipática la persona con la cual desea casarse el hijo; por el deseo que su familia no se una o ligue con otra determinada; porque se quiere vengar, etc.

2) Excusa de las guardas. Las mujeres pueden excusarse de ejercer la tutela o curaduría (artículo 514, Nº 5º), bastándoles con invocar solamente su condición de mujeres. También pueden excusarse de ejercer la guarda, los bancos autorizados para cumplir comisiones de confianza, y no tienen necesidad de expresar la causa; pueden negarse, pues, por razones poderosas o por capricho (Ley General de Bancos).

3) Derecho del testador para disponer libremente de los bienes en la parte que está autorizada la disposición. Cualquiera que sea el móvil del testador, incluso el propósito de lesionar a sus legitimarios o herederos abintestato, es válida su disposición en la parte de su patrimonio de que puede disponer libremente.

4) Derecho de pedir la división de las cosas comunes. El comunero, cualquiera que sea el móvil que lo guíe para solicitar la partición de los bienes comunes, puede ejercer su derecho sin temor de incurrir en responsabilidad. El artículo 1317 del Código Civil dice que siempre puede pedirse la división con tal que los coasignatarios no hayan estipulado lo contrario. No existiendo pacto de indivisión, en cualquier momento puede el comunero solicitar la división y, cualquiera que sea el móvil que lo induzca

a pedirla, no le significa responsabilidad.

Pueden citarse otros ejemplos, pero basta con los precedentes para ilustrar las ideas. En todo caso, debemos decir que los derechos absolutos son pocos y constituyen la excepción.

La denominación de derechos absolutos es perturbadora, porque también llámanse derechos absolutos los que pueden hacerse valer contra cualquiera persona, como los derechos reales y los de la personalidad. En el Derecho y en otras disciplinas encontramos nombres o calificativos que aluden a cosas distintas. Pero el contexto del discurso esclarece en cada caso la referencia.

Bibliografía especial

LEVI, *L'abuso del diritto*, Milano, 1993.

SECCION CUARTA

DE LAS PERSONAS NATURALES Y LAS PERSONAS JURIDICAS

CAPITULO XXVI

NOCION DE LA PERSONALIDAD Y CLASIFICACION DE LAS PERSONAS

A. NOCION DE LA PERSONALIDAD

490. Generalidades

Según la concepción clásica, todo derecho compete a un sujeto llamado persona; la idea de personalidad es necesaria para dar una base a los derechos y obligaciones. Pero resulta inútil dentro de las teorías que niegan la existencia de derechos y deberes subjetivos entre individuos. 1

Nuestro derecho está fundado, por cierto, en los principios clásicos, y es lógico, entonces, que comencemos por ocuparnos de las personas; desde los tiempos de Justiniano constituyen la primera materia de estudio, porque "toda ley se ha establecido por causa de ellas" (omne jus personarum causa constitum est).

491. Definición

Persona, desde el punto de vista jurídico, es todo ser capaz de tener derechos y obligaciones.
Sinónimo de persona es la expresión sujeto de derecho.

492. Etimología

La etimología de la palabra viene del vocablo latino persona, que en el lenguaje teatral antiguo designa la máscara que, a manera de yelmo, cubre toda la cabeza del actor. Los anfiteatros griegos y romanos son tan vastos, que es imposible que la voz humana llegue a todos los espectadores.2 Imagínase, entonces, cubrir la cabeza de cada intérprete con una máscara de lienzo pintado o de madera, cuya figura corresponde al papel que cada uno desempeña; la abertura de la boca está provista de laminillas metálicas destinadas a amplificar la voz (vox personabat). Como hay tipos invariables para cada papel, se llega a adivinar el personaje viendo la máscara. La expresión persona sirve así para denotar el papel mismo. Después la jurisprudencia la emplea metafóricamente para significar el papel que cada hombre representa en la vida.

493. Personalidad de los seres humanos

Los romanos, fundándose en la legislación especial que los rige, establecen diferencia entre

hombre y persona. Llaman hombre al ser que tiene mente racional en cuerpo humano, y persona, al hombre libre (homo liber). Los esclavos (homines servi) son hombres, pero no personas, porque carecen del status libertatis, y entran en la categoría de cosas: pueden comprarse y venderse como un mueble.

Por eso, si se revisan diarios del siglo pasado de países en que aún imperaba la esclavitud, suelen encontrarse avisos como el aparecido en un diario cubano que en el Parlamento español leyó, el 20 de julio de 1870, el gran orador Emilio Castelar; el aviso decía: "Se venden dos yeguas de tiro, dos yeguas de Canadá y dos mujeres negras, hija y madre, separadas o juntas".

En el mundo moderno, con la desaparición de la esclavitud, se borra la diferencia entre hombres y personas; todo individuo de la especie humana, por el solo hecho de serlo, es persona. Ningún otro requisito es menester. Ni siquiera se precisa tener plena conciencia de sí, ni estar dotado de voluntad. Los niños y los locos, aunque carecen de voluntad consciente, poseen personalidad, es decir, aptitud para tener derechos y obligaciones.

Los animales, por el contrario, jurídicamente no están dotados de personalidad; no son sujetos de derechos y obligaciones. La circunstancia de que se castiguen los actos de maltrato o crueldad con animales (Código Penal, artículo 29/bis, intercalado por la Ley Nº 18.859, de 29 de noviembre de 1989), no puede interpretarse como una concesión de derechos en su favor. Pero, por su parte, los hombres tampoco tienen derecho a hacer sufrir a las bestias. La protección que a éstas dispensa la ley tiene por fundamento el interés social que existe en reprimir toda manifestación que hiera los sentimientos humanitarios.

Menos se concibe aún a los animales como sujetos de obligaciones. Cuando causan daño, la ley establece la responsabilidad del dueño o de la persona que se sirve del animal ajeno (Código Civil, artículo 2326).

Sin embargo, a través de la historia, en muchos países (Francia, Alemania, Suiza, Italia, Gran Bretaña, Rusia) se siguieron procesos contra diversos animales que habían causado muertes humanas o graves desaguisados. Los acusados más frecuentes eran los cerdos. Justamente contra uno de éstos fue dictada la primera sentencia de que se tiene noticia en tan extravagante materia; el fallo es del año 1266 y el último, en la misma clase de asuntos, es de 1692 en que se condena a muerte a una yegua. El proceso se seguía ante el tribunal competente y hasta se le nombraba defensor al animal. Este, a veces, de acuerdo con las reglas del procedimiento, era torturado y los chillidos de dolor de la bestia se interpretaban como confesión de la culpa. En Rusia es célebre el proceso contra un carnero que, en repetidas ocasiones, había atropellado a la gente. Fue condenado al exilio en Siberia.

Todos estos procesos, con lujo de detalles, pueden encontrarse en la obra del autor inglés Paul Tabori The natural science of stupidity, que se tradujo al castellano con el título de Historia de la estupidez humana (Editorial Dédalo, Buenos Aires, 1961). Los juicios seguidos contra animales aparecen en las pp. 198 a 210.

Por último, es digno de recordar que Shakespeare alude a la ejecución judicial de animales. En El mercader de Venecia, Graciano, con profunda indignación, se dirige, en estos términos, al despiadado Shylock: "Tu alma feroz animaba sin duda a un lobo que, ahorcado por haberse comido a un hombre, debió escapar de la horca su alma cruel y fue a hospedarse en tu cuerpo mientras te hallabas en las entrañas de tu impía madre".

494. Disposición del Código Civil sobre la personalidad de los seres humanos

Dice el artículo 55 del Código Civil: "Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición".

La segunda frase de la disposición nada nuevo añade a la primera, pero el legislador la agrega para dejar bien establecidos ciertos puntos, que en seguida veremos.

a) Individuos de la especie humana. Individuo de la especie humana es todo hijo de mujer.

Los romanos y el antiguo Derecho Español no consideran personas a los monstruos, a los que "non son figurados como homes", porque creen en la posibilidad de relaciones fecundas entre hombres y bestias. Pero la ciencia biológica comprueba el absurdo.

Los monstruos, en el sentido que les da la ciencia que los estudia (Teratología), representan sólo desviaciones del tipo normal de los seres, y son personas, porque pertenecen a la especie humana. Los

enanos, los gigantes, los duplicados (hermanos siameses), etc., hállanse en esta condición.

b) Edad. Tan persona es el individuo que vive un momento como el que pasa la meta del siglo. Claro que los que sobrepasan las centurias, además de personas, son "personajes", y ninguno como Matusalén ("hombre de la jabalina"). Quedó huérfano a los 300 años de edad y le faltaron 31 para cumplir 1.000. No murió de ninguna enfermedad sino, parece, a causa del diluvio universal. Se piensa que precisamente después de éste se acortaron las edades de los hombres, tal vez por "un cambio en la órbita del mundo".

c) Sexo. Hombres y mujeres, todos tienen personalidad.

d) Estirpe. La palabra "estirpe", en su sentido más propio y estricto, que es el que le da el Diccionario de la Lengua, significa raíz y tronco de una familia o linaje.3

En consecuencia, cualquiera que sea la raíz y el tronco de la familia del individuo, se trata de una ascendencia y descendencia legítima o ilegítima, en nada influye sobre la adquisición de la personalidad.

e) Condición. Este término, que es de una comprensión muy amplia, se refiere tanto a la calidad del nacimiento, cuanto a la posición que los hombres ocupan en la sociedad por razón de abolengos, riquezas, clase, puestos públicos, etc.

Antiguamente, la condición de esclavo era excluyente de la personalidad.

El Código, al conceder la personalidad a todos los individuos de la especie humana, sin distinción de su estirpe o de su condición social, no hace otra cosa que ajustarse al principio constitucional que se viene arrastrando desde nuestras primeras cartas políticas y que dice que en Chile impera la igualdad ante la ley: no hay clase privilegiada, ni existen esclavos; todos los hombres nacen libres.

B. CLASIFICACION DE LAS PERSONAS

495. Personas naturales y personas jurídicas

Los hombres no son los únicos sujetos de derecho. A su lado están colectividades de hombres o de bienes jurídicamente organizadas y elevadas por la ley, en virtud de diversas consideraciones, a la categoría de personas.

Hay, pues, dos especies de seres con personalidad: de un lado, las personas físicas, de carne y hueso, como dice Josserand,4 que tienen una existencia material; de otro, las personas jurídicas o morales, que no poseen existencia corpórea, física, sino inmaterial, puramente jurídica.

496. Noción de las personas jurídicas

Definir las personas jurídicas resulta tarea difícil, porque su naturaleza es vivamente discutida. Por eso Michoud, cuyo libro "La théorie de la personnalité morale"5 ha pasado a ser clásico, se limita a decir que constituye persona jurídica todo sujeto de derecho que no es el hombre, el ser humano.6 Nuestro Código Civil declara que "se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente" (C. Civil, art. 545).

Expliquemos concretamente la noción y a qué responde. Cuando un fin social, que viene a satisfacer necesidades de carácter más o menos permanente, no puede conseguirse con las fuerzas individuales de un solo hombre y exige la cooperación de varios, se forman entes más o menos complejos por la reunión de varios seres humanos o la destinación de un patrimonio a dicho fin, y a estos entes creados por la necesidad, se les reconoce una individualidad propia, que los hace sujetos de derechos.7

Pero cualquier conjunto de personas o bienes destinados a un fin, no constituye persona jurídica. Para que el Estado reconozca a una entidad este carácter, preciso es que la reunión de los elementos sea tal que dé vida a cierta unidad orgánica, poseedora de una individualidad propia, distinta de las individualidades de los hombres que componen el cuerpo colectivo o a las cuales los bienes se destinan.8

Las personas jurídicas sin fines de lucro, que son las que trataremos en este tomo, se reducen, siguiendo la tradición, a dos tipos fundamentales: la corporación o universitates personarum (llamada por los romanos corpus, collegium o societas), que es una organización de personas reunidas para lograr la realización de un fin de interés común y que actúa como un todo, y la fundación o universitates bonorum (para los romanos son piae causae), que es un conjunto de bienes destinados por uno o más individuos a la consecución de un fin determinado: cura de enfermos, investigaciones científicas, etc.

TITULO PRIMERO

DE LAS PERSONAS NATURALES

CAPITULO XXVII

PRINCIPIO Y FIN DE LA EXISTENCIA DE LAS PERSONAS NATURALES

A. PRINCIPIO DE SU EXISTENCIA

497. Existencia natural y existencia legal

La existencia natural de las personas comienza con la concepción, o sea, el momento en que se unen las células sexuales masculina y femenina, y llega hasta el nacimiento, que marca el inicio de la personalidad legal.

El artículo 74 del Código Civil dice que "la existencia de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre". Y agrega, reconociendo la existencia natural, que "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".

498. Nacimiento

Para que el nacimiento constituya un principio de existencia, generador de personalidad, se requieren tres condiciones:

a) Que el niño sea separado de su madre. El desprendimiento del feto del claustro materno puede obtenerse natural o artificialmente por medios quirúrgicos. Es indiferente a la ley una forma u otra, pues al respecto no hace distinción alguna.

b) Que la separación sea completa. ¿Qué ha querido decir el legislador con esta frase? En opinión de ciertos intérpretes, que ningún vínculo haya entre la madre y el hijo, ni siquiera el del cordón umbilical, que une el embrión a la placenta 1 y sirve de conducto a la sangre de la madre que nutre al feto. Otros piensan que las palabras del legislador se refieren al hecho de que la criatura salga toda del seno materno, sin que importe que el cordón umbilical esté cortado o no. En otras palabras, los primeros sostienen que hay separación completa cuando la criatura ha salido toda del vientre y ha sido cortado el cordón, o cuando, sin estarlo, la placenta ya estuviera expulsada; los segundos afirman que basta que el cuerpo íntegro del hijo haya salido, aunque esté unido todavía a la madre por el cordón umbilical.

Estos últimos apoyan su manera de ver en los argumentos siguientes:

1) La integridad del cordón no significa propiamente unión de los dos cuerpos, pues dicho lazo es un anexo que no pertenece al cuerpo del niño ni al de la madre.

2) Si el individuo no comenzara a existir sino después de practicada la operación a que se alude, resultaría que el nacimiento no sería un acto puramente natural, sino que en muchos casos esencialmente artificial.

3) Los padres podrían decidir a voluntad el principio de la existencia de la persona.2

Los otros contraargumentan que el tenor literal de la disposición en estudio revela que el legislador habla de una separación material entre la madre y el hijo, y a esta separación nada debe faltar para que

se estime completa, ya que ése es el significado que da el Diccionario de la Lengua a esta última palabra; si el cordón permanece uniendo el hijo al cuerpo de la madre, faltaría el seccionamiento de este lazo para reputar completa la separación. La separación completa que menciona el Código, es, pues, una separación total material y no la separación fisiológica que no implica el corte del cordón umbilical.3

A juicio nuestro, el sentido de la ley no es claro. Y si bien el tenor literal parece ajustarse más a la opinión de la separación material, creemos preferible, por las consecuencias, la interpretación de la separación fisiológica.

c) Que la criatura haya sobrevivido a la separación un momento siquiera. Para ser persona es suficiente vivir la fracción más insignificante de tiempo; basta un destello de vida. Pero la criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no sobrevive a la separación un momento siquiera, se reputa no haber existido jamás (artículo 74, inciso 2º).

Determinar si un individuo ha vivido o no, puede tener mucha importancia en la práctica, por las consecuencias que se derivan, sobre todo en materia de herencias. Supongamos que una persona instituyó heredero de sus bienes a un hijo póstumo (que es el que nace después de fallecido el padre): si éste nace vivo y muere un minuto después, por ejemplo, ha heredado, porque ha sido capaz de derechos, y la madre hereda a su turno; en tanto que si la criatura hubiese nacido muerta, no tendría la madre derecho alguno sobre los mismos bienes.

La supervivencia del hijo a la separación puede probarse por los medios ordinarios, y, principalmente, recurriendo al testimonio del médico, matrona y demás circunstantes. Pero este medio sólo será posible cuando los signos de vida hayan sido muy ostensibles, como tratándose del llanto de la criatura, mas no en otros casos, en que por la carencia de manifestaciones externas evidentes, resulta difícil precisar si el soplo existencial animó el cuerpo humano. Habrá que pedir auxilio, entonces, a los procedimientos médico-legales, dirigidos a comprobar las huellas de la respiración, signo por excelencia de la vida. El más usado y el que presenta mayor valor científico, dentro de la relativa seguridad de todos, es el de la docimasia pulmonar hidrostática.

Consiste, previas operaciones adecuadas, en sumergir los pulmones de la criatura en una vasija de agua, y si flotan, significa que ha respirado, porque la entrada del aire disminuye la densidad de los pulmones, haciéndolos que sobrenaden; si caen al fondo, debe suponerse lo contrario. Hay diversos hechos que conducen al mismo resultado y que no envuelven la respiración o su ausencia, según el caso, por lo cual la experimentación debe realizarse por un perito. En síntesis, no es ésta una prueba categórica, pero sí de mucho peso. Puede establecerse que si los pulmones flotan, la criatura ha respirado; mas, si caen al fondo, es preciso guardar reserva y acumular otras pruebas para resolver que no ha vivido.

¿A quién corresponde probar que la criatura nació viva o muerta? La prueba de un derecho compete al que lo alega. De consiguiente, la persona que, por ejemplo, pretende heredar al niño, deberá demostrar que éste nació vivo.

499. Parto y nacimiento

No hay que confundir el nacimiento con el parto. El primero importa la separación completa de la criatura de la madre. En cambio, el parto es el conjunto de fenómenos que tiene por objeto hacer pasar el feto, impulsado por el útero, a través del canal pelviano, que consta de dos partes: una dura, la pelvis, y otra blanda, la vulva, vagina y sus anexos.4

También se dice que el parto es "el acto por el cual el feto viable, acompañado de sus anexos, es expulsado fuera de los órganos genitales. Si el feto no es viable, el acto se llama aborto".5

500. Doctrina de la viabilidad; sus dificultades

Acabamos de ver que nuestro Código sólo exige, para conceder la personalidad, que la criatura nazca viva; la duración de la vida extrauterina es indiferente: para la adquisición de los derechos basta vivir el más mínimo espacio de tiempo. Esta es la doctrina jurídica de la vitalidad: para ser persona, sólo es indispensable nacer vivo.

Pero ciertas legislaciones, como la francesa y la española, acogen otra doctrina, la de la viabilidad, que es la aptitud del ser para continuar viviendo fuera del seno materno; supone, pues, que la criatura nazca viva y sea capaz de seguir viviendo extrauterinamente.

Esta doctrina merece críticas por las muchas dificultades que ofrece.

Desde luego, se basa en un pronóstico, y no en un hecho, como la doctrina de la vitalidad, ya que para afirmar que un recién nacido no es viable, menester es predecir que morirá. Para salvar la duda, algunas legislaciones presumen viable la criatura que viviere veinticuatro horas. Sin embargo, la ciencia demuestra que bien puede el niño vivir dicho lapso y no ser viable. Por otra parte, como dice don Andrés Bello en una de sus notas, "añádase la dificultad de medir con absoluta precisión este espacio de tiempo". Y todavía, es completamente arbitrario e injustificado designar cierto plazo. Si se exigen, por ejemplo, veinticuatro horas, ¿por qué ha de negarse la existencia legal al que sólo sobrevive doce horas, o seis, o una, o cinco minutos?

501. Tendencia moderna

La tendencia moderna, que revelan los Códigos Alemán y Suizo, es aceptar la doctrina de la vitalidad, pues está más de acuerdo con los actuales principios que atribuyen la personalidad al ser humano por el hecho de ser tal, sin consideración a la mayor o menor duración de su existencia o a cualquier otra circunstancia.

El mismo criterio siguen el Código Civil Italiano de 1942 (art. 1º), el portugués de 1967 modificado en 1977 (art. 66, el boliviano de 1975 (art. 1º) y el peruano de 1984 (art. 1º).

Existencia anterior al nacimiento

502. Razones en virtud de las cuales el legislador la toma en cuenta

El legislador toma en cuenta la existencia natural, o sea, la anterior al nacimiento, con el fin de proteger la vida y los derechos del que está por nacer.

503. a) Protección de la vida del que está por nacer

La ley protege la vida del que está por nacer (Constitución, art. 19, Nº 1; Código Civil, art. 75). Diversas disposiciones tienden a hacer efectiva esta declaración.6

1) El juez debe tomar, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra (artículo 75, inciso 1º).

2) Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, debe diferirse hasta después del nacimiento (artículo 75, inciso 2º). Y así, el artículo 85 del Código Penal (vigente mientras subsista la pena capital) dispone que no puede ejecutarse la pena de muerte en la mujer que se halla encinta, ni notificársele la sentencia en que se le impone dicha pena hasta que hayan pasado cuarenta días después del alumbramiento.

3) El Código Penal castiga al que maliciosamente causare aborto (artículos 342 y siguientes). Pero ahora no está permitido el aborto provocado de ninguna clase, según se expresa más abajo.

Téngase presente que existen dos conceptos del aborto: uno médico y otro legal. "Médicamente hablando, el aborto es la expulsión o extracción del claustro materno, de una criatura no viable. Si la criatura es viable, el hecho se denomina parto prematuro. Legalmente hablando, el aborto es la expulsión o extracción del producto de la concepción en cualquiera época de su vida intrauterina.

El aborto puede ser espontáneo o provocado.

El aborto espontáneo se produce naturalmente, por causas predisponentes o determinantes, y no es ni puede ser castigado por la ley.

El aborto provocado es el producido artificialmente por medio de diversos procedimientos destinados a desprender la criatura del útero materno para provocar su expulsión o extracción. A su vez,

es de dos clases: médico y criminal. El aborto médico consiste en la operación deliberada hecha por un facultativo con fines terapéuticos en casos de enfermedad de la madre o de parto que ponga en peligro su vida. El aborto criminal consiste en los hechos maliciosos destinados a interrumpir la vida intrauterina normal de la criatura".7

El legislador sólo castigaba el aborto provocado de carácter criminal, y dejaba fuera el aborto médico, o sea, el realizado de propósito pero de buena fe y con el fin legítimo de salvar la vida de una mujer. Así se desprende de la expresión malicia, que se substituyó al término de propósito, que aparece en el primer proyecto del Código Penal.8 Hoy, sin embargo, no puede ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar el aborto. Así lo dispone el nuevo texto del artículo 119 del Código Sanitario establecido por la Ley Nº 18.826, de 15 de septiembre de 1989. Los autores de esta ley consideraron que, dados los progresos científicos, en nuestros tiempos no hay necesidad de recurrir al aborto para salvar la vida de la madre o preservar su salud.

4) Las legislaciones sanitarias y del trabajo contemplan diversas medidas en favor de la mujer embarazada que tienden naturalmente a la protección del que está por nacer.

504. b) Protección de los derechos del que está por nacer

Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, deberán permanecer suspensos, por orden de la ley, hasta que el nacimiento se efectúe (artículo 77, primera parte).

Para determinar la suerte de estos derechos, es preciso atender a dos situaciones que pueden producirse.

1) El nacimiento de la criatura constituye un principio de existencia. En ese caso, entra el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron (artículo 77, segunda parte).

2) La criatura muere en el vientre materno, o perece antes de estar completamente separada de su madre, o no sobrevive a la separación un momento siquiera. En ambos extremos pasan los mencionados derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido (artículo 77, última parte, en relación con el artículo 74, inciso 2º).

La reserva de los derechos en beneficio del ser humano simplemente concebido es una política legislativa que viene desde el Derecho Romano, que formuló el principio de que el que está por nacer se considera nacido para todo lo que le favorece (Infants conceptus pronato habetur quoties de commodis ejus agitur).

505. "Niños de probeta"

Véase lo que más adelante se dice en el Nº 516.

506. ¿Qué clase de derecho es el que tiene la criatura que está por nacer?

¿Es un derecho bajo condición suspensiva? ¿Es un derecho bajo condición resolutoria? ¿O es un derecho eventual?

Alessandri, Claro Solar y otros 9 opinan que el derecho del nasciturus, del concebido, es un derecho sujeto a condición suspensiva. Galecio cree que se trata de un derecho eventual.10

Somarriva dice que se trata de un derecho especial.

No puede ser un derecho bajo condición suspensiva. Las personas a las que corresponderían los derechos si no nace legalmente el niño tienen un derecho bajo la condición suspensiva de que el nacimiento no constituya un principio de vida. De manera que si para estas personas el derecho es condicional suspensivo, no lo puede ser también para la criatura que está en el vientre materno, porque

dentro de la ciencia jurídica es inconcebible que un derecho esté subordinado a una misma especie de condición para dos o más personas de intereses opuestos.

Tampoco puede ser el derecho de la criatura que está por nacer condicional resolutorio. La condición resolutoria implica un derecho actual, y el mismo legislador en el artículo 485 habla de "los bienes que han de corresponder al hijo póstumo, si nace vivo…", con lo cual está expresando que el hijo, antes de nacer vivo, no tiene el derecho. Además, si aceptáramos que el derecho de la criatura está sujeto a condición resolutoria, querría decir que alguien que no es persona puede adquirir bienes.

El derecho de la criatura que está en el vientre materno tampoco es un derecho eventual. No hay derechos eventuales si el titular de una situación jurídica no existe o está todavía indeterminado, porque, como todo derecho, el eventual encuentra su fundamento en una relación entre un sujeto de derecho y una regla jurídica, y mientras la criatura no nace no hay sujeto de derecho.11

Después del análisis anterior, puede concluirse que el derecho del que está por nacer no puede catalogarse dentro del derecho condicional suspensivo, condicional resolutorio ni eventual. En realidad, desde el punto de vista de los principios jurídicos rigurosos, el asunto no tiene una explicación satisfactoria.

Epoca de la concepción

507. Necesidad de que la criatura esté concebida al tiempo de la delación de los derechos

Para que el derecho se adquiera por la criatura que nace viva, es menester que haya estado concebida en el momento de la delación del derecho. El artículo 77 habla, en efecto, de derechos deferidos a la criatura que está en el vientre materno, es decir, de derechos que requieren la existencia actual del individuo en el momento en que son deferidos. No se refiere a personas futuras que al tiempo de la delación no existen, pero se espera que existan (artículo 926, inciso 3º), sino a seres cuya existencia actual es indispensable para adquirir el derecho deferido.12

508. Presunción de derecho relativa a la época de la concepción

¿Cómo saber si la criatura estaba concebida al tiempo de la delación del derecho?

La fecundación o concepción es la fusión del espermatozoide con el óvulo en el interior del organismo femenino. ¿Cuándo se produce? Para los efectos de determinar el momento en que ocurre "sólo se cuenta con tres antecedentes: a) momento de la cópula; b) fecha de la cesación de los menstruos, y c) fecha del nacimiento. De éstos, la ley únicamente considera el último, ya que los dos primeros son de naturaleza privada y escapan a todo control.

a) El momento de la cópula puede servir para determinar con bastante precisión el hecho de la fecundación, ya que hoy se admite que el espermatozoide tiene una vida efímera, a lo sumo de tres días. No obstante, cuando las relaciones sexuales son varias, es arbitrario atribuir a una de ellas la fecundación.

b) La fecha de la cesación de los menstruos también puede contribuir a fijar el momento de la fecundación con alguna precisión, ya que, conforme a la teoría de Ogino y Knaus, ella debería haberse producido en un plazo variable, entre el duodécimo y decimonoveno días anteriores al día en que debió ocurrir la menstruación.

c) La fecha del nacimiento, en cambio, no es índice de valor para establecer el momento de la fecundación, pues la diferencia de desarrollo intrauterino, así como las más variadas causas, pueden traer como consecuencia el que la criatura nazca a término, precoz o tardíamente. No obstante, el médico está en condiciones de resolver sobre este punto".13

Nuestro Código Civil, a fin de evitar dificultades y basándose en una observación empírica, señala una presunción de derecho, o sea, irrebatible, en cuanto a la época de la concepción. Tal presunción no entraría en juego tratándose de ciertas fecundaciones artificiales, según veremos más adelante (Nº 516).

La presunción está en el artículo 76 del Código Civil, que dice:

"De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente:

"Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos que ciento

ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la medianoche en que principie el día del nacimiento".

La ley, como en toda presunción, parte del hecho conocido, el nacimiento, al hecho desconocido, la concepción.

Algunos critican al artículo 76 una impropiedad del lenguaje. Arguyen que habla "de la época del nacimiento", y –prosiguen– el nacimiento no tiene lugar en una época, sino en una fecha, en un día determinado, como quiera que la ley no entiende por nacimiento sino la separación completa de la criatura del seno materno y fija como punto de partida la medianoche en que principia el día del nacimiento, es decir, el día en que esa separación queda completamente realizada.14

Sin embargo, puede observarse que el Diccionario de la Real Academia Española dice que época, en una primera acepción, significa "fecha de un suceso desde el cual se empiezan a contar los años". Lo único que cabría manifestar es que en el caso que nos ocupa lo que se empieza a contar son los días y no los años.

Los términos que el artículo 76 adopta para presumir la concepción constituyen la regla tradicional que el Derecho Romano atribuye a Hipócrates, aunque no falta quienes sostienen que representan una interpretación errada de las verdaderas opiniones del sabio médico griego.

509. Computación de los plazos

Los plazos de presunción de la concepción se computan de acuerdo con las reglas generales. Se cuentan hacia atrás desde la medianoche en que principia el día del nacimiento. Y así, si éste se produce el 2 de junio a las once y media de la noche, el plazo se cuenta hacia atrás, desde las doce de la noche del 1º de junio, hora en que empezó el día 2 de junio, fecha del nacimiento.

El artículo 76 exige que los días sean cabales, es decir, completos, y como se parte de la medianoche van contándose de doce a doce de la noche.15

510. Duración de la preñez. Nacimientos acelerados y tardíos

El período de gestación o duración de la preñez es el tiempo que transcurre desde la fusión de las células sexuales masculina y femenina hasta la completa expulsión del feto.

Normalmente, el nacimiento se produce entre los 270 y 285 días posteriores a la concepción; pero ocurre a veces que tiene lugar antes de dicho plazo (nacimiento acelerado), o después de él (nacimiento tardío).

En atención a estos hechos y a la necesidad de adoptar una norma para establecer la época de la concepción, la ley fija el término de la gestación mínima en ciento ochenta días cabales, y el de la gestación máxima, en trescientos días, contados hacia atrás desde la medianoche en que principie el día del nacimiento.

511. Margen de tiempo dentro del cual puede ubicarse la concepción

La ley presume la gestación mínima y la máxima. Dentro de estos extremos no hay inconveniente alguno en probar que la concepción tuvo lugar en una época dada. Supongamos que una persona instituye heredero al hijo concebido de Juana a la fecha en que se hace la institución, disponiéndose que para el caso que no esté efectivamente concebido en ese día, será heredero Diego. Nace la criatura después de doscientos ochenta días. Diego podría perfectamente pedir examen médico para determinar la edad intrauterina de la criatura, porque si se llegara a la conclusión de que es sietemesina, querría decir que no estaba concebida a la fecha de la institución de heredero, no correspondiéndole por lo tanto a ella los derechos, sino a Diego.

Esto puede perfectamente hacerse. Lo que no puede tratar de probarse es que la concepción ha precedido al nacimiento menos que ciento ochenta días cabales, y más de trescientos, contados hacia atrás, desde la medianoche en que principió el día del nacimiento.

512. Alcance de la regla sobre la determinación de la época de la concepción

La disposición del artículo 76 tiene un alcance general. No sólo se aplica para la determinación de la legitimidad de los hijos, que especialmente contemplan los artículos 180 y 185, sino para cualquier caso en que sea menester precisar la fecha de la concepción con algún fin jurídico, pues la ley es general y no trata un caso específico.

513. Crítica al artículo 76

Nuestro legislador no es acertado al elevar a la categoría de presunción de derecho los plazos sobre determinación de la concepción que consagra en el artículo 76. La experiencia enseña que hay casos de gestación de más de trescientos días y de menos de ciento ochenta. Es célebre al respecto lo que sucedió con Richelieu, que nació viable de cinco meses, habiéndose reconocido su legitimidad por el Parlamento de París.16

El artículo 76 puede llevar a muchas injusticias, especialmente en materia de legitimidad de los hijos.

1) Supongamos que una criatura nace antes de los ciento ochenta días de que habla el artículo 76. El marido de la mujer podría negar o desconocer su calidad de padre, porque el artículo 180 sólo ampara con la presunción de paternidad al que nace después de ese término. Dice, en efecto: "El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él y tiene por padre al marido".

Ahora bien, el artículo 180 no podía amparar al hijo que nace antes de dichos ciento ochenta días, porque el artículo 76 lo impide. Este, implícitamente, afirma que toda gestación tiene una duración mínima de ciento ochenta días, y si un niño nace antes, querría decir, para el Código, en el caso del artículo 180, que la concepción tuvo lugar antes del matrimonio. Para el legislador chileno es una verdad inconcusa que ninguna gestación puede durar menos de ciento ochenta días, a pesar de que la ciencia y la práctica digan lo contrario.

2) Si una criatura nace después de trescientos días de disuelto el matrimonio de sus padres, el juez debe declarar su ilegitimidad, a petición de cualquiera persona que tenga interés actual en ello (artículo 185, inciso 1º).

El artículo 185 es también consecuencia del artículo 76, porque de acuerdo con éste, ninguna gestación puede durar más de trescientos días, y si un niño nace después de tal plazo, a contar de la disolución del matrimonio de sus padres, querría decir, para el Código, que fue concebido después de esa disolución, siendo, por lo tanto, ilegítimo, y no habría medio de desvirtuar la ilegitimidad, porque los plazos sobre la época de la concepción constituyen presunción de derecho, que no admite prueba en contrario. De nada serviría, pues, que a todos constara que la madre de la criatura es la más honesta de las mujeres y que todos los médicos del mundo afirmaran que el niño tuvo una gestación superior a los trescientos días mencionados por el artículo 76.

En atención al absurdo científico que significa el establecer los límites extremos de la época de la concepción con el carácter de presunción de derecho y a los inconvenientes que ello produce, las legislaciones

514. Derecho Comparado

El Código Alemán fija los plazos mínimo y máximo para determinar la concepción con el carácter de mera presunción legal. Esto significa que está permitido probar lo contrario de lo que la ley presume.

Las legislaciones escandinava, inglesa y norteamericana no señalan término alguno; para el caso de controversia, la cuestión a que nos referimos se resuelve de acuerdo con lo que demuestre la prueba de los hechos. Este parece ser el mejor criterio, porque sin contar con los nacimientos acelerados y tardíos más o menos corrientes, hay algunos que implican un extremo patológico y no dan margen, en

determinadas circunstancias, para juzgarlos injustamente. Sirva de ejemplo el nacimiento ocurrido el 29 de mayo de 1971, después que la madre estuvo embarazada casi trece meses. La señora Cristiene Houghton dio a luz, mediante parto forzado, a una niña viva y viable, en el hospital de Runtington (localidad del sur de Inglaterra), cuando el período de embarazo había llegado ya a los 381 días. Según la explicación del ginecólogo, el embarazo de la señora debió haber sufrido tropiezos, ya que ella mostró indicios de haber tenido un aborto después de cuatro meses de embarazo, por lo cual los médicos opinaron que "la criatura quedó en un estado de hibernación fetal". Otro caso fue el de la señora Linda Wheatte, de Wolverhampton (Gran Bretaña). En junio de 1975 dio a luz en perfectas condiciones a un varón, después de llevarlo casi 13 meses en el claustro materno. Este "récord" está inscrito en el Libro de Guinness, autoridad mundial sobre la materia.

515. Partos dobles

"No contiene el Código disposición especial para determinar qué criatura deberá considerarse mayor cuando nazca más de una en un mismo parto.

Después de la supresión de los mayorazgos y vinculaciones, la primogenitura no tiene la importancia que tenía antes; pero continúa teniéndola para el goce de los censos en que esos mayorazgos o vinculaciones se han transformado y para la adquisición de las donaciones e instituciones que pueden hacerse a favor del primer hijo que nazca de tal o cual matrimonio o que dé a luz tal o cual mujer".17

El artículo 2051, que se refiere a los censos, se ha hecho cargo de esta dificultad y dice: "Cuando nacieren de un mismo parto dos o más hijos llamados a suceder, sin que pueda saberse la prioridad del nacimiento, se dividirá entre ellos el censo por partes iguales, y en cada una de ellas se sucederá al tronco en conformidad al acto constitutivo. Se dividirá de la misma manera el gravamen a que el censo estuviera afecto".

Esta es la única disposición en que el Código trata de este punto y por su tenor puede decirse que el legislador considera mayor a la criatura que nace primero, pues sólo cuando no puede saberse la prioridad del nacimiento, ordena dividir entre ellas el censo por partes iguales.

"Aplicando por analogía esta disposición al caso de herencia o para determinar en general a la persona de mayor edad, se considerará mayor al que nace primero, es decir, al primero que es separado completamente de su madre, y en caso de no poderse determinar cuál de los nacidos en el mismo parto fue el primero, segundo o tercero que quedó completamente separado de su madre, se estimará que han nacido a un mismo tiempo.

No existiendo datos, pues la ciencia no los establece, para determinar la prioridad de la concepción, es natural que la ley atienda a la prioridad del nacimiento y considere mayor al primero que tuvo una existencia independiente".18 Por eso el artículo 125 del Reglamento Orgánico del Registro Civil, publicado en el Diario Oficial de 28 de agosto de 1930 (y cuya vigencia comenzó treinta días después de esta fecha), establece que "cuando se solicitare la inscripción de hermanos gemelos, se dejará constancia de ese hecho en ambas inscripciones, anotándose, si hubiere sido posible comprobarlo, cuál de ellos nació primero, y, en caso de no ser posible determinarlo, se hará constar esa imposibilidad".

516. Fecundación artificial

a) Nociones elementales. La fecundación (concepción) es la fusión de los gametos, o sea, de las células sexuales masculina y femenina, siguiéndose a la fusión varias transformaciones citológicas y fisiológicas para constituir una célula huevo llamada zigoto. Desde este momento hay un embrión, cuyo desarrollo completo suministrará a la especie un nuevo individuo.

Normalmente, la fecundación se produce espontáneamente en el interior del organismo femenino después de una cópula realizada durante el período mensual fértil de la mujer. Sin embargo, causas anómalas, derivadas de uno u otro sexo, impiden a veces la fecundación, de un modo irremediable en ciertos casos, pero no en otros en que es susceptible de lograrse artificialmente, sea dentro del organismo femenino o fuera de él.

Una de estas formas de fecundación no natural es la llamada ordinariamente inseminación artificial. Consiste, mediante una técnica adecuada, en introducir espermatozoides en los órganos sexuales de la mujer dentro de su período mensual fértil.1198-a

En otras ocasiones la fecundación del óvulo se realiza fuera del organismo de la mujer, in vitro, transfiriéndose después el embrión al interior de ésta.

Por último, existe una técnica muy reciente, comunicada por primera vez en 1984 y que se practica en nuestro país. Se conoce con el nombre de transferencia intratubaria de gametos y, en síntesis, se traduce en cuatro operaciones fundamentales: 1) estimulación de la ovulación múltiple; 2) recuperación de los ovocitos (gametos femeninos que todavía no han alcanzado su propia maduración) por punción folicular; 3) preparación y capacitación de los espermatozoides, y 4) transferencia de los gametos a la trompa de Falopio, que no es otra cosa que el conducto por el que los óvulos salen para su fecundación. El encuentro de los gametos femenino y masculino, o sea, la fecundación, no se realiza, pues, en el ambiente externo y artificial del vitro, sino en el interno y natural de la mujer, con las ventajas que ello comporta y una mayor posibilidad de buen éxito.

El uso de una u otra forma de fecundación artificial no es arbitrario. Depende de los casos de cada cual. Por ejemplo, para la transferencia intratubaria de los gametos es necesario que la mujer tenga una trompa funcionante.

b) Reparos éticos. Hay opositores a la fecundación artificial. Esgrimen argumentos de diversas clases, entre ellos algunos éticos. Dicen que la ley natural repugna de intermediarios entre el hombre y la mujer para conseguir descendencia. Se responde que el ferviente anhelo de la inmensa mayoría de las mujeres de dar a luz hijos también es obra de la naturaleza, y satisfacerlo con ayuda de la ciencia y la técnica cuando resulta imprescindible, no debe merecer críticas.

Agrégase por los críticos que muchas veces un resultado exitoso, un embarazo, cuesta el sacrificio de varios embriones y un verdadero asesinato en masa cuando multitud de embriones congelados en tanques de nitrógeno líquido nadie los reclama después de largo tiempo y son condenados a la destrucción. Muchos médicos contestan breve y secamente que el embrión de apenas cuatro células y que todavía no empieza su desarrollo en el vientre de alguna mujer no es una persona ni siquiera un ente comparable al que principia a germinar en dicho vientre.

En algunos casos el óvulo de una mujer puede ser fecundado in vitro con espermatozoides de su marido, pero sin que le pueda ser transferido el embrión porque éste no se desarrollaría en su claustro. Entonces se recurre a otra mujer que permite que la transferencia se haga a sus órganos internos, comprometiéndose la última a entregarle la criatura cuando nazca. Como la extraña suele cobrar por el "servicio" se habla del "arriendo de vientres"* y se tacha de inmoral. Se responde que la mujer que presta su vientre para el normal desarrollo del embrión se expone a todas las molestias que implica el embarazo y que es justo le sean compensadas, máxime si proporciona una noble satisfacción a la otra mujer. Se agrega, todavía que, en último término, esta cuestión no es de moral social, sino de moral individual.

En Estados Unidos ocurrió una situación que llegó a los tribunales. La "arrendadora del vientre", una vez que nació la criatura, no quiso entregarla. Alegó que en el curso del embarazo se había encariñado con el ser que llevaba en sus entrañas. Los jueces decidieron la causa en su favor, más que todo, al parecer, por motivos sentimentales. Nosotros, respetando esos motivos, habríamos fallado, sin embargo, en favor de los padres cuyas células genéticas portaba el niño. Habríamos preferido la verdad biológica.

Podrán discutirse muchos aspectos de la cuestión, pero es indudable que la ciencia ha proporcionado felicidad a mujeres que hasta hace poco no pudieron siquiera soñar en la maternidad. Un buen ejemplo es lo sucedido, en el mes de septiembre de 1989, en Israel. Una dama de 28 años, nacida sin ovarios, alumbró trillizos en la ciudad de Petaj, después de habérsele implantado tres embriones en el útero. Los tres óvulos fecundados in vitro con esperma de su marido, fueron donados por otra mujer sometida a tratamiento médico por esterilidad.

c) Reparos jurídicos. Se dice que jurídicamente los contratos relacionados con la fecundación artificial tendrían un contenido ilícito, porque sería inmoral la intervención médica que maniobra contrariando la naturaleza; inmoral la venta o donación de semen u óvulos, etc. La verdad es que al hablar de los reparos éticos se han examinado algunos de estos argumentos, y es innecesario repetirlos. En cuanto a la enajenación de óvulos y espermatozoides hay que decir, que, en general, el Derecho no

se opone a la transferencia de partes del cuerpo o fluidos recuperables, como el pelo, la sangre, o que no menoscaban al individuo, como sería la donación de óvulos o espermios, y aun, en ciertos casos, al menos entre parientes, de órganos que permiten al dador seguir viviendo sin un menoscabo importante de su salud, y de ahí que se permita, por ejemplo, la donación de un riñón a un hijo, un hermano, un padre. Por lo que atañe al "arriendo de vientres" parece más bien un asunto de moral individual y no de moral social.

d) Problemas jurídicos en el campo penal. La fecundación artificial engendra problemas jurídicos de difícil solución, tanto en el campo civil como en el penal, porque los legisladores no pudieron prever en su letra ni en su espíritu avances científicos tan revolucionarios.

En el Derecho Penal el asunto es particularmente grave, porque una de las características del delito penal es su tipicidad, o sea, la descripción que hace la ley de los hechos del hombre que sanciona con una pena. Si no se encuentra esta descripción en la ley, el hecho cometido, por grave que sea, no constituye delito ni, consecuentemente, puede merecer pena.

De lo anterior resulta, por ejemplo, que si una mujer, sin su voluntad, es fecundada artificialmente, el hecho no podría castigarse como violación que, en cualquier caso, supone ejecutar el acto carnal con la mujer. Este elemento de la tipicidad de la violación no concurre en la fecundación artificial.

Otro ejemplo. Si una mujer casada se hace practicar la inseminación artificial con espermios que no sean de su marido, la mayoría de los penalistas estima que no podrá ser acusada de adulterio. Porque tal delito implica necesariamente una relación sexual, y aquí no la hay.

También se ha cuestionado si tendría carácter delictual la destrucción de embriones congelados que al cabo de largo tiempo nadie reclama.

Hoy es general el anhelo de tipificar los actos en que interviniendo la fecundación artificial puedan ser tachados de antijurídicos y sancionados penalmente.

e) Problemas jurídicos en el campo del Derecho Civil. A continuación veremos por separado algunas de estas cuestiones.

f) Protección de la existencia de los embriones. Sabemos que el Código Civil protege la vida del que está por nacer (art. 75), regla que copió, elevándola de rango, la Constitución de 1980 (art. 19, Nº 1º inciso segundo).

El embrión, fuera del claustro de la mujer, ¿está protegido por esta norma reiterada? Creemos que no. Un embrión congelado en un tanque de nitrógeno líquido o que no se halle en el vientre femenino en aptitud de desarrollarse no puede considerarse que es un ser humano que está por nacer, a menos que se quiera estrujar mucho el sentido de las palabras o las frases. Que la ley supone que el embrión está en el claustro de la mujer, lo evidencia el inciso 2º del mismo artículo 75, que dice: "Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento". También corrobora la aserción el artículo 77 del mismo Código, que resguarda "los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno".

Todo lo anterior no quiere decir que el embrión como un bien no pueda ser protegido.

Lo expuesto significa sólo que el embrión fuera del vientre de la mujer no puede calificarse como un nasciturus, como una criatura que está por nacer e invocarse a su respecto, en esta calidad, las medidas protectoras de la ley. Pero esto no significa que en otra calidad no pueda merecer protección.

Este punto cobró gran actualidad con la muerte de don Mario Ríos y su mujer de nombre Elsa. Ambos cónyuges, chilenos, perdieron la vida en un accidente de aviación ocurrido en nuestro territorio. Cuando el año 1981 estuvieron en Australia, a Elsa, a la sazón de cuarenta años, le fueron retirados tres óvulos y fertilizados en un recipiente de vidrio, no con esperma de su marido (57 años de edad), sino con la de un donante anónimo. Uno de los tres embriones resultantes fue implantado en la matriz de la mujer, desgraciadamente, el embarazo no prosperó a causa de un aborto ocurrido diez días más tarde. El matrimonio regresó a su hogar en Los Angeles, quedando los dos embriones restantes en el congelador de la clínica en que se formaron. Al morir ambos cónyuges se comprobó que en sus testamentos nada decían de los embriones quedados en Australia. Surgió entonces una pregunta angustiosa. ¿Qué hacer con ellos y con otros cientos sobrantes? La respuesta debería contener una solución que no mereciera reproche legal alguno. Para estar a cubierto de cualquier eventualidad se clama por leyes que determinen la suerte de los embriones cuando los que tienen derecho a ellos no los emplean en un tiempo prudencial, sea por haberse muerto o arrepentido, o divorciado los cónyuges interesados. Agréguese que también se guardan óvulos sobrantes que representan una posibilidad de ser madres para las mujeres que

no pueden producirlos. Todos esos gametos, congelados a 196 grados centígrados bajo cero ¿no podrían descongelarse y ser manipulados para implantarse en el claustro de mujeres que lo soliciten? Todo esto es bueno que lo regule la ley, pues en el mundo hay miles de mujeres pendientes y dependientes de la "probeta".

g) La presunción de la época de la concepción y los hijos resultantes de la fecundación "in vitro". Sabemos que de la fecha del nacimiento se colige la época de la concepción, presumiéndose de derecho que ésta ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la medianoche en que principie el día del nacimiento (Código Civil, art. 76).

Sin duda, los plazos, tratándose de la fecundación "in vitro", deben contarse desde que el embrión se implanta dentro del organismo de la mujer. Tal hecho tiene carácter cierto y es directamente comprobable. Esta consideración alcanza trascendencia cuando excepcionalmente la criatura nace antes del plazo mínimo de ciento ochenta días o después del máximo de trescientos. En los casos de fecundación normal o espontánea no sería dable probar para defender la legitimidad del hijo nacido fuera de los extremos señalados por el legislador, ya que la presunción de la época de la concepción es de derecho, que no admite prueba en contrario. El legislador se guió por la fecha de nacimiento para establecer la presunción porque otros antecedentes que pudieran servir para determinar la época de la concepción, como el día de la cópula y el de la cesación de los menstruos, son, como observan los autores, "de naturaleza privada y escapan a todo control", sin contar con la pluralidad de cópulas que hace imposible determinar la que produjo la fecundación. Ahora bien, puede sostenerse perfectamente que la presunción de derecho de la concepción fue impuesta para los casos de fecundación espontánea, pero no para los de la fecundación in vitro, en que la transferencia del embrión al vientre femenino es un hecho que ocurre en día cierto y determinado, comprobable de un modo fehaciente. En consecuencia, la disposición que establece la presunción de derecho en estudio no puede aplicarse a situaciones no previstas por ella en su letra ni en su espíritu.

h) Hijos posmortem. Puede suceder que óvulos de una mujer hayan sido fecundados in vitro por espermios de su marido y se hayan guardado en un congelador, y que después de muerto el marido se implante y desarrolle uno de los embriones en los órganos internos de la cónyuge sobreviviente. Los hijos concebidos con el semen del padre después de su muerte suelen llamarse posmortem para diferenciarlos de los póstumos, que nacen después de la muerte de uno de los padres, pero que han sido concebidos en vida de ellos.

Por cierto, la situación de estos hijos no está prevista por el legislador y el asunto se complica si a la viuda se le vino en gana implantarse el embrión un par de años después de la muerte del marido. Dejando de lado las sonrisas malévolas, comprobada irredargüiblemente la veracidad de los hechos, el juez tendría que llenar la laguna de la ley con la equidad, que tendría que amoldarla a circunstancias del caso concreto, que pueden plantear muchos problemas. Por ejemplo, si este hijo fantasmal llega a tiempo como convidado de piedra al reparto de los bienes de la herencia y en el testamento del padre no figura para nada, ¿podría pedir la reforma del acto de última voluntad para que se le dé su legítima? ¿Tiene derecho a ésta?

i) Legitimidad del hijo resultante de la fecundación artificial. Cuando los gametos fusionados en la fecundación artificial son del marido y la mujer, indudablemente no hay problema sobre la legitimidad del hijo; la duda nace cuando una de esas células o ambas son extrañas. Dentro de la legislación chilena, y supuesto que ambos cónyuges hayan estado de acuerdo en la "operación", debe aceptarse la legitimidad. En efecto, conforme a la Ley de Adopción de Menores, la llamada adopción plena concede al adoptado el estado de hijo legítimo de los adoptantes, haciendo caducar los vínculos de la filiación de origen del adoptado (Ley Nº 18.703, de 10 de mayo de 1988, artículos 1º inciso segundo y 36). Ahora bien, si se puede tener como legítimo a un individuo en cuya gestación y nacimiento en nada contribuyeron los padres adoptantes desde el punto de vista orgánico o biológico, con mayor razón debe aceptarse dicha legitimidad cuando alguna de esa contribución hubo.

j) Mujer que se somete a la fecundación artificial con espermios ajenos al marido y sin consentimiento de éste. En tal caso el marido podrá impugnar la legitimidad del hijo, pero, ¿qué podrá hacer contra la mujer?

No creemos que pueda demandarla de divorcio, porque el caso en estudio no está contemplado por la ley entre las taxativas causales de divorcio (Ley de Matrimonio Civil, art. 21), a menos que, como alguien ha insinuado, se lo considere un verdadero adulterio, opinión que rechazamos porque este último

es un delito que supone cópula carnal y aquí no la hay.

¿Podría privarse a la mujer de su derecho a alimentos? Antes de responder tengamos presente que al cónyuge se deben alimentos congruos (C. Civil, arts. 321 y 324). Congruos son los alimentos que habilitan al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social, en contraste con los alimentos necesarios, que son los que dan al alimentado lo que basta para sustentar la vida (C. Civil, art. 323).

La obligación de prestar alimentos cesa enteramente en el caso de injuria atroz (C. Civil, art. 324 inciso tercero), es decir, una injuria que pueda calificarse de grande, enorme. Comete esta injuria el cónyuge adúltero. Sin embargo, no puede privársele totalmente de alimentos porque una disposición especial y, por ende, prevaleciente lo sustrae a esa drástica medida. Tal disposición señala que "el cónyuge que haya dado causa al divorcio por su culpa tendrá derecho para que el otro cónyuge lo provea de lo que necesite para su modesta sustentación…" (C. Civil, art. 175 modificado por el artículo 1º Nº 21 de la Ley Nº 18.802, de 9 de junio de 1989). Como esta norma no distingue si la causa del divorcio ha sido el adulterio o cualquiera otra, se ha concluido que engloba a todas y de esta manera el cónyuge culpable del divorcio por haber cometido adulterio no pierde enteramente su derecho a alimentos, sino que de congruos los ve reducidos a lo necesario para su modesta sustentación.

Si calificáramos de injuria atroz el hecho de que la mujer sin consentimiento del marido se dejara fecundar artificialmente por espermios ajenos, tendríamos que perdería todo su derecho de alimentos, sufriendo una sanción más dura que la de la mujer por cuyo adulterio se decretó el divorcio, ya que la disposición especial que favorece a ésta no le sería aplicable. Esta solución no puede aceptarse si se parte de la premisa que el adulterio es más grave que el hecho de la fecundación mencionada.

Este último podría considerarse tal vez injuria grave, que es de menor entidad que la atroz, y cuyo efecto es limitar los alimentos congruos "a lo necesario para la subsistencia" (C. Civil, art. 324 inc. 1º).

Esta sanción sería igual a la de la mujer que haya dado causa al divorcio por su adulterio, y aún más severa si, como algunos creen, los alimentos necesarios para la subsistencia no son lo mismo que los necesarios para la modesta manutención, sino algo menos.

La reducción de los alimentos congruos a los necesarios para la subsistencia será considerada una sanción justa para los que creen que proceder a la fecundación artificial con espermios ajenos al marido sin consentimiento de éste es tan grave como el adulterio, pero no para los que no lo estiman así.

B. FIN DE LA PERSONALIDAD NATURAL

517. Extinción de la personalidad natural

La persona termina en la muerte natural (artículo 78).

518. Clases de muerte

Actualmente, nuestro derecho sólo considera la muerta natural, pues suprimió la civil. La muerte natural puede ser real y presunta.

¿Qué es la muerte natural y real? Confucio (en chino Kung-fu-tse), el estadista y gran moralista que vivió entre los años 551 y 478 antes de Cristo, contestaba: "Si todavía no se conoce la vida, ¿cómo podrá conocerse la muerte?" (Diálogos, XI, 11). Para las religiones en general la muerte es el separarse el alma del cuerpo. Científicamente se dice que es el cese definitivo de las funciones orgánicas de un ser vivo. Este cese, de acuerdo con la enseñanza de los doctos, se produce por un desequilibrio biofísico-químico, que resulta irreversible porque el organismo no reacciona contra él con suficiente intensidad para hacerlo reversible.

519. Referencia a la muerte civil que existió en nuestro derecho; legislación transitoria

Hasta la promulgación de la Ley Nº 7.612, de 21 de octubre de 1943, existió entre nosotros la

muerte civil, que era la profesión solemne, ejecutada conforme a las leyes, en instituto monástico reconocido por la Iglesia Católica (antiguo artículo 95 del Código Civil, hoy suprimido).

Su efecto principal y característico era que marcaba el término de la personalidad relativamente a los derechos de propiedad. El individuo que emitía votos solemnes no podía conservar ni adquirir válidamente bienes para sí ni para otro.

Como era una institución arcaica que a ninguna necesidad social respondía fue suprimida de raíz por la citada ley, que en sus artículos transitorios estableció lo siguiente:

"Artículo 4º. El religioso que haya muerte civilmente con anterioridad a la presente ley volverá a la vida civil y se cancelará la partida de defunción correspondiente, pero no por eso podrá reclamar derecho alguno sobre los bienes que antes de la profesión poseía, ni sobre las sucesiones de que por su muerte civil fue incapaz.

"El religioso a que se refiere este artículo gozará del derecho de alimentos en contra de aquellos a quienes pasaron los bienes que, sin esa profesión, hubieren pertenecido a dicho religioso".

"Artículo 5º. El ex religioso que a la fecha en que entre en vigencia la presente ley esté gozando de alimentos en conformidad al Nº 10 del artículo 321 del Código Civil, continuará gozando de ellos con arreglo a la ley".

Así, pues, a partir de la vigencia de la Ley Nº 7.612 –explicaba en una conferencia el decano y profesor Arturo Alessandri Rodríguez– no hay en la legislación chilena sino una clase de muerte: la natural, porque la presunta no es sino una especie de muerte natural. Y agregaba, pidiendo al auditorio que no se sonriera: "Según el mencionado artículo 4º transitorio, los religiosos que murieron civilmente con anterioridad a la vigencia de la ley en análisis, han resucitado gloriosamente".

520. Bibliografía

El que quiera informarse sobre la muerte civil que existió entre nosotros puede ver la primera edición del tomo II de nuestra obra, pp. 56 a 70. También puede ver la Memoria de don Orlando Godoy R., titulada La Iglesia y los eclesiásticos ante la legislación chilena y ante el Derecho Canónico, Santiago, 1943.

Muerte natural

1) Muerte real

521. Concepto

Muerte real es aquélla cuya ocurrencia consta.

Cualquiera que sea la causa que la determine (edad avanzada que debilita los órganos, enfermedad, accidentes), produce el efecto de extinguir la personalidad natural.

¿Cuándo puede decirse con certidumbre que una persona ha muerto realmente? Cuando se produce el llamado silencio cerebral, esto es, la extinción de todo trazo de actividad bioeléctrica de la corteza del cerebro. Dicho silencio puede comprobarse mediante la electroencefalografía, completada con la angiografía cerebral, que es la reproducción gráfica por los rayos X de los vasos sanguíneos, y que permite medir el riego sanguíneo del cerebro. Claro que a estos rigurosos métodos de constatación de la muerte real sólo se acude en los casos en que en los hospitales o centros médicos se decide retirar de los pacientes los aparatos que artificialmente los mantienen con vida o en los casos en que se necesita saber con toda certeza si una persona ha muerto para proceder a trasplantar uno de sus órganos a otra persona viva. Corrientemente se considera que un individuo está médicamente muerto cuando hay inmovilidad de las pupilas de ambos ojos durante un plazo de cuarenta minutos o hay paro de la circulación, es decir, la pérdida del pulso, durante diez minutos.20

522. Medidas que tienden a acreditar la efectividad de la muerte y evitar su falseamiento

Como la muerte es un hecho que produce trascendentales consecuencias jurídicas, el legislador ha tomado medidas de diversa índole dirigidas a comprobar en cualquier momento la efectividad de la muerte y evitar su falseamiento: certificado del médico que asistió al difunto, inscripción del deceso en el Libro de Defunciones del Registro Civil, prohibición de sepultar el cadáver sin previa licencia o pase del Oficial del Registro Civil de la comuna en que haya ocurrido la defunción, etc. (Código Sanitario, artículos 135 y ss.; Ley Nº 4.808, artículos 5º, 44 y ss.; Reglamento Orgánico del Registro Civil, artículos 174 y ss.).

523. Comurientes

El determinar con precisión el momento en que una persona muere, puede tener gran importancia jurídica sobre todo en materia sucesoria. En efecto, puede acontecer que dos personas llamadas a sucederse recíprocamente o una a la otra, mueran sin que se sepa el deceso de cuál fue primero. Surge en este caso el problema de los comurientes.

La situación de los herederos o de los bienes queda subordinada a la demostración de la prioridad del fallecimiento de una persona u otra. Pero, si no se logra demostrar la premorencia de ninguna, ¿qué persona deberá estimarse que murió primero?

524. Los comurientes en el Derecho Romano y en el Código Francés

La norma general en el Derecho Romano, cuando no se puede saber la prioridad de la muerte de dos o más personas, es que todas se consideran fallecidas en el mismo instante. Pero hay una excepción: tratándose del padre e hijo, presúmese premuerto el padre o la madre si el hijo es púber; si éste es impúber, se supone lo contrario. Fundamento de esta regla excepcional es la mayor resistencia que la juventud, representada aquí por la pubertad, opone al peligro.

El Código Francés, siguiendo el camino trazado por el Derecho Romano, establece todo un complicado sistema de presunciones, fundadas en el doble elemento de la edad y el sexo (artículos 720 y ss.).

525. Regla sobre los comurientes en nuestro Código

Nuestro Código vuelve al principio general del Derecho Romano y dice: "Si por haber perecido dos o más personas en un mismo acontecimiento, como en un naufragio, incendio, ruina o batalla, o por otra causa cualquiera, no pudiere saberse el orden en que han ocurrido sus fallecimientos, se procederá en todos casos como si dichas personas hubiesen perecido en un mismo momento, y ninguna de ellas hubiese sobrevivido a las otras" (artículo 79).

El criterio del legislador chileno es el más sencillo y justo; en un accidente, o en cualquier otra circunstancia, la muerte se acerca a las personas al azar y no considerando el sexo o la edad de los individuos. De ahí que si no es posible probar la anterioridad de la muerte de alguien con respecto a otro, el sentido común y la equidad abogan por el temperamento de nuestro Código.

526. La presunción de haber muerto dos o más personas al mismo tiempo puede destruirse

El artículo 79 establece una presunción legal y puede, por lo tanto, destruirse demostrando por cualquiera de los medios que admite la ley, que cierta persona falleció antes o después que la otra u otras.

527. La presunción de los comurientes se refiere al caso de muerte real, y no al de muerte presunta

528. La disposición sobre los comurientes es de carácter general

La disposición sobre los comurientes es de carácter general, lo cual quiere decir que no sólo se aplica cuando dos personas mueren en uno de los acontecimientos señalados expresamente por el artículo 79, sino en cualquier otro, como en un accidente aéreo, porque la enumeración del artículo 79 es enunciativa, estampada por vía de ejemplo, según lo prueba el adverbio como, que equivale a por ejemplo.

También se aplica el artículo 79 a todos los casos en que por cualquier causa no pudiere saberse el orden en que han ocurrido los fallecimientos de dos o más personas. De manera que no es necesario que las personas hayan estado en un mismo sitio: bien puede una haber estado en Antofagasta y la otra en Santiago. Tampoco es menester que las personas hayan perecido a causa de un mismo hecho: una puede haber perecido en un incendio y la otra de una simple enfermedad.

Lo único que se exige, pues, para aplicar el artículo 79 es que no se sepa cuál de dos o más personas falleció primero.

2) Muerte presunta

Generalidades

529. CONCEPTO

Muerte presunta es la declarada por el juez, en conformidad a las reglas legales, respecto de un individuo que ha desaparecido y de quien se ignora si vive o no.

Su nombre se explica: el juez, partiendo de ciertos antecedentes, *presume* la muerte de la persona. Por eso también puede llamarse *presunción de muerte por desaparecimiento*.

Dos circunstancias conocidas dan base a la presunción legal:

1) La ausencia o desaparecimiento del individuo por largo tiempo del lugar de su domicilio, y

2) La carencia de noticias de ese mismo individuo.

En realidad, si una persona desaparece de su domicilio y transcurre un largo tiempo sin que dé noticias de su paradero, es lógico pensar que el individuo ha muerto, porque, dentro de las relaciones de familia y de amistad, apenas puede concebirse que no mantenga comunicaciones con los suyos, sobre todo si tiene bienes en el lugar desde el cual ha desaparecido.

530. OBJETO

El objeto de la muerte presunta es resguardar diversos intereses. La ley considera:

1º El interés de la persona que ha desaparecido;

2º El interés de los terceros, principalmente el de aquellos que tengan derechos eventuales en la sucesión del desaparecido, y

3º El interés general de la sociedad de que no haya bienes y derechos abandonados.

531. Importancia

Las legislaciones antiguas fueron muy deficientes en materia de ausencia y desaparecimientos. Sólo contenían algunas disposiciones aisladas sobre nombramiento de curador para la administración de los bienes del desaparecido y para otros fines especiales.

Se justifica la mínima atención del legislador antiguo a la institución que nos afana: las condiciones de aquellas épocas hacían raro el caso del desaparecimiento de una persona.

Pero hoy, la facilidad y rapidez de las comunicaciones entre países distantes, han hecho crecer en la misma proporción la probabilidad de que haya muerto una persona de quien por mucho tiempo no se ha tenido noticia en el centro de sus relaciones de familia y de sus intereses.21

532. Fuentes del código chileno y relativa originalidad de éste en materia de muerte presunta

Al legislar sobre muerte presunta, Bello tuvo presente el Código Francés, con los comentarios de Rogron y de Delvincourt; el Código de Luisiana; el Código de Austria y el Proyecto de Código Español de 1851. Pero en muchos puntos dio soluciones propias, originales, que le parecieron más adecuadas.

533. Significados de la palabra "ausente" en el código civil chileno

Nuestro legislador toma la palabra ausente en diversos sentidos:

1) *Para los efectos del nombramiento de un curador de bienes*, considera ausentes a aquellas personas cuyo paradero se ignora, o que a lo menos han dejado de estar en comunicación con los suyos, con grave perjuicio del mismo ausente, o de terceros, y que no han constituido procurador o sólo lo han constituido para cosas o negocios especiales (artículo 473).

2) *Para los efectos de la declaración de muerte presunta*, el Código llama ausentes a los que han desaparecido y se ignora si viven, habiendo transcurrido por lo menos cinco años desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de su existencia y llenándose los demás trámites que exige la ley (artículos 80 y 81, modificados por la Ley Nº 6.162, de 28 de enero de 1938).

3) *Para los efectos de la apertura y publicación del testamento cerrado*. La ley entiende por escribano y testigo ausentes (artículo 1025) a todos los que no comparecen o no pueden comparecer al acto de apertura del testamento cerrado, cualquiera que sea la causa, como muerte, demencia, etc.22

534. Condiciones necesarias para que tenga lugar la muerte presunta

Del artículo 80 (que dice: "Se presume muerto al individuo que ha desaparecido, ignorándose si vive, y verificándose las condiciones que van a expresarse) y de las disposiciones siguientes dedúcese que para que tenga lugar la muerte presunta deben reunirse cuatro requisitos:

1) Que sea declarada por sentencia judicial;
2) Que la declaración se haga en conformidad a las disposiciones legales de procedimiento;
3) Que el individuo haya desaparecido, esto es, que se haya ausentado de su domicilio, y
4) Que no se tengan noticias de su existencia.

535. Períodos de desaparecimiento

El principal objeto de la declaración de muerte presunta "es definir la suerte de los bienes que constituían el patrimonio dejado por el desaparecido o que pudieran corresponderle en las sucesiones abiertas durante su ausencia". Desde este punto de vista, el desaparecimiento se divide en tres períodos:

1º El de *mera ausencia*, al fin del cual se expide la declaración de presunción de muerte;
2º El de la *posesión provisoria* de los bienes del desaparecido, y
3º El de la *posesión definitiva* de los mismos bienes.

Declaración de la presunción de muerte

536. Quién puede pedirla

La declaración de muerte presunta puede ser provocada por cualquiera persona que tenga interés en

ella (artículo 81, Nº 3º). Y es tal, toda persona que tiene un interés pecuniario subordinado a la muerte del desaparecido. Por ejemplo, los herederos presuntivos, el propietario de bienes que el desaparecido usufructúa, el fideicomisario a quien por la muerte del desaparecido se defiere el fideicomiso, los legatarios, etc.

Pero no se hallan en el mismo caso los acreedores del ausente, porque su interés pecuniario no está subordinado a la muerte del desaparecido; y si quieren hacer valer sus derechos, les basta con dirigirse a los apoderados del ausente o provocar el nombramiento de un curador.

"Es más evidente aún que el Ministerio Público, que puede provocar medidas para resguardar los intereses del ausente, y entre ellas el nombramiento de curador, no podría perseguir la declaración de muerte presunta. Los términos empleados en el Nº 4º del artículo 81 manifiestan que el defensor de ausentes debe intervenir en el juicio de declaración de muerte contradictoriamente con la persona que la solicite, a fin de procurar el mayor esclarecimiento de los hechos; y debiendo oponerse a la declaración si estima que el ausente está vivo o si las pruebas del desaparecimiento no son completamente satisfactorias, no sería posible que él la provocara".23

537. Juez competente

La presunción de muerte debe declararse por el juez del *último domicilio que el desaparecido haya tenido en Chile* (Código Civil, artículo 81, Nº 1, y Código Orgánico de Tribunales, artículo 151).

El fundamento de la competencia de este tribunal se halla en el principio general que prescribe que todos los actos judiciales o extrajudiciales que interesan a una persona, deben efectuarse en su domicilio, y en la consideración especial que supone que una persona es mucho más conocida en su domicilio que en otra parte: "ahí tiene sus relaciones y es muy probable que haya noticias de su paradero".

Nuestro legislador, como en su oportunidad se verá, acepta la *pluralidad de domicilios*. En este caso parece no haber inconveniente para que cualquier juez, de uno u otro domicilio, si ambos tenía la persona antes de desaparecer, declare la muerte presunta.

Si el desaparecido *no ha tenido domicilio en Chile*, los jueces de este país son incompetentes para declarar la presunción de muerte por desaparecimiento.24

538. Formalidades que deben cumplirse para obtener la declaración de presunción de muerte por desaparecimiento

Estas formalidades se hallan enumeradas en el artículo 81 y su fin principal es garantir los intereses del ausente poniendo en evidencia las circunstancias de su desaparecimiento.

Las veremos a continuación.

539. 1º los interesados deben justificar previamente que se ignora el paradero del desaparecido y que se han hecho las posibles diligencias para averiguarlo (artículo 81, nº 1º)

Dichas circunstancias pueden probarse por medio de una información de testigos, sin perjuicio de que el juez, de oficio o a petición de cualquiera persona interesada, o del defensor de ausentes, pueda decretar las medidas que estime necesarias para el esclarecimiento de los hechos (artículo 81, Nº 4º, segunda parte).

540. 2º La citación del desaparecido

"Entre estas pruebas será de rigor la citación del desaparecido; que deberá haberse repetido hasta por tres veces en el periódico oficial, corriendo más de dos meses entre cada dos citaciones" (Código Civil, artículo 81, Nº 2º, modificado por la Ley Nº 6.162, artículo 1º, que sustituyó las palabras "cuatro

meses" por "dos meses").

El número de avisos que se puede publicar queda a voluntad de los interesados; pero en todo caso el mínimo es de tres, "corriendo más de dos meses entre cada dos citaciones".

"Siendo tres las citaciones y mediando más de dos meses entre cada dos citaciones, el período de duración de éstas es de cuatro meses a lo menos, suponiendo que la segunda citación se haga al día siguiente de completados los dos meses posteriores a la primera citación y la tercera inmediatamente después de corridos los dos meses de la segunda".

Las citaciones deben hacerse en el periódico oficial, que es actualmente el Diario Oficial, porque respecto de esta publicación hay seguridad de que llega a todas las autoridades de la República, dentro del territorio nacional, y a todos los representantes diplomáticos y consulares de Chile en el exterior. Así existen grandes probabilidades de que el desaparecido pueda imponerse de que se pretende declarar su muerte presunta.

541. 3º Intervención del defensor de ausentes

Para proceder a la declaración de muerte presunta, y en todos los trámites posteriores, debe ser oído el defensor de ausentes (artículo 81, Nº 4º, primera parte).

Todo defensor público, como es el de ausentes, tiene por misión velar por los *intereses particulares* de las personas que no pueden ejercer todos sus derechos.

No hay que confundir estos defensores públicos con el Ministerio Público, constituido hoy por los Fiscales de la Corte Suprema y de las Cortes de Apelaciones, cuyo cometido es representar ante los tribunales de justicia el *interés general de la sociedad*.

542. 4º Inserción de las sentencias en el periódico oficial

Todas las sentencias, tanto definitivas como interlocutorias, han de insertarse en el periódico oficial (artículo 81, Nº 5º).

543. 5º Transcurso de cierto plazo mínimo desde la última citación

Es requisito previo de la declaración de muerte presunta "que hayan transcurrido *tres meses* al menos desde la última citación" (artículo 81, Nº 3º, modificado por la Ley Nº 6.162, cuyo artículo 1º sustituyó las palabras "seis meses" por "tres meses").

544. 6º Transcurso de cierto plazo mínimo desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron del desaparecido

Para que proceda la declaración de muerte presunta debe antes justificarse, entre otros hechos ya mencionados, "que desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de la existencia del desaparecido, han transcurrido a lo menos *cinco años*" (artículo 81, Nº 1º, modificado por la Ley Nº 6.162, que substituyó las palabras "cuatro años" por "cinco años").

La reforma introducida por la Ley Nº 6.162 en este Nº 1º del artículo 81, como también en el Nº 7º del mismo artículo y en el artículo 83 del Código Civil puede hacer creer a primera vista que hay un plazo que se ha aumentado, pues mientras esos preceptos hablan de *cuatro años*, la Ley Nº 6.162 los reemplazó por cinco. No es así, sin embargo. En el sistema del Código anterior a la reforma, la muerte presunta sólo podía declararse después de transcurridos cuatro años a lo menos desde la fecha de las últimas noticias y, salvo el caso de excepción del Nº 7º del artículo 81, la posesión provisoria o definitiva no podía concederse en ningún caso sino después de transcurridos diez años desde esa misma fecha. Durante este tiempo, denominado de mera ausencia, cuidaban de sus bienes sus apoderados o representantes legales. Se presentaba así la anomalía de que un individuo que había sido declarado

muerto por sentencia judicial, se reputaba, sin embargo, vivo para los demás efectos legales, como quiera que mientras no transcurrían diez años desde la fecha de las últimas noticias no se concedía la posesión de sus bienes a sus herederos.

La Ley Nº 6.162 hizo desaparecer esta anomalía, y al efecto dispuso que la muerte presunta se declare después de transcurridos cinco años desde las últimas noticias y que conjuntamente con esa declaración se conceda la posesión provisoria de los bienes del desaparecido. La posesión definitiva se concede, como oportunamente veremos, a los dichos cinco años en el caso del Nº 7º del artículo 81 y cuando se pruebe haber transcurrido setenta desde el nacimiento del desaparecido. En los demás casos la posesión definitiva se concede transcurridos que sean diez años desde las últimas noticias.

545. ¿Desde cuándo se cuenta el plazo de cinco años?

¿Desde que son *enviadas* las últimas noticias? ¿O desde la fecha en que son *recibidas*?

Don Andrés Bello observa, en una de sus notas al llamado "Proyecto Iné-dito", que "el Código Francés no determina si por día de las últimas noticias se entiende el de la fecha de las últimas noticias, o el de la fecha en que se reciben. Admitida la primera suposición, agrega, si la última noticia es una carta del desaparecido, ¿qué motivo habría para presumir su fallecimiento en la misma fecha de la carta? Y, en seguida, pudiendo transcurrir mucho tiempo entre la fecha de las últimas noticias y la de su recibo, ¿qué motivo habría para excluir de la herencia a todos los herederos presuntivos que hubiesen fallecido en el tiempo intermedio?"

Como vemos, el señor Bello se contentó con dejar establecido que cualquiera que sea el punto de partida que se tome para contar el plazo, resulta arbitrario; pero no se pronunció en el texto legal ni en sus notas por una de las dos fechas: dejó la misma duda que él observaba en el Código Francés.

Don Luis Claro Solar25 sostiene que los cinco años se cuentan desde la fecha de las últimas noticias y no desde la fecha en que éstas se reciben. Porque "el día de las últimas noticias, después del cual no se volvió a saber más del individuo ausente, había constancia de su existencia; pero no habiéndose vuelto a saber más de él principia la duda de que esté vivo. El día en que las noticias se reciben puede ser muy posterior a aquella fecha y no puede servir de punto de partida".

Don Manuel Somarriva U. opina lo contrario, por dos razones:

1) Porque las noticias se tienen cuando llegan y no cuando se expiden;

2) Por un argumento basado en la historia de la ley. El señor Bello, en la misma nota a que hace poco aludimos, dice que en el punto que examinamos ha tenido presente, entre otras fuentes, los comentarios del tratadista francés Delvincourt,26 y éste piensa que el plazo debe contarse desde el día en que las últimas noticias han sido recibidas.

Por lo demás, entre los autores franceses modernos la cosa es discutida. Baudry-Lacantinerie y Houques-Fourcade,27 por ejemplo, están por la primera opinión aquí citada; Aubry y Rau,28 en cambio, se inclinan por la segunda, lo mismo que los profesores Mazeaud.29

546. El plazo de cinco años basta que haya transcurrido cuando llega el momento de la declaración

Se podría también dudar de si este plazo de cinco años debe haber transcurrido antes de iniciarse las gestiones, para provocar la declaración, o si basta que haya transcurrido al llegar el momento de la declaración. "En el primer caso, las gestiones judiciales tendrían que ser posteriores a dicho plazo y, por lo tanto, la declaración de muerte no podría venir de ningún modo antes de cinco años siete meses después de las últimas noticias. Esta disposición tendría en su apoyo el texto literal del artículo 115 del Código Francés y de los demás Códigos posteriores que parecen exigir que haya transcurrido el plazo desde las últimas noticias antes de solicitar la declaración de ausencia; pero nuestro Código se ha apartado, sin duda alguna, de aquel antecedente. Así resulta del estudio comparativo de los artículos 81, Nº 7º, y 83, según luego veremos. Los trámites de la declaración de muerte presunta pueden ser iniciados antes de los cinco años posteriores a la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de la existencia del desaparecido, porque la ley sólo exige el transcurso de ese tiempo *para la declaración* y autoriza aun la entrega definitiva de los bienes *inmediatamente* de cumplidos los cinco años desde el

desaparecimiento en el caso a que se refiere el Nº 7º del artículo 81".30

547. ¿Es necesario que el mismo ausente dé noticias suyas?

No; es indiferente que las últimas noticias se hayan obtenido directamente de la persona desaparecida o por vía indirecta. El tenor de la ley es amplio, pues dice: "…y desde la fecha de las últimas noticias *que se tuvieron de su existencia*, han transcurrido cinco años".

548. Fijación del día presuntivo de la muerte

"El juez fijará, dice el Nº 6º del artículo 81, como día presuntivo de la muerte el último del primer bienio contado desde la fecha de las últimas noticias".

La ley ordena al juez fijar determinado día como presuntivo de la muerte del desaparecido; no ha facultado al magistrado para fijar esa fecha, porque "el juez no podría casi nunca hacerlo sino por medio de conjeturas sumamente falibles y que abrirían gran campo a la arbitrariedad".31

La regla del Código es arbitraria, pero no podría ser de otra naturaleza tratándose de un caso, como éste, en que reina la incertidumbre.

Pueden derivarse de dicha norma algunas injusticias, como la de llamar a la sucesión del desaparecido personas que por no haberle sobrevivido no tendrían derecho a sucederlo; y, por el contrario, pueden excluirse de la sucesión personas que por haberle realmente sobrevivido tienen derecho a ella. Pero, ¿qué regla podría adoptarse que no esté sujeta a ninguno de estos inconvenientes? Y la necesidad de fijar de cualquier modo la fecha de la muerte, es evidente, puesto que por ella se califican los derechos en la sucesión del desaparecido.32

El legislador contempla también dos casos de excepción en que el día presuntivo de la muerte de una persona se fija en otra fecha. A continuación nos referiremos a ellos.

549. Fijación del día presuntivo de la muerte de una persona que recibió una herida grave en la guerra o le sobrevino otro peligro semejante

El Nº 7º del artículo 81, modificado por el artículo 1º de la Ley Nº 6.162, dice: "Con todo, si después que una persona recibió una herida grave en la guerra, o le sobrevino otro peligro semejante, no se ha sabido más de ella, y han transcurrido desde entonces cinco años y practicádose la justificación y citaciones prevenidas en los números precedentes, fijará el juez como día presuntivo de la muerte el de la acción de guerra o peligro, o, no siendo enteramente determinado ese día, adoptará un término medio entre el principio y el fin de la época en que pudo ocurrir el suceso; y concederá inmediatamente la posesión definitiva de los bienes del desaparecido".

550. Día presuntivo de la muerte de una persona que se encontraba en una nave o aeronave reputada perdida

El Nº 8º del artículo 81 33 dice:

"Se reputará perdida toda nave o aeronave que no apareciere a los seis meses de la fecha de las últimas noticias que de ella se tuvieron. Expirado este plazo, cualquiera que tenga interés en ello podrá provocar la declaración de presunción de muerte de los que se encontraban en la nave o aeronave. El juez fijará el día presuntivo de la muerte en conformidad al número que precede, y concederá inmediatamente la posesión definitiva de los bienes de los desaparecidos.

Si se encontrare la nave o aeronave náufraga o perdida, o sus restos, se aplicarán las mismas normas del inciso anterior, siempre que no pudieren ubicarse los cuerpos de todos o algunos de sus ocupantes, o identificarse los restos de los que fueren hallados.

Si durante la navegación o aeronavegación cayere al mar o a tierra un tripulante o viajero y

desapareciere sin encontrarse sus restos, el juez procederá en la forma señalada en los incisos anteriores; pero deberá haber constancia en autos de que en el sumario instruido por las autoridades marítimas o aéreas ha quedado fehacientemente demostrada la desaparición de esas personas y la imposibilidad de que estén vivas".

En estos casos no regirán lo dispuesto en el Nº 2º (que se refiere a la citación del desaparecido), ni el plazo establecido en el Nº 3º (que alude al plazo mínimo de tres meses que debe transcurrir desde la última citación para que pueda ser provocada la declaración de muerte presunta); pero será de rigor oír a la Dirección General de la Armada o a la Dirección General de Aeronáutica, según se trate de nave o aeronave".

Como de los accidentes de aviación y marítimos se tiene conocimiento rápido, es innecesario citar al desaparecido.

Ha de observarse que la ley que creó la Caja de la Previsión de la Marina Mercante Nacional dice, respecto a sus imponentes:

"La pensión de montepío se defiere el día del fallecimiento.

"En caso de pérdida o naufragio de una nave, de muerte por sumersión o por otro accidente marítimo o aéreo, si no ha sido posible recuperar los restos del imponente, podrá acreditarse el fallecimiento, para todos los efectos de esta ley, con un certificado expedido por la Dirección del Litoral y de Marina Mercante o la Dirección de Aeronáutica, según proceda, que establezca la efectividad del hecho, la circunstancia de que el causante formaba parte de la tripulación o del pasaje y que determine la imposibilidad de recuperar sus restos, y que permita establecer que el fallecimiento se ha producido a consecuencia de dicha pérdida, naufragio o accidente" (Ley Nº 6.037, de 5 de marzo de 1937, art. 32, inciso 2º, conforme al texto que le dio el artículo 92 de la Ley Nº 16.744, de 1º de febrero de 1968).

551. Inscripción en el Registro Civil de las sentencias ejecutoriadas que declaren la muerte presunta

Las sentencias ejecutoriadas que declaren la muerte presunta deben inscribirse en el libro de las defunciones del Registro Civil, en la comuna correspondiente al tribunal que hizo la declaración (Ley Nº 4.808 sobre Registro Civil, artículo 5º, Nº 5º).

Si la sentencia no se inscribe, no puede hacerse valer en juicio (Ley Nº 4.808, artículo 8º).

1) Período de mera ausencia

552. Duración de este período

El período de mera ausencia, al término del cual se declara la muerte presunta, comienza con la fecha de las últimas noticias que se han tenido del desaparecido, y dura hasta el día en que se decreta la posesión provisoria o definitiva de sus bienes, a los cinco años o seis meses, según los casos.

El artículo 83, cuyo texto actual ha sido fijado por la Ley Nº 6.162, dice: "Durante los cinco años o seis meses prescritos en los números 6º, 7º y 8º del artículo 81, se mirará el desaparecimiento como mera ausencia, y cuidarán de los intereses del desaparecido sus apoderados o representantes legales".

553. Característica

En este primer período, predominando las probabilidades de vida y de regreso del desaparecido, las medidas adoptadas tienden exclusivamente a preservar sus derechos y su patrimonio garantizándole su integridad. Entre los derechos de los presuntos sucesores y el interés del ausente, prevalece el último.34

554. Personas que administran los bienes del desaparecido

Según el artículo 83, durante el período de mera ausencia deben cuidar los intereses del desaparecido sus apoderados o representantes legales.

Por lo tanto, si el ausente era mujer casada y existía comunidad de bienes entre los cónyuges, continúa el marido en la administración de los bienes; si era hijo de familia o pupilo, continúa su padre o su guardador; y si tenía mandatario general, continúa éste administrando los intereses del desaparecido.

Si el ausente no ha dejado representantes legales o mandatario general, o el mandato ha terminado, procede el nombramiento de curador de bienes, de acuerdo con los artículos 473 y ss.

Si por desaparecimiento del marido se suspende la administración que él ejercía de la sociedad conyugal, esta administración pasa, como extraordinaria, a un curador, que puede ser la mujer si acepta el cargo (C. Civil, artículos 145 y 1758 y ss.).

Como se ve, la posesión de los bienes no se altera en este período.

555. Término del período de mera ausencia

El período de mera ausencia puede terminar por:

1)El decreto de posesión provisoria;

2)El decreto de posesión definitiva, cuando el anterior no tiene cabida;

3)El reaparecimiento del ausente, y

4)El conocimiento positivo de la fecha de la muerte real del desaparecido.

Pero en estos dos últimos casos no sólo termina el período de la mera ausencia sino todo el proceso de la muerte presunta, pues se desvirtúa la presunción en que se basaba; si el ausente reaparece, recobrará él la administración de sus bienes, y si se logra probar la fecha exacta de la muerte real, corresponde aplicar las reglas de ésta y no las de la muerte presunta.

2) Período de la posesión provisoria

556. Duración del período

El período de la posesión provisoria de los bienes comienza con el decreto del juez que la concede y termina con el decreto que otorga la posesión definitiva de los bienes del desaparecido.

557. Característica

En este período de la muerte presunta, no prevaleciendo la probabilidad del regreso, sino que contrapesándose con la probabilidad de la muerte, la ley concilia los derechos del desaparecido con los de las personas a quienes habrían pasado los bienes del ausente si hubiera realmente fallecido.

558. Fecha en que se dicta el decreto de posesión provisoria

De acuerdo con el Nº 6º del artículo 81, el juez, transcurridos cinco años desde la fecha de las últimas noticias, concederá la posesión provisoria de los bienes del desaparecido.

559. Quién puede solicitar el decreto de la posesión provisoria

Sólo pueden solicitar la posesión provisoria los herederos presuntivos del desaparecido, entendiéndose por tales los testamentarios o legítimos que lo eran a la fecha de la muerte presunta (artículo 84).

Herederos testamentarios son los instituidos en el testamento dejado por el desaparecido; herederos

legítimos o abintestato, los establecidos por la ley.

Este sistema, dice con toda razón don Luis Claro Solar,35 "tiene fundamento racional en lo que se refiere a los nudos propietarios, a los fideicomisarios y demás personas que tengan derechos subordinados a la muerte del desaparecido, porque el derecho de éstos no nace sino con la muerte, y ellos no pueden quejarse desde que para reclamar los bienes tienen que probar que la muerte ha ocurrido. El legislador no concede todos sus efectos a la declaración de muerte presunta, sino cuando parece realmente muy remoto el reaparecimiento del ausente, cuando las probabilidades de su muerte son muy graves.

"No sucede lo mismo con los legatarios. Si el legislador ha creído justo atender a la voluntad del ausente para confiar a los herederos instituidos por él el cuidado de los bienes mientras llega el momento de liquidar su sucesión, no vemos qué motivo pueda haber para no tomar en cuenta esa misma voluntad cuando se refiere a un bien determinado. Conocida por los herederos la voluntad del testador respecto de ese bien, no atenderán a su administración con el mismo cuidado que observarán seguramente en los bienes que han de pertenecerles en definitiva y ni los intereses del ausente, ni los de los legatarios, quedarán garantidos".

560. Caso en que no se presentan herederos

No presentándose herederos, se procederá en conformidad a lo prevenido para igual caso en el libro III, título "De la apertura de la sucesión" (artículo 84). Este artículo se refiere al 1240, según el cual, el juez, a instancia de cualquiera persona interesada en ello, o de oficio, declarará yacente la herencia y le nombrará curador.

561. Sólo a los herederos concede la ley la posesión provisoria de los bienes del desaparecido

"La ley sólo concede la posesión provisoria de los bienes a los herederos, no a los legatarios. Estos, lo mismo que los nudos propietarios y los fideicomisarios de bienes usufructuados o poseídos fiduciariamente por el desaparecido y, en general, todos aquellos que tengan derechos subordinados a la muerte del desaparecido, no podrán hacerlos valer sino después de decretada la posesión definitiva, según el artículo 91".

562. Patrimonio cuya posesión se confiere a los herederos presuntivos

El patrimonio en que se presume que suceden los herederos presuntivos, comprenderá los bienes, derechos y acciones del desaparecido, cuales eran a la fecha de la muerte presunta (artículo 85, inciso 2º).

De aquí resulta que todas las herencias deferidas al desaparecido antes de la declaración de muerte presunta, pasan a los herederos presuntivos; pero no así las sucesiones abiertas con posterioridad a esa fecha, respecto de las cuales no tienen derecho alguno.

563. Efectos del decreto de posesión provisoria

Son los siguientes:

1) Queda disuelta la sociedad conyugal si la hubiere con el desaparecido (artículos 84 y 1764, Nº 2º).

Don Alfredo Barros Errázuriz cree que la disolución de la sociedad conyugal y, en consecuencia, "la liquidación de dicha sociedad, debe hacerse con relación a la fecha del decreto de posesión provisoria".36

Pero don Arturo Alessandri,37 don Manuel Somarriva38 y don Luis Claro Solar 39 sostienen que la sociedad debe reputarse disuelta el día fijado por el juez como día presuntivo de la muerte con arreglo a

los números 6º, 7º y 8º del artículo 81. Su liquidación debe hacerse con relación a ese día y no a la fecha de esos decretos. Así se desprende del artículo 85, que atiende a ese día para determinar quiénes son los herederos del desaparecido y cuáles son los bienes en que suceden.

2) Se procede a la apertura y publicación del testamento, si el desaparecido hubiere dejado alguno (artículo 84, inciso 1º).

Como dijimos anteriormente, los bienes se entregan a los herederos testamentarios y legítimos, y para conocer a aquéllos es necesario abrir y publicar el testamento.

3) Se efectúa la emancipación legal de los hijos que se hallaban bajo patria potestad del desaparecido, salvo que corresponda ejercitar la patria potestad a la madre (artículo 266, Nº 6, en relación con el 1º). Y a la madre corresponde siempre ejercitar la patria potestad en defecto del padre, a menos que esté privada del cuidado personal del hijo por su mala conducta (artículo 240, inciso 4º).

Ahora, si la persona desaparecida es la madre que ejercita la patria potestad, se produce lisa y llanamente la emancipación de los hijos de familia (artículo 266, Nº 7º).

4) Finalmente, en virtud del decreto de posesión provisoria, se da, como el nombre de la resolución judicial lo indica, la posesión provisoria de los bienes del desaparecido a los herederos presuntivos; no habiéndolos, se procede a declarar yacente la herencia (artículo 84).

564. Obligaciones de los herederos presuntivos encaminadas a garantir los intereses del desaparecido

"Siendo simplemente provisoria la posesión dada a los herederos presuntivos, la ley impone a éstos obligaciones encaminadas a garantir los intereses del desaparecido". Estas obligaciones se refieren al inventario y la caución.

1) Inventario. Dice el artículo 86: "Los poseedores provisorios formarán ante todo un inventario solemne de los bienes, o revisarán y rectificarán con la misma solemnidad el inventario que exista".

Mediante el inventario se sabe de qué bienes deben responder los poseedores provisorios. Es inventario solemne el que se hace, previo decreto judicial, por el funcionario competente y con los requisitos que las leyes expresan (Código de Procedimiento Civil, artículo 858).

2) Caución. De acuerdo con el artículo 89, "cada uno de los poseedores provisorios prestará caución de conservación y restitución, y hará suyos los respectivos frutos e intereses".

Caución significa generalmente 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 (artículo 46).

565. ¿A qué título poseen los bienes los herederos presuntivos?

Algunos, entre ellos Claro Solar,40 sostienen que a título de usufructo, y señalan entre los usufructos legales éste, el de los poseedores provisorios de los bienes del desaparecido sobre el patrimonio presuntivo de él. Otros, como Luis F. Borja,41 dicen que no se trata de un usufructo y afirman que los poseedores provisorios son dueños de los bienes bajo condición resolutoria de que el desaparecido reaparezca, o se tengan noticias que motiven la distribución de sus bienes según las reglas generales; esto último ocurre cuando se llega a saber la fecha exacta de su muerte real.

566. Disposición de los bienes por los poseedores provisorios

Respecto de la disposición de los bienes que los herederos presuntivos reciben, hay que distinguir según se trate de muebles o inmuebles.

1) Muebles. En conformidad a los incisos 1º y 3º del artículo 88, los poseedores provisorios podrán desde luego vender una parte de los muebles, o todos ellos, siempre que:

1º El juez lo creyere conveniente, oído el defensor de ausentes, y

2º La venta se haga en pública subasta.

"Las atribuciones del juez en cuanto a la autorización para enajenar los bienes muebles, son del todo discrecionales, pues hubiera sido muy difícil, tal vez imposible señalar todos los casos. Muchas veces la venta es necesaria, como cuando se trata de bienes que pueden deteriorarse por el transcurso del tiempo, o cuando el desaparecido hubiere dejado deudas cuyo monto pudiera pagarse con el precio de

los bienes muebles. Otras, la venta de los muebles sería del todo perjudicial al desaparecido si reapareciese, como cuando existen alhajas u otros objetos que tienen valor de afección, o cuando el desaparecido hubiera dejado colecciones científicas, bibliotecas, cuya reposición es muy difícil aun invirtiéndose grandes sumas de dinero".42

2) Inmuebles. Respecto de los inmuebles, el legislador toma mayores precauciones. Los bienes raíces del desaparecido no pueden enajenarse ni hipotecarse antes de la posesión definitiva, sino por causa necesaria o de utilidad evidente, declarada por el juez, con conocimiento de causa, y con audiencia del defensor de ausentes (artículo 88, inciso 2º). La venta de los bienes debe hacerse en pública subasta (artículo 88, inciso 3º).

El juez es, pues, el llamado a calificar, en vista de los antecedentes que se le presentan, si hay causa necesaria o una utilidad evidente en vender o hipotecar los bienes raíces del desaparecido.

Causa necesaria para vender un bien raíz habría, por ejemplo, en el caso de una parcela que no produjese ni siquiera lo necesario para los gastos de administración y pago de las contribuciones.

Utilidad evidente existiría, por ejemplo, si se vendiera un inmueble para cancelar una deuda del ausente, por cuyo motivo le tuvieran embargados los bienes.

Que el juez debe proceder con conocimiento de causa quiere decir que debe pronunciar su resolución atendiendo a las pruebas que se le hubieren hecho valer judicialmente respecto de los hechos en que se funda la necesidad o utilidad, circunstancias que pueden demostrarse mediante informaciones, prueba documental u otra clase de datos ilustrativos que convenzan al juez.

567. Nulidad de las enajenaciones

Si un bien entregado a los herederos presuntivos durante la posesión provisoria, es enajenado con omisión de algún requisito que para ello exige la ley, la enajenación adolece de nulidad relativa. Hallándose ésta dispuesta en favor del ausente, si reapareciese, caso en que sólo él puede alegarla (artículos 1682 y 1684). La acción prescribe en cuatro años (artículo 1691) contados, naturalmente, desde el reaparecimiento del desaparecido.

568. Representación judicial de la sucesión

Los poseedores provisorios representan a la sucesión en las acciones y defensas contra terceros (artículo 87).

569. Término de la posesión provisoria

Del artículo 90 se desprende que la posesión provisoria puede terminar:

1º Con el decreto de posesión definitiva;

2º Con la reaparición del ausente, y

3º Si se tuvieren noticias que motivaren la distribución de los bienes del desaparecido según las reglas generales.

Pero en estos dos últimos casos no sólo termina el período de posesión provisoria, sino todo el proceso de la muerte presunta.

3) Período de posesión definitiva

570. Comienzo del período

El período de posesión definitiva se inicia con el decreto del juez que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido.

571. Característica

El último período de la muerte presunta es aquél en que las probabilidades de muerte del desaparecido prevalecen sobre las probabilidades de vida, de modo que puede conferirse a los presuntos herederos pleno derecho de goce y disposición sobre los bienes del ausente como si en realidad éste hubiera muerto.

572. Casos en que tiene lugar la posesión definitiva

La posesión definitiva se concede en los casos siguientes:

1) Cuando cumplidos cinco años desde la fecha de las últimas noticias, se probare que han transcurrido setenta desde el nacimiento del desaparecido (artículo 82, primera parte, modificado por la Ley Nº 6.162). En este caso, el juez concede inmediatamente la posesión definitiva, en lugar de la provisoria.

"Presúmese que el ausente ha muerto si han pasado setenta años desde su nacimiento; presunción tradicional fundada en el siguiente salmo: "Nuestra vida dura setenta años". Si el ausente era septuagenario a la época del desaparecimiento, la presunción de muerte comienza después de los cinco años, y, según esta regla, se presume que el ausente murió "tan luego como principia la presunción legal de su fallecimiento".43

2) Inmediatamente después de transcurridos cinco años desde la fecha de la batalla o peligro en que se encontró la persona desaparecida sin haberse sabido más de su existencia (artículo 81, Nº 7º, modificado por la Ley Nº 6.162).

En este caso también se concede la posesión definitiva sin posesión provisoria previa, en atención a las circunstancias en que ha ocurrido el desaparecimiento, que contribuyen a robustecer la convicción de la muerte del ausente.44

3) Después de seis meses desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieren de la nave o aeronave reputada perdida y en las cuales se encontraba la persona desaparecida de cuya existencia no se ha sabido más (artículo 81, Nº 8º, agregado por la Ley Nº 6.162).

Tampoco en este caso hay posesión provisoria previa. Las razones son obvias.

4) En los casos de sismos o catástrofes, según los términos que más adelante se verán.

5) Finalmente, y esta es la regla general, el juez debe conceder la posesión definitiva transcurridos que sean diez años desde la fecha de las últimas noticias, cualquiera que fuese, a la expiración de dichos diez años, la edad del desaparecido si viviese (artículo 82, modificado por la Ley Nº 6.162 y, posteriormente, por la Nº 17.775, de 17 de octubre de 1972).

573. Personas que pueden pedir el decreto de la posesión definitiva

El artículo 91 dice: "Decretada la posesión definitiva, los propietarios y los fideicomisarios de bienes usufructuados o poseídos fiduciariamente por el desaparecido, los legatarios, y en general todos aquellos que tengan derechos subordinados a la condición de muerte del desaparecido, podrán hacerlos valer como en el caso de verdadera muerte".

De aquí deducen nuestros tratadistas que todas estas personas pueden solicitar el decreto de posesión definitiva, porque todas ellas tienen interés en que se decrete, y como los herederos, que tienen un interés opuesto, podrían demorar la petición de posesión definitiva de los bienes del desaparecido para no verse obligados a la restitución de los bienes, a que aquellas personas tengan derecho, es claro, concluyen, que ellos tendrían acción para demandarlas.45

574. Inscripción del decreto en el Registro Conservatorio

El decreto que confiere la posesión definitiva de los bienes del desaparecido debe inscribirse en el

Registro del Conservador de Bienes Raíces (Reglamento de ese Registro, artículo 52, Nº 4º). La inscripción se hace en el Conservador de Bienes Raíces que corresponde a la comuna del último domicilio que el desaparecido haya tenido en Chile, o sea, la comuna en que se decretó la muerte presunta.

Si el decreto no se inscribe, es inoponible frente a terceros.

575. Efectos que produce el decreto de posesión definitiva

El decreto de posesión definitiva produce los efectos siguientes:

1) Disolución del matrimonio. Dice el artículo 38 de la Ley de Matrimonio Civil, modificado por la Ley Nº 6.162: "Se disuelve también el matrimonio por la muerte presunta de uno de los cónyuges, si cumplidos cinco años desde las últimas noticias que se tuvieren de su existencia, se probare que han transcurrido setenta desde el nacimiento del desaparecido. Se disolverá, además, transcurridos que sean quince años desde la fecha de las últimas noticias, cualquiera que fuere, a la expiración de dichos quince años, la edad del desaparecido, si viviere".

En el caso del número 8º del artículo 81 del Código Civil (reproducido anteriormente en nuestro Nº 550), el matrimonio se disuelve transcurridos dos años desde el día presuntivo de la muerte (Ley de Matrimonio Civil, artículo 38, inciso 2º, agregado por la Ley Nº 8.581, de 10 de octubre de 1946).

2) Ejercicio de los derechos subordinados al hecho de la muerte del desaparecido. Decretada la posesión definitiva, todos los que tienen derechos subordinados al suceso de la muerte del desaparecido, pueden hacerlos valer como en el caso de verdadera muerte (artículo 91). Así, el legatario puede reclamar la cosa legada; el fideicomisario la cosa de la cual el desaparecido era propietario fiduciario; el nudo propietario la cosa de que era usufructuario el desaparecido, etc.

3) Apertura de la sucesión. Si no hubiere precedido posesión provisoria, por el decreto de posesión definitiva se abre la sucesión del desaparecido según las reglas generales (artículo 90, inciso 3º).

4) Cancelación de cauciones y cesación de restricciones. Decretada la posesión definitiva, se cancelan las cauciones (artículo 90, inciso 1º). Asimismo, cesan las restricciones impuestas por el artículo 88 en cuanto a la enajenación e hipoteca de los bienes del desaparecido (artículo 90, inciso 2º).

5) Partición de bienes. Se hace la partición de bienes en conformidad a las reglas generales que rigen esta materia.

576. Prueba contraria a la presunción de muerte. ¿A quién incumbe?

"El que reclama un derecho para cuya existencia se suponga que el desaparecido ha muerto en la fecha de la muerte presunta, no estará obligado a probar que el desaparecido ha muerto verdaderamente en esa fecha; y mientras no se presente prueba en contrario, podrá usar de su derecho en los términos de los artículos precedentes".

"Y, por el contrario, todo el que reclama un derecho para cuya existencia se requiera que el desaparecido haya muerto antes o después de la fecha, estará obligado a probarlo; y sin esa prueba no podrá impedir que el derecho reclamado pase a otros ni exigirles responsabilidad alguna" (artículo 92).

En este artículo no hay sino aplicación de los principios inherentes a las presunciones simplemente legales.

Rescisión del decreto de posesión definitiva

577. Mal empleo de la palabra "rescisión"

El Código habla de rescisión del decreto de posesión definitiva, esto es, de su nulidad relativa. Y esto supone un vicio que permite la anulación del decreto, lo cual es absurdo, porque las causales que el legislador señala para dejar sin efecto el mencionado decreto, no son vicios del mismo, sino hechos a que el legislador atribuye la virtud de hacer caer las consecuencias derivadas de una presunción que se

desvanece ante la realidad.

Prueba también de que no se trata de una verdadera rescisión, es la circunstancia de que no se retrotraen sus efectos a una fecha anterior, como debería ocurrir si nos halláramos ante un caso de nulidad relativa.

Lo que el artículo 93 ha querido decir es únicamente que los efectos del decreto de posesión definitiva cesan en beneficio de las personas que nombra. Por eso habría sido más acertado emplear la palabra revocación, o decir, en forma más sencilla aún, que el decreto de posesión definitiva puede dejarse sin efecto.

Usamos, sin embargo, en el texto de este libro, la misma terminología del Código, a fin de evitar complicaciones.

578. Casos en que tiene lugar

La ley autoriza para pedir la rescisión del decreto de posesión definitiva en tres casos:

1) Si se tuvieren noticias exactas de la existencia del desaparecido;

2) Si se tuvieren noticias exactas de la muerte real del mismo, y

3) Si el presunto muerto reapareciere.

579. Personas a favor de las cuales puede rescindirse

"El decreto de posesión definitiva –dice el artículo 93– 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".

580. 1) Rescisión a favor del desaparecido

Es natural que el desaparecido pueda pedir que quede sin efecto el decreto de posesión definitiva: son sus intereses los que están en juego.

El único título que tienen los poseedores es el de herederos presuntivos; si la presunción se destruye, su título cae, y no pueden ser herederos de una persona viva.

581. 2) Rescisión a favor de los legitimarios habidos durante el desaparecimiento

Son legitimarios: 1) Los hijos legítimos personalmente o representados por su descendencia legítima; 2) Los ascendientes legítimos; 3) Los hijos naturales personalmente o representados por su descendencia legítima; 4) Los padres naturales que hubieren reconocido al hijo con arreglo a los números 1º ó 5º del artículo 271* (art. 1182).

El legislador se refiere a los legitimarios habidos durante el desaparecimiento. Y así, por ejemplo, podría pedir la rescisión del decreto de posesión definitiva, un hijo legítimo habido durante esa época, y cuya existencia se ignoraba.

Entre los legitimarios figuran los ascendientes legítimos y los padres naturales; pero a éstos hay que excluirlos de las personas que pueden solicitar la rescisión de que hablamos, porque es imposible adquirir ascendientes o padres "durante el desaparecimiento": sería necesario que el desaparecido naciera de nuevo, a menos que se hubiera producido adopción plena respecto de un menor desaparecido.

Recordemos que la Ley Nº 18.703, de 10 de mayo de 1988, establece dos clases de adopción. Una de ellas, llamada simple, que crea entre adoptante y adoptado sólo los derechos y obligaciones que ella misma señala. La otra, llamada adopción plena, concede al adoptado el estado civil de hijo legítimo de los adoptantes (art. 1º).

582. 3) Rescisión a favor del cónyuge del ausente por matrimonio contraído en la época del desaparecimiento

También aquí la ley considera a una persona ligada al ausente durante el desaparecimiento y no durante el tiempo en que estuvo presente. Alude al cónyuge con quien ha contraído matrimonio el desaparecido en la época del desaparecimiento, porque sus derechos, sin duda alguna, no han sido considerados.

583. ¿Pueden pedir la rescisión del decreto de posesión definitiva otras personas que las mencionadas por la ley?

La respuesta es negativa; de otro modo, no tendría objeto la enumeración que hace el artículo 93.46

584. Tiempo dentro del cual puede pedirse la rescisión del decreto de posesión definitiva

Hay que distinguir en este punto entre el desaparecido, por una parte, y el cónyuge y los legitimarios, por otra.

1) El desaparecido puede pedir la rescisión en cualquier tiempo que se presente, o que haga constar su existencia (artículo 94, regla primera).

2) Las demás personas no pueden pedirla sino dentro de los respectivos plazos de prescripción contados desde la fecha de la verdadera muerte (artículo 94, regla segunda).

Estos plazos son de cinco y diez años, según que la posesión sea regular o irregular (artículos 1269 y 2512, excepción 1).

Y así, el que reclama la rescisión a título de legitimario, probando haber sobrevivido al desaparecido, no será oído después de transcurridos los diez años subsiguientes a la verdadera muerte, cuya fecha ha probado o se ofrece probar.

585. A quiénes aprovecha la rescisión del decreto de posesión definitiva

Este beneficio, dice la tercera regla del artículo 94, aprovechará solamente a las personas que por sentencia judicial lo obtuvieren.

"La ley quiere que, en lo posible, no se altere una situación que tiene en su apoyo el largo tiempo transcurrido sin noticias del desaparecido, situación que ha creado derechos y hecho nacer expectativas que no deben ser defraudadas sino ante el ejercicio efectivo del derecho preferente".47

Y así, por ejemplo, si de varios hijos del desaparecido, habidos durante el desaparecimiento, uno sólo entabla la acción, éste será el único que aprovechará de la rescisión pedida, y no podrá reclamar sino la cuota que a él le corresponda.

586. Efectos de la rescisión del decreto de posesión definitiva

En virtud de la rescisión del decreto de posesión definitiva, se recobran los bienes en el estado en que se hallen, subsistiendo las enajenaciones, las hipotecas y demás derechos reales constituidos legalmente en ellos (artículo 94, regla cuarta).

Permitiendo la ley a los poseedores definitivos gozar de los bienes como dueños, no responden ni siquiera de la culpa lata. Y de ahí que puedan devolver los bienes sensiblemente deteriorados sin que tengan que responder por esta causa, a menos que se les pruebe dolo, intención de dañar (artículo 94, regla quinta).

Los poseedores definitivos no están obligados a devolver el precio que hubieren percibido por la venta de los bienes del desaparecido como ocurre en otras legislaciones, la francesa, por ejemplo. Y de esto hay expresa constancia en la historia de la ley. En el Proyecto Inédito se obligaba a devolver "el precio de los bienes que se hayan enajenado a cualquier título". Pero la Comisión Revisora, a propuesta del señor Bello, suprimió la frase.

587. Presunción sobre la buena fe; hechos que constituyen mala fe

Para toda restitución serán considerados los demandados como poseedores de buena fe, a menos de prueba contraria (artículo 94, regla quinta).

Como consecuencia de esta presunción legal, los herederos no responden de los deterioros de los bienes y tienen derecho al abono de las mejoras necesarias y útiles conformes a las reglas que el Código da al tratar de las prestaciones mutuas, en el caso de la reivindicación. Cosa distinta sería si los poseedores definitivos estuvieran de mala fe.

La última regla del artículo 94 ordena perentoriamente que "el haber sabido y ocultado la verdadera muerte del desaparecido, o su existencia, constituye mala fe".

588. Suerte que corren los frutos

En cuanto a los frutos, los poseedores definitivos, lo mismo que los provisorios, no están obligados a restituirlos; pero en el caso de mala fe, hay lugar a la restitución.

589. Subinscripción en el Registro Civil de la sentencia que rescinde la declaración de muerte presunta

La sentencia que rescinde la declaración de muerte presunta debe anotarse, como subinscripción, al margen de la partida correspondiente (Reglamento Orgánico del Registro Civil, artículo 204, Nº 9º). De lo contrario, no puede hacerse valer en juicio (Reglamento Orgánico del Registro Civil, artículo 205).

Legislación especial

590. Ley dictada con motivo del terremoto de 24 de enero de 1939

La Ley Nº 6.761, de 5 de diciembre de 1940, dice:

"Artículo 1º. Las disposiciones de la presente ley se aplicarán solamente a las defunciones y declaraciones de muerte por desaparecimiento ocurridas en las provincias de Talca, Linares, Maule, Ñuble, Concepción, Biobío y Malleco, con motivo del terremoto de 24 de enero de 1939.

Artículo 2º. Se declaran válidas las inscripciones de defunción que hubieren sido practicadas por Oficiales del Registro Civil, por el personal designado al efecto por el Conservador del Registro Civil o por autoridades militares, respecto de personas identificadas, aun cuando no se hubieren llenado las formalidades que la ley prescribe para efectuarlas.

Artículo 3º. Exímese de responsabilidad penal a las personas que hubieren sepultado cadáveres de víctimas del terremoto en algún lugar de los territorios de que en esta ley se trata.

Artículo 4º. Las declaraciones de muerte por desaparecimiento que corresponda practicar en las provincias indicadas en el artículo 1º, se harán con sujeción a las disposiciones del Código Civil, y en especial a la del Nº 7º del artículo 81 (que trata de la persona que recibió una herida grave en la guerra, o le sobrevino otro peligro semejante, no sabiéndose más de ella) de ese cuerpo de leyes; pero reduciéndose a dieciocho meses el plazo que establece, y fijándose, además, el día 24 de enero de 1939, como fecha del fallecimiento.

Artículo 5º. Esta ley regirá desde la fecha de su publicación en el Diario Oficial.

591. Leyes dictadas con motivo de los terremotos de los días 21 y 22 de mayo de 1960 y de 28 de marzo de 1965

La Ley Nº 13.959, de 4 de julio de 1960, estableció una serie de medidas jurídicas en beneficio de las provincias dañadas con los terremotos de los días 21 y 22 de mayo de 1960. En su artículo 8º dicha ley dispone:

"La muerte presunta de las personas desaparecidas con ocasión de los sismos del mes de mayo de 1960 o de sus consecuencias en las provincias a que se refiere el artículo 1º (provincias de Ñuble, Arauco, Biobío, Malleco, Cautín, Valdivia, Osorno, Llanquihue y Chiloé), se declarará con sujeción a las disposiciones del Código Civil, y en especial a la del Nº 7º del artículo 81 de ese cuerpo de leyes con las siguientes modificaciones:

a) La citación del desaparecido se hará mediante un aviso publicado por una vez en el Diario Oficial correspondiente a los días primero o quince, o al día siguiente, si no se ha publicado el diario en las fechas indicadas y por dos veces en un periódico de la cabecera del departamento, o de la cabecera de la provincia, si en aquél no lo hay, corriendo no menos de un mes entre estas dos publicaciones. El juez podrá, además, ordenar la publicación de un aviso en un diario de Santiago, y

b) El plazo de cinco años a que se refiere el número 7º del citado artículo 81 se reducirá a doce meses.

Todas las gestiones, trámites y actuaciones a que dieren lugar las declaraciones de muerte presunta a que se refiere el presente artículo, gozarán de privilegio de pobreza, por el solo ministerio de la ley".

El artículo 4º de las disposiciones transitorias de la Ley Nº 16.282 establece normas especiales sobre muerte presunta de los desaparecidos con motivo del sismo de 28 de marzo de 1965. Antes, la Ley Nº 15.631, de 13 de agosto de 1964, había consagrado algunas modificaciones para el caso de las personas desaparecidas en Coñaripe, provincia de Valdivia.

592. Muerte presunta en casos de sismos o catástrofes

La experiencia de las leyes especiales determinó la dictación de una ley permanente que fija normas para los casos de sismos o catástrofes que se produzcan en el país y para la reconstrucción de la zona afectada por el sismo de 28 de marzo de 1965. Dicha ley es la número 16.282, de 28 de julio de 1965; ha sufrido diversas modificaciones, la última de las cuales está constituida por el D.F.L. Nº 1 (del Ministerio del Interior), publicado en el Diario Oficial el 15 de mayo de 1971. Pues bien, el artículo 18 de la Ley Nº 16.282 ordenó agregar el Nº 9º al artículo 81 del Código Civil; ese número 9º dice:

"Después de un año de ocurrido un sismo o catástrofe que provoque o haya podido provocar la muerte de numerosas personas en determinadas poblaciones o regiones, cualquiera que tenga interés en ello podrá pedir la declaración de muerte presunta de los desaparecidos que habitaban en esas poblaciones o regiones.

En este caso, la citación de los desaparecidos se hará mediante un aviso publicado por una vez en el Diario Oficial correspondiente a los días primero o quince, o al día siguiente hábil, si no se ha publicado en las fechas indicadas, y por dos veces en un periódico de la cabecera del departamento o de la provincia si en aquél no lo hubiere, corriendo no menos de quince días entre estas dos publicaciones. El juez podrá ordenar que por un mismo aviso se cite a dos o más desaparecidos.

El juez fijará como día presuntivo el del sismo, catástrofe o fenómeno natural y concederá inmediatamente la posesión definitiva de los bienes de los desaparecidos, pero será de rigor oír al Defensor de Ausentes".

Derecho Comparado

593. Referencias a los sistemas

Todas las legislaciones se preocupan de los bienes del desaparecido, aunque no siguen el mismo sistema.

Algunas, como la alemana y la chilena, adoptan el sistema de la muerte presunta como una institución de orden general. Pero otras, al estilo de la francesa, si bien regulan la suerte de los bienes del desaparecido en forma muy semejante a la de nuestro Código, incluyendo también la posesión

definitiva de los bienes que se da a los herederos presuntivos, no llegan hasta declarar muerto presunto al ausente, sino en casos excepcionales, como los de guerra y accidentes de aviación.

Sin embargo, en Francia, al lado de la institución de la ausencia, que supone la no presencia del individuo en su domicilio sin dejar ni dar después noticias suyas, se ha establecido la declaración judicial de fallecimiento para los casos en que éste se ha producido y el cadáver no ha podido encontrarse o el individuo ha desaparecido en circunstancias de naturaleza tal que han puesto en peligro su vida. La declaración judicial de muerte se estatuyó por primera vez por una ordenanza de 30 de octubre de 1945, que modificó los artículos 87 a 92 del C. Civil; más tarde, una ordenanza de 23 de agosto de 1958 volvió a reformar esos artículos y agilizó más el nuevo instituto.

593-A. BIBLIOGRAFÍA

C. VERGARA BRAVO, *La muerte presunta*, Mem. de Lic., Santiago, 1917.

R. STRAPPA, *Noción de la ausencia en el Código Civil y sus efectos jurídicos*, Mem. de Lic., Santiago, 1945.

J. SERRANO Y SERRANO, *La ausencia, Madrid*, 1943.

GABRIEL MORGAN L., *La ausencia en el Derecho Civil*, Mem. de Lic. (U. Católica de Chile), Santiago, 1967.

CAPITULO XXVIII

ATRIBUTOS DE LAS PERSONAS NATURALES

A. GENERALIDADES

594. Concepto y enumeración de dichos atributos

La teoría clásica llama atributos de la personalidad a ciertos elementos necesariamente vinculados a toda persona e indispensables para el desenvolvimiento de ella como sujeto de derechos.

Esos atributos son propios tanto de las personas naturales como de las morales o jurídicas, con ciertas salvedades. Se reducen a los siguientes:

1) La capacidad de goce;
2) La nacionalidad;
3) El nombre;
4) El estado civil (del cual carecen las personas jurídicas);
5) El domicilio, y
6) El patrimonio.

En esta parte de la obra trataremos los atributos sólo con respecto a las personas naturales; con respecto a las personas jurídicas, los analizaremos cuando de ellas nos ocupemos en especial.

B. LA CAPACIDAD DE GOCE

595. Referencia

Dijimos en otro lugar que la capacidad es "la aptitud de una persona para adquirir derechos y poderlos ejercer por sí misma".

De esta definición se desprende, añadimos, que la capacidad puede ser de goce o adquisitiva y de ejercicio.

La capacidad de goce, que también se llama capacidad jurídica, es la aptitud de una persona para adquirir derechos.

La capacidad de ejercicio, denominada también capacidad de obrar, es la aptitud para ejercer los derechos por sí mismo, o, como dice el Código Civil, el poder obligarse por sí mismo, y sin el ministerio o autorización de otro (art. 1445, inciso 2º).

596. Capacidad de goce y personalidad

Persona es todo ente dotado de capacidad de goce, y ésta es atributo característico y exclusivo de las personas. Los conceptos de personalidad y capacidad de goce se implican recíprocamente: no hay persona sin capacidad de goce, y capacidad de goce sin persona.

597. No hay incapacidades de goce generales

Por lo anteriormente dicho, no existen seres humanos desprovistos en absoluto de la capacidad de goce. Privar a un ser humano de la capacidad para adquirir todo derecho, sería borrarlo del número de las personas.

Al estudiar los actos jurídicos volveremos a ocuparnos de la capacidad de goce y también de la de ejercicio.

C. NACIONALIDAD

Generalidades

598. Definición

La nacionalidad, desde el punto de vista jurídico, es el vínculo que liga una persona a un Estado determinado.

599. Derechos y obligaciones recíprocos entre el Estado y sus nacionales

El vínculo de la nacionalidad establece derechos y obligaciones recíprocos. "El Estado debe a sus nacionales la protección de sus leyes y de sus magistrados, les reconoce ciertos derechos civiles y políticos y se encarga de hacerlos respetar. En cambio, el Estado tiene el derecho de exigir a sus nacionales, aun expatriados, la observación rigurosa de las leyes; de gobernar por estas leyes su capacidad, sus relaciones de familia y castigarlos por las infracciones que hayan cometido a la distancia; puede obligarlos a participar en los cargos públicos y en la defensa del territorio".

600. Nacionalidad y ciudadanía

No debe confundirse la nacionalidad con la ciudadanía. Esta última es la que habilita para ejercer los derechos políticos y, especialmente, el derecho a sufragio. La Constitución chilena dice que la calidad de ciudadano otorga los derechos de sufragio, de optar a cargos de elección popular y los demás que la misma Carta Fundamental o la ley confieran (Constitución, art. 13, inc. 2º).

601. Nuestro Código Civil no reglamenta la nacionalidad

Al revés del Código de Napoleón, el Código Civil de Bello no reglamenta la nacionalidad. Comprendió que si bien ella tenía alguna importancia en el campo del Derecho Privado, mayor la tenía dentro del Derecho Público. Por eso dejó sometida la materia a la Constitución Política, limitándose a decir que son chilenos los que la Constitución declara tales y que los demás son extranjeros (artículo 56).

Actualmente, en la mayor parte de los países, la nacionalidad se reglamenta en la Carta Fundamental o en leyes especiales.

602. Chilenos y extranjeros

Como acabamos de recordar, el Código Civil chileno dice espartanamente, como corresponde en su esfera, que son chilenos los que la Constitución del Estado declara tales. Los demás son extranjeros (art. 56).

Extranjero (del latín extraneus, extraño, extranjero) es palabra que en castellano se escribe como ahora desde comienzos del siglo XVII. La emplea, por ejemplo, el jesuita Juan de Mariana en su Historia de España (Toledo, 1601). En general, como sustantivo denota al que es o viene de país

extraño. El primer Diccionario de la Real Academia Española, el llamado de Autoridades (publicado en el curso de los años 1726 a 1739), dice que "extrangero (con "g" en esos tiempos), usado como sustantivo se toma por el que no es de aquella tierra y país donde está y donde vive".

En la doctrina jurídica suele decirse que extranjero es la persona que transitoria o permanentemente se encuentra en un país distinto del suyo de origen o de adopción o que es apátrida (sin patria o nacionalidad). No se consideran extranjeros aquellos que se naturalizan o, como decimos en Chile, se nacionalizan en el país en que están, esto es, que adoptan formalmente la nacionalidad de éste.

603. Reglas fundamentales del Derecho Internacional en cuanto a la nacionalidad

Tradicionalmente el Derecho Internacional consagra tres reglas fundamentales relativas a la nacionalidad. En seguida las analizamos.

1º La nacionalidad no se impone. El Estado no puede prohibir a sus nacionales la renuncia, bajo algunas condiciones, de la nacionalidad de origen o de elección. Llenando las condiciones legales, cualquier individuo puede renunciar a su nacionalidad.

2º Todo individuo debe tener una nacionalidad. "La sociedad civil –observa el tratadista de Derecho Internacional Privado Weiss–, para constituirse y para funcionar regularmente, necesita del concurso de los individuos. A su vez, a éstos les es preciso, para la satisfacción completa de sus necesidades, el concurso de sus semejantes. Así, pues, todo individuo debe pertenecer a un grupo social, más o menos denso, dentro del cual desarrollará sus actividades. De aquí se infiere que todo individuo ha de poseer una nacionalidad".

Empero, hay individuos que legalmente carecen de patria, como por ejemplo, los que han perdido su nacionalidad primitiva sin adquirir una nueva. Estas personas que carecen de nacionalidad se llaman, dentro del Derecho Internacional, apátridas (sin patria).

Ahora bien, hay casos en que debe aplicarse la ley nacional del sujeto; pero como esto no puede hacerse con los apátridas, el Derecho Internacional Privado indica algunos medios para salvar la dificultad. Y así, en algunos países se aplica a los apátridas la ley del último país a que han pertenecido, o la ley del domicilio, o la de la residencia (Ley de Introducción del Código Civil Alemán, artículo 20; Código Civil Japonés, artículo 8º).

Algunas convenciones internacionales procuran evitar la apatridia y paliar sus efectos, porque no es natural ni justo que haya personas sin nacionalidad alguna.

3º Nadie puede tener más de una nacionalidad. Así como no se puede tener dos madres, ha dicho Proudhon, tampoco se puede tener dos patrias. Podría contestarse, sin embargo, que se puede tener una madre biológica o de nacimiento y otra adoptiva, sobre todo hoy en que la regla admite excepciones y se concibe, en algunos casos, la doble nacionalidad.

La antigua regla de que nadie puede tener más de una nacionalidad, se fundamenta diciendo que la nacionalidad impone ciertos deberes, y como los intereses de los Estados pueden encontrarse en oposición, los deberes de los súbditos de diversos Estados pueden ser opuestos entre sí; y en el supuesto de admitirse que un mismo individuo puede ser nacional de dos o más Estados se llegaría a la conclusión de que aquél estaría obligado al cumplimiento de deberes contradictorios e incompatibles los unos con los otros.1

Doble o múltiple nacionalidad. Sucede, sin embargo, que por la diferencia de legislaciones una misma persona puede tener más de una nacionalidad. Ejemplo: Un hijo de alemanes nacido en Chile, es alemán, porque en conformidad a la legislación de ese país, los hijos de padres alemanes siguen la nacionalidad de éstos; y es también chileno, porque, salvas las excepciones legales, lo es todo individuo nacido en el territorio de Chile (Constitución, artículo 10, Nº 1º).

Pero estas personas que tienen más de una nacionalidad, sólo pueden hacer valer una de ellas, y esa nacionalidad será la que determinen las leyes del Estado en que el conflicto se plantea o, en defecto de éstas, la que señalen las normas de Derecho Internacional. Nuestra jurisprudencia ha dicho al respecto: "El conflicto que en Derecho Internacional Privado se llama de la doble o múltiple nacionalidad surge cuando cada una de las legislaciones de Estados diversos establece para sí la calidad de nacional respecto de un mismo individuo. El intérprete en este caso debe buscar la solución del conflicto primeramente en las leyes positivas del Estado cuya soberanía representa y en defecto de esas leyes en

las normas generales reconocidas por el Derecho Internacional.2

El conflicto de la doble nacionalidad puede surgir por diversas causas, y si no existe una ley expresa que lo resuelva, la solución deberá buscarse atendiendo a la causa específica. El Derecho Internacional Privado se encarga de dar pautas al respecto.

Pero en nuestros tiempos la doble nacionalidad no deriva sólo de una pugna de legislaciones; también hay casos en que, por excepción, se reconoce la doble nacionalidad y se la deja imperar, cada una en el respectivo país de manera que no se produzca una situación conflictiva. Nuestra Constitución reconoce la calidad de chilenos a los extranjeros que, renunciando expresamente a su nacionalidad, obtienen carta de nacionalización en conformidad a la ley. Sin embargo, no exige esta renuncia a los nacidos en país extranjero que, en virtud de un tratado internacional, concede este mismo beneficio a los chilenos (art. 10, Nº 4º, inciso 1º).

Algunos países no tienen reparo en conceder su nacionalidad a extranjeros sin imponerles explícita ni implícitamente que renuncien a su nacionalidad anterior y formalmente, sin necesidad de tratado, respetan la otra nacionalidad. Así sucede con Canadá. Los pasaportes que otorga dicho Estado resumen en pocas palabras la situación; dicen: "Los canadienses pueden tener otra nacionalidad, sea por el hecho de nacimiento, de origen, de matrimonio o de naturalización. Aquellos que se dirigen al país de su otra nacionalidad pueden estar sometidos a todas las leyes y obligaciones de ese país, y especialmente al servicio militar".

Cabe preguntar si un canadiense podría pretender nacionalizarse en Chile sin renunciar a su nacionalidad alegando que, aunque no hay tratado, conforme a las leyes generales de su país los chilenos gozan de ese beneficio allá. Creemos que no, porque la Carta Fundamental nuestra requiere en esta materia la existencia de un tratado internacional, y las normas constitucionales son de interpretación estricta.

604. Nacionalidad de origen y nacionalidad de elección

La nacionalidad depende del nacimiento y de la elección.

La primera, llamada de origen, se adquiere por el hecho de nacer, y a ella permanece ligada la persona mientras no adquiera otra.

La nacionalidad de elección es la que obtiene un individuo mediante la "naturalización" o "nacionalización", que más adelante estudiaremos.

605. Sistemas para determinar la nacionalidad de origen

Las diversas legislaciones siguen tres sistemas para determinar la nacionalidad de origen: el del jus sanguinis, el del jus soli y un tercero, que consiste en la combinación de los otros dos (sistema mixto).

Conforme al sistema del jus sanguinis, que viene desde el Derecho Romano, es nacional de un Estado el individuo cuyos padres son nacionales de ese Estado, aunque aquél haya nacido en el extranjero.

Según el sistema del jus soli, cuya raíz se remonta a la época feudal, es nacional de un Estado todo individuo nacido dentro del territorio de ese Estado, aun cuando los padres sean extranjeros.

Como uno y otro sistema ofrecen inconvenientes, la mayor parte de las legislaciones combina los dos, adoptando un sistema mixto, aunque en unas prevalece el "jus sanguinis" y en otras el "jus soli". Lo primero sucede en las legislaciones de los países europeos; lo segundo, en las legislaciones de los países americanos.

Esta diferencia se explica. A los Estados de los cuales salen emigrantes les conviene que los hijos de éstos nacidos en otros territorios queden vinculados a la patria ancestral porque así ella puede exigirles el cumplimiento de ciertas importantes obligaciones derivadas de la nacionalidad, como, por ejemplo, la de defender el suelo y los intereses nacionales en caso de guerra con otros Estados. Por el contrario, a los países que reciben emigrantes les interesa que los hijos de los mismos nacidos en sus territorios adquieran la nacionalidad de esos países para que incrementen la población nativa, se eviten conflictos de leyes y puedan exigirse a dichos hijos todas las obligaciones anexas a la nacionalidad.

Adquisición de la nacionalidad chilena

606. Quiénes son chilenos

La Constitución indica, en el artículo 10, quiénes son chilenos. A continuación veremos cada caso en particular.

607. 1º Son chilenos los nacidos en el territorio de Chile (jus soli)

La palabra "territorio" está tomada aquí en el sentido que le da el Derecho Internacional. Según esto, son chilenos por nacimiento o de origen:

a) Los individuos que hubieren nacido en el territorio que materialmente comprende la República de Chile;

b) Los que hubieren nacido en buques o aeronaves de guerra chilenos, en cualquier parte que éstos se encuentren;

c) Los que hubieren nacido a bordo de naves mercantes chilenas, surtas en aguas de la República o en alta mar;

d) Los que nacen en buques mercantes extranjeros surtos en aguas territoriales chilenas;

e) Los nacidos a bordo de una aeronave mercante chilena o extranjera que navegare en el espacio atmosférico que cubre el territorio que materialmente comprende la República y sus aguas territoriales;

f) Los que hubieren nacido a bordo de una aeronave mercante chilena que navegue en el espacio atmosférico que cubre la alta mar, y

g) Los individuos que, nacidos en la casa de un agente diplomático chileno, residente en el extranjero, o en la legación chilena existente en el extranjero, gozaren de este derecho con arreglo a los principios del Derecho Internacional.

El principio del "jus soli" consagrado en la primera parte del Nº 1 del artículo 10 de la Constitución sufre excepciones, pues la segunda parte de este precepto dice: "…con excepción de los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su Gobierno, y de los hijos de extranjeros transeúntes, todos los que, sin embargo, podrán optar por la nacionalidad chilena".

El Decreto Nº 5.142 (Ministerio del Interior) de 13 de octubre de 1960, publicado en el Diario Oficial de 29 de octubre de 1960, fija el estatuto legal definitivo sobre nacionalización de extranjeros.3 Y en su artículo 10 reglamenta el procedimiento para la opción entre la nacionalidad chilena y una extranjera. Dispone:

"Los nacidos en el territorio de Chile que, siendo hijos de extranjeros que se encuentren en el país en servicio de su Gobierno, o hijos de extranjeros transeúntes, resolvieren optar por la nacionalidad chilena conforme al artículo 5º (Hoy 10), Nº 1º, de la Constitución, deberán hacerlo mediante una declaración en que manifiesten que optan por la nacionalidad chilena. Dicha declaración deberá hacerse en el plazo fatal de un año, contado desde la fecha en que el interesado cumpla veintiún años de edad, y ante el Intendente o Gobernador respectivo, en Chile, o el Agente Diplomático o Cónsul de la República en el extranjero, y después de acreditar fehacientemente que el interesado se encuentra en alguno de los casos consignados en el artículo 5º, Nº 1º, de la Constitución" (correspondiente al artículo 10, Nº 1º, de la Constitución de 1980).

"Estos funcionarios remitirán inmediatamente las declaraciones en referencia al Ministerio del Interior para que sean anotadas en el Registro que se lleva en la sección respectiva.

"El documento en que se deje testimonio del acto deberá llevar el mismo derecho que las cartas de nacionalización".4

608. 2º Hijos de chilenos nacidos en el extranjero que siguen la nacionalidad de sus padres (jus sanguinis)

Según la Constitución son chilenos "los hijos de padre o madre chilenos nacidos en territorio

extranjero, hallándose cualquiera de éstos en actual servicio de la República, quienes se considerarán para todos los efectos como nacidos en el territorio chileno" (art. 10, Nº 2º).

También "son chilenos los hijos de padre o madre chilenos, nacidos en territorio extranjero, por el solo hecho de avecindarse por más de un año en Chile" (Constitución, art. 10, Nº 3º).

Menester es haber nacido en territorio chileno para ser elegido Presidente de la República (Constitución, artículo 25).

609. 3º Son chilenos los extranjeros que obtuvieren carta de nacionalización

El número 4º del artículo 10 de la Constitución dice que son chilenos "los extranjeros que obtuvieren carta de nacionalización en conformidad a la ley, renunciando expresamente a su nacionalidad anterior. No se exigirá esta renuncia a los nacidos en país extranjero que, en virtud de un tratado internacional, conceda este mismo beneficio a los chilenos. Los nacionalizados en conformidad a este número tendrán opción a cargos públicos de elección popular sólo después de cinco años de estar en posesión de sus cartas de nacionalización".

El otorgamiento, la denegación y la cancelación de las cartas de nacionalización están reglamentados, como ya expresamos, por el Decreto Nº 5.142 (Ministerio del Interior), de 13 de octubre de 1960. Dicho decreto, conforme a la autorización legislativa, fija el texto refundido de todas las disposiciones legales vigentes sobre nacionalización de extranjeros. Con posterioridad ha sufrido algunas modificaciones.5

En síntesis, los requisitos para obtener carta de nacionalización son los siguientes: a) haber cumplido veintiún años de edad; b) tener más de cinco años de residencia continuada en el territorio de la República y que sean titulares del permiso de residencia definitiva; c) renunciar a la nacionalidad de origen o a cualquiera otra adquirida (se sobreentiende que esta renuncia no rige en el caso de excepción a que anteriormente se ha hecho referencia; d) no tener las inhabilidades que señala el texto legal sobre nacionalización de extranjeros para obtener esta gracia: incapacidad para ganarse la vida; estar condenado o actualmente procesado por simples delitos o crímenes, hasta que se sobresea definitivamente respecto al peticionario; etc. (Decreto Nº 5.142, art. 2º, inc. 1º, y art. 3º). En cuanto a la edad de veintiún años exigida, hay una excepción: puede otorgarse carta de nacionalización a los hijos de padre o madre chilenos nacionalizados, que hayan cumplido 18 años de edad y que reúnan los demás requisitos que se han mencionado para obtener carta de nacionalización (Decreto Nº 5.142, artículo 2º, inc. 3º).

La nacionalización debe otorgarse por el Presidente de la República, en decreto refrendado por el Ministro del Interior (Decreto Nº 5.142, art. 1º). Y el decreto que deniegue la carta de nacionalización ha de ser siempre fundado y firmado por el Presidente de la República (Decreto Nº 5.142, art. 7º).

610. 4º Son chilenos los que obtuvieren especial gracia de nacionalización por ley (Constitución, artículo 10, Nº 5º)

Esta forma de nacionalización, que tiene la particularidad de no hacer perder la nacionalidad de origen o cualquiera otra que el individuo posea, se concede a los extranjeros que han prestado grandes servicios al país. Por el alto honor que implica, se llama también "gran naturalización"; el primero que la obtuvo en Chile, y nada menos que por determinación del Director Supremo don Bernardo O'Higgins, fue el educador inglés don Diego Thompson, que desarrolló una provechosa labor en la enseñanza de nuestro país. Después alcanzaron ese honor otros extranjeros ilustres: Andrés Bello, José Joaquín de Mora, Claudio Gay, Ignacio Domeyko, el principal autor de nuestro Código de Comercio, el argentino don Gabriel Ocampo, el médico francés don Lorenzo Sazié, etc. Al biólogo italiano don Juan Noé y a sus hijos nacidos en el extranjero se les concedió la nacionalidad chilena como homenaje póstumo al primero por los "grandes servicios que prestó al país" (Ley Nº 8.951, de 9 de junio de 1948). Por Ley Nº 17.684, de 14 de julio de 1972, se concedió "al Padre Gustavo Le Paige la nacionalidad chilena en reconocimiento de la gran obra realizada en beneficio de Chile".

Pérdida de la nacionalidad chilena

611. Causales

El artículo 11 de la Constitución señala las causales por las cuales se pierde la nacionalidad chilena. A continuación las estudiamos en párrafos separados.

612. 1º Nacionalización en país extranjero

La nacionalidad chilena se pierde por nacionalización en país extranjero. Sin embargo, no pierden su nacionalidad los chilenos en el caso en que adquieren la nacionalidad de un Estado con el cual Chile ha celebrado un tratado que permite a los nacionales de uno y otro país adquirir la respectiva nacionalidad extraña sin renuncia de la nacionalidad anterior. Tampoco los chilenos pierden su nacionalidad chilena en el caso en que, a causa de disposiciones constitucionales, legales o administrativas del Estado en cuyo territorio residan, adopten la nacionalidad extranjera como condición de su permanencia en él, o de igualdad jurídica en el ejercicio de los derechos civiles con los nacionales del respectivo país (Constitución, art. 11, Nº 1º).

Observemos que por derechos civiles se entiende en general aquellos derechos que la ley concede para la realización de un interés privado del sujeto. Hállanse en contraposición a los derechos públicos que, como los políticos, se otorgan para la realización de un interés público.

613. 2º Prestación de servicios durante una guerra exterior a enemigos de Chile o de sus aliados

En este caso, para perder la nacionalidad chilena, es necesario que un decreto supremo declare la pérdida por la causal señalada (Constitución, art. 11, Nº 2º).

614. 3º Delitos contra la dignidad de la patria o los intereses esenciales y permanentes del Estado

La nacionalidad chilena se pierde también por sentencia judicial condenatoria por delitos contra la dignidad de la patria o los intereses esenciales y permanentes del Estado, así considerados por ley aprobada con quórum calificado. En estos procesos los hechos han de apreciarse siempre en conciencia (Constitución, art. 11, Nº 3º).

De acuerdo con los términos constitucionales es necesario, para que la causal opere, que haya una ley de quórum calificado que tipifique, o sea, describa y caracterice los delitos contra la dignidad de la patria o los intereses esenciales y permanentes del Estado. Y esto es razonable porque de lo contrario entraría en juego, con todos sus peligros, el subjetivismo de los jueces.

Que los hechos han de apreciarse en conciencia quiere decir que han de examinarse y valorarse conforme a un criterio recto, imparcial, lógico y equitativo.

615. 4º Cancelación de la carta de nacionalización

La nacionalidad chilena se pierde por cancelación de la carta de nacionalización (Constitución, art. 11, Nº 4º).

Se comprende que existan casos en que una persona que ha obtenido la carta de nacionalización por parte del Gobierno de Chile, se haga indigna de este beneficio y entonces procede la cancelación de esa carta, cancelación que debe efectuarse por decreto supremo fundado que lleve la firma del Presidente de la República, previo acuerdo del Consejo de Ministros (Decreto Nº 5.142, citado

anteriormente, artículos 3º y 8º).

616. 5º Revocación de la nacionalización concedida por gracia

Finalmente la nacionalidad chilena se pierde por ley que revoque la nacionalización concedida por gracia (Constitución, art. 11, Nº 5º). Es posible que un extranjero que haya recibido la mentada distinción cometa hechos contrarios a su graciosa patria, y nada más justo entonces que se le revoque el honorífico beneficio, y se haga por ley, estricto requisito acorde con la gravedad de la medida contra una persona extranjera que antes se honró.

617. La nacionalización automática en país extranjero no hace perder la nacionalidad chilena

La nacionalización en país extranjero puede obtenerse mediante una manifestación de voluntad expresa, como es la petición de la carta de nacionalización, o puede adquirirse sin dicha manifestación, como consecuencia de un acto al que la ley de un país le da la virtud de cambiar la nacionalidad de la persona que lo realiza. Por ejemplo, en algunos países se dispone que la extranjera que se casa con un nacional, sigue la condición de su marido, pasa a tener la nacionalidad de éste.

Ahora bien, es indudable que la nacionalidad chilena se pierde por la nacionalización en país extranjero que resulta del requerimiento expreso del interesado; en otros términos, el chileno que pide y obtiene carta de nacionalización de un país extranjero, pierde la nacionalidad chilena. Pero, ¿se perderá también la nacionalidad chilena por el solo hecho de la adquisición de otra que se obtiene no por expresa petición, sino como consecuencia de un acto que por mandato de la ley extranjera atribuye la nacionalidad de ese país?

Nuestra Corte Suprema6 ha sostenido que "el precepto del artículo de la Constitución Política que establece que la nacionalidad chilena se pierde por nacionalización en país extranjero, resulta obscuro al lado de los que le preceden, que indican los únicos títulos para nacionalizarse en Chile, a saber: carta de nacionalización y gracia de nacionalización por la ley, y, como no se encuentran en las fuentes de que se derivan las disposiciones de nuestra Carta Fundamental, antecedentes que permitan precisar el alcance de aquel precepto, fuerza es interpretarlo siguiendo las reglas establecidas al efecto, conforme al sentido que mejor se armonice con el mismo cuerpo de leyes o con el espíritu general de la legislación".

"Si la Constitución impone determinadas formalidades para que un extranjero adquiera la nacionalidad chilena, no puede permitir que un chileno pierda la suya sin la concurrencia de iguales requisitos y, en especial, del que preside esencialmente los actos de nacionalización en Chile: la manifestación expresa de la voluntad de abandonar la nacionalidad de origen para adquirir una distinta; o, en otros términos, el concepto de nacionalización en país extranjero sólo debe ser tomado en el sentido que nuestras leyes le dan".

"Si hubiera de aceptarse que la nacionalidad se pierde por cualquier motivo que las leyes de otros países tengan establecido o establecieren para la nacionalización de los extraños que cayeren bajo su imperio, en desarmonía con las exigencias impuestas a los extranjeros que manifiestan su voluntad de cambiar su nacionalidad por la chilena, ello importaría atribuir efecto en Chile a leyes extranjeras".

"La nacionalización en país extranjero establecida en la Constitución, como causal para que se pierda la nacionalidad chilena, requiere formalidades equivalentes a las que la misma Carta Política exige para la nacionalización de un extranjero en Chile, sin que a ello obste la disposición legal de otro país en que se establece que: la extranjera que se case con un nacional seguirá la condición de su marido".

En consecuencia, la mujer chilena no pierde su nacionalidad por el hecho de casarse con un extranjero cuyo país dispone que la mujer sigue la nacionalidad del marido.

En la Constitución de 1980 el contexto de las disposiciones que versan sobre la adquisición y la pérdida de la nacionalidad chilena (artículos 10 y 11) demuestra que los chilenos para perder su nacionalidad deben renunciar expresamente a ésta, sin que sean valederas las renuncias presuntas.

618. Readquisición de la nacionalidad chilena

Los que hubieren perdido la nacionalidad chilena por cualquiera de las causales que hemos visto, señaladas en el artículo 11 de la Carta Fundamental, sólo podrán ser rehabilitados por ley (Constitución, artículo 11, último inciso). Y la rehabilitación puede ser en forma póstuma, como lo hizo la Ley Nº 18.979, de 11 de mayo de 1990, respecto de don Orlando Letelier del Solar.

619. Recurso contra la determinación de la autoridad administrativa que priva a una persona de su nacionalidad chilena o se la desconoce

La persona afectada por acto o resolución de autoridad administrativa que la prive de su nacionalidad chilena o se la desconozca tiene derecho a recurrir, por sí o por cualquiera a su nombre, dentro del plazo de treinta días, ante la Corte Suprema. Esta conoce de la cuestión como jurado y en tribunal pleno. La interposición del recurso suspende los efectos del acto o resolución en contra de la cual se hace valer el recurso (Constitución, art. 12).

Derechos de los extranjeros

620. Breve noticia histórica

En los pueblos teocráticos de la antigüedad se negaba la personalidad jurídica del extranjero. Razón: el nacional era un ser elegido de la divinidad, protegido por la religión, de la cual se derivaban todos los derechos; el extranjero era un ser impuro, que no participaba de la religión y que, por lo mismo, no poseía derechos.7

Los pueblos comerciantes y conquistadores, como los griegos, consagraron principios más equitativos; pero siempre subsistieron grandes diferencias entre el nacional y el extranjero.

En el Derecho Romano, la legislación de los primeros tiempos era exclusivista respecto de los extranjeros; pero después las costumbres y las necesidades del comercio suavizaron bastante su desmedrada situación.

Los bárbaros, que alzaron su dominación sobre las ruinas del Imperio Romano, hicieron retroceder el avance del derecho en éste como en otros puntos. Consideraron al extranjero como un elemento del todo extraño, colocado más allá de la comunidad jurídica y social.

Bajo el régimen feudal, imperó el mismo criterio de aversión hacia los extranjeros; se equiparó la condición de éstos con la de los siervos, que soportaban todas las cargas y no gozaban sino de escasas garantías. La incapacidad más importante para el extranjero era la que se designaba con el nombre de derecho de albana o albinagio (con la palabra albana denotábase a los extranjeros). Consistía en que el extranjero no podía recibir ni transmitir una sucesión; a su muerte los bienes que le pertenecían pasaban al señor feudal. Este derecho, que en un principio fue de los señores feudales, pasó en Francia después a los reyes.

En una época posterior, el derecho de albana fue sustituido por el derecho de detractación, que era un impuesto sobre el valor de la sucesión dejada por un extranjero.

La Revolución Francesa abolió los derechos del albinagio y de detractación e impulsó grandemente, con sus ideas de igualdad y de fraternidad, la evolución jurídica hacia una perfecta asimilación de nacionales y extranjeros. Sin embargo, el Código de Napoleón no aceptó en toda su integridad el principio de la igualdad civil entre unos y otros.

621. Los extranjeros en la legislación chilena

El artículo 56, después de decir que son chilenos los que la Constitución del Estado declara tales, agrega: “Los demás son extranjeros”. Tienen, pues, este carácter todos aquellos que no son chilenos.

Entran, por lo tanto, en este calificativo no sólo los nacionales de otro Estado, sino los chilenos de

origen o naturalizados que han perdido la nacionalidad y todos aquellos que carecen de una nacionalidad determinada (apátridas).

Para estudiar la situación de los extranjeros dentro de nuestra legislación, es preciso distinguir entre derechos públicos y privados o civiles.

622. Derechos públicos

Los derechos políticos, que son los principales derechos públicos, son aquéllos en cuyo ejercicio va envuelta parcialmente la soberanía. Consisten en la facultad de elegir y ser elegido para cargos de representación popular, para participar en plebiscitos y otras formas de consulta popular y para integrar jurados.

Estos derechos constituyen la ciudadanía. De acuerdo con el artículo 13 de la Constitución, "son ciudadanos los chilenos que hayan cumplido dieciocho años de edad y que no hayan sido condenados a pena aflictiva. La calidad de ciudadano otorga los derechos de sufragio, de optar a cargos de elección popular y los demás que la Constitución o la ley confieran".

Sin embargo, el artículo siguiente agrega: "Los extranjeros avecindados en Chile por más de cinco años, y que cumplan con los requisitos señalados en el inciso primero del artículo 13 (tener cumplidos dieciocho años y no haber sido condenado a pena aflictiva), podrán ejercer el derecho de sufragio en los casos y formas que determina la ley".

Los extranjeros gozan también dentro del Derecho Público, de las garantías individuales, es decir, de los derechos que tiene el individuo en relación con la sociedad y el Estado considerado como poder público. La Constitución Política asegura dichas garantías no sólo a los nacionales, sino "a todas las personas" (artículo 19).

623. Derechos privados o civiles; principio

Los derechos privados o civiles son los que se fundan en las normas del derecho privado,8 o sea, los que la ley concede para la realización de un interés privado del sujeto.

Con respecto a ellos, nuestro Código Civil consagra un amplio principio de igualdad entre chilenos y extranjeros. Dice, en efecto, que "la ley no reconoce diferencia entre el chileno y el extranjero en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regla este Código" (artículo 57).

De manera que la regla general en nuestro Derecho es que la nacionalidad no ejerce influencia en la adquisición y goce de los derechos civiles.

624. Excepciones a la regla de igualdad civil entre el chileno y el extranjero

Véanse estas excepciones, señaladas con este mismo título lateral, en el Nº 397.

D. EL NOMBRE

624-a. Definición y función

El nombre de las personas se define como la palabra o palabras que sirven legalmente para distinguir a una de las demás:

"La misión es procurar la identificación y la individuación de las personas; puede considerarse como una etiqueta colocada sobre cada uno de nosotros. Todo individuo representa una suma de derechos y obligaciones, un valor jurídico, moral, económico y social, y es de importancia que este valor aparezca al solo enunciado de un nombre, sin equívoco, sin confusión posible". "Nuestro nombre –ha dicho el conocido escritor francés Paul Bourget– somos nosotros mismos, es nuestro honor en los labios y en el pensamiento de los demás".9 "Preciso es evitar que un individuo pueda aparentar en forma

falsa cualidades que no posee, como, por ejemplo, el crédito de que otro goza. Resulta indispensable que la personalidad de cada cual se destaque de todas las otras. Gracias al nombre, esta necesidad se logra".10

El nombre es verdaderamente un atributo esencial, primordial de la personalidad, a la cual preserva de toda confusión y protege contra cualquiera usurpación.11

1. Breve noticia histórica

625. Antigüedad

El nombre, entre los pueblos primitivos, era único e individual; cada persona llevaba sólo uno y no lo transmitía a sus descendientes. Esta costumbre perduró mucho tiempo en algunos pueblos, principalmente entre los griegos (Leonidas, Aristóteles, Platón) y los hebreos (Moisés, David, Salomón).12

Los romanos, por el contrario, poseían un sistema de nombres sabiamente organizado, aunque no sencillo. Sus elementos constitutivos eran el nomen o gentilium, palabra que designaba al nombre de la familia (gens) y era, por lo tanto, llevado por todos los miembros de ésta; y el praenomen, o nombre individual, propio de cada individuo, cuya designación se explica porque se colocaba antes del nombre de familia (prae, antes). Como los nombres propios o individuales masculinos eran poco numerosos, se sintió la necesidad de agregar al nombre un tercer elemento, el cognomen, mucho más variado en su elección, que era una especie de sobrenombre particular que algunos individuos adoptaban para identificarse mejor. Finalmente, existía el agnomen, que no era sino un apodo y servía para designar a las ramas de las familias numerosas; equivalía al apellido, pero no era transmisible a todos los hijos sino que, a semejanza de los títulos de nobleza, pasaba de primogénito a primogénito. Tomemos como ejemplo para explicar todo este sistema de nombres recordando a uno de los prototipos de ciudadano y gran militar romano, general a los 24 años de edad, hombre culto, aficionado a las letras griegas, buen orador, orgulloso e impulsivo. Nos referimos al vencedor de Aníbal, Publio Cornelio Escipión Africano: Publius (nombre propio o praenomen), Cornelius (apellido de familia o nomen), Scipio (sobrenombre o cognomen), Africanus (apodo o agnomen).

El sistema de los romanos tenía la doble ventaja de evitar toda confusión y de indicar por el solo enunciado del nombre la filiación del individuo.

Los nombres propios femeninos no estaban limitados por el número; pero los nombres de las mujeres no se componían ordinariamente sino de dos elementos: el praenomen y el nomen.13

626. Unidad del nombre en la Edad Media

El uso del nombre individual y único reapareció con los bárbaros, después de la disolución del Imperio Romano, manteniéndose largo tiempo.

La institución del nombre sufrió, en consecuencia, durante este período de la historia, un verdadero retroceso jurídico.

Los nombres bárbaros eran todos significativos; expresaban ideas de fuerza física, poder guerrero o audacia. Así, por ejemplo, Clodoveo quiere decir "eminente guerrero"; Childerico, "fuerte en el combate"; Teodorico, "poderoso en el pueblo", etc.

627. Reaparición de los nombres dobles

Era preciso, sin embargo, evitar confusiones entre personas que llevaban el mismo nombre. Dos diferentes procedimientos tendientes a este fin, se pusieron en práctica. El más antiguo parece ser el de los sobrenombres, que incluso los mismos reyes usaron: Pepino el Breve, Roberto el Fuerte, Alfonso el Católico, Sancho el Gordo, etc. El otro consistió en agregar al nombre del individuo el nombre de su padre. Hasta en el siglo XIV se encuentran personas designadas de esta manera, como los jurisconsultos

Joannes Rolandi, Petrus Jacobi.14

628. Reconstitución del nombre de familia

Los nombres llegaron a ser así dobles; sólo faltaba dar un paso para volver a uno de ellos hereditario, a fin de reconstruir la antigua distinción romana del nomen (nombre de familia) y del praenomen (nombre individual). La herencia o transmisibilidad de los nombres recomenzó en el siglo XII.

A fines del siglo XV, los que todavía no se habían asimilado al uso de los nombres de familia, empezaron a formarlos. La mayor parte de estos nombres se hicieron derivar del lugar en que el individuo había nacido o vivía (Toledo, Córdoba, Avilés); de la profesión u oficio que desempeñaba (Herrero, Escribano, Alcalde, Coronel, Lavandero); de sus cualidades o defectos u otras circunstancias físicas (Calvo, Barriga, Valiente); del nombre de plantas o árboles (Robles, Pino, Parra, Olmo, Manzano, Sarmiento, Olivares); del nombre de animales (Lobos, Cordero, León, Toro, Becerra, Gallo, Cuervo); del nombre de substancias minerales (Peña, Fierro, Plata); del nombre de muebles o parte de un edificio (Paredes, Salas, Mesa, Espejo, Portales); o de la fantasía.

En fin, puede decirse que desde el siglo XII se comenzó a volver en forma general y definitiva al uso del apellido hereditario precedido del nombre.

2. Del nombre civil

629. Composición del nombre

El nombre comprende dos elementos: el nombre propiamente dicho, strictu sensu, o nombre de familia o apellido, y el nombre propio, individual o "de pila", llamado así porque se impone precisamente en la pila bautismal.

630. Determinación del nombre

Distinguiremos al respecto el nombre de familia o patronímico, y el o los nombres propios.

631 a) Nombre de familia o patronímico

El nombre de familia o patronímico es, como lo indica la terminología, revelador de la familia, de los orígenes del individuo que lo lleva. Hállase, en principio, subordinado a la filiación, pero bajo ciertas condiciones que debemos precisar, distinguiendo entre las filiaciones legítima, ilegítima y adoptiva y el caso de un origen legalmente desconocido.

1º Filiación legítima. Las partidas de nacimiento deben contener el nombre y apellido del nacido, que indique la persona que requiere la inscripción (Ley Nº 4.808, sobre Registro Civil, publicada en el Diario Oficial de 10 de febrero de 1930, artículo 31, Nº 3º). El Reglamento Orgánico del Registro Civil (publicado en el Diario Oficial de 28 de agosto de 1930), dice, por su parte, que al inscribir un nacimiento se designará al inscrito por el nombre que indique la persona que requiera la inscripción; si el nacido es hijo legítimo, se le pondrá a continuación el apellido del padre y en seguida el de la madre (artículo 126, incisos 1º y 2º).

Los hijos legitimados se rigen por las mismas normas que los hijos legítimos (Código Civil, artículo 215). En consecuencia, deberán llevar primero el apellido del padre y después el de la madre, aunque antes hayan llevado sólo el de uno de ellos en su calidad de hijos ilegítimos o naturales. Obviamente, una vez aceptada la legitimación, los legitimados deberán solicitar la rectificación de la partida inscrita con anterioridad en el Registro Civil.

2º Filiación ilegítima. El Reglamento Orgánico del Registro Civil, refiriéndose al nombre y

apellidos que deben colocarse al inscribir un nacimiento, habla de los hijos ilegítimos, sin distinguir entre los simplemente ilegítimos y los naturales, por lo cual, de acuerdo con las reglas de interpretación legal, debemos entender que comprende a ambas categorías.

Tratándose de un hijo ilegítimo, también debe designarse al inscrito por el nombre que señale la persona que requiere la inscripción del nacimiento, poniéndose a continuación el apellido del padre o madre que hubiere pedido se deje constancia de su paternidad o maternidad, y si ambos lo hubieren solicitado, debe procederse como en el caso del hijo legítimo: primero el apellido del padre y después el de la madre (Reglamento Orgánico del Registro Civil, artículo 126, inciso final). Es de notar que hoy el hecho de consignarse el nombre del padre o de la madre, a petición de ellos, en la inscripción del nacimiento, es suficiente reconocimiento de la filiación natural (C. Civil, artículo 271, de acuerdo con el texto que le dio el art. 1º de la Ley Nº 10.271, de 2 de abril de 1952).

Reconocimientos sucesivos. Puede acontecer que uno de los padres reconozca primero al hijo que el otro. Si el que reconoce primero es el padre, ninguna dificultad se presenta. Pero si es la madre la que reconoce primero al hijo, y el padre lo hace con posterioridad, ¿podría solicitarse que se ponga en primer término el apellido de éste? La jurisprudencia francesa ha resuelto la cuestión en ambos sentidos.

Algunos observan que es preferible que se mantenga la situación creada por el primer reconocimiento, porque el cambio de apellido, además de poner de manifiesto a los ojos de todos la calidad ilegítima del hijo, provoca molestias y confusiones de toda índole. Un cambio de nombre, añade Josserand,15 desconcierta al público y daña los intereses del individuo que, después de llamarse por varios años Durand, pasa a denominarse Dubois el día de hoy o mañana.

Otros sostienen que debe rectificarse el nombre del hijo, porque uno de los fines principales del nombre es indicar el origen, la filiación de la persona. Y esto se consigue colocando primero el apellido del padre y después el de la madre, sin que influya el hecho de que el reconocimiento de aquél sea posterior al de ésta.

Ante la laguna de la ley, no habría otra solución que decidirse por la que se estimara más equitativa de las dos anteriores.

La legislación chilena no contemplaba la situación que se produce con respecto al nombre por los reconocimientos sucesivos. De manera que en este punto no había norma a la cual ceñirse. Pero hoy creemos que la alteración se impone, considerando el tenor y el espíritu de la letra c) del artículo 1º de la Ley Nº 17.344, que más adelante reproducimos.

3º Filiación adoptiva. Dice la actual Ley de Adopción, Nº 7.613, de 21 de octubre de 1943: "El adoptado personalmente o por medio de sus representantes, podrá tomar el o los apellidos del o de los adoptantes, según el caso, manifestándolo así en la escritura pública de adopción. Por esta circunstancia no se procederá a alterar la partida de nacimiento del adoptado, pero se hará, al margen de ella, la anotación correspondiente. Los descendientes legítimos del adoptado podrán también seguir usando el o los apellidos del o de los adoptantes" (artículo 14).

La palabra pueden indica que es facultativo tomar el nombre del adoptante. Puede, pues, el adoptado conservar o no su apellido derivado de la filiación legítima o ilegítima.

4º En la legitimación adoptiva, el adoptado necesariamente debía tomar el nombre civil de los padres adoptivos; el cambio de apellido se verificaba en la nueva inscripción de nacimiento que correspondía hacer (Ley Nº 16.346, de 20 de octubre de 1965, art. 8º).

5º Ley sobre adopción de menores.

La Ley Nº 16.346, sobre legitimación adoptiva, citada anteriormente, fue derogada por la Ley Nº 18.730, de 10 de mayo de 1988, que dicta normas sobre adopción de menores. Esta regula dos especies de adopción, la simple y la plena.

La adopción simple dura mientras el adoptado sea menor de edad, no constituye estado civil y, por cierto, no trae ningún cambio de nombre, ya que no altera la filiación original.

La adopción plena, que es irrevocable, concede al adoptado el estado civil de hijo legítimo de los adoptantes en los casos y con los requisitos que señala la misma Ley Nº 18.730 en su Título III. El adoptado pleno adquiere los apellidos de los adoptantes conforme a las normas legales de los hijos legítimos. En cuanto a los nombres propios, nada dispone la Ley Nº 18.703; pero de su artículo 32 en relación con el 31 de la Ley Nº 4.808, sobre Registro Civil, se deduce que compete a los adoptantes (requirentes de la inscripción) atribuir el o los nombres propios al adoptado que, por lo demás, es lo más lógico.

6º Filiación oficialmente desconocida. Respecto a los recién nacidos abandonados o expósitos (recién nacidos expuestos en un paraje público), dice el Reglamento Orgánico del Registro Civil que se "expresará la hora, día, mes y año en que fuere encontrada la criatura, su edad aparente, las señas particulares que se le notaren, y se indicarán los efectos y documentos que sobre él se encontraren, como también todo detalle que permita comprobar la identidad del expósito. Estas menciones se estamparán, siempre que sean conocidas, además de las generales, requeridas por las disposiciones vigentes" (artículo 128).

Entre nosotros ninguna disposición legal existe que determine el nombre y apellido que debe darse a dichas criaturas. En Francia, el nombre y apellido se los elige el Oficial del Registro Civil, si a este funcionario es llevado directamente el niño; o la administración del establecimiento por el cual ha sido recogido (circular ministerial, 30 de enero de 1812). La misma circular recomienda no atribuir a estas criaturas el nombre de una familia existente, ni un nombre ridículo o evocador de la irregularidad de su origen.

En Chile, en el hecho, elige el nombre y apellido del niño quien solicita su inscripción.

Y esta práctica tiene asidero legal, porque la parte final del citado artículo 128 del Reglamento Orgánico del Registro Civil dice que en la inscripción de un recién nacido abandonado o expósito se estamparán las menciones que indica, además de las generales, requeridas por las disposiciones vigentes –y entre éstas se encuentra la que dice que las partidas de nacimiento deben contener el nombre y el apellido del nacido– que indique la persona que requiera la inscripción (artículo 31, Nº 3, de la Ley Nº 4.808). Y está obligada a requerir la inscripción la persona que haya recogido al recién nacido abandonado (Ley Nº 4.808, artículo 29, Nº 6).

632-633. b) Nombre propio individual

A diferencia del nombre patronímico o de familia, que revela, por lo general, la filiación, los nombres propios o "de pila", tienen un carácter individual y, en consecuencia, arbitrario. El niño lleva el o los nombres propios que le han sido dados en la inscripción del nacimiento. Se designa al inscrito por el nombre que señala la persona que requiere la inscripción (Ley Nº 4.808, art. 31; Reglamento Orgánico del Registro Civil, artículo 126, inciso 1º).

Pueden darse a una persona todos los nombres propios que se quieran, y su elección, en Chile, es enteramente libre; no hay necesidad de atribuirle un nombre de santo o nombres ya en uso: es posible designar a la criatura con un nombre inventado o con cualquiera otro; sin embargo, a esta absoluta libertad vino a poner cortapisas la Ley Nº 17.344, de 22 de septiembre de 1970, que autoriza el cambio de nombres y apellidos en determinados casos. El artículo 6º de dicha ley ordenó agregar los siguientes incisos finales al artículo 31 de la Ley Nº 4.808, sobre Registro Civil:

"No podrá imponerse al nacido un nombre extravagante, ridículo, impropio de personas, equívoco respecto del sexo o contrario al buen lenguaje".

"Si el Oficial del Registro Civil, en cumplimiento de lo que dispone el inciso anterior, se opusiere a la inscripción de un nombre y el que lo solicite insistiere en ello, enviará de inmediato los antecedentes al Juez de Letras, quien resolverá en el menor plazo posible, sin forma de juicio, pero con audiencia de las partes, si el nombre propuesto está comprendido o no en la prohibición. Estas actuaciones estarán exentas de impuesto".

3. Cambio de nombre

634. Principio

El nombre no tiene un carácter inmutable; definitivo en principio, puede, sin embargo, modificarse en el curso de la existencia de una persona.

El cambio puede producirse por vía principal o por vía de consecuencia.

El cambio por vía principal o directa está constituido por el procedimiento que tiende única y exclusivamente a obtener la mutación del nombre.

El cambio por vía de consecuencia o indirecta es el que se produce como consecuencia del cambio de una situación jurídica dada. Ejemplo: el hijo natural reconocido por la madre es legitimado por el matrimonio posterior de sus padres. En consecuencia, pasa a llevar el apellido paterno y materno en lugar de sólo éste que antes tenía.

635. a) Cambio del nombre patronímico por vía principal y directa

En ciertos países, se admite excepcionalmente que una persona cambie de nombre, ya porque el que tiene es grotesco u odioso, ya porque desee adoptar otro más glorioso que quiere perpetuar (Francia, ley de 11 de germinal año XI), ya, en fin, por otras causas que las leyes señalan.

En nuestra legislación se discutía si era posible cambiar el nombre por vía principal. En pro, se decía, por ejemplo, que la Ley de Impuesto de Timbres, Estampillas y Papel Sellado de la época preceptuaba que la subinscripción de la sentencia que ordene el cambio de nombre de una persona, siempre que no sea fundado en adopción, debe pagar determinado impuesto. O sea, el legislador daba por admitido que el cambio de nombre era posible. La actual Ley de Timbres nada dispone al respecto.

Una sentencia del Segundo Juzgado de Letras de Valparaíso, servido en aquel entonces por don Carlos Anabalón, dio lugar a la solicitud de cambio de nombre de un extranjero; éste basó su petición en que la palabra que denotaba su nombre causaba hilaridad en Chile. La sentencia, de fecha 20 de noviembre de 1931, dice en una de sus partes "que el nombre no es inmutable para la legislación chilena y puede variar a voluntad de su dueño, siempre que con tal actitud no se dañen derechos de terceros ni el interés o el orden públicos". Más adelante, justificando la competencia, expresa "que las leyes de Registro Civil no permiten alterar una inscripción, como tampoco, implícitamente, asentar nuevas inscripciones con variación del apellido de los padres sino en virtud de una resolución judicial, con lo cual se explica y justifica la intervención que corresponde a este tribunal para conocer del presente negocio". Finalmente, da lugar al cambio de nombre solicitado.

En otro caso, por sentencia de 24 de septiembre de 1942, y previo informe favorable del Director del Registro Civil, el juez del entonces Tercer Juzgado de Letras de Menor Cuantía de Santiago, dio lugar al cambio de nombre de un solicitante ordenando rectificar las correspondientes inscripciones.

Sin embargo, en diciembre de 1945, el Director del Registro Civil, en un informe solicitado por el Cuarto Juzgado de Letras de Menor Cuantía (Santiago) de la época, con relación a la petición de don Ricardo Neftalí Eliecer Reyes para que se rectificara su partida de nacimiento y matrimonio en el sentido de alterar su nombre y apellido por el de Pablo Neruda, el Director del Registro Civil –repetimos– opinó que en nuestra legislación el cambio de nombre es improcedente, porque una serie de disposiciones supone su inmutabilidad y por los enredos que se crearían. Con todo, dicho Director estimó que el solicitante puede modificar su petición en el sentido de pedir, no la rectificación de las partidas, sino una subinscripción en que se deje constante que don Ricardo Reyes y Pablo Neruda son una misma persona. Así, termina el informe, si bien no se autoriza el cambio de nombre, se solucionan los inconvenientes que para el peticionario existen de ser conocido por su seudónimo literario y no por su nombre legal; cualquier acto en que figurara por su seudónimo, no podría objetarse, ya que el solicitante estaría en condiciones de probar legalmente que es la misma persona que figura en las partidas con el nombre de Ricardo Reyes.

En resumen, la opinión dominante era que en Chile no podía cambiarse el nombre por vía principal, aunque uno se llamara, como sucedía con el hijo de un español, Ingenuo De Abajo.

636. Ley especial que autoriza el cambio de nombres y apellidos por vía principal en determinados casos

I. Generalidades. El legislador comprendió que en muchos casos la mutación del nombre por vía principal constituía una necesidad. Y al efecto dictó una ley especial, la Nº 17.344, publicada en el Diario Oficial de 22 de septiembre de 1970.16

Comienza ella por declarar: "Toda persona tiene derecho a usar los nombres y apellidos con que haya sido individualizada en su respectiva inscripción de nacimiento" (art. 1º, inc. 1º).

II. Casos en que procede el cambio de nombres o apellidos o de ambos a la vez. Sin perjuicio de

los casos en que las leyes autorizan la rectificación de inscripciones del Registro Civil, o el uso de nombres y apellidos distintos de los originarios a consecuencia de una legitimación, legitimación adoptiva o adopción, cualquiera persona puede solicitar, por una sola vez, que se la autorice para cambiar sus nombres o apellidos, o ambos a la vez, en los casos siguientes (artículo 1º):

a) Cuando unos u otros sean ridículos, risibles o menoscaben moral o materialmente a la persona;

b) Cuando el solicitante haya sido conocido durante más de cinco años, por motivos plausibles, con nombres o apellidos, o ambos, diferentes de los propios (escritores, artistas, deportistas, etc.), y

c) En los casos de filiación natural o de hijos ilegítimos, para agregar un apellido cuando la persona hubiere sido inscrita con uno solo o para cambiar uno de los que se hubieran impuesto al nacido, cuando fueren iguales (art. 1º).

III. Supresión de nombres propios cuando se cuenta con más de uno. Hay personas a las cuales sus padres han inscrito con dos, tres, cuatro y hasta cinco nombres propios; por lo general, esas personas usan sólo uno o, a lo sumo, dos de esos nombres (Juan Antonio, José Luis). Pues bien, la ley dispone que en los casos en que una persona haya sido conocida, durante más de cinco años, con uno o más de los nombres propios que figuran en su partida de nacimiento, el titular podrá solicitar que se supriman en la inscripción, en la de su matrimonio y en las de nacimiento de sus descendientes menores de edad, en su caso, el o los nombres que no hubiere usado.

IV. Traducción o cambio de nombres y apellidos que no son de origen español. Sin perjuicio de lo anteriormente dispuesto, la persona cuyos nombres o apellidos, o ambos, no sean de origen español, puede solicitar se la autorice para traducirlos al idioma castellano. Puede, además, pedir autorización para cambiarlos, si la pronunciación o escrituración de los mismos es manifiestamente difícil en un medio de habla castellana (art. 1º, inc. penúltimo).

V. Peticiones entabladas por los menores de edad. Si se trata de un menor de edad que carece de representante legal, o si teniéndolo éste se hallare impedido por cualquier causa o se negare a autorizar al menor para solicitar el cambio o supresión de los nombres o apellidos, a que se refiere esta ley, el juez debe resolver con audiencia del menor, a petición de cualquier consanguíneo de éste o del Defensor de Menores y aun de oficio (art. 1º, inciso final).

VI. Competencia y publicación. Es juez competente para conocer de las gestiones a que se refiere la ley en análisis, el Juez de Letras en lo Civil del domicilio del peticionario (art. 2º, inc. 1º).

La solicitud correspondiente debe publicarse en extracto en el Diario Oficial de los días 1º o 15 de cada mes, o al día siguiente hábil si dicho diario no apareciere en las fechas indicadas. El extracto, redactado por el Secretario del Tribunal, ha de contener necesariamente la individualización del solicitante y la indicación de los nombres y apellidos que éste pretende usar en reemplazo de los propios (art. 2º, incisos 2º y 3º).

La publicación que debe efectuarse en el Diario Oficial es gratuita (art. 2º, inc. final). Esta publicación no es necesaria cuando se trate de suprimir uno o más nombres propios que una persona tiene, conservando sólo el o los nombres con que ha sido conocida durante más de cinco años (art. 2º, inc. penúltimo).

VII. Oposición, prueba, necesidad de oír a la Dirección General del Registro Civil e Identificación. Dentro del término de treinta días, contados desde la fecha del aviso, cualquiera persona que tenga interés en ello puede oponerse a la solicitud. En tal caso el oponente ha de allegar, conjuntamente con su oposición, los antecedentes que la justifiquen y el juez debe proceder sin forma de juicio, apreciando la prueba en conciencia y en mérito de las diligencias que ordene practicar. Nótese que no se admite oposición tratándose de la supresión de nombres propios cuando una persona cuente con más de uno, hipótesis que consideramos en el número III (art. 2º, incisos 4º y penúltimo).

Si no hubiere oposición (en las demás hipótesis en que por regla general es admisible), el tribunal debe proceder con conocimiento de causa, previa información sumaria. En todo caso es obligatorio oír a la Dirección General del Registro Civil e Identificación (art. 2º, incisos 5º y 6º).

VIII. Casos en que debe denegarse la solicitud. No debe autorizarse el cambio de nombre o apellido o supresión de nombres propios si del respectivo extracto de filiación que como parte de su informe remite la antedicha Dirección, aparece que el solicitante se encuentra actualmente procesado o ha sido condenado por crimen o simple delito que merezca pena aflictiva, a menos que en este último extremo hubieren transcurrido más de diez años contados desde la fecha en que quedó ejecutoriada la sentencia de condena y se encuentre cumplida la pena (art. 2º, inc. antepenúltimo).

IX. Inscripción y surtimiento de efectos de la sentencia que acoge la solicitud. La sentencia que autorice el cambio de nombre o apellidos, o de ambos a la vez, o la supresión de nombres propios, debe inscribirse de acuerdo con el Reglamento Orgánico del Registro Civil (D.F.L. Nº 2.128, de 10 de agosto de 1930, publicado el 28 de agosto del mismo año), y sólo surtirá efectos legales una vez que se extienda la nueva inscripción en conformidad al artículo 104 del cuerpo legal citado (art. 3º, inc. 1º).

Para estos efectos, tratándose de personas nacidas en el extranjero y cuyo nacimiento no está inscrito en Chile, será necesario proceder antes a la inscripción del nacimiento en el Registro de la Primera Sección de la comuna de Santiago (art. 3º, inc. 2º).

X. Obligación de usar el nuevo nombre o apellido. Una vez modificada la partida de nacimiento, la persona que haya cambiado de nombre o apellidos de acuerdo con las normas de esta ley, sólo puede usar, en el futuro, en todas sus actuaciones, su nuevo nombre propio o apellidos, en la forma ordenada por el juez (art. 4º, inc. 1º).

El uso malicioso de los primitivos nombres o apellidos y la utilización fraudulenta del nuevo nombre o apellido para eximirse del cumplimiento de obligaciones contraídas con anterioridad al cambio de ellos, tienen la sanción de la pena de presidio menor en su grado mínimo (art. 5º).

XI. Personas a las cuales alcanza el cambio de apellido de una persona. El cambio de apellido no puede hacerse extensivo a los padres del solicitante, y no altera la filiación. Pero alcanza a sus descendientes legítimos sujetos a patria potestad, y también a los demás descendientes que consientan en ello (art. 4º, inc. 1º).

Si el solicitante es casado o tiene descendientes menores de edad, debe pedir también, en el mismo acto en que solicite el cambio de su apellido, la modificación pertinente en su partida de matrimonio y en las partidas de nacimiento de sus hijos (art. 4º, inc. 3º).

637. b) Cambio del nombre patronímico por vía de consecuencia

Los diversos actos que determinan indirectamente el cambio de nombre, ya los hemos visto, y son: el reconocimiento de un hijo como natural o ilegítimo si figuraba con otro nombre que el del padre reconociente; la legitimación; el matrimonio posterior de los padres de un hijo primitivamente reconocido solo por su madre como hijo natural. En cuanto a la adopción, tratándose de la realizada conforme a las normas de la Ley Nº 7.613, el adoptado puede conservar el apellido de su familia o tomar el del adoptante; en la legitimación adoptiva, como en la llamada adopción plena, el adoptado debe necesariamente tomar el nombre de los padres adoptivos; en la adopción simple no hay cambio de nombre, según apuntamos todo esto en su oportunidad. La legitimación adoptiva fue suprimida, como dijimos, pero las consumadas o pendientes, quedaron sometidas a las disposiciones de la ley que las regía.

638. Exigencia de sentencia judicial para alterar el nombre en la inscripción del Registro Civil

Con respecto al cambio de nombre, debe tenerse presente que las inscripciones del Registro Civil no pueden ser alteradas ni modificadas sino en virtud de sentencia judicial ejecutoriada (Ley de Registro Civil, artículo 17, y Reglamento Orgánico, artículo 101). No debe olvidarse que el Director General del Registro Civil e Identificación sólo puede ordenar, por la vía administrativa, las rectificaciones de inscripciones que contengan omisiones o errores manifiestos, entendiéndose por tales todos aquellos que se desprendan de la sola lectura de la respectiva inscripción o de los antecedentes que le dieron origen o que la complementan. También el Director puede ordenar de oficio la rectificación de una inscripción en que aparezca subinscrita una legitimación o un reconocimiento de hijo natural, con el solo objeto de asignar al inscrito el o los apellidos que le correspondan, y los nombres y apellidos de sus legitimantes o el del padre o madre que le haya reconocido (Ley Nº 4.808, art. 17, modificado por el Decreto Ley Nº 2.850, publicado en el Diario Oficial de 14 de septiembre de 1979).

639. Nombre de la mujer casada

En la mayor parte de los países de Europa y en Estados Unidos, la mujer, por disposición de la ley, en algunos (Alemania, Suiza), o por mera costumbre, en otros, pierde, al casarse, su apellido y adopta el de su marido. Y en Francia, por ejemplo, la práctica llega hasta el extremo de que la mujer, anulando externamente su personalidad, toma el nombre íntegro del marido. Y así, para designar a la señora de monsieur Lucien Grand, no se dice, pongamos por caso, madame Vivianne de Grand, sino madame Lucien Grand, con lo cual, abreviadamente, se quiere decir: señora de Lucien Grand.

Esta costumbre, afianzada a través de siglos y consagrada o no en las leyes, de que la mujer tome el nombre de su marido, no es sino la supervivencia del antiguo concepto que los romanos tenían de la mujer, la cual era considerada como una hija, y en tal calidad quedaba sometida a los derechos y autoridad del marido.17

En España, y en la mayoría de los países americanos, incluso Chile, la mujer conserva su apellido de soltera completándolo con el apellido de su marido, precedido de la preposición de. Y así se dice, por ejemplo, señora Gloria Soto de Flores.

En nuestro país, ninguna disposición impone esta práctica, que es una simple costumbre desprovista de valor legal.

640. Cambio del nombre propio de los transexuales

Aunque ninguna ley nuestra se refiere a la posibilidad de que los sujetos que han cambiado de sexo demanden el cambio de nombre propio como consecuencia de la mutación de su identidad física, la equidad y la lógica elemental obligan a reconocer ese derecho junto con el de solicitar la rectificación de la mención del sexo asentada en la inscripción de nacimiento del Registro Civil.

Dejando de lado las controversias relativas a la definición científica del sexo y la posibilidad de un verdadero cambio de éste, es evidente que los tratamientos hormonales y quirúrgicos exitosos producen un cambio, si no de sexo estrictamente hablando, uno irreversible de la apariencia y la identidad física. Así, por ejemplo, los hombres que se han sometido a dichos tratamientos y han obtenido un resultado positivo presentan un desarrollo de las mamas análogo al de las mujeres y también ostentan una seudovagina que les permite mantener relaciones a la manera de las parejas heterosexuales. Por todo esto a las personas que han obtenido un cambio de sexo se les reconoce el derecho de solicitar la enmienda de la inscripción de nacimiento en cuanto a la mención de su sexo y consecuentemente al nombre propio.

Tales modificaciones deberán pedirse al juez para que las ordene practicar al Servicio de Registro Civil, correspondiendo al solicitante probar de una manera concluyente el buen éxito de los tratamientos y las intervenciones quirúrgicas que lo han llevado a la "conversión sexual". Si el juez estima necesario que, para resolver con completo conocimiento de causa, es necesaria una pericia médico-legal, habrá que llevarla a cabo.

En la legislación extranjera, como en algunas provincias de Canadá, se exige que el requirente de las modificaciones de la inscripción, no esté casado al momento de hacer la petición. De manera que sólo estarían legitimados para el trámite los solteros, viudos y los que han logrado el divorcio vincular o la nulidad del matrimonio. Si se admitiera que la petición la formularan también los casados y se accediera a ella, tendríamos en los libros del Registro Civil la incongruencia de un matrimonio en que ambos cónyuges son del mismo sexo.

Algunos, para dar asidero legal al cambio de nombre propio como consecuencia de la mutación sexual, sostienen que se puede invocar un error sobreviniente de la inscripción de nacimiento por lo que toca al sexo y al nombre del inscrito, lo que autoriza para solicitar las pertinentes enmiendas. También se dice que puede buscarse apoyo en el artículo 1º letra a) de la Ley Nº 17.344, sobre cambio de nombres y apellidos, disposición que hace procedente el cambio cuando unos u otros sean ridículos, risibles o menoscaben moral o materialmente a la persona.18 Y no hay duda que un varón que se convirtió en mujer ha de sentirse ridículo, o fuente de risas o menoscabado arrastrando el antiguo nombre masculino.

Nosotros pensamos que invocar el error sobreviniente es algo forzado y poco elegante y nos parece

mejor valerse de la otra causal, aunque, en definitiva, estimamos inútiles estos rodeos y creemos que, derechamente, debe pedirse que en los registros se deje constancia de un hecho nuevo: que el inscrito con mención de determinado sexo lo cambió a partir de cierta fecha y que, consiguientemente, cabe armonizar el nombre con dicho sexo. Hay una laguna de la ley con relación al nuevo hecho y el juez está autorizado para llenarla en cada caso concreto.

4. Naturaleza jurídica

641. Teorías

Sobre la naturaleza jurídica del hombre se han emitido diversas teorías. A continuación veremos las principales.

642. Teoría de la propiedad

Aubry y Rau consideran que el nombre constituye un derecho de propiedad.19 La jurisprudencia francesa20 ha adoptado esta doctrina y ha dicho "que el nombre patronímico constituye, para quien legítimamente lo lleva, una propiedad, de la cual le es permitido, en principio al menos, gozar y disponer de la manera más absoluta".21

Crítica. La mayoría de la doctrina rechaza esta opinión, porque la naturaleza del nombre no se aviene con los caracteres de la propiedad.

1) Una propiedad es, por lo general, enajenable y prescriptible; en cambio el nombre no puede ser objeto de cesión ni de prescripción.

2) La propiedad es de orden patrimonial y susceptible de valuación pecuniaria; no así el nombre, por lo menos dentro del campo civil.

3) Una propiedad es natural si no esencialmente exclusiva: lo que es mío a nadie otro pertenece; pero los nombres de familia y los nombres propios son llevados por cientos y aun miles de individuos: trataríase aquí, entonces, dice Josserand,22 de una propiedad singularmente confusa y enredada, cuya forma normal y casi uniforme sería la copropiedad que dentro del derecho es una situación excepcional.

643. Teoría de la marca distintiva de la filiación

Colin y Capitant ven en el nombre "la marca distintiva de la filiación";23 y la prueba es que se determina generalmente por la filiación.

Crítica. En principio, la afirmación es verdadera; pero no siempre: hay nombres que en ciertos casos, en algunos países, son atribuidos por decreto de la autoridad administrativa; la mujer casada toma el nombre de su marido, perdiendo o no el suyo, según las legislaciones; el niño abandonado o expósito adquiere el nombre que a bien tienen darle, con prescindencia de toda relación de filiación. Por lo demás, si el nombre es corrientemente revelador de la filiación, su importancia excede en mucho este orden de ideas, ya que revela la situación de un individuo en la familia y en la sociedad; da la clave de la personalidad toda entera.24

644. Teoría del nombre institución de policía civil

Para otra teoría, sostenida por Planiol, el derecho al nombre no existe; sólo se trata en este caso de una reglamentación administrativa para procurar la identificación de los individuos. "El nombre –dice Planiol– es una institución de policía civil; es la forma obligatoria de la designación de las personas".25

Para el maestro francés, todo el interés de la determinación jurídica del nombre se reduce a lo siguiente: si el nombre constituye una propiedad, la persona que lo lleva puede obtener le sea respetado por otro, sin tener la necesidad de probar que su usurpación le causa daño; pero si el nombre no es

objeto de un verdadero derecho de propiedad, el reclamante debe probar un perjuicio derivado de la usurpación.

Crítica. Colin26 observa que esta teoría del perjuicio es en sí misma un círculo vicioso, porque aun cuando se considere el nombre como propiedad de una persona, los terceros usurpadores no son responsables de delito, sino cuando constituye una injuria al derecho. De donde resulta que, de cualquier modo que el nombre se considere, para que prospere la acción, hay necesidad de probar el perjuicio.

645. Teoría del nombre atributo de la personalidad

Salecilles,27 Perreau,28 Josserand29 y otros ven en el nombre el signo distintivo y revelador de la personalidad; es uno de los elementos constitutivos, junto a la capacidad de goce, la nacionalidad, el estado civil, el domicilio. Es un bien innato, como el derecho a la vida, al honor y, al mismo tiempo, es una institución de policía, en tanto cuanto sirve como medio de identificación destinado a prevenir la confusión de las personalidades.

Como atributo de la personalidad que es, el nombre presenta las siguientes características:

1) No es comerciable;
2) No es susceptible de una cesión entre vivos, ni transmisible por causa de muerte;
3) Es inembargable;
4) Es imprescriptible;
5) Es, por lo general, inmutable, y
6) Es uno e indivisible.

646. Las sentencias que se dictan en materia de nombre producen efectos absolutos

De la característica de ser el nombre uno e indivisible, se desprende que los fallos judiciales que sobre él versan producen efectos absolutos y no relativos. Sería inadmisible que un individuo llevara un nombre con respecto a las personas con quienes litigó sobre el nombre o sobre un punto que trae como consecuencia el mantenimiento o cambio de éste y otro diferente con respecto a todas las demás personas. El nombre, por definición misma, es uno e indivisible; y si así no fuera no llenaría su misión de individualización. Este resultado, como se comprenderá, sería imposible de obtener si los fallos judiciales pertinentes no produjeran efectos absolutos.

647. Protección del nombre; sanciones

El derecho al nombre está garantido con sanción penal. El artículo 215 del Código respectivo dice que "el que usurpare el nombre de otro será castigado con reclusión menor en su grado mínimo, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponderle a consecuencia del daño que en su fama o intereses ocasionare a la persona cuyo nombre ha usurpado".

Para que exista este delito, "es necesario que el nombre usurpado sea el de una persona que exista actualmente. El que toma un nombre supuesto no usurpa nombre ajeno y no comete este delito, sino la falta prevista en el Nº 5º del artículo 496 del Código Penal, siempre que lo haga ante la autoridad o ante persona que tenga derecho para exigir del sujeto la noticia de su verdadero nombre".30

Nótese que el Código Penal considera la usurpación del nombre dentro del título que castiga las falsificaciones y falsedades (Título IV del Libro II) y no en el título que castiga los delitos contra la propiedad (Título IX del mismo libro). De aquí se sigue que nuestro legislador no ha estimado el derecho al nombre como un derecho de propiedad, sino como un derecho del individuo digno de protección.

Es evidente que si la usurpación del nombre irroga perjuicios o daño a la persona que legítimamente lo lleva puede hacer efectiva, contra el usurpador, además de la responsabilidad penal, la responsabilidad civil. Basta invocar como fundamentos legales los artículos 2314 y 2329 del Código Civil. Dice el primero: "El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es

obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito".

Y el artículo 2329, agrega: "Por regla general, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta".

Otra manifestación de la protección al nombre en nuestro Derecho lo constituye la prohibición de registrar como marca comercial31 el nombre, el seudónimo o el retrato de una persona natural cualquiera, salvo consentimiento dado por ella o por sus herederos, si hubiere fallecido. Sin embargo, serán susceptibles de registrarse los nombres de personajes históricos cuando hubieren transcurrido, a lo menos, 50 años de su muerte, siempre que no afecte su honor. (Ley Nº 19.039, sobre Privilegios Industriales y Protección de los Derechos de Propiedad Industrial, publicada en el Diario Oficial de 25 de enero de 1991, art. 20, letra c.) Con todo, no pueden registrarse nombres de personas cuando ello envuelva determinadas infracciones señaladas por la ley recién citada. (Art. 20, segundo inciso de la letra e.)

5. El sobrenombre y el seudónimo

648. El sobrenombre

El sobrenombre o apodo es el nombre que suele darse a una persona, tomado de sus defectos corporales o de alguna otra circunstancia.

Carece de todo valor jurídico. No forma parte de la designación legal de la persona. Sin embargo, en los campos, en el mundo del hampa y de los vagos, a menudo el individuo es más conocido por el apodo que por el verdadero nombre. Puede entonces adquirir un papel útil para mejor asegurar la identidad. De ahí que en ciertos documentos judiciales y de policía se considere el sobrenombre, mencionándolo precedido de las palabras "alias" o "apodado".

Entre los pocos casos en que se menciona el apodo en las leyes, puede citarse el artículo 321 del Código de Procedimiento Penal, que dispone que en la primera declaración se preguntará al inculpado, entre otras cosas, su apodo, si lo tuviere.

649. El seudónimo

El seudónimo es un nombre supuesto que la persona se da a sí misma para ocultar al público su verdadero nombre.

Los escritores, los periodistas, los dramaturgos suelen ser conocidos bajo un nombre de fantasía. Molière, Voltaire, Gabriela Mistral (Premio Nobel 1945), Pablo Neruda (Premio Nobel 1971), etc., son seudónimos.

También, antiguamente, los hombres de armas tenían la costumbre de colocarse un seudónimo. Por eso éste es llamado a veces nombre de guerra.

El seudónimo no es, como tampoco el apodo, un derecho de la personalidad. Pero esto no quiere decir que el legislador no lo ampare. El artículo 8º de la Ley sobre Propiedad Intelectual (Ley Nº 17.336, de 2 de octubre de 1970), deja en claro que la ley protege el seudónimo inscrito en el Registro de Propiedad Intelectual, como quiera que 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.

El reglamento sobre Concesión de Personalidad Jurídica dispone que no puede darse dicha personalidad a corporaciones que lleven el nombre de una persona natural o su seudónimo sin su consentimiento expreso, o el de sus herederos, que se manifieste en instrumento privado, autorizado por un notario, o hubiesen transcurrido veinte años después de su muerte. Tampoco puede otorgarse el referido beneficio a aquellas corporaciones cuyo nombre sea igual o tenga similitud con el de otra existente en la misma provincia. Toda esta disposición no rige para los Cuerpos de Bomberos, Clubes de Leones y Rotarios que se organicen en el país (artículo 5º).

Si un individuo adopta el seudónimo de otro puede ser obligado a dejarlo y a pagar, conforme a las

reglas generales, indemnización por daños y perjuicios al verdadero dueño del seudónimo.

¿Podría cederse el seudónimo? Parece que no hay inconveniente alguno, debiendo procederse en la misma forma que para la transferencia de la propiedad intelectual, siempre, por cierto, que con la cesión no se induzca a error que signifique fraude al público.

La Ley sobre Privilegios Industriales y Protección de los Derechos de Propiedad Industrial prohíbe, salvas las excepciones, registrar como marca comercial el seudónimo de una persona cualquiera (Art. 20, letra c).

6. El nombre comercial

650. Noción

Aunque el nombre comercial es materia de Derecho Mercantil, diremos dos palabras sobre él.

Puede definirse como la denominación bajo la cual una persona ejerce el comercio.

Cuando se refiere a una sociedad mercantil, recibe la denominación específica de razón social.

Su naturaleza y función son discutidas. El Derecho Comercial las estudia.

No debe confundirse el nombre comercial con el nombre del establecimiento de comercio (tienda, banco, bazar). Mientras aquél distingue a la persona del comerciante, éste individualiza a una cosa, a esa universalidad de carácter mueble, constituida por elementos incorporales y corporales, destinada al ejercicio de un comercio, y que se llama establecimiento mercantil o de comercio.

Ejemplo: existe por ahí una librería que se llama "El Quijote"; es el nombre del establecimiento de comercio; pero el nombre comercial de sus dueños es "García y Cía. Ltda.".

Puede perfectamente ponerse a un negocio el nombre de su dueño; pero esto no debe perturbar; sólo quiere decir que un mismo nombre tiene la persona del comerciante y su establecimiento, sin que jurídicamente se confundan.

E. ESTADO CIVIL

Observación previa: En este lugar sólo daremos ideas generales y someras sobre el estado civil; el desarrollo integral de la materia corresponde al Derecho de Familia.

651. Estado de las personas

Existe la mayor discrepancia sobre el alcance y contenido de la frase "estado de las personas". Nosotros seguimos a los autores que dicen que en un sentido amplio, esas palabras designan la cualidad o posición jurídica de los individuos. Estos pueden ser considerados en sí mismos, y entonces se habla de estados individuales (mayor de edad, lúcido, etc.). También pueden ser consideradas las personas con relación a los grupos humanos de que forman parte, y entonces se habla de estados sociales: estado de nacionalidad, estado de ciudadanía, estado de familia, etc.32

652. El estado civil dentro de la legislación chilena

El Código define el estado civil como "la calidad de un individuo en cuanto le habilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles" (artículo 304).

Pero esta fórmula tan amplia y general (en la que caben muchas situaciones jurídicas, como la capacidad, la nacionalidad, etc., no se compadece con el contenido del título dentro del cual está ubicada. Todas las disposiciones de este título (XVII del Libro I), como las de otras leyes, consideran el estado civil en una forma restringida, mirando al individuo en sus relaciones de familia. Por eso, dentro de nuestro Derecho Civil, es más acertado decir que "el estado civil es la posición permanente que un individuo ocupa en la sociedad, en orden a sus relaciones de familia, en cuanto le confiere o impone

determinados derechos y obligaciones civiles".

Está de más subrayar que el estado civil es propio de las personas naturales; no se extiende a las personas jurídicas, porque éstas no tienen relaciones de familia. Alguien ha dicho que "no aman ni sufren".

653. Consecuencias del estado civil

El estado civil produce diversos efectos.

1) Da origen a derechos y obligaciones. Así, el estado civil de casado, trae derechos y obligaciones entre los cónyuges; el de padre legítimo e hijo legítimo, obligaciones y derechos recíprocos, etc.

2) En muchas ocasiones influye en la capacidad de las personas; si el individuo cambia de estado civil, su capacidad puede modificarse. Si, por ejemplo, una mujer mayor de 18 años se divorcia perpetuamente, la plena capacidad que tenía se amplía en cierto modo, pues bienes que le pertenecían en todo o en parte y que antes administraba el marido, ahora pasa a administrarlos y disponer ella por sí sola (arts. 170 y 173).

3) Da origen al parentesco, ya que tanto éste como el estado civil emanan de las relaciones de familia.

654. Fuentes del estado civil

El estado civil emana de tres clases de hechos.

1) De la imposición de la ley, como en el caso del nacimiento. Así, un hijo es legítimo si proviene de una unión entre hombre y mujer autorizada por la ley; la voluntad del hijo o de sus padres ninguna influencia tiene: es hijo legítimo con, sin o contra la voluntad de él o de ellos. Y, a la inversa, la persona que nace de una unión ilegítima, es hijo ilegítimo, aunque todas las voluntades quieran que sea legítimo.

2) De hechos ajenos a la voluntad humana, como la muerte. En un matrimonio la muerte del marido, por ejemplo, da a la mujer el estado civil de viuda.

3) De la voluntad humana, de la realización de hechos jurídicos: matrimonio (que da a los contrayentes el estado civil de casados), legitimación, reconocimiento de un hijo natural.

655. Capacidad y estado civil

El estado civil influye en la capacidad; pero no debe confundirse con ella.

Como notas diferenciales, pueden señalarse las siguientes:

1) La capacidad depende del individuo considerado en sí mismo; para determinar si éste es capaz o incapaz, hay que mirar sólo a su persona: para saber la edad de un sujeto o si es demente o disipador, es innecesario averiguar su condición de casado, de hijo legítimo o ilegítimo, etc. El estado civil, en cambio, que depende de las relaciones de familia, implica, por su naturaleza misma, la necesidad de relacionar al individuo cuyo estado se trata de determinar con otro sujeto: una persona es hijo legítimo, porque sus padres estaban unidos legalmente.

2) El estado civil es un vínculo, que une al individuo con la familia, con el medio social en que actúa. La capacidad es una noción que ningún vínculo supone: es simplemente la aptitud para adquirir y ejercer derechos.

3) De lo anterior se desprende una consecuencia que viene a ser un signo diferencial más: todas las personas tienen un estado civil; pero no todas son capaces (capaces de ejercicio, se entiende, ya que la capacidad de goce es inherente a toda persona).

4) La capacidad no influye en el estado civil. Pero éste muchas veces influye en aquélla, según vimos más arriba.

656. Acciones del estado civil

La importancia del estado civil es tanta que la ley lo ha protegido con una serie de acciones comparables a las que se dan con respecto al dominio o propiedad.

Pero entre las acciones que protegen el dominio y las que amparan el estado civil hay grandes diferencias: las primeras están en el comercio humano y pueden valuarse en dinero; pero las segundas no. Por eso las acciones que protegen el estado civil no están en el patrimonio.

657. Características del estado civil

1) Todo individuo tiene un estado civil, pues siendo éste un atributo de la personalidad, es inconcebible una persona que no lo tenga.

2) El estado civil es uno e indivisible. La mayoría de los atributos de la personalidad tienen esta característica. Así, la nacionalidad, la capacidad de goce, y el nombre, son unos e indivisibles. En el domicilio, la línea se quiebra por razones prácticas.

Aparentemente, puede un individuo tener dos o más estados civiles, cuando el origen del estado civil emana de hechos diferentes. Así, por ejemplo, un individuo perfectamente puede ser hijo legítimo y casado. Aquí hay dos estados civiles que pueden coexistir, porque dependen de dos hechos diferentes: el de hijo legítimo, por mandato imperativo de la ley, y el de casado, por voluntad del individuo.

Pero la unidad e indivisibilidad se relaciona con un mismo hecho de origen. Por ejemplo, en el caso del hijo legítimo y del hijo natural; ambas calidades emanan de la ley y no pueden coexistir. Tampoco un individuo puede ser casado para unos y soltero para otros. Es, pues, desde este punto de vista que puede decirse que el estado civil es uno e indivisible.

De esta característica se derivan algunas consecuencias. De acuerdo con el artículo 315 del Código Civil, las sentencias que se dictan en materia de estado civil, producen efectos absolutos, con lo que se hace excepción al artículo 3º del Código, según el cual, "las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren".

3) Las leyes sobre el estado civil son de orden público. El estado civil está fuera del comercio humano y, por ende, no puede renunciarse, transferirse ni transmitirse. El artículo 2450 dice expresamente que no se puede transigir sobre el estado civil de las personas. Además, no puede adquirirse por prescripción, pues el artículo 2498 establece que sólo pueden adquirirse por prescripción las cosas que están en el comercio humano.

4) El estado civil es permanente. Un estado civil no se pierde mientras no se adquiere otro. Así, por ejemplo, un individuo soltero no pierde esta calidad mientras no contraiga matrimonio.

La familia y el parentesco

658. Concepto de familia

Como el estado civil depende de las relaciones de familia, resulta indispensable dar una ligera idea de esta noción y del parentesto. En este lugar nos ocuparemos del concepto de familia, y después del relativo al parentesco.

El concepto de familia no es único, pues hay varios tipos, como la nuclear, pequeño grupo social que comprende sólo a los cónyuges y sus hijos; la familia de extensión lata, grupo social que abarca a todos los que viven bajo el mismo techo del padre de familia, incluso la servidumbre; el tipo intermedio es el que se vincula al estado civil. Se define como el grupo social de dos o más personas vivientes, ligadas entre sí por un vínculo colectivo, recíproco e indivisible de matrimonio o de parentesco, sea éste de consanguinidad o de afinidad. Esta noción incluye parientes legítimos e ilegítimos, y es la única que por lo general tiene valor jurídico.

Sin embargo, en algunas leyes modernas y en la lengua corriente suele entenderse la familia en un sentido restringido que abarca sólo a los cónyuges y sus hijos legítimos. Es lo que, como hemos visto, algunos sociólogos y antropólogos llaman la familia nuclear. Por ejemplo, cuando se otorga un subsidio

familiar se atiende a este concepto y no al amplio.

659. Clases de parentesco

El parentesco, que es la relación de familia que existe entre dos personas, se divide en natural, legal y de adopción.

Parentesco natural o de consanguinidad es la relación de sangre que hay entre dos personas que descienden las unas de las otras o de un tronco o progenitor común.

Parentesco legal o de afinidad es la relación que existe entre una persona que ha conocido carnalmente a otra y los consanguíneos de ésta.

Parentesco de adopción es el que resulta del contrato de adopción. La adopción es un contrato que crea entre dos personas relaciones puramente civiles de paternidad o de maternidad y de filiación. En nuestro Derecho, sólo establece relaciones jurídicas entre el adoptante y el adoptado; pero no entre uno de ellos y la familia del otro (Ley Nº 7.613). Véase lo dicho sobre la legitimación adoptiva y la llamada adopción plena al referirnos al nombre (Supra Nº 631).

660. La línea y el grado en el parentesco por consanguinidad

En el parentesco por consanguinidad hay que distinguir la línea y el grado.

La línea es la serie de parientes que descienden los unos de los otros o de un autor común. Puede ser recta, que es la que forman las personas que descienden unas de otras, o colateral, llamada también oblicua o transversal, y que es la que forman las personas que sin descender unas de otras, tienen un progenitor común (hermanos, primos, tíos y sobrinos).

La línea recta es ascendente o descendente, según que, con relación a una persona determinada, se considere el lazo que la une a aquéllos de quienes ella desciende, o el que la une a los que descienden de ella. Así, desde el bisnieto al bisabuelo, la línea es recta ascendente, lo mismo que desde el hijo al padre. Desde el bisabuelo hasta el bisnieto la línea es recta descendente, como también lo es desde el padre al hijo.

661. Los grados; manera de computarlos

Se entiende por grados el número de generaciones que separan a los parientes. Los grados de consanguinidad entre dos personas, dice el artículo 27 del Código Civil, se cuentan por el número de generaciones.

Entre dos parientes en línea recta, hay tantos grados como generaciones. Así, el nieto está en segundo grado de consanguinidad con el abuelo, porque del nieto a su padre hay una generación y de éste al abuelo, otra.

La computación del grado de parentesco en la línea colateral es un poco más complicada. Para contar los grados hay que subir de uno de los parientes al ascendiente común, contando el número de generaciones que los separan y añadir a este número el de las generaciones que se cuenten descendiendo desde el tronco hasta el otro pariente. Y de este modo se encontrará que dos hermanos son parientes de segundo grado: porque de uno de ellos al padre, que es el tronco o autor común, hay un grado, y del padre al otro hermano, otro grado. En la línea colateral, éste es el grado más próximo, porque no puede haber primer grado, o sea, un grado sólo de parentesco.

En el Derecho Canónico, los grados de parentesco en la línea colateral se computan de otra manera: no se cuentan las generaciones sino de un solo lado, o de una sola rama. Si las dos personas distan igual del ascendiente, son entre sí parientes en el grado en que cada una dista del ascendiente; dos hermanos son parientes en primer grado de la línea colateral, porque de cualquiera de los dos al padre, hay una generación; dos primos hermanos son parientes en segundo grado de la línea colateral, porque de cualquiera de ellos al progenitor común, el abuelo, hay dos generaciones. Si las dos personas distan desigualmente del ascendiente, el grado se determina por aquél que une a la persona más distante con el

ascendiente: tío y sobrino se hallan en segundo grado de parentesco colateral, porque si bien el tío con respecto al autor común, se halla en primer grado, el sobrino se encuentra en segundo.

Para distinguir este parentesco, el Derecho Canónico, llama puro o simple el parentesco cuyas dos ramas son iguales, y mixto, el de ramas desiguales.

662. Parentesco de consanguinidad legítimo e ilegítimo

El parentesco de consanguinidad se divide en legítimo e ilegítimo.

Legítimo "es aquel en que todas las generaciones de que resulta han sido autorizadas por la ley; como el que existe entre dos primos hermanos, hijos legítimos de dos hermanos, que han sido también hijos legítimos del abuelo común" (artículo 28).

Ilegítimo "es aquel en que una o más generaciones de que resulta, no han sido autorizadas por la ley; como entre dos primos hermanos, hijos legítimos de dos hermanos, uno de los cuales ha sido ilegítimo del abuelo común" (artículo 29).

Para calificar de legítimo el parentesco, no es necesario que el matrimonio haya precedido a la concepción; la legitimación basta para producirlo. Porque "la legitimidad conferida a los hijos por matrimonio posterior de los padres produce los mismos efectos civiles que la legitimidad nativa. Así, dos primos hermanos, hijos legítimos de dos hermanos que fueron legitimados por el matrimonio de sus padres, se hallan entre sí en el cuarto grado de consanguinidad transversal legítima" (artículo 30).

663. Parentesco de doble conjunción y de simple conjunción

El parentesco en la línea colateral puede ser de doble o de simple conjunción. Es de simple conjunción cuando el parentesco es sólo por parte de padre o por parte de madre: los hermanos de padre solamente se llaman paternos, y los hermanos sólo de madre se denominan maternos. El parentesco es de doble conjunción cuando los colaterales son parientes a la vez en la línea paterna y materna, o sea, cuando proceden de un mismo padre y de una misma madre: estos hermanos se llaman carnales.

664. Parentesco de afinidad legítimo e ilegítimo

El parentesco de afinidad se divide también en legítimo e ilegítimo.

Afinidad legítima "es la que existe entre una persona que está o ha estado casada, y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer" (artículo 31, inciso 1º).

Afinidad ilegítima "es la que existe entre una de dos personas que no han contraído matrimonio y se han conocido carnalmente, y los consanguíneos legítimos o ilegítimos de la otra, o entre una de dos personas que están o han estado casadas y los consanguíneos ilegítimos de la otra" (artículo 32).

La afinidad, pues, dentro de nuestro Derecho, no sólo resulta del matrimonio, sino también de las relaciones ilícitas.

665. La afinidad subsiste aun después del fallecimiento de una de las personas que la determinan,

Pues el Código habla de personas que están o han estado casadas (artículos 31, inciso 1º, y 32). Y así, si uno de los cónyuges muere subsiste el parentesco de afinidad entre el sobreviviente y su suegra, y sus cuñados, etc.

666. Personas ligadas por el parentesco de afinidad

El parentesco de afinidad, según las propias definiciones del legislador, sólo existe entre una de las personas que se han conocido carnalmente y los parientes consanguíneos de la otra. Pero no hay

parentesco alguno entre los consanguíneos de la una con los consanguíneos de la otra, como tampoco lo hay entre los cónyuges: éstos, entre sí, dentro del Derecho Chileno, no son parientes.

667. Modo de determinar la línea y el grado de afinidad

La línea y grado de afinidad legítima o ilegítima de una persona con un consanguíneo de la otra a quien ha conocido carnalmente, se califican por la línea y el grado de consanguinidad legítima o ilegítima de esta última persona con el dicho consanguíneo (artículo 31, inciso 2º, primera parte, y artículo 33). Así, un varón está en primer grado de afinidad legítima, en la línea recta, con los hijos habidos por su mujer en anterior matrimonio; y en segundo grado de afinidad legítima, en la línea transversal, con los hermanos legítimos de su mujer (artículo 31, inciso 2º, segunda parte).

Del Registro Civil

668. Noción

El Registro Civil es una oficina organizada por el Estado donde se hace constar de un modo auténtico los hechos que constituyen y modifican el estado civil de las personas.

Se da también el nombre de registro civil a los libros en que se anotan los hechos constitutivos o modificatorios del estado civil de las personas.

El nacimiento, el matrimonio y la muerte son los tres hechos principales a que está subordinado el estado civil. Por eso la ley se refiere directamente a ellos para establecer las secciones en que se divide el Registro Civil, lo que no impide que al enumerar los hechos o actos que deben inscribirse comprenda otros que influyen en el estado de las personas.33

669. Funcionarios encargados del Registro Civil

Antiguamente, los registros corrían a cargo de los curas-párrocos, dentro de sus respectivas parroquias; pero la ley de 17 de julio de 1884 creó los oficiales del Registro Civil y a ellos encomendó dicha función.

En cada circunscripción (que corresponde a una comuna, o secciones de ésta, o a una agrupación de dos o más comunas) hay una Oficina del Registro Civil, que tiene su sede en la población que el Presidente de la República determina y que es servida por un Oficial y personal auxiliar (Ley Nº 4.808, artículo 59, y Reglamento Orgánico del Registro Civil, artículos 33, 44 y 45).

En la capital de la República existe una Oficina del Conservador del Registro Civil que hoy se llama "Director General Abogado", funcionario que tiene a su cargo la dirección superior y vigilancia del Servicio, con las atribuciones y deberes determinados por la ley y el Reglamento respectivo (Ley Nº 4.808, artículo 46, y Reglamento Orgánico, artículo 1º).

670. Funciones de los cónsules en lo relativo a los actos del estado civil

El Reglamento Consular (decreto del Ministerio de Relaciones Nº 172, de 1977, publicado en el Diario Oficial de 29 de julio del mismo año) faculta a los cónsules para actuar en calidad de Ministros de Fe Pública y de Oficial del Registro Civil con las restricciones que el mismo Reglamento señala (art. 3º, letra g). Entre esas restricciones está la de que no pueden intervenir como Oficial Civil en la celebración de matrimonios (art. 54, Nº 1).34

671. Leyes sobre Registro Civil

La primera ley sobre registro civil fue la de 17 de julio de 1884; posteriormente, se dictó la Ley Nº 4.808, publicada en el Diario Oficial el 10 de febrero de 1930 y es la que actualmente rige junto con su Reglamento Orgánico, aprobado por Decreto Nº 2.128, de 10 de agosto de 1930 y publicado en el Diario Oficial de 28 de agosto del mismo año. Este Reglamento ha sido considerado como decreto con fuerza de ley, menos en lo relativo a las disposiciones dictadas sólo en ejercicio de la potestad reglamentaria, como las que se refieren al otorgamiento de testamentos.35

Con anterioridad a la ley de 1884, todo lo relacionado con el estado civil estaba entregado a la Iglesia Católica. Por eso las partidas de los libros parroquiales continúan sirviendo de instrumentos probatorios para acreditar los nacimientos, defunciones y matrimonios ocurridos antes del 1º de enero de 1885, fecha en que con arreglo al artículo 33 de la ley de 1884 comenzaron a ejercer sus funciones los Oficiales del Registro Civil y se abrieron los respectivos registros.

Finalmente, conviene recordar que el decreto con fuerza de ley Nº 51/7.102, de 30 de diciembre de 1942 (expedido por el Ejecutivo dentro de las facultades otorgadas por la Ley Nº 7.200, llamada Ley de Emergencia), refundió los Servicios de Registro Civil y de Identificación, bajo el nombre de Registro Civil Nacional. La Dirección del Servicio de Identificación dejó de estar a cargo del Director General de Investigaciones y pasó a depender del Conservador del Registro Civil, funcionario que tomó el nombre de "Director General del Registro Civil Nacional". Con posterioridad, la Ley Nº 10.509, de 12 de septiembre de 1952, sustituyó esta denominación por la de "Director General Abogado" y reemplazo el nombre de "Dirección General del Registro Civil Nacional" por el de "Dirección General del Registro Civil e Identificación" (art. 38).

672. Los libros del Registro Civil

Los libros, o simplemente registros, en los cuales se estampan las inscripciones de los actos constitutivos del estado civil de las personas, son de tres clases:

1) De nacimientos (con tapas color verde);

2) De matrimonios (con tapas color rojo), y

3) De defunciones (con tapas color negro) (Ley Nº 4.808, artículo 2º, y Reglamento, artículos 62 y 63).

También existe un registro Especial para la anotación de los nacidos muertos (Reglamento, artículo 64).

Los libros se llevan por duplicado (Ley Nº 4.808, artículo 2º, y Reglamento, artículo 65) para asegurar su conservación.

673. Las partidas y los certificados

Los certificados son documentos expedidos por los Oficiales del Registro Civil para dar fe de las inscripciones y subinscripciones efectuadas en los registros.

Cualquiera persona puede solicitarlos (Reglamento, artículo 211).

Los certificados de las inscripciones del Registro Civil han venido a reemplazar a las partidas de los antiguos libros parroquiales a que alude el Código Civil.

Tienen el carácter de instrumentos públicos, porque dan fe de declaraciones o hechos ocurridos ante funcionarios públicos en asuntos de su competencia.

674. Rectificación de las inscripciones

Las inscripciones que se hacen en los libros de nacimientos, matrimonios y defunciones no pueden ser alteradas ni modificadas sino en virtud de sentencia judicial ejecutoriada (Ley Nº 4.808, artículo 17, y Reglamento, artículo 101).

Es juez competente para autorizar estas rectificaciones, el juez de letras del domicilio de la persona interesada (Código Orgánico de Tribunales, artículos 33 y 134). Véase lo dicho en la ley que autoriza el

cambio de nombres y apellidos en determinados casos, ley expuesta anteriormente. En ese lugar también nos referimos a las rectificaciones de las partidas del Registro Civil por la vía administrativa. Estas rectificaciones puede hacerlas el Director General del Registro en los casos de omisiones o errores manifiestos y con los requisitos y bajo las condiciones que impone la ley, según expusimos oportunamente.

674-A. LAS SUBINSCRIPCIONES

Las subinscripciones son anotaciones de actos relacionados con determinada inscripción y que se hacen al margen de ésta en el sitio destinado a este efecto en los registros (Reglamento, artículo 203).

De las pruebas del estado civil

675. DIVERSAS CLASES DE PRUEBAS

En líneas generales, las pruebas del estado civil son cuatro:

1º Las partidas o certificados de matrimonio, de nacimiento y de muerte y demás instrumentos concernientes al estado civil de que se trate;

2º Otros documentos auténticos referentes a dicho estado civil, o que con él tengan relación (por ejemplo, un testamento en que el padre declara que sus hijos son legítimos);

3º Las declaraciones de testigos que hayan presenciado los hechos que constituyen el estado civil; y

4º La posesión notoria del estado civil.

En general, este último medio de prueba se traduce en demostrar que se ha gozado de un estado civil a la vista de todos y sin protesta o reclamo de nadie. El art. 310 se refiere a la posesión notoria del estado de matrimonio; el 311, a la del estado de hijo legítimo, y, por fin, el art. 271 a la posesión notoria de la calidad de hijo respecto de determinada persona que sirve para establecer, en juicio contra legítimo contradictor, la calidad de hijo natural.

Las partidas constituyen el medio principal de prueba; los demás son medios supletorios.

Cabe decir que la jurisprudencia afirma que la ley no exige para aceptar la prueba supletoria del estado civil que se establezca el motivo por el cual faltan las partidas (desaparecimiento, destrucción, etc.). En el Derecho de Familia se explican éste, como otros puntos, con todo detalle.

Identificación personal

676. GENERALIDADES

La identificación consiste en comprobar la individualidad de la persona humana, en verificar que ésta es la misma que se pretende o supone.

Existen varios sistemas de identificación. En nuestro país, el Decreto Ley Nº 26, de 18 de noviembre de 1924, estableció el servicio de identificación personal obligatoria según el sistema de Juan Vucetich y la descripción morfológica de Alfonso Bertillon (artículo 1º). El primero nació en Yugoslavia cuando este país formaba parte del Imperio Austro-Húngaro. Emigró a Argentina y ahí se nacionalizó.

El procedimiento antropométrico o bertillonaje (llamado así en honor de su inventor, Alfonso Bertillon, Director de los Servicios de Identidad Personal de París) “se fundamenta en la relativa invariabilidad de ciertas mediciones antropométricas a partir de la época en que existe un desarrollo físico completo, esto es, desde los veinte años, más o menos”.36 Las medidas principales se refieren a la talla, la braza, el busto, etc.

El retrato hablado –otra fase constitutiva del bertillonaje– es una descripción metódica y precisa de las facciones humanas.37

En la última etapa de su desenvolvimiento el bertillonaje abarca, además, la filiación por marcas particulares, o sea, la observación y descripción de ciertos distintivos físicos del individuo: lunares, verrugas, cicatrices, quemaduras, tatuajes, etc.

La fotografía también es usada entre nosotros como medio de identificación.

Pero el sistema más importante es el dactiloscópico, que consiste en cotejar las impresiones digitales (esto es, las marcas o señales dejadas por los dedos) valiéndose de claves que se agrupan en cierto número de tipos fundamentales y detalles diversos que dan origen a subclasificaciones.

Fue Francisco Galton, Jefe del Gabinete de Identificación de Londres, quien, en 1888, resumió todas las críticas dirigidas a los vacíos del bertillonaje y expuso de una manera metódica las ventajas que reportaba el empleo de las impresiones digitales en la identificación de las personas.

Al nombre de Galton debe asociarse el de Juan Vucetich (1858-1925). Este "hizo práctico el sistema al encontrar un medio de clasificación de los dactilogramas y archivo de las fichas dactilares". Por eso Lacassagne propuso llamar al sistema "vucetichismo".38

En Chile, se utiliza el sistema de Vucetich con las modificaciones introducidas por un ex alto funcionario de la Dirección de Investigaciones, el señor Julio Larraín.

Los fundamentos científicos de la identificación dactiloscópica son los siguientes:

1) La perennidad de los dactilogramas durante toda la vida del individuo. Los dibujos papilares se forman en el sexto mes de vida fetal y se mantienen hasta después de la muerte, hasta que la putrefacción destruye los tejidos.

2) La inmutabilidad de las figuras dactiloscópicas, que no se modifican por las enfermedades ni por las intervenciones quirúrgicas.

3) La individualidad de los dactilogramas: son siempre diferentes de un sujeto a otro.

677. Identificación de los recién nacidos

En nuestro país se había comenzado a practicar la identificación de los recién nacidos, empleándose el sistema llamado "Papiloscopia", creado por el funcionario chileno de Identificación, señor Humberto Orrego Gauthier. Consiste el aludido sistema en tomar las impresiones del pulgar derecho de la madre y, si es posible, el del padre, y de las plantas y palmas con sus respectivos pulgares, de los recién nacidos (Decreto Supremo Nº 1.547, de 17 de abril de 1944, publicado en el Diario Oficial de 25 de mayo del mismo año, Nº 3º). Sin embargo, la papiloscopia no se ha seguido practicando porque se encontraron algunas fallas en su aplicación.

678. La cédula de identidad

La cédula o tarjeta de identidad es un documento otorgado por el Servicio de Registro Civil e Identificación que, conforme a la ley, es suficiente para acreditar la personalidad del titular en todos los actos públicos o privados en que sea presentado (Decreto Ley Nº 26 de 1924, publicado en el Diario Oficial de 18 de noviembre de ese año, artículo 6º).

Están obligados a solicitar dicha cédula los chilenos y extranjeros que residan en el territorio de la República, mayores de 18 años de edad, salvo los extranjeros que tengan la calidad de residentes oficiales, los turistas y los tripulantes. Los menores de la edad señalada están obligados a requerir la cédula de identidad cuando por disposición legal han obtenido o deban obtener ésta (Decreto con Fuerza de Ley Nº 1.729, de 1976, publicado en el Diario Oficial de 24 de noviembre de 1976, art. 1º). Por ejemplo, es necesaria la cédula a los menores de 18 años que viajan al extranjero.

La cédula de identidad para chilenos contiene, en el anverso, las siguientes menciones. Como encabezamiento lleva la leyenda Cédula nacional de identidad; bajo la leyenda aparece el número del Rol Unico Nacional (RUN) 39 del titular del documento, los nombres, apellidos y firma del mismo; a la izquierda de estos datos va su fotografía, en blanco y negro. En el reverso de la cédula aparecen la fecha de nacimiento del titular, la circunscripción, número y año de su inscripción de nacimiento, su profesión, si aparece en el Registro de Profesionales, la fecha de vencimiento de la cédula y la impresión digital del titular (Resolución Nº 287 exenta, de 1989, del Director del Servicio de Registro

Civil e Identificación, que refunde diversas resoluciones anteriores, publicada en el Diario Oficial de 13 de junio de 1989, disposición 2).

La cédula de identidad para extranjeros contiene los mismos datos que la consagrada para los chilenos, salvo ciertas variantes obvias. Así, el anverso de la cédula lleva como encabezamiento la leyenda Cédula identidad extranjeros; en cuanto al nacimiento del titular, se indica sólo la fecha; se menciona el país de nacionalidad y el tipo de visa que se le hubiere concedido (Resolución citada, disposición 3).

F. DOMICILIO

1. Generalidades

679. Concepto

Así como la nacionalidad determina el Estado a que un individuo pertenece y el estado civil la familia a la cual una persona se encuentra ligada, el domicilio precisa el lugar en que el individuo es considerado siempre presente, aunque momentáneamente no lo esté, para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

680. Función del domicilio

La función del domicilio no es otra que la de permitir ubicar la persona, de una manera regular, cierta y permanente, para todos los efectos jurídicos, en un lugar determinado del territorio.

681. Concepto vulgar y concepto jurídico

En el lenguaje vulgar se llama domicilio la morada de una persona, su habitación. En la terminología jurídica, el domicilio tiene un sentido diferente. Se define, en términos generales, como el asiento legal de la persona.

Se trata no de un concepto de hecho, sino de un concepto jurídico,40 porque su noción está determinada por el Derecho.

682. Concepciones sobre el domicilio

Hay dos: una clásica y otra que ve en el domicilio una noción concreta.

683. a) Teoría clásica

El domicilio no es un lugar sino una noción ficticia y abstracta. Es la relación jurídica entre una persona y un lugar, donde aquélla se considera siempre presente para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.41

684. b) Teoría del domicilio-noción concreta

Si bien el domicilio crea una relación entre la persona y un lugar determinado, no puede afirmarse que sea esta relación misma. El domicilio, dice Marcadé,42 no es una relación establecida por la ley entre una persona y un lugar, sino que es el asiento que la ley crea con el objeto de conseguir una relación. Del domicilio resulta el beneficio de la relación…

El domicilio –se insiste– no es una noción abstracta y ficticia, sino concreta: es un lugar en que la ley supone siempre presente a una persona para los efectos jurídicos..43 El Diccionario de la Real Academia Española concuerda con esta idea; en una de las tres acepciones que da de la palabra domicilio, dice que éste es "el lugar en que legalmente se considera establecida una persona para el cumplimiento de sus obligaciones y el ejercicio de sus derechos".

Los partidarios de esta teoría arguyen que "hacer del domicilio una ficción, como lo hace la doctrina clásica, es suprimir todo interés y toda utilidad a esta noción. En efecto, ¿qué importa al acreedor que persigue a su deudor que el domicilio sea una abstracción, si puede emplazarlo ahí, en el lugar mismo?"44

Los antiguos autores no se sintieron perturbados por esa creación jurídica puramente imaginativa que es la teoría clásica. Así, Pothier, Argou y Merlin declaran que el domicilio es un lugar.45

El error de la concepción clásica queda de manifiesto, dice Planiol,46 si se considera que toda buena definición debe permitir la substitución en una frase cualquiera de la palabra definida por la definición misma. Si este medio de verificar la bondad de una definición se ensaya en la fórmula de Aubry y Rau, obtiénese un galimatías en frases como ésta: "la demanda debe notificarse en el domicilio del demandado". Hecha la substitución aludida, resulta la siguiente frase ininteligible: "la demanda debe notificarse en la relación jurídica del demandado".

La legislación moderna se inclina por la concepción concreta. Algunas lo hacen derechamente, como el Código Civil etíope de 1960, que dice: "El domicilio de una persona es el lugar donde ella ha establecido asiento principal de sus negocios y de sus intereses con la intención de vivir ahí de una manera permanente" (art. 183). Otros Códigos no se refieren directamente al lugar sino que dicen que "el domicilio de una persona está en el lugar donde ella reside con la intención de establecerse ahí" (C. Civil suizo, art. 23). Sigue la huella el Código Civil italiano de 1942, según el cual "el domicilio de una persona está en el lugar en que ella ha establecido la sede principal de sus negocios e intereses. La residencia está en el lugar en el cual la persona tiene la morada habitual" (art. 43). Esta forma de hablar da a entender que el domicilio es una cosa que está situada en otra cosa, distinta, por cierto.47 Y entonces los autores se ven obligados a afirmar que el domicilio es la sede jurídica de la persona; pero lo que interesa es el lugar en que la persona tiene su sede jurídica, y por eso es mejor aludir directamente a este lugar y calificarlo de domicilio, como lo hace el citado Código etíope e incluso, los autores italianos, que no sostienen que "el domicilio está en…", como reza su Código, sino que prefieren decir que el domicilio "es el lugar…". Así, por ejemplo, Torrente manifiesta que el domicilio "es el lugar en el cual una persona ha establecido la sede principal de sus negocios e intereses, incluso morales y familiares", y agrega que la residencia "es el lugar en que la persona tiene la morada habitual, y la morada el lugar en que la persona actualmente se encuentra".48

685. Concepción que acepta el Código Civil Chileno

En Francia, la mayor parte de los autores estima que su Código acepta la noción abstracta de domicilio, la de relación jurídica entre una persona y un lugar. Sólo una minoría cree ver la noción concreta del lugar.

Entre nosotros, parece que esta última fuera la concepción acogida, principalmente si se repara en las fuentes de que se sirvió Bello en materia de domicilio. Así, Savigny y Merlin, cuyas obras el autor de nuestro Código tuvo a la vista, consideraban el domicilio como un lugar.49

686. Caracteres

El domicilio es necesario u obligatorio, fijo y, en principio, único. Más adelante estudiaremos estos caracteres.

686-a. Residencia y habitación

En oposición al asiento de derecho, constituido por el domicilio, está el asiento de hecho de una

persona, que es la residencia, esto es, el lugar donde habitualmente vive una persona.50

La residencia puede ser la misma o distinta del domicilio. Así, el abogado que vive y ejerce en Santiago y que se traslada durante los meses de verano a Viña del Mar, tiene durante la mayor parte del año su domicilio y residencia en un mismo lugar, Santiago; pero en verano su residencia es Viña del Mar y su domicilio, Santiago.

En cuanto a la habitación, "puede decirse que es una variante de la residencia; por habitación se entiende el asiento ocasional y esencialmente transitorio de una persona", como la ciudad que se visita en un viaje.

Hay una simple diferencia de grado entre la habitación y la residencia; aquélla es el lugar en que accidentalmente está la persona; y ésta, el lugar en que habitualmente vive o permanece.

687. Ejemplo de domicilio, residencia y habitación de una misma persona

Supóngase que un menor de edad que vive y estudia en Santiago se dirija a visitar a sus padres que viven y tienen su domicilio en Puerto Montt; y supóngase también que el menor pernocte durante el viaje en Temuco. Dicho menor tiene: 1) su domicilio en Puerto Montt, porque, en conformidad al artículo 72 del Código Civil, el sujeto a patria potestad sigue el domicilio paterno o materno según el caso; 2) su residencia en Santiago, porque ahí tiene su asiento real, y 3) su habitación en Temuco, porque en este lugar se encuentra accidentalmente.

688. Importancia del domicilio

El domicilio tiene importancia enorme para los actos de la vida jurídica.

A. Derecho Civil. 1) El matrimonio debe celebrarse ante el Oficial del Registro Civil de la circunscripción en que cualquiera de los contrayentes tenga su domicilio o en que haya vivido durante los últimos tres meses anteriores a la celebración del matrimonio (Ley Nº 4.808, artículo 35).

2) El pago de otra cosa que un cuerpo cierto, si no se ha estipulado un lugar determinado, debe hacerse en el domicilio del deudor (artículo 1588).

3) La sucesión en los bienes de una persona se abre en su último domicilio (artículo 955, inciso 1º).

4) La escritura en que se otorga la adopción debe inscribirse en el Registro Civil correspondiente al domicilio del adoptado (Ley Nº 7.613, publicada en el Diario Oficial de 21 de octubre de 1943, artículo 7º, inciso 1º).

B. Derecho Procesal. 1) 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, sin perjuicio de las reglas establecidas en otras disposiciones legales (Código Orgánico de Tribunales, artículo 134).

2) Es juez competente en materia de quiebras, cesión de bienes y convenios entre deudor y acreedores el del lugar en que el fallido o deudor tuviere su domicilio (C. O. de T., artículo 154).

3) El juez competente para conocer de todas las diligencias judiciales relativas a la apertura de la sucesión, formación de inventarios, tasación y partición de los bienes que el difunto hubiere dejado, el del último domicilio del causante (C. O. de T., artículo 148, en relación con el Código Civil, artículo 955).

4) El juez competente para declarar la presunción de muerte el del último domicilio que el desaparecido haya tenido en Chile (Código Civil, artículo 81, Nº 1).

C. Derecho Internacional. En Derecho Internacional también tiene gran importancia el domicilio, pero no cae dentro de nuestro campo analizarlo desde este punto de vista.

D. Legislación tributaria. Así, el impuesto global complementario es de carácter subjetivo, dice relación con la persona del contribuyente y mira, en forma primordial, a que éste tenga domicilio o residencia en el país. En cambio, el impuesto cedular es de carácter real, y se aplica sobre las rentas de cualquier origen, sea que la fuente de entrada esté situada dentro o fuera del país.51

689. Importancia de la residencia

En general, la residencia carece de significación jurídica; pero hay casos en que el Derecho la considera.

1) El matrimonio debe celebrarse ante el Oficial del Registro Civil de la circunscripción en que cualquiera de los contrayentes tenga su domicilio, o en que haya vivido durante los últimos tres meses anteriores a la celebración del matrimonio (Ley Nº 4.808, artículo 35, y Reglamento Orgánico respectivo, artículo 157).

2) La mera residencia hace las veces de domicilio civil respecto de las personas que no tienen domicilio civil en otra parte (Código Civil, artículo 68).

3) La residencia tiene importancia para los efectos de la Ley de Impuesto a la Renta, que salvo excepciones obliga a pagar este gravamen a toda persona domiciliada o residente en Chile (art. 2º).

La tendencia actual es darle cada vez más importancia a la residencia, porque la vida moderna impele a los hombres a trasladarse de un lugar a otro, relajándose así los lazos que atan al individuo con el lugar de su principal asiento. La noción de domicilio, pues, cede terreno a la de residencia.

690. Importancia de la habitación

1) Las leyes obligan a todos los habitantes de la República, sean nacionales o extranjeros, domiciliados o transeúntes. El que sólo permanece en nuestro país breves minutos queda sujeto durante ese lapso a nuestras leyes.

2) La habitación hace también las veces de domicilio civil respecto de las personas que no tienen éste en otra parte (artículo 68). El artículo 68 habla de "mera residencia", pero esta última palabra está tomada en un sentido amplio, comprensivo de la residencia propiamente tal y de la habitación.

691. Divisiones del domicilio

El domicilio se divide, en primer lugar, en político y civil (artículo 59, inciso 2º). El primero es relativo al territorio del Estado en general (artículo 60), y el segundo, a una parte determinada del territorio del Estado (artículo 61).

El domicilio civil puede dividirse, a su vez, en general y especial.

Domicilio general es el que se aplica a la generalidad de los derechos y de las obligaciones que entran en la esfera del Derecho Civil.

Domicilio especial es el que sólo se refiere al ejercicio de ciertos derechos o a relaciones jurídicas especialmente determinadas.

El domicilio general y el especial pueden ser legales o voluntarios, según los fije la ley o la voluntad de las partes.

Finalmente, y atendiendo a la naturaleza de las relaciones de que se trata, el domicilio puede ser de Derecho Público o de Derecho Privado o Civil. Ejemplo de domicilio de Derecho Público: el que se tiene en cuenta para el empadronamiento en los registros electorales, el que se considera para las inscripciones del servicio militar, etc.

692. Domiciliados y transeúntes

Entre otras divisiones que hace el Código de las personas figura la de domiciliados y transeúntes (artículo 58): las primeras son las que tienen domicilio en el territorio del Estado en general o en una parte determinada de él; y las segundas las que no lo tienen en ese territorio o en una parte determinada de él.

Esta división de las personas, por la amplitud de sus términos, dice relación tanto con el domicilio político como con el civil; pero generalmente las leyes aluden a los transeúntes y a los domiciliados políticamente. Así, el artículo 10 Nº 1º de la Constitución habla de los hijos de extranjeros transeúntes, es decir, de los que están de paso por el territorio de la República; el artículo 497 del Código Civil dice que son incapaces de toda tutela o curaduría los que carecen de domicilio en la República, etc.

Huelga decir que tanto los chilenos como los extranjeros pueden tener en Chile las calidades de domiciliados o transeúntes.

2. Domicilio político

693. Doctrina extranjera

Sabido es que el domicilio es el lugar que la ley señala como asiento de una persona para los efectos jurídicos. Estos efectos pueden referirse al Derecho Público o al Derecho Privado. De ahí la distinción de los autores extranjeros en domicilio político y domicilio civil.52

A juicio de los autores extranjeros domicilio político es, pues, el que la ley toma en cuenta para los efectos del Derecho Público; y domicilio civil el que la ley considera para los efectos del Derecho Privado.

Serían domicilios políticos: el lugar donde el individuo ejerce sus derechos cívicos, el domicilio del contribuyente, el señalado para el servicio militar, etc.53

694. Derecho chileno

Dice el artículo 60 de nuestro Código Civil: "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. La constitución y efectos del domicilio político pertenecen al Derecho Internacional".

La concepción chilena del domicilio político es, pues, distinta de la extranjera. La palabra político se usa en el sentido de nacional; de modo que este domicilio podría llamarse también, dentro de nuestra legislación, domicilio nacional.54

En la acepción que toma el artículo 60 del Código Civil la palabra domicilio se dice, verbigracia, que un chileno o un extranjero están domiciliados en Chile, y que no lo están en Argentina o Francia, o que lo están en alguno de esos países y no en Chile.55

En síntesis, podría definirse directamente el domicilio político diciendo que es todo el territorio sujeto a la soberanía de la nación en que se entiende avecindada la persona.56

A este domicilio se refieren, entre otros, los artículos 15, inciso 2º, 497, 611, 1012 del Código Civil, y 16, inciso 6º, de la Ley de Matrimonio Civil. También la Ley sobre Impuesto a la Renta considera este concepto al establecer que "salvo disposición en contrario de la presente ley, toda persona domiciliada o residente en Chile pagará impuestos sobre sus rentas de cualquier origen…" (Decreto Ley Nº 824, de 1974, publicado en el Diario Oficial de 31 de diciembre de ese año, art. 3º, inciso 1º).

3. Domicilio civil

695. Definición

El domicilio civil, que se llama también vecindad, es relativo a una parte determinada del territorio del Estado (artículos 61 y 62). Y como la base de la división territorial de la República es hoy la comuna, con ésta se relaciona la idea del domicilio civil.

Concordando disposiciones de nuestro Código Civil, podemos decir que el domicilio civil consiste en la residencia en una parte determinada del territorio del Estado, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella (artículos 59, inciso 1º, y 62).

La definición del artículo 59 (según la cual el domicilio consiste en la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella) ha sido criticada.

1) Se dice que el domicilio depende no sólo de la residencia y el ánimo, sino también de otros factores, como, por ejemplo, el estado civil. Todos los casos de domicilio legal, en que la ley considera como asiento de derecho de una persona el mismo de otra de la cual depende, no cabrían en la definición del artículo 59.

2) Se agrega que hay también domicilios reconocidos por el Código en que no concurren copulativamente los dos requisitos aludidos: la mera residencia hace las veces de domicilio civil respecto de las personas que no tienen domicilio civil en otra parte (artículo 68).

Pero si la primera objeción es justa, la segunda carece de fundamento, porque la mera residencia no es domicilio sino que se asimila a éste para proveer a sus efectos prácticos, y siendo así no tiene por qué caber dentro de la definición de domicilio.

696. Prueba

El domicilio –ha dicho nuestra jurisprudencia– es, antes que un mero y simple hecho, un concepto jurídico, y, como tal, no se prueba con la sola aseveración de que lo tiene la persona que pretende atribuírselo, sino que debe resultar como una consecuencia legal de hechos materiales susceptibles de caer bajo la acción de los sentidos del testigo, y de los cuales el juez, con su superior criterio, pueda derivarlo.57

697. Aplicación general del domicilio civil

Cuando una ley no precisa lo que para sus efectos se entiende por domicilio, hay que atenerse a lo que al respecto dispone el Código Civil. Así lo ha fallado la Corte Suprema.58 Pero habría que agregar: "a menos que ello no se avenga con la inteligencia lógica de la norma de que se trate".

698. Conceptos de domicilio en el Código de Procedimiento Civil

Cabe preguntarse si el Código de Procedimiento Civil entiende por domicilio lo mismo que el Código Civil. La respuesta de la jurisprudencia ha sido que en algunas disposiciones sí y en otras no.

Así, se ha declarado que al exigir el número 1º del artículo 170 (antiguo 193) del Código de Procedimiento Civil que las sentencias que señala contengan la designación precisa del domicilio de los litigantes, se refiere al domicilio que contempla el Código Civil, relativo a una parte determinada del territorio del Estado (C. Civil, arts. 61 y 62) y no a la morada o casa en que ellos viven con mención de la calle y número en que está situada en un pueblo o una ciudad.59

Pero en otras disposiciones del Código de Procedimiento (arts. 45, 48, 49, 320, etc.), la palabra domicilio está empleada en el sentido vulgar de morada o casa en que se vive de modo fijo y permanente, como dice el Diccionario de la Real Academia Española al explicar una de las tres acepciones que registra de la palabra domicilio.60 Cuando, por ejemplo, el citado artículo 48 manda entregar las cédulas de notificación "en el domicilio del notificado", no las manda entregar en el territorio de la comuna en que éste vive, sino justamente en la morada fija y permanente que tiene en ella.

698-a. Elementos constitutivos del domicilio

Los elementos constitutivos del domicilio (que pueden equipararse al corpus y al animus de la posesión) son dos: 1) la residencia en una parte determinada del territorio del Estado, y 2) el ánimo de

permanecer en esa residencia (animus manendi). Este último puede ser real y verdadero o presunto.61

El primer elemento es fácil determinarlo. Trátase de un hecho material, puesto que la residencia es susceptible de ser reconocida por medio de los sentidos.

El ánimo es un elemento moral, mental o psicológico, y no puede ser conocido sino por manifestaciones externas que lo revelan o suponen.62

Como dijimos, hay dos especies de ánimo: el real y el presunto. El primero es el que tiene una existencia cierta y efectiva; el segundo es el que se deduce de ciertos hechos o circunstancias. La intención de permanecer en el lugar no debe interpretarse como ánimo de quedar ahí para siempre, sino por largo tiempo, hasta que surjan razones que obliguen al cambio de domicilio.

Pero es preciso que el ánimo no sea sólo de permanecer temporalmente en el lugar de la residencia, para un fin determinado y por el tiempo que éste dure. Por eso el enfermo que ingresa al sanatorio para seguir un tratamiento, no constituye domicilio en ese lugar.

Los dos elementos, ánimo y residencia, son necesarios para constituir domicilio. La residencia actual, por larga que sea, no basta por sí sola para constituirlo, porque la persona puede conservar el ánimo de volver a la residencia anterior. El ánimo por sí solo tampoco es suficiente para constituir domicilio si no hay efectivamente un cambio de residencia. Pero el solo ánimo basta para conservar el domicilio: si se abandona la residencia con la intención de volver a ella, la falta de permanencia en el lugar, por prolongada que sea, no hace perder el domicilio. De ahí que se diga que el ánimo es el principal de los elementos constitutivos del domicilio.

699. Caracteres del domicilio

De acuerdo con la teoría clásica, el domicilio es fijo, necesario u obligatorio y único.

a) Fijeza del domicilio: éste no cambia por el simple hecho de que una persona se traslade a vivir a otro lugar; mientras la nueva residencia no responda a la definición del artículo 59 del Código Civil, quedará en simple residencia y no constituirá domicilio.

b) Necesidad u obligatoriedad del domicilio. Puesto que la personalidad –dicen los sostenedores de la teoría clásica– atribuye sus caracteres a todas las instituciones que la afectan, del hecho de existir la persona se sigue que tiene necesariamente un domicilio.

Los que piensan que el domicilio es sólo un medio de individualizar la persona, admiten la posibilidad de que un individuo carezca de él o, lo que viene a ser lo mismo, no tenga domicilio conocido.

En nuestro Derecho, la mera residencia hace las veces de domicilio civil respecto de las personas que no tienen domicilio civil en otra parte (artículo 68).

En todo caso las personas sin domicilio constituyen excepción; la regla general es que todo individuo tenga uno.

c) Unidad del domicilio. Como la persona es una, dice la teoría clásica, el domicilio también debe ser uno.

El domicilio único no se adapta a las condiciones de la vida moderna. Nuestro Código, adelantándose a su época, acepta la pluralidad de domicilios. Igual criterio siguieron los Códigos Alemán y Brasileño.

Los inconvenientes de la unidad del domicilio han debido ser salvados por la jurisprudencia francesa con la ingeniosa teoría del domicilio aparente. Los tribunales, con el fin de proteger a los terceros, hacen producir efecto a una simple apariencia, atribuyendo al domicilio aparente el papel del domicilio verdadero, siempre que los terceros estén de buena fe y su error sea excusable; este error constituye derecho en su favor.63

700. Leyes de orden público

La base de la legislación del domicilio está en la Constitución Política, que entre las garantías individuales consagra la libertad de permanecer (por consiguiente, de constituir domicilio) en cualquier punto de la República, trasladarse de un lugar a otro o salir de su territorio.

Por ser de orden público las leyes que lo rigen, el domicilio general u ordinario no puede sujetarse en los actos jurídicos a modalidad alguna que entrañe la alteración, suspensión o extinción de sus caracteres esenciales. Así, no podría imponerse a una persona la condición de habitar siempre un mismo lugar, o sujetar la elección de domicilio a la voluntad de un tercero.

701. Condición de vivir fuera del país

¿Es lícita la condición de vivir fuera del país, impuesta, no como pena, sino en beneficio de uno o de ambos contratantes? En sentencia de 4 de diciembre de 1913 64 la Corte de Apelaciones de Santiago responde afirmativamente, "porque las disposiciones constitucionales y legales (que consagran la libertad de permanecer en cualquier punto de la República) tienden sólo a asegurar la libertad de los ciudadanos contra las arbitrariedades y abusos de las autoridades, pero no se refieren en manera alguna a las limitaciones que en ejercicio de esa misma libertad, se impongan libremente los contratantes, consultando su propio interés y como condición del contrato. La condición de vivir fuera del país, impuesta no ya como pena, sino en beneficio de uno o ambos contratantes, es pues perfectamente lícita y puede estipularse sin transgredir la ley; pero esto, por cierto, no puede autorizar la acción de la autoridad para asegurar su cumplimiento, por oponerse a ello las disposiciones constitucionales y legales antes aludidas, y por tener la contravención, como única sanción, la resolución del contrato y la pérdida del derecho adquirido mediante la aceptación de la condición".

El Ministro señor J. Astorquiza manifestó su opinión contraria en un voto disidente. Dijo que "el citado móvil o causa de la obligación es por su naturaleza y trascendencia, de suyo ilícito, es inductivo a un hecho que lesiona los derechos de libertad que la Constitución y las leyes de la República garantizan a todo habitante, vulnerando abiertamente las bases en que descansa nuestro Derecho Público". Más adelante, el Ministro disidente expresa que "la disposición del artículo 12 del Código Civil no tiene aplicación a este caso, toda vez que el derecho de residir y vivir libremente en Chile no es de aquellos que atañen sólo al interés particular, sino que es de interés público y social. De tal suerte que al exigirse imperiosamente la renuncia de ese derecho, como condición ineludible, como causa determinante del crédito, hay transgresión de una garantía constitucional, y se induce a ejecutar una acción reprobada por la Constitución y las leyes". Finalmente, dice también el señor Astorquiza "que así como no es permitido a un particular que caprichosamente se constituya preso o arrestado, sino en los casos que la ley, por razones de interés público, autoriza esa medida; del propio modo, no es lícito renunciar al derecho inalienable que tiene una persona de vivir en el país, y mucho menos al de hacerlo en otros países de Sudamérica, a los cuales no alcanza la jurisdicción de Chile, imponiéndose de hecho una verdadera pena de extrañamiento que el Código Penal sólo inflige a los reos condenados por delitos especiales".65

4. Domicilio legal

702. Generalidades

El domicilio legal o de derecho es el que la ley impone de oficio a ciertas personas en razón del estado de dependencia en que se encuentran con respecto a otras o por consideración al cargo que desempeñan.

Dentro del domicilio legal cabe el domicilio de origen, que es el que tiene el hijo al momento de nacer. Por lo general, este domicilio es el que tiene el padre el día del nacimiento del hijo.

El domicilio legal es un verdadero imperativo de la ley. De ahí que siempre tenga carácter forzoso y que en algunos casos concretos sea ficticio.

Sólo existen los domicilios legales manifiestamente establecidos por la ley; no pueden extenderse por analogía o por otro principio de hermenéutica legal. Su interpretación es, pues, restrictiva.

La determinación del domicilio legal de una persona es una cuestión de derecho.66

703. Personas sometidas a domicilio legal

En el Derecho Chileno están sometidas a domicilio legal las siguientes personas:
1) Los menores;
2) Los interdictos;
3) Los criados y dependientes, y
4) Ciertos funcionarios.

El artículo 71 del Código Civil establecía como domicilio legal de la mujer casada no divorciada el domicilio del marido mientras residiera en Chile. Pero la Ley Nº 18.802, de 9 de junio de 1989, derogó la disposición, y concordantemente, al mismo tiempo, sustituyó el texto del artículo 133, que reafirmaba la norma del artículo 71, por otro según el cual "ambos cónyuges tienen el derecho y el deber de vivir en el hogar común, salvo que a alguno de ellos le asistan razones graves para no hacerlo".67

Hoy, pues, la mujer no sigue el domicilio del marido y si tiene el de éste es porque ambos viven en el mismo lugar, en aquel en que está el hogar común. Pero si marido y mujer viven separados de hecho, cada uno tiene su propio domicilio, al igual que cuando están divorciados.

704. Las personas sometidas a domicilio legal, con excepción de los incapaces absolutos, pueden tener además un domicilio independiente y especial

El Código Civil, para señalar a las personas incapaces relativamente, un domicilio especial toma en cuenta que, no pudiendo ejercer sus derechos y obligaciones por sí mismas sino por ministerio de sus representantes legales, deben tener el mismo domicilio que éstos, en aquello que se conforme a su situación de incapacidad; pero ello no impide que puedan tener otro domicilio si se trata de ejercitar sus derechos o cumplir sus obligaciones emanadas de actos en que el incapaz pueda intervenir como persona sui juris, tales como los relacionados con el peculio profesional o industrial del hijo de familia.68

Sólo no pueden tener domicilio especial distinto del general legal los incapaces absolutos (dementes, impúberes y sordomudos que no pueden darse a entender por escrito), en virtud de la naturaleza misma de su incapacidad, que les impide obrar en todo caso como persona sui juris. Recordemos que en Derecho Romano se llamaba así a la persona capaz civilmente, dueña de sí misma y apta para disponer de sus derechos. La expresión suele usarse en nuestros tiempos con el mismo significado.

Por cierto que los funcionarios sometidos a domicilio legal en razón de sus funciones, pueden tener domicilios especiales, pues nada se opone a ello.

a) Domicilio de los menores

705. Distinción

Para precisar el domicilio legal de los menores, hay que distinguir entre los hijos legítimos, ilegítimos y adoptados.

706. a) Hijos legítimos

De acuerdo con el artículo 72, "el que vive bajo patria potestad sigue el domicilio paterno o materno, según el caso".

Esta disposición se refiere sólo al domicilio legal de los hijos legítimos, porque sólo el padre legítimo o la madre legítima pueden tener patria potestad.

De acuerdo con lo dicho, el domicilio de origen, que es una especie de domicilio legal y que le corresponde al hijo al momento de nacer, será el que tiene el padre en el día en que el hijo nace, a menos que se trate de un hijo póstumo, pues lógicamente en este caso sigue el domicilio de la madre.

¿Cuál es el fundamento del domicilio legal del hijo? El asiento de sus negocios, que se encuentra

en el domicilio del padre o, en defecto de éste, en el de la madre, ya que a ellos está confiada la gestión de sus intereses. Por esta razón este domicilio subsistirá sólo mientras el hijo viva bajo la patria potestad, paterna o materna, según el caso; de modo que si el padre o la madre pierden la patria potestad y se nombra al hijo un guardador, seguirá el domicilio de éste.

707. b) Hijos ilegítimos

Dentro de los hijos ilegítimos hay que distinguir los naturales y los simplemente ilegítimos. Unos y otros siguen el domicilio del guardador; cuando éste es el padre o madre que los ha reconocido, tienen el domicilio de dicho padre o madre, pero no por la paternidad o maternidad (la patria potestad, por lo demás, sólo existe respecto de los hijos legítimos), sino por la circunstancia de la guarda, pues el que se halla bajo tutela o curaduría, sigue el domicilio de su tutor o curador (art. 72).

708. Domicilio del menor no sujeto a patria potestad ni a guarda

Nuestra Corte Suprema ha dicho que antes de nombrársele guardador al menor que no lo tiene ni que está sujeto a patria potestad, debe considerarse domiciliado en el lugar de su residencia.69

En otro fallo dice la Corte Suprema que la mera residencia hace las veces de domicilio civil respecto de una menor que es huérfana y que carece de guardador.70

709. c) Adoptado de acuerdo con la Ley Nº 7.613

Si el adoptado conforme a la Ley Nº 7.613 es menor de edad, una vez perfeccionada la adopción, el adoptante pasa a ejercer la patria potestad de aquél (Ley de Adopción, art. 15, incisos 2º y 3º); en consecuencia, el adoptado sigue el domicilio del adoptante (C. Civil, art. 72).

710. d) Adoptados simples y adoptados plenos

Hay otras adopciones. A ellas se refiere la Ley Nº 18.703, de 10 de mayo de 1988, que regula dos clases de adopción. Una simple, que crea entre adoptante y adoptado sólo los derechos y obligaciones que se establecen en el Título II de la misma ley. La otra adopción consagrada por esta ley se llama plena y tiene por objeto conceder al adoptado el estado civil de hijo legítimo del o los adoptantes.

Como se comprenderá, el adoptado pleno, desde que pasa a ser hijo legítimo de los adoptantes, sigue el domicilio de éstos.

También el menor adoptado simple sigue el domicilio del adoptante, pues a éste pasan los derechos conferidos por la patria potestad y a él incumbe tener al adoptado en su hogar (artículos 13 y 14).

711. e) Legitimados adoptivos

Aunque la Ley Nº 16.346, de 20 de octubre de 1965, que estableció la legitimación adoptiva, fue derogada por la Ley Nº 18.703, de 10 de mayo de 1988, que señala normas sobre la adopción (simple y plena) de menores, debemos detenernos en ella considerando la situación de las personas que se legitimaron adoptivamente ajustándose a sus disposiciones.

Los legitimados adoptivos menores de edad están sometidos en general, salvo ciertas excepciones (relativas a la representación, administración y usufructo vinculados con bienes provenientes de la familia anterior del legitimado, y que éste adquiera por donación, herencia o legado de sus miembros), a la patria potestad del padre legitimante y, a falta de éste, a la mujer legitimante; en consecuencia, siguen el domicilio de aquél o de ésta, según el caso.

712. f) Pupilos no domiciliados en Chile

Si los pupilos nunca han estado domiciliados en Chile, no procede aplicar el artículo 72, que preceptúa que los pupilos siguen el domicilio del curador.71

b) Los interdictos

712-a. Su domicilio legal

Los interdictos, esto es, las personas a quienes se priva legalmente de administrar sus bienes, siguen el domicilio de sus curadores.

Pueden declararse en interdicción los dementes, los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito y los pródigos.

c) Los criados y dependientes

713. Su domicilio legal

Los criados y dependientes tienen el domicilio de la persona a cuyo servicio están, siempre que residan en la misma casa que ella y no tengan un domicilio derivado de la patria potestad, o la guarda (artículo 73).

Llámanse criados las personas empleadas en el servicio doméstico, esto es, en el hogar: cocineras, niñeras, jardineros, choferes particulares, etc.

Dependientes son las personas que están al servicio de otra, bajo cuyas órdenes o autoridad se desempeñan. Sin duda, el concepto es amplísimo. Una profesora de párvulos para educar a los niños de corta edad de una familia y que vive en la residencia de ésta, no es, por cierto, una criada, pero sí una dependiente del jefe o la jefa de hogar que le paga el sueldo. Generalmente se incluyen entre los dependientes a empleados consagrados a labores más altas que las de servicio doméstico: secretarios, preceptores, bibliotecarios, etc.

Observemos que las leyes contemporáneas de los países de lengua castellana han desterrado de sus textos las palabras criado y sirviente, porque, con el transcurso de las épocas, se ha llegado a estimarlas ofensivas. En este sentido, no reprochemos a Bello, ya que en sus tiempos los vocablos hoy repudiados todavía no indignaban.

En nuestros días la susceptibilidad ha crecido. Tampoco se tolera la calificación de doméstica para las empleadas de casa. Preciso es hablar de empleada o, como en Chile, de asesora del hogar.

Digamos, de paso, que asesor proviene del vocablo latino assessor, literalmente “el que se sienta al lado”, y significa ayudante que participa en una función. Claro que en nuestro idioma asesor quiere decir principalmente el que da consejo o dictamen. Por eso, con todo respeto, algunos se sonríen de los consejos y dictámenes emitidos por la “niña de mano”…

714. Fundamento

El centro de la actividad jurídica de los criados y dependientes es el domicilio de la persona a quien sirve.

715. Condiciones para que los criados y dependientes tengan el domicilio de su patrón o empleador

Son tres y se enumeran a continuación:

1) Que el criado o dependiente trabaje habitualmente en la casa de la persona de que se trata, y no

con intermitencias. Por eso, la cocinera, el chofer, el secretario, si reúnen los demás requisitos, tienen el domicilio de la persona que sirven; pero no el enfermero, a menos que se trate de uno que viva permanente en una casa para atender, por ejemplo, a un miembro inválido de la familia del jefe de hogar.

2) Que el criado o dependiente resida en la misma casa del patrón o empleador, que viva bajo el mismo techo. No queda incluido, pues, el profesor que sin residir en la casa en que presta sus servicios, va a dar clases, aunque sea habitualmente; tampoco cabe la empleada doméstica "puertas afuera".

Según se desprende de la letra de la ley, los criados y dependientes deben vivir, para seguir el domicilio de su patrón o empleador, en la casa que constituye el domicilio de éste, y no en otra parte que le sirva de residencia temporal.

Una doctrina contraria, dice Planiol,72 no sólo sería absurda, sino que tampoco estaría justificada por los fundamentos de la ley.

Los que trabajan en una residencia temporal tienen allí un simple domicilio de hecho,73 es decir, voluntario.

3) Que la persona no tenga un domicilio derivado de la patria potestad o la guarda, porque las disposiciones sobre estos domicilios se aplican con preferencia. Así, por ejemplo, el hijo legítimo tiene el domicilio de su padre, aunque resida en la casa de la persona a quien sirve.

d) Personas domiciliadas legalmente en razón de sus funciones

716. Quiénes son estas personas

De acuerdo con el artículo 66 "los obispos, curas y otros eclesiásticos obligados a una residencia determinada, tienen su domicilio en ella".

Los jueces están obligados a residir constantemente en la ciudad o población donde tenga asiento el tribunal en que deban prestar sus funciones (C. Orgánico de Tribunales, art. 311, inc. 1º).

En la generalidad de los casos, los jueces tendrán su domicilio en el lugar en que ejercen sus funciones, porque seguramente concurrirá en ellos el ánimo de permanecer ahí. Pero no es éste propiamente un domicilio legal, porque la ley sólo les impone la residencia, y si bien, por otra parte, en conformidad al artículo 64, les presume el ánimo de permanecer en ese mismo lugar, los jueces pueden destruir esa presunción, ya que es simplemente legal.

La disposición del artículo 66 hoy no se justifica, después de la separación de la Iglesia y el Estado.

Las legislaciones modernas, como el Código Alemán y el nuevo Código Italiano, no imponen domicilio legal a los funcionarios civiles ni a los eclesiásticos.

5. Domicilio real o de hecho

717. Generalidades

Toda persona, como consecuencia de la amplia libertad de obrar que reconoce nuestra Constitución, puede establecer su domicilio donde le plazca, a menos que la ley expresamente le imponga uno.

Este domicilio que las personas eligen a su arbitrio se llama libre o voluntario, real o de hecho: libre o voluntario, porque depende de la voluntad de la persona; real, porque aquí se encuentra efectivamente su asiento jurídico, y de hecho, para distinguirlo del domicilio legal o de derecho.

Como todo individuo, desde el momento mismo en que nace, tiene un domicilio, el de origen, que es una especie de domicilio legal, el estudio debe concretarse, no a la formación sino al cambio de domicilio.

718. Condiciones necesarias para que se efectúe el cambio de domicilio

Para que haya cambio de domicilio es preciso que concurran copulativamente las dos condiciones siguientes:

a) La residencia de la persona en otro lugar distinto del anterior, y

b) La intención de permanecer o establecerse en el lugar de la nueva residencia.

719. a) Residencia

La traslación de la residencia importa asentarse en otro lugar, o ejercer habitualmente su profesión u oficio en un lugar distinto del de la residencia anterior.

La prueba de esta condición, la residencia, es fácil, porque se trata de un hecho material que cae bajo el dominio de los sentidos.

Como la ley no ha fijado un tiempo mínimo, la residencia más corta basta para el cambio de domicilio si va acompañada del ánimo de permanecer en el nuevo lugar.

720. b) Animo de permanecer; presunciones

Si el cambio de residencia es un hecho fácil de comprobar, no sucede lo mismo con el ánimo de avecindarse en ella. De ahí que para determinarlo la ley se haya visto obligada a entrar en el terreno de las presunciones.

El Código Francés y algunos otros reglamentan el ánimo expreso, y dicen que lo hay cuando se hace una declaración ante la autoridad del lugar en que la persona tenía su domicilio y otra ante la autoridad del lugar en que la persona piensa constituir su nuevo domicilio. Pero esta disposición, según el decir de los tratadistas, jamás se ha cumplido. Nuestro Código, con la experiencia de cincuenta años de aplicación del Código Francés, no reglamentó el ánimo expreso, por ser innecesario, y sólo se preocupó de reglamentar los casos en que el ánimo es presunto.

Las presunciones que la ley establece al respecto, son positivas y negativas, es decir, en algunos casos el legislador presume el ánimo de constituir un nuevo domicilio, y en otros deduce de ciertos hechos que no hay ánimo de cambiar domicilio.

721. Presunciones positivas

Están indicadas en los artículos 62 y 64.

El primero dice: “El lugar donde un individuo está de asiento o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio, determina su domicilio civil o vecindad”.

Y, según el artículo 64, 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; por el hecho de aceptar en dicho lugar un cargo concejil, o un empleo fijo de los que regularmente se confieren por largo tiempo: y por otras circunstancias análogas.

Según el Diccionario, cargo concejil “es el obligatorio para los vecinos”, como en tiempos de la promulgación del Código lo era en muchos países el de concejal.

En todos los casos, en que se presume el avecindamiento, la naturaleza misma del hecho que el individuo ejecuta, manifiesta su intención de establecerse en ese lugar.

La Corte Suprema ha dicho que si una persona acepta el cargo de albacea con tenencia de bienes, debe deducirse el ánimo de permanecer en el lugar de la apertura de la sucesión. El fundamento de la doctrina es la última parte del artículo 64, que permite presumir el ánimo de permanecer y avecindarse en un lugar por otras circunstancias análogas a las que él mismo señala, y no pueden ser más análogas las circunstancias del que acepta un cargo de albacea con el del que acepta uno concejil o un empleo fijo.74

722. Presunciones negativas

Los artículos 63 y 65 establecen los hechos que no hacen presumir, en concepto del legislador, cambio de domicilio.

Dice el artículo 63: "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 tiene en otra parte su hogar doméstico, o por otras circunstancias aparece que la residencia es accidental, como la del viajero, o la del que ejerce una comisión temporal o la del que se ocupa en algún tráfico ambulante".

El mismo criterio informa el artículo 65, que dice: "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. Así, confinado por decreto judicial a un paraje determinado, o desterrado de la misma manera fuera de la República, retendrá el domicilio anterior, mientras conserve en él su familia y el principal asiento de sus negocios".

723. Todas estas presunciones son simplemente legales, y, por lo tanto, pueden destruirse demostrando lo contrario de lo que suponen

Será por cierto a la persona que sostenga el cambio de domicilio, a la que corresponderá probarlo.

724. Conservación del domicilio

Para conservar el domicilio no se precisa una residencia constante; basta la intención de no cambiarlo.

725. El abandono del domicilio, ¿supone necesariamente la adquisición de otro?

Los que consideran el domicilio como un atributo de la personalidad responden afirmativamente, porque de lo contrario habría personas sin domicilio, y esto es inconcebible dentro de su teoría.

Según el Derecho Chileno la respuesta parece ser negativa, pues el artículo 68 del Código Civil dice que "la mera residencia hará las veces de domicilio civil respecto de las personas que no tuvieren domicilio civil en otra parte". Esto quiere decir que si respecto de una persona no concurren, en parte alguna, los requisitos constitutivos de domicilio civil, carece de éste; pero la mera residencia provee a los efectos prácticos del domicilio.

En el Derecho Alemán, el abandono del domicilio no supone la necesidad de constituir uno nuevo;75 pero sí en los Derechos Francés (artículo 103) y Suizo (artículo 24), según los cuales el domicilio sólo puede suprimirse mediante la constitución de uno nuevo. En el Derecho Anglosajón, si se abandona el domicilio actual y no se constituye uno nuevo, revive el domicilio de origen.76

726. Cuestiones de hecho

Determinar si una persona está domiciliada o no en un lugar o si ha cambiado o no de domicilio, constituyen cuestiones de hecho.77 Así, ha dicho nuestra jurisprudencia, la aceptación de un hotel como domicilio o residencia de una persona es una simple cuestión de hecho, que no puede servir de base a un recurso de casación en el fondo.

En cambio, determinar el domicilio legal es, como dijimos, una cuestión de derecho.

6. Pluralidad de domicilios

727. Teorías de la unidad y de la pluralidad

Según la teoría de la unidad, cada persona no puede tener sino un domicilio, porque siendo una la persona también debe ser uno el domicilio.78

Pero se ha objetado que cuando una persona tiene varios centros de actividad jurídica, establecer el domicilio único es contrariar la realidad y provocar dificultades prácticas de todo orden. Lo lógico es que si concurren los supuestos de un domicilio voluntario en varios lugares, la persona tenga un domicilio plural.79

728. Derecho Comparado

El principio de la pluralidad, aceptado por la doctrina más moderna, ya lo admitía el Derecho Romano, aunque con ciertas dudas y vacilaciones.

Los Códigos Chileno (artículo 67), Alemán (artículo 7º), Brasileño (artículo 32), aceptan la pluralidad del domicilio.

Se pronuncian por la teoría de la unidad, los Códigos Francés, Suizo, Argentino, aunque con ciertas limitaciones o atenuaciones establecidas por la legislación respectiva misma o por obra de la jurisprudencia.

729. Legislación chilena

Dice el artículo 67 de nuestro Código Civil: "Cuando concurran 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".

Corrobora esta disposición el Código Orgánico de Tribunales, que dice: "Si el demandado tuviere su domicilio en dos o más lugares, podrá el demandante entablar su acción ante el juez de cualquiera de ellos" (artículo 140). Más adelante, agrega: "Cuando el demandado fuere una persona jurídica, se reputará por domicilio, para el objeto de fijar la competencia por el juez, el lugar donde tenga su asiento la respectiva corporación o fundación. Y si la persona jurídica demandada tuviere establecimientos, comisiones u oficinas que la representen en diversos lugares, como sucede con las sociedades comerciales, deberá ser demandada ante el juez del lugar donde exista el establecimiento, comisión u oficina que celebró el contrato o que intervino en el hecho que da origen al juicio" (artículo 142).

730. ¿Admite la legislación chilena la pluralidad de domicilios generales?

Algunos responden negativamente, porque sería imposible que en dos o más parajes puedan concurrir, respecto de una persona, las circunstancias constitutivas de domicilio civil general (la residencia y el asiento principal de sus negocios). Además, se arguye, diversas disposiciones parten del supuesto de un solo domicilio: los artículos 81, Nº 1, y 955 hablan del último domicilio del desaparecido y del difunto, respectivamente.80

Otros, que forman la opinión predominante, admiten la pluralidad de domicilios generales. No ven imposibilidad alguna para que así pueda ser, como ocurre, por ejemplo, con un comerciante que tiene establecidas en varias ciudades tiendas para la venta de mercaderías y reside indistintamente en todos esos lugares atendiendo personalmente sus negocios.81 En cuanto al supuesto de la unidad de domicilio, nada significa, porque lo normal y corriente es que la persona tenga un solo domicilio, y las leyes siempre se ponen en los casos generales.

731. Condiciones necesarias para que se admita la pluralidad de domicilios

Si bien el artículo 67 reconoce la pluralidad de domicilios, es a condición de que en las diversas secciones territoriales concurran, con respecto a la persona, todas las circunstancias constitutivas de domicilio. Así lo da a entender claramente el vocablo "cuando", que aparece empleado por el referido precepto en la acepción que el Diccionario le atribuye como equivalente a la locución "en caso que".82

La ley (artículos 59, 61 y 62), explica nuestra Corte Suprema,83 dice que esas circunstancias constitutivas consisten en la residencia en una parte determinada del territorio del Estado acompañada real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella. Y siendo así, es manifiesto que para reconocer la pluralidad de domicilio hay que establecer las circunstancias prescritas por esas disposiciones.

El artículo 67 es una excepción al principio de la unidad del domicilio y las circunstancias a que alude dicha disposición deben probarse plena y especialmente, pues las excepciones no se presumen.84

Aunque la ley prevé pluralidad de domicilio civil, como es una situación excepcional, corresponde probarla, por regla general, a la parte que la invoque o alegue.85

7. Domicilio especial

732. Generalidades

Al lado del domicilio general u ordinario hay domicilios especiales, que pueden adquirirse sin que desaparezca el primero, y los cuales sólo se refieren al ejercicio de ciertos derechos o a relaciones jurídicas especialmente determinadas.

733. Domicilios especiales voluntarios e impuestos por las leyes

Las partes, a veces, eligen domicilio especial por propia iniciativa, como en el caso del domicilio convencional; en otras ocasiones, la ley misma lo impone u obliga a elegirlo, según se verá en las explicaciones que siguen.

734. Domicilio parroquial, municipal, provincial

Dice el artículo 70 del Código Civil: "El domicilio parroquial, municipal, provincial o relativo a cualquiera otra sección del territorio, se determina principalmente por las leyes y ordenanzas que constituyen derechos y obligaciones especiales para objetos particulares de gobierno, policía y administración en las respectivas parroquias, comunidades, provincias, etc., y se adquiere o pierde conforme a dichas leyes u ordenanzas. A falta de disposiciones especiales en dichas leyes u ordenanzas, se adquiere o pierde según las reglas de este título".

El domicilio parroquial está determinado por el territorio que cae bajo la jurisdicción espiritual del cura de almas. Su reglamentación pertenece, naturalmente, al Derecho Canónico. Antes tenía gran importancia porque determinaba el lugar en que debía celebrarse el matrimonio. Actualmente el domicilio matrimonial es determinado por la circunscripción del Registro Civil en que cualquiera de los contrayentes tenga su domicilio, o en que haya vivido durante los últimos tres meses anteriores a la celebración del matrimonio (Ley de Matrimonio Civil, de 10 de enero de 1884, artículo 9º, Ley Nº 4.808, de 10 de febrero de 1930, sobre Registro Civil, artículo 35; Reglamento Orgánico del Registro Civil, aprobado por Decreto Nº 2.128, de 10 de agosto de 1930, publicado en el Diario Oficial el día 28 del mismo mes y año, artículo 157).

El domicilio municipal comprende el de la comuna respectiva y nada tiene que ver con el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles. Sólo dice relación con la administración de los intereses comunales y muy especialmente con el pago de los impuestos y contribuciones locales.

El domicilio provincial abarca el territorio de la provincia. Es puramente teórico; carece de aplicación.

La referencia a los domicilios especiales que mencionamos sólo la hizo el legislador con el fin de establecer la regla general con que termina el artículo 70: dichos domicilios se adquieren o pierden, de la misma manera que el domicilio civil general, cuando las leyes u ordenanzas especiales que deben regirlos, nada disponen al respecto.

735. Domicilio elegido para facilitar el diligenciamiento de las notificaciones por cédula

El artículo 48 del Código de Procedimiento Civil –que ya tuvimos ocasión de citar– indica las resoluciones que deben notificarse por cédulas que contengan la copia íntegra de la resolución y los datos necesarios para su acertada inteligencia. También señala la forma en que debe practicarse la notificación.

Ahora bien, el artículo 49 del mismo Código dice que "para los efectos del artículo anterior, todo litigante deberá, en su primera gestión judicial, designar un domicilio conocido dentro de los límites urbanos del lugar en que funcione el tribunal respectivo, y esta designación se considerará subsistente mientras no haga otra la parte interesada, aun cuando de hecho cambie su morada. En los juicios seguidos ante los tribunales inferiores el domicilio deberá fijarse en un lugar conocido dentro de la jurisdicción del tribunal correspondiente, pero si el lugar designado se hallare a considerable distancia de aquél en que funciona el juzgado, podrá éste ordenar, sin más trámites y sin ulterior recurso, que se designe otro de límites más próximos".

El objeto de esta disposición es facilitar al contendor el diligenciamiento de las notificaciones personales o por cédula que deben hacerse a cada litigante durante el pleito (Corte de Santiago, 21 de agosto de 1903, Gaceta de los Tribunales, año 1903, tomo II, sentencia Nº 1.846, p. 441).

De acuerdo, pues, con el artículo 49 del Código de Procedimiento Civil, la persona es libre para designar una casa o un edificio a fin de que ahí se hagan las notificaciones; "pero no es libre –y en esto estriba el domicilio legal especial– para elegir esa casa o edificio en cualquier parte, sino que tiene que hacerlo dentro de determinados límites que la misma ley señala. Y esos límites territoriales pueden coincidir o no con el domicilio general. Coincidirán, por ejemplo, si el demandante tiene el domicilio en el mismo lugar en que funciona el tribunal; pero no coincidirán cuando esta situación no se presente, como cuando el actor, domiciliado en Magallanes, demanda a su deudor, que vive en Santiago, en este último punto. El domicilio general del actor continuará siendo Magallanes, aunque durante el pleito permanezca en Santiago; pero su domicilio constituido estará en Santiago, dentro de los límites mencionados en que funcione el tribunal competente.86

736. Domicilio del fiador

Otro caso de domicilio constituido encontramos en el artículo 2350 del Código Civil, según el cual el obligado a prestar fianza debe dar un fiador que esté domiciliado o elija domicilio dentro de la jurisdicción de la respectiva Corte de Apelaciones.

737. Domicilio especial constituido por voluntad de las partes

El domicilio que fijan libremente las partes para determinados efectos por una manifestación de voluntad, se llama domicilio de elección. Puede crearse en los actos unilaterales (como sería el que se indicara en el testamento para los efectos de cumplir un legado) o en las convenciones. En este último caso se llama específicamente domicilio convencional o contractual.

Domicilio convencional

738. Finalidad

A fin de evitar gastos, molestias y dificultades puede interesar a las personas que celebran un contrato, o a una de ellas –generalmente el acreedor de la obligación principal– no tener que acudir al domicilio general y real. En tal caso, la ley permite que en un contrato puedan las partes establecer de común acuerdo un domicilio civil especial para los actos judiciales o extrajudiciales a que dé lugar el mismo contrato (artículo 69).

Un ejemplo evidenciará en qué consiste el domicilio especial y hará resaltar sus ventajas prácticas:

Primus, domiciliado en la ciudad de Santiago, tiene una casa en la comuna de San Fernando; Secundus, domiciliado en el lugar en que está situada la propiedad, quiere arrendársela. Están de acuerdo las partes en todas las condiciones del contrato; pero Primus observa que si el día de mañana tuviera que demandar a Secundus el cumplimiento de la convención, tendría que deducir su acción ante el juez de San Fernando, lo que traería gastos y molestias. Para evitarlos, pide a Secundus que elija un domicilio especial en la ciudad de Santiago, donde él pueda demandar el cumplimiento de las obligaciones que sean efectos del arrendamiento convenido.

En la práctica, se acostumbra establecer el domicilio especial en una cláusula del contrato que dice más o menos así: "Para todos los efectos del presente contrato las partes fijan su domicilio en la ciudad X".

739. El domicilio convencional debe aceptarse por las dos partes

Generalmente el domicilio lo elige e impone el acreedor al deudor; pero puede cada una de las partes hacer la elección, y pueden fijarlo ambas en un mismo lugar o en lugares distintos.87 Lo que sí es esencial es que ambas partes acepten el domicilio elegido. Esta mutua aceptación es lo que le da fisonomía contractual al domicilio de que se habla. De ahí también que la simple enunciación que hacen las partes de su domicilio en un contrato, para el solo efecto de individualizarse, no importa el establecimiento de un domicilio convencional.

740. El domicilio convencional debe determinarse y no fijarse vagamente

Por eso nuestra jurisprudencia ha dicho que carece de valor la cláusula que fija como domicilio del deudor "el lugar que el acreedor designe" o "donde judicialmente se pida el cumplimiento del contrato". Por su vaguedad, estipulaciones de esta naturaleza no importan fijación de un domicilio civil especial.88

741. Manifestación expresa o tácita de voluntad

Autores como Merlin89 y Laurent 90 sostienen que el domicilio convencional siempre debe establecerse en forma expresa; otros, en cambio, como Planiol 91 y Josserand,92 admiten la constitución del domicilio contractual por manifestación de la voluntad tácita de las partes.

Se sostiene que no es admisible constituir domicilio especial por manifestación tácita de voluntad, porque supone renunciar al derecho de ser demandado ante los jueces naturales, y es un principio general que la renuncia de los derechos no se presume. Se añade también que la elección de domicilio deroga las reglas generales del domicilio, y es un axioma que las excepciones no existen si no se establecen formalmente.

Pero se ha contraargumentado que una cosa es la voluntad tácitamente manifestada, voluntad real de la persona, que no deja lugar a dudas sobre su intención, y otra es la voluntad presunta, simplemente atribuida por la ley. Por otro lado, si la voluntad de las partes existe y se manifiesta claramente, ¿qué importa que se trate de una renuncia a un derecho o de una derogación o excepción a las reglas generales del domicilio? ¿Acaso la ley limita a su respecto el principio general que admite la expresión tácita de voluntad? Una excepción a este principio, para ser admisible, ¿no tendría que estar expresamente establecida por la ley?

Entre nosotros, Claro Solar está con los primeros, porque nuestra ley exige el "común acuerdo" "y ese acuerdo no puede existir si no se trata especialmente de establecer un domicilio para el

cumplimiento del contrato" 93

Se ha refutado esta opinión, porque común acuerdo significa acuerdo o consentimiento de todos los que son partes en el contrato; pero no acuerdo o consentimiento expreso o especial.94 Lo único necesario sería que la voluntad de las partes exista y se manifieste claramente, sea en forma expresa o tácita.

La Corte de Valparaíso, en una sentencia de 22 de octubre de 1914, resolvió que el domicilio convencional debe ser expresamente pactado.95

742. La designación del lugar del pago en la convención ¿importa elección tácita de domicilio?

La determinación de lugar para el pago no implica elección de domicilio en ese lugar para todo cuanto sea ajeno al pago mismo.96 Pero el demandante puede entablar su acción tendiente a obtener dicho pago ante el juez del lugar donde se estipuló que debía hacerse el pago (C. Orgánico de Tribunales, artículos 135 y 138).

743. Forma verbal o escrita

La elección del domicilio puede realizarse en forma verbal o escrita.97 Pero en la práctica se usa sólo la segunda por las dificultades de prueba de la forma verbal.

Por otra parte, no faltan autores que estiman la forma escrita como necesaria para el acto.98

744. Elección en instrumento público o privado

En principio, la elección de domicilio puede hacerse tanto en instrumento público como en instrumento privado; no hay limitación legal al respecto.

745. Acto en que puede efectuarse la elección

La elección de domicilio especial puede realizarse en el mismo acto para cuyos efectos se establece o en otro acto posterior. Ningún principio legal limita la voluntad de las partes en esta materia, y, por otro lado, toda estipulación posterior relacionada con un contrato, se entiende incorporada a éste.99

En nuestra legislación positiva la conclusión se refuerza ante la letra del artículo 186 del Código Orgánico de Tribunales, que se refiere a la prórroga de la jurisdicción, uno de los principales efectos del domicilio convencional. Dice dicho artículo 186: "Se prorroga la jurisdicción expresamente cuando en el contrato mismo o en un acto posterior han convenido en ello las partes, designando con toda precisión el juez a quien se someten".

746. Capacidad de las partes

Las partes que establecen un domicilio convencional deben ser capaces de contratar.100

747. Constitución por mandatario

De acuerdo con los principios generales, el domicilio especial puede ser constituido por medio de un mandatario; pero éste, según los autores,101 deberá tener poder especial.

748. Lugar que se determina: localidad o casa

La elección de domicilio puede cumplirse simplemente con la designación de una sección territorial, provincia o comuna; pero puede señalarse asimismo una casa en especial.102

749. Elección del domicilio de un tercero

También puede fijarse como domicilio convencional el domicilio real de un tercero. Se crea, entonces, entre las partes constituyentes y el tercero un mandato, y son las reglas de este contrato las que gobiernan sus relaciones.

750. Elección del domicilio real

A veces se elige el domicilio real, entendiendo por tal el que tenían las partes al celebrar el acto. Y este domicilio, entonces, subsiste como convencional cuando deja después de ser ordinario para una o ambas partes. Subsiste aunque la parte que lo constituyó muera y los herederos se domicilien en otro lugar.103

751. Efectos

Salvo estipulación en contrario, los efectos del domicilio convencional consisten, de acuerdo con el artículo 69, en que deben realizarse en él los actos judiciales o extrajudiciales a que diere lugar el contrato para el cual se estableció el domicilio especial.

Entre los efectos del domicilio convencional resalta por su importancia el de la prórroga de competencia o de jurisdicción, como se dice usual aunque impropiamente.

752. Prórroga de competencia

En virtud de este efecto del domicilio convencional, los jueces del domicilio elegido, y no los jueces naturales, deben entender en todo lo relativo a la convención, a su ejecución y cumplimiento, a las indemnizaciones a que diere lugar, etc.

¿Puede faltar la prórroga de competencia en el domicilio convencional? Baudry-Lacantinerie y Houques-Fourcade piensan que podría establecerse que el domicilio elegido no produjera su efecto normal de prorrogar la competencia.104 Planiol y el italiano Ferrara afirman que dicha prórroga en ningún caso puede faltar, pues es la razón de ser fundamental del domicilio de elección.105

Nuestra ley permite pactar el domicilio convencional para los actos judiciales o extrajudiciales a que diere lugar el contrato. En el último extremo, claro está, no hay margen para la prórroga de que se habla.

753. Domicilio especial sin señalamiento de casa determinada; notificaciones

Puede ocurrir que en la designación del domicilio especial no se haya señalado una casa determinada, sino sólo la ciudad o la comuna. En tal caso, ¿dónde debe realizarse la citación y el emplazamiento para contestar la demanda y las notificaciones que deben hacerse al demandado?

Una opinión sostiene que las diligencias deben practicarse en el domicilio convencional, supliéndose la falta de ubicación o certeza con los medios generales que establece el Código de Procedimiento Civil, porque de lo contrario el domicilio convencional perdería gran parte de su valor.106

Otra opinión afirma que las diligencias deben efectuarse en el domicilio real, correspondiendo al

juez del domicilio especial tomar las providencias necesarias al efecto. Aceptar otro camino, se agrega, equivaldría muchas veces a dejar en la indefensión al demandado.107

754. Competencia para declarar la nulidad del contrato que contempla domicilio especial

Las acciones tendientes a la declaración de nulidad del contrato, ¿pueden ejercitarse ante el juez del domicilio convencional? La mayoría de los autores dice que en este caso las acciones deben ejercitarse ante el juez del domicilio real, porque la nulidad pugna con el cumplimiento del contrato y porque sería contradictorio que la misma parte que alega la nulidad se fundase en las cláusulas del contrato cuya nulidad pretende.108 Una minoría piensa que aun esta acción de nulidad puede ser interpuesta en el domicilio convencional,109 porque todo acto se presume válido mientras el juez no declare su nulidad y siendo así debe recurrirse al juez del domicilio convencional, y porque nuestra ley no dice, como en otras legislaciones, que el domicilio convencional se establece para el cumplimiento del contrato, sino "para los actos judiciales o extrajudiciales a que diere lugar", y la acción de nulidad se traduce en un acto judicial "a que da lugar" el mismo contrato, que debe presumirse válido hasta que el juez no declare lo contrario. Claro que esta última opinión reconoce, lógicamente, que si el domicilio convencional está fijado en el solo interés del demandante, puede éste emplazar al demandado en el domicilio real, si prefiere, porque nada se opone a que renuncie al fuero establecido en su favor.

755. Notificación de la sentencia que condena al deudor

Se ha sostenido que la notificación de la sentencia que condena al deudor no puede hacerse en el domicilio convencional, porque en éste sólo podrían realizarse las notificaciones que se derivan de la ejecución misma del contrato, y una vez trabada la litis y pronunciada la sentencia, las notificaciones serían relativas al juicio y no al contrato. Se ha replicado que la sentencia que condena al deudor a la ejecución del contrato, es un acto judicial a que da lugar el mismo contrato; por lo tanto, la notificación de dicha sentencia correspondería hacerla en el domicilio convencional.110

756. Especialidad del domicilio convencional

Todo domicilio de elección es siempre especial: sólo vale para el acto en vista del cual fue elegido; para toda otra operación el domicilio real subsiste. No hay aquí sino aplicación del principio general de las convenciones según el cual el alcance de ellas es restringido y determinado por su objeto.111

757. Duración del domicilio convencional

La elección del domicilio es una cláusula accesoria que forma parte de una convención y que dura lo que ella. Las partes están ligadas, y el domicilio elegido subsiste hasta que se ejecute enteramente el acto para el cual ha sido elegido.

Consecuencias. 1. El domicilio elegido, a la muerte de la parte que lo eligió, pasa a sus herederos; éstos deben respetarlo como la convención misma a la cual se refiere. En esto se diferencia del domicilio ordinario que no es transmisible: los herederos no adquieren el domicilio real del difunto; ellos conservan el suyo.112

2. El domicilio elegido no puede cambiarse por la sola voluntad de la parte que lo ha escogido, a menos que la elección haya sido hecha sólo en su interés exclusivo. El autor de la elección de domicilio está ligado por la convención, y, para modificarla, precisa el consentimiento de la otra parte.113

Sin embargo, dice Planiol, no debe exagerarse esta inmutabilidad; hay una modificación que puede ser hecha sin que importe vulneración del contrato. Si el mandatario encargado de representar al deudor ausente ha perdido la confianza de éste, o ha muerto aquél, el que ha hecho la elección de domicilio puede indicar otra persona en su lugar. Es indiferente al acreedor dirigir sus observaciones a Pedro o

Pablo, si la persona que substituye a la primera reside en la misma ciudad, pues el cambio no lo perjudica.114

758. Los sucesores a título particular, ¿se hallan obligados por el domicilio especial?

Sí, afirman algunos. "La elección de domicilio –dice Dalloz115– se transmite activa y pasivamente a los herederos u otros sucesores de las partes contratantes. El discurso del tribuno Malherbe ante el Cuerpo Legislativo no deja duda alguna". Los efectos del domicilio de elección, expresan por su parte Aubry y Rau,116 "se transmiten, activa y pasivamente, a los herederos u otros sucesores de las partes contratantes. Se transmiten también a sus acreedores…"

Otros, en cambio, como los argentinos Colmo117 y Busso,118 dicen que los sucesores particulares en principio no se hallan obligados por el domicilio especial. "Si en ciertos casos –añade el último de los nombrados– pueden aparecer obligados, no es por el hecho de ser sucesores particulares, sino por haber asumido las obligaciones en las condiciones primitivas".

759. ¿Pasa el domicilio especial del deudor directo al adquirente del inmueble hipotecado?

Aunque el deudor, dice la Corte de Talca,119 haya fijado domicilio en el contrato para su cumplimiento, esta obligación debe estimarse meramente personal e independiente del contrato accesorio de hipoteca, gravamen constituido por el mismo deudor para asegurar el cumplimiento de la obligación principal. En consecuencia, agrega la Corte, el domicilio del tercer poseedor debe determinarse según los principios generales y sin tomarse en cuenta lo que se convino en el contrato celebrado con el deudor directo.

Los Ministros señores Herrera y Román disintieron de esta resolución, y opinaron que debe considerarse como domicilio del tercer poseedor el mismo que con el acreedor hipotecario convino el deudor directo.

Don Luis Claro Solar, en una nota a la sentencia citada, criticó la doctrina de la mayoría del tribunal. A su juicio, si el deudor después de haber fijado domicilio para el ejercicio de la acción hipotecaria, vende la propiedad que hipotecó, en uso de las facultades que la ley acuerda, no por eso puede alterar las condiciones del contrato que el acreedor exigió como condiciones del mutuo.

760. Renuncia del domicilio de elección

Si el domicilio convencional se ha elegido en interés de ambas partes, es lógico que ninguna modificación pueda hacerse al respecto sin la intervención de ambas. Pero si la elección se ha realizado sólo en favor de una de las partes, como ha sido un beneficio que la otra le ha concedido, puede renunciarlo, pues la renuncia mira sólo a su interés individual y no se encuentra prohibida por la ley. Y así, el acreedor en cuyo beneficio se estipuló el domicilio especial, puede demandar al deudor en el domicilio ordinario de éste y no en el que fija el contrato.120

761. Interpretación del domicilio convencional

La cláusula del domicilio convencional, ha dicho acertadamente nuestra Corte Suprema,121 debe interpretarse de acuerdo con las reglas de interpretación de los contratos. Así el contrato en que las partes establecen que para los efectos legales fijan su "residencia" en determinada ciudad, debe interpretarse, de acuerdo con el artículo 1562 (que dice que el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno), en el sentido de que su intención es fijar su "domicilio" para esos efectos.

762. Suspensión del domicilio convencional con respecto a los juicios universales

Los efectos del domicilio especial cesan o se suspenden en los casos de los juicios universales, que son los que se refieren a todo el patrimonio de la persona: juicio sucesorio, juicio de quiebra.

El fundamento de esta solución radica en que el fuero de atracción que ejercen los juicios universales se halla instituido en pro del interés general y de los terceros, debiendo, por lo tanto, prevalecer sobre el interés individual de los estipulantes del domicilio especial.

Pero el domicilio especial recobra su imperio si por cualquier circunstancia el contrato debe subsistir con posterioridad al término del juicio universal, como, por ejemplo, si después de realizada la partición de los bienes del causante, uno de los herederos se hace cargo de la obligación.

"El efecto del fuero de atracción del juicio universal, es, pues, más que el de hacer cesar el domicilio especial, el de suspenderlo mientras aquél subsiste. Si en muchos casos se produce la cesación, es porque generalmente ocurrirá que en el juicio universal se liquidará el contrato y habrá cesado con él el negocio para el cual el domicilio especial fue instituido".122

G. EL PATRIMONIO

763. Etimología

Patrimonio es palabra que viene del vocablo latino patrimonium: "lo que se hereda de los padres". La voz castellana, tal como hoy se escribe, comenzó a usarse a partir del siglo XIII.

763-a. Sentido jurídico

En el idioma, patrimonio tiene varias acepciones. A nosotros interesa por ahora sólo su sentido jurídico. Desde este punto de vista se define tradicionalmente como el conjunto de derechos y obligaciones de una persona valuables en dinero.

En consecuencia, en el patrimonio no sólo entran los derechos, los bienes, los créditos sino también las deudas. Cuando estas últimas, en un momento dado, son más que las relaciones activas, se dice que el patrimonio tiene un pasivo mayor que el activo.

En el patrimonio sólo entran los derechos que pueden apreciarse económicamente; los que no admiten semejante estimación quedan fuera, y por eso se llaman extrapatrimoniales. Tienen este carácter, por ejemplo, los derechos políticos, los derechos de la personalidad (derecho a la vida, al honor), los derechos de familia. Todos ellos en sí mismos carecen de valor pecuniario, sin perjuicio de que el daño que derive de su violación sea indemnizable en dinero.

764. Distinción del patrimonio respecto de los bienes que lo componen; carácter virtual

El patrimonio es algo distinto de los bienes que lo integran o componen en un momento dado de su existencia. En efecto, abarca no sólo los bienes presentes de su titular, sino también los futuros, es decir, los que adquiera después. Así lo revela nítidamente la norma según la cual el acreedor puede perseguir la ejecución de su derecho sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los que la ley declara inembargables (C. Civil, art. 2465). De esta manera –explican los autores– el patrimonio aparece más como una virtualidad, un potencial que como una masa congelada de elementos. Es un continente, una bolsa –agregan– que puede estar vacía, o incluso tener un contenido negativo, como cuando existen más deudas que bienes.

765. Activo bruto, pasivo y activo neto del patrimonio

La suma de todos los elementos positivos del patrimonio (bienes y derechos de valor pecuniario)

forman su activo bruto y la suma de todos sus elementos negativos (deudas y cargas pecuniarias) constituyen su pasivo. Cuando el activo es mayor que el pasivo, la diferencia recibe el nombre de activo neto. Si una persona tiene bienes que en total valen 10 millones de pesos y deudas que suman 4 millones, el activo neto es igual a 6 millones de pesos.

Veremos más adelante que una minoría de autores identifica el patrimonio con el activo bruto.

766. Utilidad del concepto de patrimonio

El patrimonio, en razón de las funciones que desempeña, sirve para explicar varios mecanismos y figuras jurídicos, entre ellos, principalmente, los siguientes: la sucesión hereditaria, la garantía genérica de los acreedores y la subrogación real.

a) Desde luego, el patrimonio permite comprender cabalmente cómo a la muerte de una persona todo el conjunto de sus derechos y obligaciones transmisibles pasa unitariamente a los herederos en el estado en que se encuentre.

b) El concepto de patrimonio explica el llamado derecho de prenda general o garantía genérica de los acreedores, según la cual todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, pueden servir para que sobre ellos persiga el acreedor la ejecución de su crédito no satisfecho (C. Civil, art. 2465). Esta garantía permite al acreedor expropiar los bienes del deudor, mediante el procedimiento de ejecución establecido por la ley, y hacerlos vender en pública subasta para pagarse con el precio obtenido.

c) El patrimonio, dada su naturaleza, sirve también para explicar el fenómeno de la subrogación real. Aclaremos antes que, en general, por subrogación se entiende la sustitución de una persona por otra o de una cosa por otra. En el primer caso se habla de subrogación personal y, en el segundo, de subrogación real, que es la que ahora conviene precisar. Defínese ella como la sustitución de una cosa a otra en términos tales que la nueva pasa a ocupar, jurídicamente, el mismo lugar de la antigua. La cosa que sustituye, sin cambiar de naturaleza, queda colocada dentro del patrimonio en la misma situación jurídica que tenía la cosa sustituida. Por ejemplo, si un bien raíz se incendia, pasa a ser reemplazado en el patrimonio por la indemnización que pague la compañía aseguradora. Ahora bien, la subrogación se explica por el carácter de universalidad de derecho que, según la teoría clásica, tiene el patrimonio y que permite la mutación de los elementos constitutivos de éste, sin que por ello se altere el conjunto unitario formado por los mismos. Josserand, un célebre profesor francés de la primera mitad del presente siglo, dice que "es interesante comprobar que el patrimonio constituye una universalidad jurídica, de la cual los valores positivos (bienes, derechos, créditos) o negativos (deudas, cargas), no constituyen sino células. De aquí resulta, por lo que se refiere a estos valores, una aptitud para reemplazarse los unos por los otros; son fungibles entre sí, intercambiables; los bienes que salen del patrimonio son reemplazados jurídicamente por los bienes que los suceden, y esto en virtud del fenómeno de la subrogación real". Un adagio expresa que en las universalidades jurídicas el precio toma el lugar de la cosa vendida y la cosa comprada el del precio pagado. El que la cosa substitutiva tome la posición jurídica de la substituida sólo puede producirse en las universalidades de derecho y no en las de hecho, como una biblioteca o un rebaño.123

767. Teoría clásica del patrimonio

La noción de patrimonio existió ya en el Derecho Romano, con mayor o menor amplitud; pero sus juristas comprendieron en ella sólo los elementos activos, la totalidad de los bienes pertenecientes a un sujeto, no englobando también las deudas del mismo.

El Código Civil Francés, al igual que el chileno, no formula en ningún título o párrafo una teoría general sobre el patrimonio, aunque muchas normas diseminadas de uno y otro cuerpo legal se refieren a éste y le aplican principios que la doctrina ha sistematizado. Nuestro Código Civil habla, por ejemplo, del patrimonio del desaparecido (art. 85), de las fuerzas y obligaciones de los patrimonios (artículos 1066, 1170 y 1744), de la separación de patrimonios (artículos 1170 y 1382), etc.

El primero en exponer una teoría general del patrimonio fue el jurista alemán, K. S. Zachariae,

que, a mediados del siglo pasado, escribió una célebre obra titulada El Derecho Civil Francés. No debe extrañar que un germano haya consagrado un trabajo completo a ese Derecho si recordamos que, en una época, él imperó en algunas regiones alemanas. Zachariae puso de relieve varios caracteres del patrimonio (su naturaleza abstracta, la idea de que es una proyección de la persona humana misma con relación a sus bienes) que la doctrina moderna, o parte de ella, conserva; pero, lo mismo que los romanos, sólo concibió el patrimonio como una unidad jurídica "de todos los objetos exteriores perteneciente a una persona".124

Inspirándose en Zachariae los famosos autores franceses Aubry y Rau construyeron la teoría del patrimonio que ha llegado a ser clásica. Lo hicieron en su Cours de Droit Civil que, en un comienzo, se presentó como traducción del libro del profesor de Heidelberg, Zachariae. En las ediciones sucesivas, sobre todo a partir de la cuarta (8 volúmenes, publicados entre los años 1869 y 1878) la obra alcanzó perfiles propios, y desde entonces hasta hoy es considerada como "la obra maestra del Derecho Civil francés". En esas páginas –repetimos– se encuentra firmemente delineada la teoría clásica del patrimonio que perdura hasta nuestros días, aunque, de parte de algunos, con ciertos reparos.

768. Composición del patrimonio y de la esfera jurídica

De acuerdo con la teoría clásica, el patrimonio está compuesto de relaciones activas y pasivas, es decir, de derechos y obligaciones o deudas susceptibles de valoración económica. Los derechos constituyen el elemento activo, el haber del patrimonio, y las obligaciones o deudas su elemento pasivo o el debe.

No faltan autores que, como los jurisconsultos romanos y el profesor alemán citado anteriormente, Zachariae, consideran que el patrimonio lo forman sólo los derechos pecuniarios, los bienes, los créditos; excluyen las deudas u obligaciones miradas desde el lado pasivo.125 Sin embargo, prevalece la opinión que integra derechos y deudas en la masa patrimonial, porque sólo así se explica que los bienes del deudor respondan del cumplimiento de sus deudas (C. Civil, art. 2465).

Quedan fuera del patrimonio los derechos y deberes que no admiten una valuación en dinero. Pero estos derechos y deberes extrapatrimoniales, junto con el patrimonio, entran en una noción más amplia que suele llamarse la esfera jurídica de la persona. Y así, por ejemplo, el derecho de propiedad está en el patrimonio y en la esfera jurídica de su titular; pero el derecho a la vida y el derecho a sufragio no están en el patrimonio, aunque sí en la esfera jurídica del individuo.

769. Características del patrimonio según la teoría clásica

Para la teoría clásica, el patrimonio es una emanación de la personalidad, como dicen Aubry y Rau, o, según afirmaba su precursor Zachariae, "es la idea de la persona misma del hombre en sus relaciones con los bienes que le pertenecen".

Del principio que liga el patrimonio a la personalidad derivan las demás características que la teoría clásica atribuye al patrimonio: a) toda persona, sea física o jurídica, tiene un patrimonio; b) el patrimonio no es transferible, aunque, sí, es transmisible por sucesión, a la muerte de su titular; c) sólo las personas pueden tener un patrimonio, y d) una misma persona no puede tener sino un patrimonio, que es uno e indivisible como la persona misma. Esta última característica se conoce con el nombre de principio de la unidad del patrimonio. Algunas de las características han sido cuestionadas.

770. Teoría objetiva; el patrimonio-fin o de afectación

En contra de la teoría clásica del patrimonio que considera a éste como un atributo y emanación de la personalidad, surgió la teoría objetiva del patrimonio-fin o patrimonio de afectación. De acuerdo con ella, el patrimonio es sólo una masa de bienes y no se encuentra indisolublemente unido a la personalidad. La cohesión y unidad de los elementos del patrimonio no arranca de la voluntad de la persona sino del fin o destino a que está afecto el conjunto de bienes. La afectación a determinado fin

justifica la existencia y razón de ser del patrimonio. De esta idea central síguese la posibilidad de patrimonio sin titulares y la de que una sola persona pueda tener varios patrimonios.

No vamos a dilatarnos en comentarios a la teoría objetiva del patrimonio-fin o patrimonio de afectación. Nos limitaremos a repetir –como tantos otros– que se tildó de exagerada la tendencia de despersonalizar el patrimonio hasta el extremo de concebir que las cosas agrupadas podrían tener por sí mismas derechos y, en cierto modo, voluntad propia. Conclusión ésta inaceptable en el mundo jurídico. Pues todas sus instituciones y reglas están al servicio del hombre y de una voluntad legítima del mismo.

Sin embargo, parte de la teoría objetiva resulta acogida por la doctrina moderna, y lo ha sido con lógicas adecuaciones, según se verá al tratar del patrimonio separado y del patrimonio autónomo.

771. ¿Es una universalidad de derecho el patrimonio general?

Afirman muchos que el patrimonio general de las personas es una universalidad jurídica (universitas juris), llamada también de derecho.

Advirtamos que en un sentido genérico por universalidad se entiende un conjunto de bienes que forman un todo. "La tradición distingue las universalidades de hecho (universitates rerum) de las universalidades de derecho. Es muy delicado y ha suscitado controversias el tema del elemento que diferencia mutuamente las dos categorías. A mí me parece –dice Aurelio Candian– que debe acogerse la idea de que mientras la universalidad de hecho es un complejo de cosas, homogéneas (por ejemplo, una biblioteca) o heterogéneas (por ejemplo, un establecimiento de comercio) reunidas conjuntamente por voluntad del hombre en razón del destino, o sea, de una relación funcional, por el contrario, la universalidad de derecho consiste en un complejo orgánico (creado por la ley) de relaciones jurídicas activas y pasivas, reunidas por la pertenencia a un mismo sujeto o (siempre en su estructura unitaria) a una pluralidad de sujetos. Por ejemplo: es universalidad de derecho el patrimonio hereditario, en el seno del cual se enfrentan elementos activos y elementos pasivos, reunidos por un destino (destino legal), en el sentido de que aquellos elementos activos deben servir para la satisfacción de las obligaciones pasivas y no otras".126

Generalmente los autores franceses expresan que el patrimonio general, sea de un vivo o la sucesión de un muerto, es el prototipo de la universalidad jurídica o de derecho.127

En cambio, la mayoría de la doctrina italiana sostiene que el patrimonio no es una universalidad, porque toda universalidad, de hecho o de derecho, es una cosa, y el patrimonio de una persona viva no lo es y por eso no se puede adquirir ni enajenar mediante un acto jurídico entre vivos. Sólo la sucesión o patrimonio de una persona muerta es una cosa, una universalidad jurídica, y por ser una cosa puede adquirirse y enajenarse mediante un acto entre vivos.128

772. Patrimonios separados

Se dice que hay patrimonios separados cuando dos o más núcleos patrimoniales, mutuamente independientes entre sí, tienen por titular a un mismo sujeto.

Como resulta de la definición, se trata de masas o núcleos patrimoniales que la ley crea –y no los particulares– para someterlos a un régimen jurídico propio que esa misma ley juzga adecuado o conveniente. A continuación veamos algunos ejemplos.

Todos saben que la sociedad conyugal es la sociedad de bienes que se forma entre los cónyuges por el hecho del matrimonio, salvo que haya pacto en contrario (C. Civil, art. 1718). Ahora bien, "como entre los cónyuges hay tres entidades distintas: el marido, la mujer y la sociedad y como esta última es una comunidad restringida a la que no ingresan todos los bienes de aquéllos, hay también tres patrimonios: el patrimonio común o social, el patrimonio propio del marido y el patrimonio propio de la mujer.129 Todavía, si la mujer tiene bienes reservados porque ejerce o ha ejercido un empleo, oficio o profesión, industria o comercio separados de los de su marido, habrá, además, un cuarto patrimonio, el reservado, constituido por los bienes que obtenga o haya obtenido con dicho ejercicio y por los que con ellos adquiera".

Hay varios otros casos de patrimonios separados con régimen o tratamiento jurídico particular. Por

ejemplo, el hijo de familia menor adulto sometido a patria potestad tiene un patrimonio general que se lo administra el padre y puede tener un peculio profesional o industrial, masa de bienes que se forma con los adquiridos por el hijo con su trabajo y cuyo goce y administración a él mismo corresponde (C. Civil, arts. 243, Nº 1º, y 246).

Se menciona también como caso de patrimonio separado el que resulta de la separación de los bienes del difunto respecto de los del heredero, beneficio que pueden pedir los acreedores hereditarios y los acreedores testamentarios y en virtud del cual ellos tienen derecho a que de los bienes del difunto se les cumplan las obligaciones hereditarias o testamentarias con preferencia a las deudas propias del heredero (C. Civil, art. 1378).

También se señala como un caso de separación patrimonial el que deriva del beneficio de inventario. Este beneficio consiste en no hacer a los herederos que aceptan responsables de las obligaciones hereditarias y testamentarias, sino hasta concurrencia del valor total de los bienes que han heredado (C. Civil, art. 1247).

La Corte de Casación italiana, en sentencia de 27 de junio de 1971, declara que la aceptación de la herencia con beneficio de inventario, "comporta la separazione dei patrimoni del defunto e dell'erede".130

En contra se ha sostenido que el beneficio de inventario "no significa una dualidad de patrimonios sino una limitación de responsabilidad; las obligaciones hereditarias y testamentarias que pasan al heredero se reducen, en el caso de ser mayores, al monto de los bienes heredados".131 A nosotros no nos cabe duda que opera esta reducción, pero ella supone previamente determinar el activo y el pasivo del patrimonio del difunto, patrimonio que para los efectos indicados se mira como una masa o núcleo separado del patrimonio general y personal del heredero.

Por supuesto que los llamados patrimonios separados sólo puede establecerlos la ley. No podría un particular separar un grupo de sus bienes y declarar que sólo éstos responderán de las deudas que contraiga en la actividad que con ellos despliegue y que, por ende, sólo los acreedores relacionados con las deudas contraídas en dicha actividad podrán ejecutar sus créditos en ese grupo de bienes, no pudiendo hacerlo los demás acreedores.

773. Patrimonio autónomo

Patrimonio autónomo es aquel que transitoriamente carece de sujeto.

El interés práctico de la institución es la conservación del patrimonio y no se vea abandonado mientras advenga su titular o sean empleados los bienes que lo forman.

Un ejemplo de patrimonio autónomo es el de la herencia yacente. Otro, el que representa la asignación que tiene por objeto crear una nueva corporación o función; mientras se aprueba la personalidad jurídica los bienes de la asignación constituyen un patrimonio autónomo. También se considera que tiene este carácter la masa de bienes que se atribuye a un ente que si bien carece de personalidad jurídica, se le reconoce cierta autonomía patrimonial, aunque imperfecta. Uno de estos casos es el de la comisión de personas facultada por la autoridad competente para recolectar fondos y erigir un monumento a un ciudadano ilustre, monumento que pasará a ser un bien de la nación toda.

Entre el patrimonio separado y el autónomo la diferencia es notoria.132 El primero implica una especie de desconexión del patrimonio general de la persona, pero su titularidad continúa en la misma, lo que no ocurre con el patrimonio autónomo, que siempre, en la realidad, desemboca en otro titular. Comprobemos la afirmación a través de la herencia yacente que, como tal, es un patrimonio autónomo: el patrimonio hereditario, antes de morir el causante, a él correspondía; pasado el tiempo de la yacencia, una vez aceptada la herencia, dicho patrimonio tiene por titular al heredero aceptante, claro que con efecto retroactivo al tiempo de la muerte del causante, pero en la realidad el patrimonio hereditario estuvo temporalmente sin titular y por eso hubo que nombrarle hasta un curador.

CAPITULO XXIX

DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

774. Definiciones

Llámanse derechos primordiales o de la personalidad los que tienen por fin defender intereses humanos ligados a la esencia de la personalidad. También se dice que son aquellos derechos que toda persona física, en la calidad de sujeto jurídico, lleva inseparablemente desde su origen y que no tienen otro presupuesto que la existencia de la persona.

774-a. Polémica sobre la configuración de los derechos de la personalidad

Muchos afirman que los llamados derechos de la personalidad no pueden configurarse como verdaderos derechos subjetivos, porque todo derecho subjetivo entraña como elementos distintos el sujeto y el objeto del mismo y en los derechos de la personalidad aparecen confundidos, como un solo ente. Otros, refutando, manifiestan que el objeto de los derechos de la personalidad es un ente distinto de la persona, aunque tiene carácter personal: la vida, el honor, la integridad física.

Sea como fuere, el hecho es que los derechos de la personalidad protegen supremos intereses humanos y son considerados por la doctrina y las legislaciones positivas.

775. Protección constitucional de los derechos de la personalidad

Muchas Constituciones Políticas dan cabida en sus textos a varios derechos de la personalidad. De esta manera se pueden hacer valer contra los poderes públicos del Estado que pretendan avasallarlos, y no sólo contra los particulares que pretendan desconocerlos a otros particulares. La Constitución chilena de 1980 asegura el derecho a la vida, a la integridad física de la persona; el derecho al respeto de la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia; el derecho a la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada; el derecho a la libertad de trabajo y el derecho a su libre elección, y el derecho de propiedad intelectual, artística e industrial (art. 19).

776. Defensa de los derechos de la personalidad por el "recurso de protección"

Los derechos recién mencionados y otros que taxativamente señala la Constitución pueden defenderse, entre otros medios, por el llamado recurso de protección (art. 20). Jurídicamente, no se trata de un recurso, sino de "una acción cautelar de ciertos derechos fundamentales frente a los menoscabos que pueden experimentar como consecuencia de actos u omisiones ilegales o arbitrarios de las autoridades o los particulares".

Esta acción se tramita a través de un procedimiento breve para restablecer prontamente el imperio del derecho afectado, sin perjuicio de que se discuta ante la justicia ordinaria, en forma lata, la cuestión surgida. Es competente para conocer de la acción la Corte de Apelaciones respectiva (Constitución, art. 20).1

777. Naturaleza y caracteres de los derechos de la personalidad

De acuerdo con la escuela de Derecho Natural, los derechos de la personalidad derivan de la propia naturaleza humana y son preexistentes a su reconocimiento por el Estado. Seguramente ése es su fundamento natural, pero su efectividad emana del reconocimiento de éste.

Como caracteres de los derechos de la personalidad se mencionan los siguientes.

1) Son generales, porque todas las personas, por el simple hecho de serlo, se constituyen en sus titulares.

2) Son absolutos, porque su respeto puede imponerse a todos los demás sujetos, al igual que ocurre con los derechos reales sobre las cosas y en contraste con los derechos relativos, como los de crédito o de obligación, llamados también derechos personales (no confundirlos con los derechos de la personalidad), que 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, como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos" (C. Civil, art. 578).

3) Son extrapatrimoniales, es decir, en sí mismos no son valuables en dinero. Por ejemplo, nadie puede decir que el derecho a la vida admite una estimación pecuniaria. Cuestión distinta es que el daño surgido como consecuencia de la violación de un derecho de la personalidad sea indemnizable en dinero. Pero en este caso no se valúa ese derecho sino el daño que provoca la infracción. Cuando un automovilista culpablemente da muerte a un peatón y es condenado a indemnizar a los hijos del difunto, no se valora la vida de éste, sino el perjuicio que la privación de ella trae para sus hijos. Tal perjuicio puede ser material y moral.

4) Son esenciales, porque nunca pueden faltar. El ser humano desde que nace los tiene y sólo se extinguen con su muerte.

5) Los derechos de la personalidad son indisponibles. Esto quiere decir que no pueden renunciarse, cederse, transmitirse ni transigirse. La indisponibilidad no es sino una consecuencia del carácter esencial y necesario de los derechos en referencia.

6) Son imprescriptibles, o sea, no se pierden por el no uso.

778. Los derechos de la personalidad con relación a las personas jurídicas

Las personas jurídicas, como una corporación o una fundación, al igual que las personas físicas, también tienen derechos de la personalidad, pero –claro está– sólo los compatibles con su naturaleza incorpórea, como el derecho al nombre, al honor, pero no a la inviolabilidad física, que es inconcebible respecto de seres que no se tocan.

779. Clasificaciones

Los autores presentan variadas clasificaciones de los derechos de la personalidad, pero ninguna agota éstos, que son numerosos. Por vía de ejemplo, citaremos una de estas clasificaciones doctrinarias:

I.Derecho a la vida.

II.Derecho a la integridad física o corporal.

III.Derecho de disposición del propio cuerpo y del propio cadáver.

IV.Derecho al libre desarrollo de la propia actividad o derecho de libertad.

1.Derecho a la libertad de locomoción, de residencia o de domicilio.

2.Derecho a la libertad matrimonial.

3.Derecho a la libertad contractual y comercial.

4.Derecho a la libertad de trabajo.

V.Derecho al honor.

VI.Derecho a la imagen.

VII.Derecho moral de autor y de inventor.

VIII.Derecho al secreto epistolar, telegráfico y telefónico.

Otros autores, en una gran síntesis, agrupan, por un lado, a los derechos que protegen la

inviolabilidad física de la persona, y, por otro, a los que resguardan su integridad moral.

Nosotros analizaremos someramente algunos derechos de la personalidad.

780. a) Derecho a la protección de la propia integridad física

Este derecho se actúa a través de las normas penales que castigan el homicidio y las lesiones personales, la ayuda e instigación al suicidio. Además, la legítima defensa es una causa de justificación de los males que el agredido pueda causar al agresor.

La Constitución Política asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica. La ley protege la vida del que está por nacer (art. 19, Nº 1º). Y esto hoy lo hace sin restricciones. En efecto, el Código Sanitario decía que "sólo con fines terapéuticos podrá interrumpirse el embarazo. Para proceder a esta intervención se requerirá la opinión documentada de dos médicos cirujanos" (art. 119). Pero la Ley Nº 18.826, de 15 de septiembre de 1989, ordenó reemplazar el citado texto por el siguiente: "'No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar el aborto". Los autores de esta ley estimaron que, dados los avances de la ciencia, en nuestros días, para salvar la vida de la madre (fin a que tendía el llamado aborto terapéutico), no es necesario recurrir a esa intervención.

El que sufre un atentado contra su integridad física o psíquica, tiene el derecho de demandar el cese de ese hecho, la sanción penal que merezca y la indemnización del daño material y moral experimentado (Constitución, art. 20: C. Civil, arts. 2314 y 2329).

781. b) Actos de disposición sobre el propio cuerpo

La ley autoriza a las personas que, en vida, donen órganos, tejidos o partes de su cuerpo para el injerto o trasplante en otras personas. La enajenación debe ser, pues, totalmente a título gratuito, con fines terapéuticos y realizada con una serie de requisitos exigidos en vista de la trascendencia del acto. Todos esos requisitos se encuentran minuciosamente establecidos en la Ley Nº 19.451, sobre Trasplante y Donación de Organos, publicada en el Diario Oficial de 10 de abril de 1996. Declara esta ley que las extracciones y trasplantes de órganos sólo podrán realizarse en hospitales y clínicas que acrediten cumplir con las condiciones y requisitos prescritos por las normas vigentes.

Toda persona plenamente capaz puede disponer de su cuerpo o de partes de él, con el objeto de que sea utilizado para trasplantes de órganos con fines terapéuticos. Para los efectos indicados, el donante ha de manifestar su voluntad mediante una declaración firmada ante notario. Asimismo, al momento de obtener o renovar la cédula nacional de identidad, toda persona con plena capacidad legal debe ser consultada por el funcionario del Servicio de Registro Civil e Identificación encargado de dicho trámite, en el sentido de si dona sus órganos para ser utilizados con fines de trasplante una vez muerta, haciéndole presente que es una decisión voluntaria y, por lo tanto, es libre de contestar afirmativa o negativamente. Igualmente, al momento de obtener o renovar la licencia de conducir vehículos motorizados, los requirentes deben ser consultados por el médico del gabinete psicotécnico de la municipalidad, en el sentido si donan sus órganos con fines de trasplante después de su muerte, haciéndoles presente que es una decisión voluntaria, y, por lo tanto, son libres de contestar afirmativa o negativamente.

Además, la voluntad de donar puede expresarse al tiempo de internarse en un establecimiento hospitalario, cumpliéndose las formalidades señaladas en la ley y en el reglamento de la misma (Ley Nº 19.451, arts. 8º y 9º).

La revocación del consentimiento para el trasplante puede expresarse en cualquiera de las formas establecidas, con las formalidades que indique el reglamento (misma ley, art. 9º, inciso final).

Se puede efectuar trasplante de órgano de personas en estado de muerte que, en vida, no hayan expresado su autorización para ello en los términos señalados por la ley, así como de las personas menores de edad o legalmente incapaces, siempre que ello sea autorizado por su cónyuge o, en subsidio, por su representante legal. A falta de ambos, la autorización debe otorgarse por los parientes que la ley en referencia señala (art. 10).

Cuando una persona hubiere muerto a consecuencia de un delito o por atropellamiento de vehículo

en la vía pública o cuando su muerte hubiere dado lugar a un proceso penal, es necesaria la autorización del Director del Servicio Médico Legal o del médico en quien éste haya delegado esta atribución, para destinar el cadáver a las finalidades de trasplante de órganos, además del cumplimiento de los otros requisitos (ley citada, art. 12, inciso 1º).

Disminuciones transitorias de la propia integridad física. Estas disminuciones pueden llevarse a cabo sin restricciones e incluso a título lucrativo. Así, hay ventas de sangre para transfusiones.

Se subentiende que no caben disposiciones del propio cuerpo cuando contrarían las leyes, el orden público o las buenas costumbres. De ahí que no se podría exigir a una mujer el cumplimiento de un contrato que la obliga a desempeñarse como meretriz.

Las partes ya separadas del cuerpo, desde el momento mismo de la separación, pasan a ser bienes autónomos y nada obsta a su libre disposición. Así, un diente extraído puede venderse. No son pocos los casos en que la "muela del juicio" de una artista célebre se remata con fines benéficos. La venta de cabelleras femeninas es masiva en algunos pueblos.

782. c) Disposición del propio cadáver

Toda persona legalmente capaz tiene derecho a disponer de su cadáver o de partes de él con el objeto de que sea utilizado en investigaciones científicas, para la docencia universitaria, para la elaboración de productos terapéuticos o en la realización de injertos. También –como vimos– puede utilizarlo para trasplante de órganos con fines terapéuticos. El donante debe manifestar su voluntad por escrito, pudiendo revocarla en la misma forma, todo ello de acuerdo con las solemnidades que señala el reglamento (C. Sanitario, art. 146).

783. d) Derecho al honor

En la integridad moral de los individuos tiene capital importancia el derecho al honor que en el campo penal, es protegido con la sanción de los delitos de calumnia e injuria (C. Penal, arts. 412 y 416). La calumnia es la imputación de un delito determinado pero falso y que puede actualmente perseguirse de oficio. Injuria es toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona.

Generalmente, todos los delitos penales, además de la sanción de este carácter que se impone al autor, dan lugar a una indemnización pecuniaria a favor de la víctima, no sólo por los daños materiales sufridos por ella, sino también por los daños puramente morales (aflicciones, penas, mortificaciones). Sin embargo, por excepción, dispone el Código Civil 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" (art. 2331). De manera que si las imputaciones injuriosas no traen un menoscabo patrimonial, no puede reclamarse una indemnización en dinero, aunque la víctima haya sufrido grandes pesares a causa de dichos ataques a su honor o su crédito. La mencionada disposición no tiene razón de ser y debería ser barrida del Código.

La Ley Nº 16.643, que fija el texto definitivo de la Ley sobre Abusos de Publicidad, establece penas corporales severas para los delitos de calumnia e injuria cometidos por cualquiera de los medios que señala su artículo 16 (diarios, revistas, radio, televisión, cinematografía, etc.), y además declara que sin perjuicio de otras indemnizaciones que sean procedentes, el ofendido tendrá derecho a que, por el solo hecho doloso o culposo, se le otorgue siempre una suma de dinero para la satisfacción del daño moral (artículos 21 y 34).

784. e) Derecho a la intimidad

Es un principio que nadie puede interferir en la vida íntima de una persona, como tampoco divulgarla, a menos que ella lo consienta o la ley lo autorice. La Constitución asegura el respeto a la vida privada y pública de las personas (art. 19, Nº 4º).

El problema surge cuando se trata de conciliar la libertad de imprenta y de difusión de noticias por los medios de comunicación social (diarios, revistas, televisión, radios, etc.), con el derecho de cada uno a que terceros no se entrometan en la propia vida privada. La solución exige determinar el límite entre el legítimo ejercicio del derecho de crónica y de crítica, por una parte, y la indebida invasión de la esfera ajena, por otra. Para esto ha de tenerse en cuenta el interés y la concreta voluntad del particular y el interés de la colectividad de conocer y valuar o ponderar hechos y personas que adquieren importancia pública.2 La aplicación práctica de esta pauta es elástica e importa una cuestión de tacto que los tribunales, en caso de conflicto, han de resolver considerando las circunstancias de la especie.

La Ley Nº 16.643 sobre Abusos de Publicidad, de 4 de septiembre de 1967, sanciona penalmente la imputación de hechos determinados, relativos a la vida privada o familiar de una persona, difundida a través de diarios, revistas o escritos periódicos; impresos, carteles, afiches, avisos, inscripciones murales, volantes o emblemas que se vendan, distribuyan o expongan en lugares o reuniones públicas; y la radio, la televisión, la cinematografía, los altoparlantes, la fonografía y en general cualquier artificio apto para fijar, grabar, reproducir o transmitir la palabra, cualquiera que sea la forma de expresión que se utilice, sonidos o imágenes; difusión efectuada sin autorización de la persona y que provocare a su respecto daño o algunas formas de descrédito, tales como la hostilidad, el menosprecio o el ridículo. También son penalmente sancionados los que grabaren palabras o captaren imágenes de otra persona, no destinadas a la publicidad y, sin consentimiento de ella, las difundieren por algunos de los medios anteriormente enumerados y provocaren las consecuencias también antes señaladas (art. 22, incisos 1º y 2º).

La indemnización de perjuicios provenientes de los delitos sancionados podrá hacerse extensiva al daño pecuniario que fuere consecuencia de la depresión anímica o psicológica sufrida por la víctima o su familia con motivo del delito, y a la reparación del daño meramente moral que tales personas acreditaren haber sufrido (art. 34).

La ley, por cuestiones judiciales o de policía, autoriza a funcionarios competentes para intervenir en la vida privada de las personas en la medida que sea necesario para los fines que se persiguen.

El Código Penal también castiga expresamente al que, en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, sin autorización del afectado y por cualquier medio, capte, intercepte, grabe o reproduzca documentos o instrumentos de carácter privado; o capte, grabe, filme o fotografíe imágenes o hechos de carácter privado que se produzcan, realicen, ocurran o existan en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público. Igualmente se castiga al que difunda las conversaciones, comunicaciones, documentos instrumentos, imágenes y hechos antes referidos. La pena es mayor en caso de ser una misma la persona que los haya obtenido y divulgado. Todo lo dicho no es aplicable a aquellas personas que, en virtud de ley o de autorización judicial, estén o sean autorizadas para ejecutar las acciones descritas (artículo 161-A, agregado por la Ley Nº 19.423, de 20 de noviembre de 1995).

785. f) Inviolabilidad de las comunicaciones y papeles privados

La Constitución garantiza la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada (art. 19, Nº 5º). La garantía se extiende, pues, a toda forma de comunicación privada; en consecuencia, abarca la epistolar, la telegráfica, la telefónica, etc.

El Código Penal castiga al que abriere o registrare la correspondencia o los papeles de otro sin su voluntad. La pena es mayor si el intruso divulga o se aprovecha de los secretos que aquéllos contienen (art. 146, inciso primero).

La anterior disposición punitiva no es aplicable entre cónyuges, ni a los padres, guardadores o quienes hagan sus veces, en cuanto a los papeles o cartas de sus hijos o menores que se hallen bajo su dependencia. Tampoco es aplicable a aquellas personas a quienes por leyes o reglamentos especiales se les autoriza instruirse de la correspondencia ajena (C. Penal, art. 146, incisos segundo y tercero).

Basta que el individuo abra la correspondencia o registre los papeles ajenos para que cometa el delito de que se habla; no es necesario que se imponga o aproveche del contenido, caso este último en que la pena es mayor.

El delito supone correspondencia cerrada. Por eso la Ley Orgánica del Servicio de Correos y

Telégrafos declara que no se viola el secreto postal cuando se trata de cartas abiertas (Decreto Nº 5.037, de 1960, del Ministerio del Interior, art. 83, inciso 2º).

Nótese que la correspondencia una vez abierta pasa a formar parte de los papeles del destinatario, y así ocurre aunque ella se vuelva a cerrar.

Nuestro Código Civil no regula las condiciones para divulgar comunicaciones de carácter confidencial. Planteada al respecto una cuestión, el juez deberá llenar la laguna legal recurriendo a la equidad.

786. g) Derecho a la imagen

La doctrina universal y el Derecho comparado revelan que hay dos tendencias respecto al derecho que tiene una persona sobre su imagen. De acuerdo con una de ellas, tal derecho existe plenamente; según la otra, ese derecho no existe y la persona de cuya imagen se han aprovechado otros sólo puede reclamar si se la perjudica en su prestigio moral.

El primer punto de vista lo encontramos acogido en el Código Civil Peruano de 1984, que dice:

"La imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella o, si ha muerto, sin el asentimiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden.

Dicho asentimiento no es necesario cuando la utilización de la imagen y la voz se justifique por la notoriedad de la persona, por el cargo que desempeña, por hechos de importancia o interés público y por motivos de índole científica, didáctica o cultural y siempre que se relacione con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público. No rigen estas excepciones cuando la utilización de la imagen o la voz atente contra el honor, el decoro o la reputación de la persona a quien corresponde" (art. 15).

La otra tendencia es seguida por el Código Civil Boliviano de 1975, que dice:

"Cuando se comercia, publica, exhibe o expone la imagen de una persona lesionando su reputación o decoro, la parte interesada y, en su defecto, su cónyuge, descendientes o ascendientes pueden pedir, salvo los casos justificados por la ley, que el juez haga cesar el hecho lesivo.

Se comprende en la regla anterior la reproducción de la voz de una persona" (art. 16).

Nosotros somos partidarios de la primera concepción y nos parece que el Código Civil Peruano la refleja cabalmente y en sus justos límites.

En Chile, la imagen no está regulada, aunque hay disposiciones aisladas que se refieren a fotografías y retratos.

Algunos han deducido del artículo 34 de la Ley Nº 17.336, de 2 de octubre de 1970, sobre propiedad intelectual, que la legislación chilena no reconoce un verdadero derecho a la imagen. Ese artículo prescribe que "corresponde al fotógrafo el derecho exclusivo de exponer, publicar y vender sus fotografías, a excepción de las realizadas en virtud de un contrato, caso en el cual dicho derecho corresponde al que ha encargado la obra…"

La verdad es que la disposición transcrita habla del derecho del fotógrafo para exponer y comercial "sus" fotografías, pero de ahí no podemos inferir que está autorizado para fotografiar a quien se le ocurra y menos que la persona fotografiada no tiene derecho a su propia imagen.

Precisamente lo contrario fluye de la Ley sobre Privilegios Industriales y Protección de los Derechos de Propiedad Industrial, Ley Nº 19.039, de 25 de enero de 1991; dispone ella que "no puede registrarse como marca comercial el retrato de una persona cualquiera, salvo el caso de consentimiento expreso dado por ella, o por sus herederos si hubiere fallecido…" (art. 20, letra c).

A continuación citamos dos casos de jurisprudencia relativos a fotografías de personas. Uno de ellos se refiere a una fotografía encargada por el retratado. La sentencia es del siglo pasado y en sus marchitas páginas se establece: 1) el contrato para la confección de un retrato fotográfico debe calificarse de compraventa (C. Civil, art. 1996) y ella no comprende las planchas si nada se ha estipulado sobre ellas; y 2) el fotógrafo no tiene derecho a exhibir los retratos ni venderlos a terceros y está obligado a destruir las planchas, correspondiendo al retratado pagar las no utilizadas si no prueba que todas ellas entraron en el contrato.3

El otro caso jurisprudencial se refiere a la publicación por los diarios de fotografías de personas. La

Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 1º de agosto de 1989, declaró que no puede tacharse de ilegal ni arbitraria la publicación por un diario de la fotografía de una dama con un traje llamado "tanga" mientras jugaba en la playa de un balneario marino. Porque las empresas periodísticas, conforme a la legislación, adquieren el derecho a publicar en sus diarios las fotografías realizadas por el personal que tiene sujeto a contrato de trabajo (Ley Nº 17.336, sobre propiedad intelectual, artículo 24, letra e) del número 1, en relación con el artículo 34 inciso 1º de la misma ley).

Nosotros creemos que la sola razón de que los diarios adquieren el derecho de publicar las obras del personal que le presta sus servicios, no justifica la legalidad de las fotografías tomadas a terceros en determinadas circunstancias; dicha legalidad, con relación a las personas fotografiadas, depende precisamente de tales circunstancias y de la forma e intencionalidad de la publicación. No hay duda de que si se quiere resaltar la concurrencia de numerosas personas a una playa, la fotografía que muestre al grupo, no merecerá reparos; pero si del grupo se aísla con singular relieve a una persona y se destacan sus ropas minúsculas, el asunto puede ser o no menoscabador para esa persona. Depende de la forma de la publicacion, y no ha de olvidarse que lo que en el ambiente de playa tiene una ponderación, adquiere otra distinta en el llamativo cuadro de un periódico.

La misma sentencia citada afirma que los hechos que se realizan en lugares públicos y abiertos no pueden calificarse como parte de la vida privada de las personas. En consecuencia, si una dama concurre a un balneario marino con un traje de baño llamado "tanga" y algún diario le toma una fotografía y la destaca en sus páginas, ella no puede entablar un recurso de protección fundado en la norma de la Constitución que asegura a todas las personas el respeto y protección de su vida privada y pública y de su honra y la de su familia (artículo 19, número 4º). El solo hecho de concurrir a uno de esos lugares demuestra que la propia persona que lo hace estima no moverse en la esfera de su vida privada y la fotografía cuestionada no cabe mirarla como atentatoria a su honra, a la buena opinión y respetabilidad que pueda merecer a conocidos.

En la especie, el abogado defensor de la dama opinó en forma diferente. Sostuvo que había violación de la vida privada de ella porque una cosa es concurrir a la playa con uno de los trajes adecuados a la ocasión y otra cosa muy distinta es reproducir esa imagen con toda publicidad en un diario, sobre todo si éste se caracteriza por insertar algunas líneas más o menos picarescas. Cada cuestión ha de juzgarse y resolverse atendiendo a su "contexto".

787. h) Las libertades

En sentido amplio, se entiende por libertad la facultad de obrar conforme a la propia determinación, sin imposición ajena alguna.

Divídese en libertad física de locomoción, esto es, de moverse, de trasladarse de un lugar a otro; libertad civil o libertad de obrar a su antojo dentro de los límites fijados por la ley civil; libertad política, que es el derecho de tomar parte, en la forma determinada por la Constitución, en el gobierno del Estado; libertad de conciencia, poder de obrar según la propia conciencia, sobre todo en materia de religión; libertad de pensamiento, facultad de manifestar exteriormente el pensamiento, por escrito o de palabra.

Todas las libertades señaladas aparecen en una u otra forma en la Constitución, y ésta agrega otras más específicas, como la de reunirse y asociarse, la de trabajo, etc. (artículo 19, diversos números).

El Código Penal sanciona las violaciones que, en cuanto a la libertad y seguridad, puedan cometer los particulares contra otros (artículos 141 a 147) y los agravios inferidos por los funcionarios públicos a los derechos garantidos por la Constitución (artículos 148 a 161).

788. i) La inviolabilidad del hogar

Asociada por contraste a la libertad de locomoción, de trasladarse de un lugar a otro –dice el civilista francés Jean Carbonnier–, existe una libertad de encerrarse en lo suyo (chez soi). La fortaleza del individuo es su casa, su hogar, término que debe comprender no sólo la residencia estable de una persona sino también su morada transitoria.4 La Constitución asegura una inviolabilidad del hogar, el

cual sólo puede allanarse en los casos y formas determinados por la ley (art. 19, Nº 5º). Esto quiere decir, en términos simples, que nadie puede entrar en la casa en que reside o mora una persona contra la voluntad de ésta, ni efectuar ahí una medida judicial o una pesquisa, salvo los casos previstos por la ley.

789. j) Derecho al nombre

Toda persona tiene derecho al nombre que, con arreglo a la ley, le corresponde, según vimos al tratar el nombre entre los atributos de la personalidad. Nos remitimos a lo ahí explicado.

790. k) Derecho moral de autor

Las leyes reconocen al autor de toda obra escrita, sea literaria, científica o técnica, dos clases de derechos: uno patrimonial y otro moral. El primero faculta al autor para explotar económicamente, en diversas formas y de un modo exclusivo, su obra. El derecho moral de autor, que exterioriza el lazo entre la personalidad de éste y su obra, se traduce en un cúmulo de facultades, como son la de defender la paternidad de la obra, exigir que se le reconozca e indique como autor de la misma, la de decidir si sus escritos se publiquen o no, quedando inéditos; la de oponerse a toda modificación, deformación o mutilación de ellos; la de impedir cualquier utilización de la obra que pueda menoscabar su honor o reputación; la de destruir la obra o retirarla de la circulación. Claro que en estos dos últimos casos el autor puede verse obligado a indemnizar a terceros.5

En Chile el derecho de autor está regulado ampliamente por la Ley Nº 17.336, de 2 de octubre de 1970, conocida como Ley de Propiedad Intelectual.

791. Sanciones de los derechos de la personalidad

La violación de los derechos de la personalidad otorga al damnificado la facultad de demandar el cese del hecho perturbatorio, las sanciones penales que puedan corresponder al autor de éste y las indemnizaciones a que haya lugar.

Aunque algunos derechos de la personalidad no estén específicamente amparados por la ley positiva, si su violación importa un daño para la persona, ésta puede demandar indemnización de perjuicios, porque, de acuerdo con nuestro Código Civil, por regla general todo daño que pueda imputarse a dolo o culpa de otra persona, debe ser reparado por ésta (artículos 2314 y 2329). El daño indemnizable puede ser material o moral. La indemnización ha de pagarse, por lo general, en dinero, salvo que expresamente la ley no admita esta forma de indemnización.

TITULO SEGUNDO

DE LAS PERSONAS JURIDICAS

CAPITULO XXX

NOCIONES GENERALES. HISTORIA. NATURALEZA JURIDICA. CLASIFICACION

A. NOCIONES GENERALES

792. Idea esencial de la personalidad jurídica

Sujetos de derecho son todos los seres que el ordenamiento jurídico considera capaces de tener derechos y obligaciones. Entran en la definición, pues, no sólo los individuos humanos, las personas físicas o naturales, sino también otros seres, ideales, cuerpos místicos (corpus mysticum), según el decir de los canonistas de la Edad Media y que hoy llamamos personas jurídicas o morales. Se trata de conjuntos de hombres o de bienes jurídicamente organizados y elevados por dicho ordenamiento a la categoría de sujetos de derecho.

Su existencia, puramente moral o jurídica, pero no por eso menos viva y perceptible, tiene amplia e indiscutida justificación. Cuando una necesidad humana, un fin de carácter más o menos permanente o duradero que no puede conseguirse fácilmente con las fuerzas y actividades de uno solo, determina a varios a unirse y cooperar o impulsar a alguien a destinar para su realización de modo permanente un conjunto de bienes, se origina con la intervención del Estado un nuevo sujeto de derechos que, como la persona física, resulta centro de una serie de relaciones jurídicas: es la persona moral o jurídica, que no es una simple reunión de personas o un mero conjunto de bienes destinados a un fin, sino una unión de tal naturaleza que da vida a una unidad orgánica, a un ente en que el Estado reconoce una individualidad propia distinta de las individualidades de las personas que componen el cuerpo colectivo o lo administran o a las cuales son destinados los bienes. 1

793. Definiciones

Nuestro Código Civil dice que "se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones, y de ser representada judicial y extrajudicialmente" (artículo 545, inciso 1º).

Esta definición no precisa la esencia de las personas jurídicas; indica más bien sus atributos.

Podría decirse que persona jurídica es todo ente abstracto que persigue fines de utilidad colectividad y al cual, como medio para la consecución de éstos, la ley le reconoce capacidad de goce y de ejercicio.

También se ha definido la persona jurídica como la unidad orgánica resultante de una colectividad organizada de personas o de un conjunto de bienes, a la cual (a esa unidad orgánica), para la consecución de un fin social durable y permanente, se le reconoce por el ordenamiento jurídico una capacidad propia para adquirir y ejercer derechos.

794. Corporaciones y fundaciones

Atendiendo a su estructura, las personas jurídicas se clasifican en corporaciones y fundaciones.

La corporación está formada por una pluralidad de personas físicas determinadas que aplican los medios materiales destinados al logro del fin común y de esta manera cooperan activamente a la consecución de este fin. Se rigen por sí mismas con voluntad propia.

Las fundaciones, en cambio, están constituidas por una masa de bienes, un patrimonio, destinado por la voluntad de una persona, el fundador, a prestar ciertos servicios a una pluralidad de personas indeterminadas.

En la corporación la colectividad de personas juega un papel activo, como quiera que ella forma la voluntad de la persona jurídica y determina la aplicación de los bienes materiales para alcanzar el fin común que ha movido a la constitución del ente.

Por el contrario, en la fundación la colectividad de personas físicas indeterminadas tiene un rol puramente pasivo; se limita a recibir los beneficios que resultan de la utilización del patrimonio destinado a constituir y hacer funcionar el ente. Piénsese en las fundaciones encaminadas a socorrer a los enfermos, a impartir enseñanza gratuita, etc. Pues bien, la fundación consigue sus fines mediante una organización y se rige por normas que no brotan de su seno sino de uno exterior, la voluntad del fundador, o sea, la persona que proporciona los bienes afectándolos al cumplimiento de fines determinados.

795. Asociación; sociedad

En un sentido amplio las asociaciones comprenden a las corporaciones y las sociedades; pero en una acepción específica es palabra que sólo se emplea como sinónima de corporaciones.

La sociedad importa la conjunción de bienes y servicios de dos o más personas que se unen en forma más o menos permanente para ejercer una empresa con fines de lucro. Esta unión se celebra por un contrato que, cumpliendo con los requisitos legales, origina sin más una persona jurídica. El contrato de sociedad envuelve una asociación de dos o más personas, pero se distingue de la corporación o asociación en sentido estricto en que, al revés de ésta, que persigue fines ideales, la sociedad va tras objetivos de lucro. Las sociedades tienen una disciplina muy distinta de las corporaciones de que en este lugar nos ocupamos y se reglamentan en otros títulos del Código Civil, del Código de Comercio y en leyes especiales.

Dejemos bien establecido que cuando hablamos de asociación sólo aludimos a las que lo son en sentido estricto, es decir, las que se llaman también corporaciones. Y al referirnos en este lugar a las personas jurídicas nos limitamos a las corporaciones y fundaciones.

796. Requisitos básicos para la existencia de una persona jurídica

Ellos son dos:

1) Que la persona jurídica surja como una entidad distinta e independiente de las personas que la componen o dirigen, y

2) Que a esta entidad le sean reconocidos por el Estado derechos y obligaciones propios de ella y no privativos de los elementos o miembros componentes. Nuestro Código Civil exige que la personalidad jurídica sea reconocida por ley o por un decreto del Presidente de la República (art. 546). Más adelante precisaremos este punto.

797. Terminología

La denominación de personas jurídicas fue patrocinada por Savigny y es la que ha adquirido preponderancia entre los autores. Pero también suele llamarse a los entes que nos ocupan con diversos otros nombres: personas morales, ficticias, abstractas, incorporales, colectivas o sociales. Todas las

denominaciones son susceptibles de crítica, pero cualquiera que se use sirve para identificar el concepto. Las expresiones más empleadas son las de personas jurídicas y personas morales.

798. Personalidad y personería

Cuando a un ente se le reconoce capacidad para ser sujeto de derechos, dícese que tiene personalidad.

No hay que confundir esta expresión con la de personería, que es la facultad de una persona para representar a otra. Según la ciencia del derecho, explica una sentencia, personaría es el poder de actuar por otro en virtud de un mandato o de una representación legal.2

B. HISTORIA

799. Derecho Romano

El Derecho Romano no formuló una teoría general de las personas jurídicas; pero en cierta etapa de su desarrollo aparece con nitidez el concepto de la personalidad jurídica, reconocida al Estado, los municipios, las colonias, las ciudades (universitates). Durante el Bajo Imperio (lapso que comprende desde el reinato de Constantino –años 303 a 337– hasta la muerte de Justiniano, que ocurrió el año 565), la personalidad es reconocida a los establecimientos cristianos: iglesias, monasterios, hospitales, orfelinatos.3

En cuanto a las personas morales privadas (collegia), cabe decir, desde luego, que la libertad de asociación, admitida ampliamente por la Ley de las XII Tablas, fue restringida de modo notable al fin de la República. De acuerdo con la ley Julia de colegiis, las asociaciones que no fueran religiosas y funerarias, debían ser autorizadas por el Senado y el emperador. Sólo entonces adquirían la personalidad jurídica.4

Las personas morales tienen una capacidad de derecho, pero restringida.5

Si, como vemos, es indudable que en el Derecho Romano las corporaciones tuvieron personalidad jurídica propia, es dudoso que la hayan tenido las fundaciones, las organizaciones establecidas por el destino de una masa de bienes a fines determinados de beneficencia, religión, instrucción, etc.

Prácticamente, durante el Bajo Imperio parece que el fin de las fundaciones se atendía frecuentemente por medio de donaciones hechas a las iglesias, consideradas como establecimientos públicos;6 pero la fundación misma carecía de personalidad jurídica propia.

Algunos autores, como Ferrara y Saleilles,7 admiten que en los últimos tiempos del Imperio Romano las fundaciones piadosas adquirieron personalidad jurídica propia.

800. Derecho Germánico

Algunos dicen que si bien el Derecho Germánico conoció una variedad grande de asociaciones, no tuvo fuerza de abstracción bastante para concebir un ente distinto de los individuos asociados.8

Otros afirman que el Derecho Germánico conoció las asociaciones con personalidad jurídica propia, como el tipo “genossenschaft” o asociación de individuos reunidos para alcanzar un fin común de variada índole, económico o moral, según los casos. Pero sólo a partir de la Edad Media se podría mirar como una “persona unitaria”.9

En cuanto a las fundaciones, parece cierto que los germanos no les reconocieron personalidad jurídica propia.

801. Edad Media

Es en la Edad Media donde se plantea fundamentalmente la cuestión de las personas jurídicas. En

la segunda mitad de este período histórico la doctrina teoriza sobre los problemas de las personas sociales, pues el gran desenvolvimiento de la vida corporativa (gremios, cofradías, hermandades), el influjo extraordinario de la iglesia y el debilitamiento del poder real colocaron el asunto en primer plano.10

Los glosadores y los canonistas reconocieron la personalidad jurídica de las asociaciones; pero unos y otros discreparon en diversos puntos, sobre todo en materia de responsabilidad de las personas jurídicas. Los posglosadores adoptaron una mezcla de ideas romanas, germánicas y de los canonistas.

Hay que resaltar que es el Derecho Canónico el que construye la teoría jurídica de la fundación (corpus mysticum).

En síntesis, puede decirse que, al finalizar la Edad Media, la teoría de la persona corporativa se presenta, a causa de su complejo origen, como "una mezcla de los más opuestos principios y concepciones que, pugnando por prevalecer, originan perpetuas contradicciones e incongruencias, germen de las disputas que habían de dividir más tarde a la ciencia jurídica".11

802. Período siguiente al de los posglosadores; la Revolución Francesa

En el período siguiente al de los posglosadores los juristas sólo repiten conceptos ya formulados, pero no hacen aportaciones originales.

Se insiste mucho en esta época en el principio según el cual las personas jurídicas necesitan, para nacer como tales, la autorización del poder público.

"En los dos primeros tercios del siglo XVIII, las doctrinas legalistas del concepto del Derecho y las filosóficas de los enciclopedistas dieron al traste con el principio corporativo de la Edad Media, oponiendo a él uno esencialmente individualista. Esta reacción tendía a romper con el feudalismo religioso y civil que se apoyaba en las corporaciones para mantenerse autónomo del Poder Central del Estado. La Revolución Francesa recogió la tendencia individualista en sus leyes y aniquiló los organismos intermedios, entre el Estado y el individuo. No obstante, reconoció la libertad de asociación como uno de los derechos del hombre. Esta antinomia dio lugar a situaciones muy ambiguas".

En Francia, durante el siglo XIX, toda asociación, para formarse, debía obtener la autorización del gobierno, sin que esto importara adquirir la personalidad jurídica. Para lograrla era necesario que se reconociera a la asociación como establecimiento de utilidad pública. Sólo a partir de 1901, con la dictación de la famosa ley general de asociaciones, se inicia un régimen de libertad.

803. Conclusión

La teoría de la personalidad jurídica se ha formado por la influencia de tres derechos: el romano, el germánico y el canónico, correspondiendo el predominio al primero. Hay que observar, sin embargo, que en materia de fundaciones, el desenvolvimiento de la teoría se debe principalmente al Derecho Canónico.

804. Reglamentación de las personas jurídicas en las legislaciones

El Código de Napoleón no se refiere a las personas jurídicas. Estas en Francia sólo se vinieron a reglamentar por una ley de 1º de julio de 1901.

Algunos autores, como Planiol,12 creen que el primer código que se ocupó de las personas morales fue el español. Pero aclaran hidalgamente este punto los mismos autores españoles. Uno de ellos13 expresa: "a decir verdad, fue el Código de Chile el que anteriormente les había destinado un título". Y así es. Fue nuestro Código el primero que trató las personas jurídicas y les dedicó un título entero (Título XXXIII y final del Libro I, artículos 545 y siguientes).14

Pero el que reglamentó en la forma más completa y acertada las personas jurídicas fue el Código Alemán de 1900. Siguieron su derrotero los códigos suizo, japonés, brasileño y todos los de este siglo

XX, entre los cuales hay que destacar al nuevo Código Civil Italiano de 1942.

C. NATURALEZA JURIDICA

805. Planteamiento del problema; diversas teorías

¿Cómo puede concebirse la existencia de sujetos de derecho que no son personas naturales? ¿Cómo comprender que la personalidad jurídica pueda tener otros sujetos que los seres humanos? ¿Y cómo determinar la amplitud de los derechos de estos entes?

Tales problemas han afanado y siguen afanando todavía a los juristas, los cuales han emitido diversas teorías.

"Sin preocuparse de las variantes, pueden descubrirse cuatro concepciones principales: dos ven en la persona jurídica una ficción, que para unos es una ficción abusiva de la doctrina y para otros una ficción útil de la ley; las otras dos, en cambio, ven en ella una realidad, realidad técnica en una teoría, realidad objetiva en otra".

a) Teoría de la ficción doctrinal

806. Afirmación de esta teoría

Los partidarios de esta teoría estiman que si bien la realidad palpable sólo induce a reconocer como sujetos de derecho a los seres humanos, no puede negarse que admitir ficticiamente como personas a entes configurados por la doctrina, es un artificio, cómodo, útil y hasta necesario para fijar el titular del derecho cuando se juntan individualidades numerosas y no muy bien determinadas. En este caso las representa a todas, fundiéndolas, la persona ficticia.

807. Ataques

A juicio de algunos, la persona jurídica es un burdo artificio creado inútil y abusivamente por la doctrina y que debería eliminarse de la ciencia jurídica.

Pero, ¿qué hay en realidad debajo del artificio? ¿Qué es lo que efectivamente existe en lugar de la ficción?

Los ataques a la teoría de la ficción doctrinal han sido inspirados por ideas diferentes, basándose, algunos, en la inexistencia de derechos subjetivos, y otros, en la propiedad colectiva, y aun otros, en la propiedad de afectación.

808. 1º Ataques de los que niegan la existencia de los derechos subjetivos

Los que niegan la existencia de los derechos subjetivos, lógicamente deben negar la personalidad a la cual se atribuyen esos derechos.15 Afirma Duguit: "…no existiendo el derecho subjetivo, el sujeto de derecho tampoco existe. La única cuestión que se plantea es una cuestión de hecho. ¿Una colectividad, asociación, corporación, fundación, persigue un fin conforme a la solidaridad social, tal como ha sido comprendida en un momento dado en el país de que se trata y, por consiguiente, conforme al derecho objetivo de ese país? Caso afirmativo, todos los actos realizados con ese fin deben ser reconocidos y protegidos jurídicamente. La afectación de los bienes a ese fin debe también ser protegida.16

Crítica. Esta concepción filosófica, dice Savatier, refutándola, no puede ser discutida aquí. Cualquiera que pueda ser su valor, lo cierto es que es completamente extraña a las concepciones del Código francés (y del chileno) y a la organización de las relaciones de derecho según esos Códigos. Además, nada está menos demostrado que la falsedad o la inutilidad de los derechos subjetivos.17

809. 2º La propiedad colectiva

Planiol sostiene que "la idea de la personalidad ficticia es una concepción simple, pero superficial y falsa que oculta a las miradas la persistencia hasta nuestros días de la propiedad colectiva al lado de la propiedad individual. Bajo el nombre de personas jurídicas o civiles, hay que entender la existencia de bienes colectivos, en el estado o forma de masas distintas, poseídas por grupos de hombres más o menos numerosos y substraídas al régimen de la propiedad individual. Por consiguiente, estas pretendidas personas no existen ni aun de una manera ficticia. Y es necesario reemplazar útilmente el mito de la personalidad moral por una noción positiva, que no puede ser otra que la propiedad colectiva".18

Esta especie de propiedad no debe confundirse con la propiedad individual en su estado de copropiedad indivisa: la indivisión deja subsistir la autonomía de las partes individuales. La propiedad colectiva es un estado particular de la propiedad que tiene en sí mismo su fin y su razón de ser y que reposa en la agrupación necesaria de las personas a las cuales pertenece hoy un gran número de cosas que deben ser puestas en esta forma para prestar a los hombres todos los servicios de que son capaces y que no están destinadas a llegar a ser un objeto de propiedad privada.19

Según esta doctrina, no habría, pues, personas jurídicas. Sólo existiría al lado de los patrimonios privados, patrimonios colectivos. Y así, dice Planiol, el Louvre pertenece a los franceses, al patrimonio colectivo de éstos, y el British Museum a los ingleses; cuando se expresa que pertenece a Francia o a Inglaterra, se hace uso de una fórmula abstracta que no hay que materializar. No puede haber sobre la tierra, termina el más famoso de los profesores franceses de la primera mitad del siglo XX, otros titulares de los derechos que los hombres.20

Crítica. Dos objeciones principales se han dirigido a la teoría de Planiol.

1) En primer término, se aplica difícilmente a las personas jurídicas que no son corporaciones, colectividades de individuos, como los hospitales, escuelas y fundaciones diversas. ¿En qué personas físicas hallar el verdadero apoyo de sus derechos?21

2) Al confundir la propiedad colectiva y la personalidad jurídica, se olvida la naturaleza extrapatrimonial de muchos de los atributos de la personalidad moral; el mismo objeto de las agrupaciones o fundaciones dotadas de personalidad, les confiere ciertos derechos propios, tales como el derecho de soberanía en el Estado; el derecho de defensa del oficio en el sindicato obrero; y, finalmente, cualquiera que sea su objeto, toda persona jurídica tiene un domicilio y un nombre. Ninguno de esos atributos o derechos puede ser considerado como perteneciente a los miembros del grupo cuya personalidad ha sido reconocida: tienen por base al grupo mismo.22

Se han contraargumentado estas objeciones.

1) A la primera se ha replicado que los hospitales y otras fundaciones pertenecen a la colectividad de sus beneficiarios, que la más de las veces son los ciudadanos de la nación toda.

2) En cuanto a la segunda objeción, se ha dicho que carece de valor desde el momento que se admite que los derechos extrapatrimoniales pueden, como los patrimoniales, ser sustentados colectivamente.

Pero –se ha observado– si consideramos estos contraargumentos resulta que la cuestión de la personalidad pasa a ser una simple cuestión de terminología y las teorías de la propiedad colectiva, excepción hecha de las palabras empleadas, en nada se diferenciarían de la doctrina de la realidad técnica, que luego veremos.

810. 3º Propiedad de afectación

Algunos autores, como Brinz y Bekker, aun admitiendo que determinados derechos y obligaciones pueden ligar a unas personas físicas con otras, estiman sin embargo, que los derechos y obligaciones no tienen necesariamente por base a las personas. Existirían patrimonios sin dueño, basados en la afectación a un fin único de todos los bienes que forman parte de ellos. Esta afectación tendría el carácter de propietario. Tal sería el caso de los patrimonios adscritos a los fines respectivos de las asociaciones, de las fundaciones y del Estado.

Según Brinz, en el orden subjetivo, hay sólo una categoría de personas, las humanas o físicas; pero

en el orden objetivo hay dos clases de patrimonios: los que pertenecen a una persona determinada (patrimonio de persona) y los que no perteneciendo a ninguna persona son atribuidos a un fin ideal o a un destino cualquiera (patrimonios de afectación). Mas, esa afectación o fin no implica el nacimiento de un nuevo sujeto de derecho ni constituye una persona moral. El patrimonio de la pretendida persona moral, no es sino el patrimonio del fin.23

Por su parte, Bekker agrega que la disposición de un patrimonio supone actos de voluntad y exige necesariamente una persona humana que sea el sujeto activo de los mismos; pero el simple goce o beneficio de un patrimonio no requiere voluntad alguna: un niño, un loco, un animal o una cosa inanimada, pueden recibir el beneficio de utilidad que es capaz de rendir un patrimonio, y no por eso constituyen sujetos distintos de derecho. Lo que sucede es que la norma garantiza la afectación de ciertos bienes al cumplimiento de ciertos fines, sin crear por eso sujetos de derechos.24

La teoría recién expuesta, confundida a veces con la de la propiedad colectiva, carece, a juicio de Savatier, del valor de ésta. Su razonamiento induce a pensar que sólo hace un juego de palabras: se rehúsa ver un sujeto de derechos en el establecimiento o en el grupo de que se trata, pero se ve un sujeto de derechos en el patrimonio de ese establecimiento o esa agrupación; esto no es más que un artificio de léxico.25

811. 4º Teoría individualista o del sujeto colectividad

Esta teoría se encuentra basada en algunas ideas expuestas por Ihering en su Espíritu del Derecho Romano. Según ella, sólo el hombre puede ser sujeto de derecho. El derecho no existe sino en provecho de aquél. Los verdaderos sujetos del derecho no son las personas jurídicas, sino los destinatarios de los derechos colectivos: los miembros aislados de las corporaciones y las personas beneficiadas con la fundación (enfermos, huérfanos, pobres, etc.).

La llamada persona jurídica, dice Ihering refiriéndose a la corporación, no es más que la forma mediante la cual los miembros aislados manifiestan sus relaciones jurídicas al mundo exterior, forma que ninguna importancia tiene para las relaciones jurídicas de los miembros entre sí26 y que ha sido creada en razón de un fin puramente práctico.

En cuanto a las fundaciones, la personificación es la forma adecuada de un patrimonio a los intereses y a los fines de personas indeterminadas. El eje de todo el mecanismo de las fundaciones está en los destinatarios, esto es, en las personas naturales que aprovechan sus beneficios. Ahora bien, si los destinatarios son determinados, tienen acción y, en tal caso, son ellos los verdaderos sujetos de la fundación; en caso contrario, no.27

Crítica. "Confunde, Ihering, en este punto, el goce y la pertenencia del derecho. Se pueden gozar los beneficios de ciertos bienes sin ser propietario ni poder disponer de ellos. Los ciudadanos de un municipio y los enfermos no son los propietarios del patrimonio del municipio o del hospital, aun cuando disfrutan las ventajas de dicha corporación o fundación. Por otra parte, como observa Ferrara, pueden existir fundaciones sin destinatarios (fundaciones de cosas, para lámparas votivas, sufragios) o establecidas a favor de la Humanidad sin distinción (fundación Nobel)".28

812. Neoficcionismo doctrinal; teoría de la incertidumbre del sujeto de derecho

A pesar de la abrumadora mayoría contraria a la teoría de la ficción doctrinal, han surgido voces aisladas en su defensa. Así, el licenciado mexicano Manuel Cervantes ha expuesto la teoría que llama "de la incertidumbre del sujeto de derecho", que envuelve una interpretación de la teoría de la ficción que trae por resultado el desaparecimiento de las objeciones que se le dirigen.

En síntesis, el pensamiento del autor mexicano que, según él, se basa en las ideas de los jurisconsultos romanos, la persona jurídica no representaría otra cosa que un caso de patrimonio o derechos sin sujetos ciertos o determinados, pero susceptibles de determinarse. Mientras no ocurra la determinación es cómodo y útil suponer la existencia de una persona ideal por medio de una ficción jurídica. El sujeto incierto e indeterminado que se oculta detrás de la ficción surge en el momento de la liquidación, o sea, en el momento mismo en que desaparece, como innecesario, el artificio jurídico de la

persona moral. Y ese sujeto siempre viene a ser, necesariamente, en último análisis, un hombre o un grupo de hombres.29

La personalidad jurídica, incluso la del Estado, afirma Cervantes, es, pues, una ficción; pero esta ficción no es una creación de la ley, sino un procedimiento científico para resolver el arduo problema de la incertidumbre en el sujeto de derecho.30

Así entendida la teoría de la ficción, dice el licenciado, desaparecen como por encanto todas las objeciones que se acostumbra dirigirle. Y de este modo puede afirmarse que la ficción no es inútil, porque mediante ella puede funcionar jurídicamente el patrimonio o el conjunto de los derechos que momentáneamente tiene incierto o indeterminado el sujeto. También puede sostenerse que la teoría de la ficción es aplicable al derecho público, si se acepta que donde haya un haz de derechos, pecuniarios o extrapecuniarios, privados o públicos, con un sujeto de derecho indeterminado, procede aplicar la ficción de la existencia de una persona moral para hacer desaparecer la incertidumbre, sin que importe que se trate de relaciones jurídicas de derecho civil o de derecho público, constitucional, administrativo o internacional. Asimismo hay que agregar que la teoría de la ficción es uniforme y explica con un solo criterio la personalidad de todos los seres jurídicos, sean corporaciones o fundaciones, pues pese a las diferencias esenciales o modales, la teoría clásica siempre encuentra en ellas una misma estructura jurídica, que es la base substancial de la personalidad moral, esto es, un patrimonio o un haz de derechos con un sujeto indeterminado o incierto. Y el problema que esto plantea lo resuelve la tesis clásica, con un mismo criterio y con un mismo procedimiento, o sea, por medio de la ficción de un titular ideal o persona moral. La personalidad del Estado también se explica por la teoría de la ficción: el Estado es una realidad, pero su personalidad jurídica es una ficción.31

Cervantes finaliza su libro con las siguientes frases: “En resumen, y para concluir, cuando se atribuye la personalidad jurídica a una pluralidad de hombres o a un ser distinto del hombre, no hay más que una ficción. La personalidad moral es, simplemente, un modo de solución del problema de la incertidumbre en el sujeto de derecho. La única persona real es el hombre de carne y de espíritu, y su personalidad no ha sido inventada por el legislador en las tablas de la ley, sino hecha por la naturaleza en el misterio de sus laboratorios. La personalidad jurídica es tan sólo una fase, un verdadero fragmento de la personalidad humana, más amplia, más elevada, compleja, más fecunda”.32

b) Teoría de la ficción legal

813. Afirmaciones de esta teoría

Según esta teoría, las únicas personas que realmente existen son los seres humanos. Las personas jurídicas, cuya existencia es meramente ideal, son ficciones creadas por el legislador: éste, fundado en razones de interés general, supone, finge la existencia de estas personas, carentes de realidad, haciéndolas jugar un papel análogo al de las personas humanas.

La persona jurídica, según esta doctrina, es una mera concesión del legislador. Para Ducrocq, el expositor más completo y preciso de la teoría de la ficción, toda persona moral, aun el Estado, es una ficción. Y agrega que sólo Dios tiene el poder de hacer brotar de la nada las personalidades que tenga a bien crear.33

Crítica. La teoría que ve en la personalidad moral una ficción útil del legislador, popularizada por Savigny y los demás representantes de la escuela histórica, dominó sin discusión hasta la segunda mitad del siglo XIX. Pero su falta de liberalismo hizo nacer todas las teorías divergentes. Repróchasele un doble defecto: descansa en un postulado no demostrado, en una afirmación sin pruebas, puesto que parte de la idea a priori de que las personas físicas son los únicos verdaderos sujetos de derecho. Y de esta afirmación discutible saca una consecuencia tiránica, al decir que sólo la ley puede permitir a un establecimiento o a un ente colectivo el poseer un patrimonio. Además, hay por lo menos una persona moral que no toma su personalidad del Estado: el mismo Estado.34

Por lo demás, dice Michoud, atribuir el derecho a un sujeto ficticio equivale a confesar que no existe un sujeto real; es como colgar el sombrero de una percha pintada en la pared, según la fina ironía de Brinz.

La teoría de la incertidumbre en el sujeto de derecho también permite rebatir las objeciones a la

teoría de la ficción legal. Con ella se llega precisamente a demostrar, dicen sus partidarios, que los únicos verdaderos sujetos de derecho son las personas físicas, pues al determinarse el sujeto que se oculta tras la ficción, siempre resulta, en último análisis, un hombre o un grupo de hombres. En seguida, el hecho de que la ley acepte la teoría de la ficción creada por los jurisconsultos y no por los legisladores, no quiere decir que, por esa adopción, sólo la ley puede permitir que a un ente se le reconozca la capacidad de adquirir y ejercer derechos. La ley concede o limita el reconocimiento de la personalidad jurídica, no en razón de la teoría que acoge, sino por consideraciones sociales, morales y económicas.

En cuanto a la personalidad del Estado, dicen los neoficcionistas, "el titular indeterminado e incierto de sus derechos es una masa cambiante de hombres, es el pueblo. El problema jurídico que presenta la personalidad del Estado no es, pues, otro que el de la incertidumbre en el sujeto de derecho, y la solución de este problema es la misma que ha servido para todos los demás casos: la creación de una persona moral ficticia que se presenta como sujeto de los derechos pertenecientes a los verdaderos titulares de ellos. La personalidad jurídica del Estado es, pues, una ficción; pero esta ficción no es una creación de la ley, sino un procedimiento científico para resolver el arduo problema de la incertidumbre en el sujeto de derecho" (Cervantes, ob. cit., p. 515).

Según la teoría de la incertidumbre o indeterminación en el sujeto de derecho, la ficción no equivale a confesar que no existe un sujeto real, sino que es un admirable artificio que consiste en suponer la existencia de un ente ficticio allí donde el verdadero sujeto de derecho está incierto o indeterminado. Sin la ficción, la realidad dentro del derecho no serviría: un patrimonio con un sujeto de derecho incierto, por sí mismo y en ese estado, no puede funcionar jurídicamente en el comercio humano. La personalidad jurídica no es una creación legislativa sino la solución de un problema jurídico.35

814. Teoría que acepta el Código Civil Chileno

Nuestro Código acepta la teoría de la ficción legal, según se desprende:

1) De la definición del artículo 545, que dice: "Se llama persona jurídica a una persona ficticia…".

2) De la historia de la ley. En una nota que aparece en el Proyecto de 185336 se dan como antecedentes del Código en este punto, a Pothier y a Savigny, que era el gran sostenedor de la teoría de la ficción legal.

c) Teoría de la personalidad jurídica realidad técnica

815. Afirmaciones de esta teoría

"Sostiene que ninguna imposibilidad hay en concebir derechos que pertenezcan a otros seres que no sean los individuos humanos. Más aún, la naturaleza de las cosas impone a menudo esta concepción. No se puede concebir sin derechos propios al Estado, ni a muchas sociedades, asociaciones o establecimientos. El hecho, para ellos, de ser sujetos de derecho, lejos de ser una ficción, es, pues, una realidad lógica y a veces necesaria. El Derecho Romano y el Antiguo Derecho habían ya comprendido así la personalidad moral. Para ellos, las universitates, por la naturaleza de las cosas, estaban llamadas a poseer un patrimonio propio, y el Estado no tenía necesidad de intervenir para igualarlas ficticiamente a individuos humanos; su misión única era la de autorizar su formación.

Pero esta realidad de las personas morales se considera puramente técnica. Aparece como la traducción más simple y más lógica de fenómenos jurídicos ya indiscutibles. Gracias a esta observación, se evita que choque la idea que constituye el fondo de los dos precedentes sistemas, a saber, que no pueden existir lógicamente derechos sino en interés de los hombres. Esto es evidente, pero no impide que sea técnicamente útil a los hombres y en su interés mismo, crear seres sobre los cuales harán descansar derechos destinados, a fin de cuentas, a beneficiar a los individuos.

Por este medio también se evitan los extremos y los errores de las teorías que van a ser examinadas en el párrafo siguiente".

Partidarios de la teoría de la realidad técnica son, entre otros, Michoud, Saleilles, Gény, Ferrara,

Colin y Capitant. Pero es de notar que si todos estos autores coinciden en líneas generales, presentan ciertas variantes en sus respectivas doctrinas.

d) Teoría de la realidad objetiva

816. Diversas direcciones de esta teoría

Varios autores se han esforzado en demostrar que las personas jurídicas presentan los mismos caracteres objetivos que las personas físicas, y responden, en consecuencia, a la misma definición filosófica de la persona.

Algunos como Worms, Novicow y Fouillée, han pretendido ver en la persona moral un organismo tan completo y tan único como el de la persona humana, puesto que la vida de la agrupación a que se reconoce personalidad es tan independiente de la vida de sus miembros como la vida del hombre es independiente de la de cada una de sus células: ésta es la llamada teoría orgánica. Su exageración se descubre a simple vista, y recordemos, para corroborar, que Bluntschli llegó a sostener que había encontrado la partida de nacimiento del Estado germánico; y aseguró que su sexo es masculino.

"Otros autores, como Zittelman y Gierke, sin ir tan lejos como los anteriores, han reducido el concepto de la personalidad al de voluntad y se han esforzado en demostrar que las agrupaciones personificadas tienen una voluntad propia distinta de las de sus miembros, lo que basta para sentar su personalidad".

Zittelman, para probar que esa voluntad resulta en su teoría diversa de la de los particulares, pone en parangón dos fórmulas aritméticas: 7+5 = 12 y 7+5 = (7+5). El doce sintético, aunque matemáticamente igual a (7+5) analítico, constituye una cantidad nueva del todo; cantidad que representa, según las mismas palabras de Zittelman, el momento de la unidad en la pluralidad.

Crítica. Se ha dicho que "aun reducida a la voluntad esta pretendida realidad objetiva de las personas morales, peca doblemente, por su inutilidad y por su inexactitud".

"Por su inutilidad, porque no es necesario, para descartar la teoría de la ficción, demostrar que las asociaciones son personas, en el sentido filosófico de esta palabra y que están dotadas de una voluntad propia; basta con aceptar que ellas pueden ser personas en el sentido jurídico, es decir, sujetos de derechos y de obligaciones".

"Por su inexactitud, porque no es cierto que la pretendida voluntad de las personas jurídicas sea distinta de la de las personas físicas que expresan esa voluntad. No podría rigurosamente pretenderse sino cuando se trata de una agrupación cuyas decisiones se toman por la asamblea o Junta General. Pero cuando la persona jurídica es un hospital, por ejemplo, o cuando una decisión puede ser tomada, en nombre de una persona moral por un solo hombre, ¿cómo sostener que esta persona moral tiene una voluntad colectiva distinta de la de su intérprete? En realidad, la noción de personalidad jurídica no supone necesariamente una voluntad distinta: el infante y el loco no la tienen; ella supone tan sólo intereses distintos que son susceptibles de expresarse por voluntades extrañas".

e) Otras teorías

817. Teoría normativa de Kelsen

De acuerdo con su "teoría pura del derecho" Kelsen llega a la conclusión de que la noción de persona, para el derecho, no es una realidad, sino un concepto inmanente al mismo orden jurídico y común a todas sus manifestaciones posibles. La personalidad en sentido jurídico, trátese del individuo o del grupo, no es una realidad o un hecho, sino una categoría jurídica, un producto del derecho y que por sí no implica necesariamente ninguna condición de corporalidad o espiritualidad en quien la recibe.37

"El mundo del derecho es un mundo normativo, un mundo de mandatos y órdenes. Toda norma no es en sí misma sino una imputación: previsto un hecho-condición, la norma ordena que se produzca un efecto coactivo. Ese efecto ha de tocar a alguien, sea un individuo o una colectividad. Ese alguien viene entonces a ser el destinatario de la norma, o sea, el término de imputación. Y bien: la circunstancia de

ser destinatario de la norma constituye a ese alguien en sujeto de derecho y, en consecuencia, persona. El hecho de que la norma atribuya a alguien un derecho o un deber, constituye a ese alguien en persona.38

"No interesa a la ciencia pura del derecho que ese alguien sea un individuo o una colectividad. Lo que cuenta es que funciona como término final en la imputación de la norma".39

La circunstancia de que por lo general la norma atribuya los derechos o facultades a los seres humanos no quiere decir que el concepto jurídico de persona deba coincidir con el concepto filosófico de hombre (ente humano racional), máxime si se tiene presente que al mismo ser humano el derecho no lo considera en su actuación íntegra y total, sino sólo en el obrar jurídicamente relevante.

818. Teoría ecléctica de tipo realista

Bonnecase, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Burdeos, ha esbozado una doctrina de tipo realista de las personas jurídicas, que armoniza en lo posible los diversos puntos de vista con los que se ha pretendido caracterizar la subjetividad jurídica, tales como el concepto de interés, el de la voluntad y el de la organización.

Concreta su pensamiento el profesor bordalés en cinco proposiciones:

1) La personalidad moral supone la existencia de un interés colectivo, en oposición a la personalidad física, que es la expresión del conjunto de los intereses inherentes a cada individuo y que se impone a la protección del derecho.40

2) La personalidad moral requiere la existencia de un organismo destinado a concentrar los esfuerzos de los asociados, o el aprovechamiento de los bienes comunes, para la realización del objeto que rige el interés colectivo en juego en cada caso.41

3) La personalidad moral lleva consigo, de parte de sus miembros o beneficiarios, la conciencia real, supuesta o impuesta, del interés colectivo en juego y del fin realizado o por realizar en función de este interés.42

4) El reconocimiento de la personalidad moral se impone científica y racionalmente tan pronto como un grupo o una obra reviste una individualidad social suficientemente caracterizada.43

5) La noción de persona moral es una, y la persona moral y la persona física se confunden en la noción de sujeto de derecho. Además, la existencia de la personalidad moral depende de la personalidad física: hay un lazo indisoluble entre la noción de persona moral y la noción de persona física.44

Conclusiones críticas

819. Subsistencia del problema; complicación producida por la doctrina

"En tesis filosófica y aun jurídica, nos encontramos todavía lejos de la meta en lo que respecta al problema de la naturaleza de las personas morales. La dificultad del tema, complicada con la numerosa aportación doctrinal, venida de campos tan diversos como los de los romanistas, canonistas, civilistas, penalistas y aun filósofos, metafísicos y sociólogos, y en conexión con conceptos tan apasionadamente discutidos como el del Estado y el del derecho subjetivo, y aun con hipótesis de biología y evolución social, no parece, en el estado actual de la ciencia, vencida o superada".45

Si la discusión de los autores ha iluminado buena parte del campo de las personas jurídicas, no es menos cierto que ha complicado algunos puntos básicos, sobre todo por la tendencia especulativa de ciertos tratadistas que, olvidando el fin práctico del Derecho, han concedido primacía, en cierto modo, al aspecto filosófico del problema.

820. Aportes parciales útiles; tendencia conciliadora

"Pero cabe decir que si no hay ninguna teoría que pueda considerarse, por el predicamento y difusión que haya logrado, como expresión autorizada y coincidente del pensamiento actual, en casi

todas hay puntos de vista aprovechables para la total visión de este problema, que en definitiva no es otro que el general del sujeto del derecho. Por ello en nuestros tiempos la doctrina científica muestra una visible tendencia hacia las soluciones de carácter conciliador".46

821. Rechazo de la idea de la ficción

En lo que hoy existe una gran mayoría de opiniones concordantes es en el rechazo de la antigua teoría de la ficción. Sin embargo, no faltan voces aisladas que la defienden.

822. Inexistencia del antagonismo entre lo natural y lo jurídico

La doctrina moderna ha dejado en claro que no se contraponen, como términos antagónicos, lo natural y lo jurídico. "En las personas sociales, como en las individuales, entran los dos elementos. Si en la consideración del sujeto del derecho se adopta el punto de vista teleológico (que contempla los fines), las personas sociales son perfectamente naturales, porque "su causa final es siempre la satisfacción de las necesidades y el cumplimiento de fines humanos naturales", y si se parte del punto de vista de la voluntad, podremos llegar a la misma conclusión, como llega Gorovtseff,47 que ve el soporte de la persona jurídica en el conjunto de voliciones sucesivas de los diferentes elementos del sujeto de derecho colectivo (elemento fundador, elemento administrador y elemento destinatario). A su juicio, no es el sujeto mismo el que es creado por el derecho, sino solamente el "estado del sujeto", en tanto se le reviste de la protección que el derecho asegura a las voliciones de los hombres, voliciones que, en sí mismas, son siempre naturales, ya se trate de las voliciones de un solo individuo o bien de una conjunción de voliciones de varios individuos (persona moral), pero que no pasan a ser jurídicas, tanto en el primer caso como en el segundo, sino por la protección que les asegura el derecho".48

823. Elemento real y elemento arbitrario en la creación de las personas jurídicas

Dentro de la legislación positiva de todo país se descubre, en último término, en la creación de la persona jurídica, un elemento real y un elemento arbitrario. El elemento real está constituido por aquellos intereses que el nuevo ente está llamado a tutelar, elemento que naturalmente preexiste al reconocimiento de la persona y que el derecho no crea sino toma sólo como presupuesto o substrato, y el elemento arbitrario lo da el reconocimiento de la personalidad, artificio por medio del cual el particular ordenamiento jurídico positivo concede protección a intereses y situaciones que en otros ordenamientos pueden muy bien encontrar distintos expedientes que los tutelen.49

824. Ventajas prácticas de la adopción de una teoría u otra

Si bien es posible explicar más cabalmente con la teoría de la realidad muchos problemas que plantean las personas jurídicas, también es cierto que hay cuestiones en que no se divisan las ventajas prácticas de adoptar una concepción u otra.

Así, se dice que la autorización del poder público tiene en la teoría de la ficción un valor constitutivo, mientras que en la teoría de la realidad tiene un valor puramente declarativo. Pero la verdad es que la persona jurídica sólo es tal, cualquiera que sea la doctrina que se adopte, desde el momento que el poder público le presta su reconocimiento; antes no es sujeto de derecho, ni en acto ni en potencia.

La misma intervención estadual, con cualquiera doctrina, se hace presente en la disolución de las personas jurídicas.

Se dice también que dentro de la teoría de la ficción las personas jurídicas tienen la capacidad conferida por la ley y que dentro de la teoría de la realidad, en cambio, están investidas de amplia capacidad de derecho, salvo restricción legal expresa. Tampoco esta afirmación es totalmente exacta.

Los ordenamientos jurídicos positivos reconocen a las personales morales la capacidad necesaria para lograr sus fines. La mayor o menor capacidad no está determinada por una teoría u otra, sino por las condiciones políticas, sociales y económicas de la época en determinada sociedad.

D. CLASIFICACION

825. Enunciación

Por su función, las personas jurídicas se dividen en personas jurídicas públicas (o de derecho público) y privadas (o de derecho privado).

Las últimas se dividen en sociedades o personas jurídicas que persiguen el lucro de sus asociados y personas jurídicas que no tienen por objeto el lucro. Estas que no tienen en mira el lucro pueden, a su vez, dividirse en: corporaciones y fundaciones.

Trataremos aparte las personas jurídicas llamadas en Chile instituciones semifiscales.

826. Distinción entre las personas jurídicas de derecho público y de derecho privado

El criterio de la distinción entre las personas jurídicas de derecho público y las de derecho privado es incierto. Los autores adoptan diversos puntos de vista, algunos vagos, imprecisos o ambiguos.

Se admiten o proponen como criterios diferenciadores los que a continuación se indican:

a) El fin del ente. Las personas jurídicas de derecho público despliegan su actividad para lograr un fin de carácter público, que interesa al Estado; las personas jurídicas de derecho privado buscan un fin privado. Sin embargo, hay actividades encaminadas a fines privados que indudablemente llenan necesidades de interés público.

b) El valor de las manifestaciones de voluntad. El ordenamiento jurídico dota de valor preponderante, al menos en la esfera del Derecho Público, a la manifestación de voluntad de los entes públicos frente a la de los particulares con los que entran en relación. Esta superior posición no la tienen los entes privados respecto de los particulares con los que tratan.

c) Institución. Los entes públicos se instituyen directamente por el Estado o por otros entes públicos; los entes privados surge a la vida por la iniciativa de los particulares.

Observan algunos que los entes públicos se caracterizan por su "encuadramiento" en la administración pública, cosa que, obviamente, no ocurre con los entes privados.

d) Poderes de imperio. Las personas jurídicas de derecho público gozan de poderes de imperio, o sea, pueden dictar normas obligatorias; las personas jurídicas de derecho privado, no.

e) Control administrativo. Los entes públicos están sometidos al control administrativo; los entes privados, por lo general, no, aunque excepcionalmente algunos están sujetos a fiscalizaciones estaduales.

La jurisprudencia chilena ha tomado en cuenta los siguientes factores para diferenciar las personas jurídicas de derecho público de las de derecho privado.

1) Iniciativa para la creación del ente. Las personas jurídicas de derecho público sacan su existencia de resoluciones de las autoridades constituidas; las personas jurídicas de derecho privado emanan directamente de la iniciativa de los particulares.50

2) Potestades públicas. Las personas jurídicas de derecho público, gozan del atributo denominado imperio, en virtud del cual pueden dictar normas de carácter obligatorio.51 Se objeta que hay entes privados con análoga potestad, como, por ejemplo, los concesionarios de servicios públicos.

3) La naturaleza del fin. Las personas jurídicas de derecho público tienen por objeto servir fines públicos, a la manera que lo hacen las autoridades dentro de la esfera de acción que les está señalada; las personas jurídicas de derecho privado no están llamadas a realizar los fines propios de los poderes públicos, sino a cumplir las aspiraciones personales de los mismos asociados o las de los fundadores.52 Se objeta la dificultad de precisar muchas veces la naturaleza del fin.

4) La fuente de los recursos. Los recursos de las personas jurídicas de derecho público para cumplir sus fines sociales son proporcionados por la generalidad de los habitantes de la nación a que el ente

pertenece.53 Las personas jurídicas de derecho privado obtienen sus recursos de los individuos que las componen o de las personas que las establecen.

Conclusión: ningún criterio aislado sirve para caracterizar a una persona jurídica de pública o privada; es necesario atender a un conjunto de factores. La calificación de una persona jurídica debe determinarse en atención a las características en conjunto prevalecientes.

CAPITULO XXXI

PERSONAS JURIDICAS DE DERECHO PUBLICO

A. NORMAS QUE LAS REGULAN

827. Legislación especial sobre su organización y administración

Dice el inciso 2º del artículo 547 del Código Civil: "Tampoco se extienden las disposiciones de este título 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: estas corporaciones y fundaciones se rigen por leyes y reglamentos especiales".

828. Inteligencia de la norma del inciso 2º del artículo 547

Acerca de la inteligencia de esta norma caben las siguientes observaciones.

1) Lo único que dice es que las reglas establecidas en el Título XXXIII del Libro I del Código Civil sobre la organización y administración de las corporaciones y fundaciones no son aplicables a las personas jurídicas de derecho público, porque otras leyes y reglamentos las gobiernan: Constitución Política, leyes administrativas y reglamentos especiales de los distintos servicios públicos.

2) No importa excluir a las personas jurídicas de derecho público de las normas del Código Civil en cuanto a los actos que les son plenamente aplicables. En numerosos artículos el legislador lo hace presente, v. gr.: en el artículo 2497, que dice: "Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales, y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo".

Con razón ha dicho la Corte Suprema de Chile que el Fisco (persona jurídica de derecho público), en sus relaciones contractuales con los particulares, está ante el Derecho Civil sujeto, como cualquiera otra persona, a las disposiciones comunes relativas a la validez de los contratos que celebre.1

3) La enumeración de las personas jurídicas de derecho público es sólo por vía de ilustración y ejemplo.2

4) El artículo 547 no concede la personalidad jurídica a las instituciones que ejemplarmente enumera; sólo dice que no se rigen por las reglas que el Título XXXIII da para la organización y administración de las corporaciones y fundaciones de derecho privado. Si las instituciones mencionadas por el artículo 547 son personas jurídicas públicas, no es porque dicha disposición se las dé, sino porque de antemano la tienen. Por tanto, las personas jurídicas citadas no encuentran el fundamento de su personalidad en el inciso 2º del artículo 547 y no podría sostenerse que sería menester derogar esta disposición para considerarlas destituidas de esa personalidad.3

B. EL ESTADO

829. Teorías sobre su personalidad

Del hecho de que el Estado tenga un patrimonio ha surgido la cuestión de determinar si también debe tener una personalidad jurídica.

Algunos, como Duguit, lo niegan. Afirman que "la personalidad del Estado no existe, ni en el Derecho Público ni en el Derecho Privado. Todos los derechos y obligaciones que se hacen radicar en la personalidad del Estado pueden explicarse, sin necesidad de inventar esa personalidad, como una cooperación de servicios públicos organizados y controlados por los gobernantes".4

Otros autores, como Berthélemy5 y Ducroq,6 limitan el reconocimiento de la personalidad jurídica del Estado al campo del Derecho Privado. Agregan que aquél, considerado como poder público, no debe ser reputado como una persona moral. "Los actos de autoridad que ejecutan los administradores, no implican la existencia de una persona jurídica en nombre de la cual son hechos". Los actos de autoridad simplemente los ejecutan los funcionarios detentadores del poder público.7

Publicistas como Laband8 y Jellinek9 atribuyen al Estado doble personalidad jurídica: de Derecho Público y de Derecho Privado. Pero se ha objetado a esta doctrina que la doble personalidad sólo sería admisible si se mostrara la duplicidad de finalidades u objetivos del Estado, lo cual choca con el concepto unitario que de éste tiene la doctrina moderna.10

La tendencia que hoy prevalece reconoce al Estado una personalidad jurídica única, con proyecciones en el campo del Derecho Público y en el del Derecho Privado.11 El Estado, dice Michoud, es una persona titular de derechos de soberanía al mismo tiempo que de derechos patrimoniales. En ciertos casos actúa por vía de mando y desde un plano de superioridad con respecto a los individuos; no así en otros, en que, al menos en principio, actúa en un plano de igualdad con estos últimos. Cuando el Estado realiza actos de poder soberano queda regido por el Derecho Público, y cuando realiza actos patrimoniales, por el Derecho Privado.

Así, pues, "el Estado, poder público, y el Estado, persona moral de derecho privado, constituyen un solo y mismo sujeto de derecho. Si se le divide arbitrariamente, sea fraccionando el Estado en dos personalidades, sea, limitando la idea de personalidad a una sola de estas manifestaciones, la del Derecho Privado, se llega a consecuencias inaceptables. Habrá que decir, por ejemplo, que el Estado poder público no es responsable de los actos ejecutados por el Estado persona privada y recíprocamente, que el contrato celebrado por uno es extraño al otro, que la cosa juzgada respecto del uno no existe respecto del otro… Tendría plena aplicación el adagio latino Res inter alios acta neque nocere, neque prodesse potest, o sea lo concluido o juzgado entre unos, no puede dañar ni beneficiar a otros. Sin duda puede ser útil desde ciertos puntos de vista, distinguir en el Estado las dos fases de su personalidad…, pero nunca se llegará a una teoría satisfactoria si no se mantiene el principio de que todos los actos del Estado deben ser considerados como los de una personalidad única, que tiene solamente órganos diferentes y manifestaciones diversas".12

830. Derecho chileno

En nuestro país, el Código Civil y otras leyes consideran al Estado, explícita o implícitamente, como una persona jurídica de derecho público. Así también lo reconoce la jurisprudencia.13 La Corte Suprema ha dicho que el Estado es una verdadera corporación de derecho público que representa la organización jurídica del pueblo chileno.14

Por lo demás, el reconocimiento del Estado, en una ley, como persona jurídica, es innecesario. "El Estado representa la organización política, jurídica y económica de la sociedad nacional y constituye la fuente de todo el derecho; por ello es la persona jurídica por excelencia que se fija a sí misma las condiciones para el desarrollo de su actividad y aquéllas para el desarrollo de toda actividad pública y privada…".15

831. Estado y Nación

No hay unanimidad de criterio para caracterizar la nación. La definición más corriente dice que es un grupo de personas pertenecientes a una misma raza, que hablan un mismo idioma y que tienen unas mismas tradiciones y aspiraciones históricas. En todo caso, puede afirmarse que la nación es un pueblo

en su unidad natural e histórica.

Tampoco hay acuerdo para definir el Estado. Bluntschli expresa que "es la persona políticamente organizada de la nación (del pueblo podría decirse mejor, porque no todos los Estados tienen base nacional) dentro de un territorio determinado". Otros dicen que "es una reunión permanente e independiente de hombres, a quienes pertenece un cierto territorio común y que se encuentran asociados bajo una misma autoridad con un fin social".16

Por último el autor italiano Groppali dice que es la persona jurídica soberana que está constituida por un pueblo organizado sobre un territorio bajo la autoridad de un poder supremo para fines de defensa, de orden, de bienestar y progreso social.

Es indudable que el inciso 2º del artículo 547 del Código Civil se refiere al Estado cuando cita la nación entre las personas jurídicas de derecho público: da a la última palabra el significado de la primera. Don Andrés Bello hacía sinónimas ambas expresiones. En sus Principios de Derecho Internacional17 manifiesta que "nación o Estado es una sociedad de hombres que tienen por objeto la conservación y felicidad de los asociados, que se gobierna por leyes positivas emanadas de ella misma y es dueña de una porción de territorio". Como se ve, el redactor de nuestro Código Civil define propiamente el Estado, que considera sinónimo de nación.

832. Aplicación al Estado de las normas de derecho privado

Como ya manifestamos oportunamente, el legislador chileno, en numerosas disposiciones, aplica al Estado las normas de derecho privado cuando actúa en la órbita de éste. Y la jurisprudencia ha reconocido que en este caso el Estado se rige por las leyes de derecho privado,18 salvo que alguna norma expresamente lo sustraiga del imperio de ellas en determinada materia.

833. El Fisco

Hoy no se discute que el Estado tiene una sola personalidad jurídica, que es de derecho público, sin perjuicio, naturalmente, de que pueda desenvolverla tanto en el campo de éste como en el del derecho privado. Cuando actúa en el último, en el de las relaciones patrimoniales, recibe el nombre de Fisco y queda sujeto, salvo excepciones expresas, a las reglas propias de tal derecho privado. Por eso el Fisco, al igual que un individuo cualquiera, ha sido condenado a veces como poseedor de mala fe.19

El Fisco, pues, no es sino el Estado mismo, considerado en el aspecto de sus relaciones privadas o patrimoniales o, según el decir de otros, "en su capacidad patrimonial o rentística".20 De ahí que se haya observado que el Código Civil pudo haberse ahorrado la cita del Fisco entre las personas jurídicas de derecho público (art. 547, inciso 2º). En efecto, menciona la nación dándole la significación de Estado, concepto que, lógicamente, abraza todos sus aspectos y absorbe el fiscal. Podría explicarse el señalamiento aparte de la nación (Estado) y el Fisco por la influencia de la doctrina dualista que antes imperó conforme a la cual el Fisco es una personalidad distinta del Estado. Sin embargo, actualmente, en que reina la concepción unitaria del Estado moderno, también podría tener justificación la mención separada de que hablamos por el anhelo de resaltar las dos capacidades de la personalidad única del Estado, la de derecho público y la de derecho privado o patrimonial. Y así parece reflejarse en leyes de nuestros días, al menos en algunas disposiciones, como en aquellas de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado en que, por un lado, se atribuye a éste "la defensa del Fisco…" y por otro "la defensa del Estado…".21

834. Representación extrajudicial del Fisco y de los servicios descentralizados

Los servicios públicos son centralizados o descentralizados. Los primeros actúan bajo la personalidad jurídica del Fisco, con los bienes y recursos del mismo y están sometidos a la dependencia del Presidente de la República, a través del Ministerio correspondiente. Los segundos, los servicios descentralizados, actúan con la personalidad jurídica y el patrimonio propios que la ley les haya

asignado y están sometidos a la supervigilancia del Presidente de la República, a través del Ministerio respectivo. La descentralización puede ser funcional o territorial (Ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, publicada en el Diario Oficial de 5 de diciembre de 1986, modificada por la Ley Nº 18.891, de 6 de enero de 1990, art. 26).

Como al Presidente de la República corresponde el gobierno y la administración del Estado (Constitución, art. 24), a él incumbe la representación extrajudicial del Fisco, que no es sino el aspecto patrimonial del Estado. Pero el Presidente de la República puede delegar en forma genérica o específica la representación del Fisco en los jefes superiores de los servicios centralizados (los directores), para la ejecución de los actos y celebración de los contratos necesarios para el cumplimiento de los fines propios del respectivo servicio. A proposición del jefe superior, el Presidente de la República puede delegar esa representación en otros funcionarios del servicio (Ley Orgánica citada, art. 32, inc. 1º).

La representación judicial y extrajudicial de los servicios descentralizados corresponde a los respectivos jefes superiores (Ley Orgánica citada, art. 33).

835. Representación Judicial del Estado, del Fisco y de otras entidades

El Consejo de Defensa del Estado, que antes se llamaba Consejo de Defensa Fiscal, es un servicio público descentralizado, dotado de personalidad jurídica, se halla bajo la supervigilancia directa del Presidente de la República e independiente de los diversos ministerios (Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado, texto fijado por el decreto con fuerza de ley Nº 1, del Ministerio de Hacienda, publicado en el Diario Oficial de 7 de agosto de 1993, art. 1º, inciso 1º).

El Consejo de Defensa del Estado tiene por objeto, principalmente, la defensa judicial de los intereses del Estado (art. 2º).

Hay, sin embargo, ciertos jefes superiores de servicios que por disposición expresa de las leyes tienen la representación del Estado o del fisco en los asuntos determinados que esas mismas leyes señalan: jefes de servicios descentralizados, Director General de Servicios Eléctricos, etc.

El Presidente del Consejo tiene la representación judicial del Fisco en todos los procesos y asuntos que se ventilan ante los Tribunales, cualquiera que sea su naturaleza, salvo que la ley haya otorgado esa representación a otro funcionario, pero aun en este caso y cuando lo estime conveniente el Presidente del Consejo, puede asumir por sí o por medio de apoderados la representación del Fisco, cesando entonces la que corresponda a aquel funcionario (decreto con fuerza de ley citado, art. 18 Nº 1). Resulta, pues, que la representación judicial del Fisco que tiene el Presidente del Consejo es de carácter excluyente, porque en cualquier momento puede él asumirla, cesando la que ejercía el funcionario legalmente autorizado.

Entre otras muchas atribuciones, el Presidente del Consejo tiene también la representación judicial del Estado, de los gobiernos regionales, de las municipalidades, de las instituciones o servicios descentralizados, territorial o funcionalmente y de las sociedades y corporaciones de derecho privado en que el Estado o sus instituciones tengan aporte o participación mayoritarios o igualitarios, en los casos a que se refieren determinadas normas por la misma Ley Orgánica del Consejo (art. 18 Nº 2).

En cada ciudad asiento de Corte de Apelaciones hay un abogado Procurador Fiscal que, dentro del territorio jurisdiccional de la respectiva Corte de Apelaciones, tiene la función de representar judicialmente al Fisco y al Estado, municipalidad, etc. con las mismas atribuciones del Presidente del Consejo, salvo excepciones señaladas por la ley (Ley Orgánica citada, arts. 21, 22 y 24).

La representación judicial que del Estado y Fisco tiene el Presidente del Consejo de Defensa del Estado, es sólo ante los tribunales chilenos; corresponde al Presidente de la República otorgar poderes para representar al Fisco o al Estado en juicios seguidos ante tribunales extranjeros.22

836. Ortografía de la palabra "Fisco"

Cabe preguntarse si la palabra en cuestión se escribe con mayúscula o minúscula. Leyes y obras jurídicas de diversos países de habla castellana muestran anarquía al respecto. El mismo Bello es vacilante. En dos artículos del Código Civil –sólo en dos– emplea la minúscula (artículos 547 y 2481

número 1º). Hagamos presente que en este último caso, en las ediciones recientes, una mano mora, tal vez la de un corrector de pruebas, cambio la "f" minúscula por la mayúscula. Quizá lo hizo porque se dio cuenta que en el resto de las disposiciones Bello usó la gran efe: artículos 983, 995, 1250, 1579, 2472 número 6º primitivo. ¿Cuándo acierta nuestro codificador? ¿En las dos disposiciones en que usó la minúscula o en todas las demás en que empleó la mayúscula?

De acuerdo con las normas de la Real Academia Española, fisco ha de escribirse con minúscula; pero en el Diccionario de la misma Academia parece que a la voz fisco se le da el significado de erario o tesoro público en el sentido de caudal de bienes o riqueza nacional y no en el de persona jurídica titular de los derechos sobre esas cosas patrimoniales o de valor pecuniario. Aunque así no sea y entendiéramos comprendidas las dos acepciones, aconsejable resulta marcar la diferencia usando la mayúscula para referirse a la persona jurídica y la minúscula para aludir a la riqueza misma. De esta manera se aplica, por analogía, la norma académica respecto de la palabra estado que manda escribir con minúscula todas sus acepciones (como la de situación en que se encuentra una persona o cosa), menos la denotativa de nación políticamente organizada, en que impone el uso de la mayúscula, incluso en plural (los Estados democráticos, por ejemplo).

En otros cuerpos legales chilenos encontramos al Fisco escrito con mayúscula: Código de Procedimiento Civil (art. 748), Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado (artículo 1º número 1), etc. Lo mismo ocurre en el Código Civil Uruguayo (art. 21).

C. LAS MUNICIPALIDADES*

837. Definiciones

En general, y sin requilorios, la municipalidad se define como una corporación asentada en un determinado territorio y encargada de la gestión de los intereses locales de esa región.

La ley chilena de municipalidades dice que éstas "son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, encargadas de la administración de cada comuna o agrupación de comunas que determine la ley, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna" (Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, texto refundido fijado por el Decreto Supremo Nº 662, de 1992, Ministerio del Interior, publicado en el Diario Oficial de 27 de agosto de 1992, artículo 1º).

838. Representación judicial y extrajudicial

La representación judicial y extrajudicial de las municipalidades corresponde al alcalde. Este puede delegar el ejercicio de una u otra representación en funcionarios de su dependencia o en los delegados que designe (Ley citada, art. 53, letras a) y j).

Tratándose de delitos en que estén comprometidos los intereses económicos de las municipalidades, el ejercicio y sostenimiento de la acción penal corresponde al Presidente del Consejo de Defensa del Estado (Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado, art. 18 número 2 en relación con el art. 4º).

D. ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS

839. Establecimientos que se costean con fondos del erario; establecimientos públicos

El Código Civil, en su artículo 547 inciso segundo, dice que las disposiciones de su título "De las personas jurídicas" no se extienden a las corporaciones o fundaciones de derecho público, y entre ellas cita, por vía de ejemplo, los establecimientos que se costean con fondos del erario. Como los únicos

* Véase: *Legislación Municipal,* Editorial Jurídica Conosur, 2 tomos, Santiago, 1977.

establecimientos que, financiándose de esta manera, tienen personalidad jurídica de derecho público son los establecimientos públicos, a ellos debe circunscribirse la mención. Por lo demás, el mismo Código Civil, en varias otras disposiciones (arts. 1250 inciso primero, 1579, 1797, 1923), habla de establecimientos públicos, los cuales no pueden ser otros que los considerados en el inciso segundo del artículo 547. Todavía cabe observar que es evidente que un establecimiento privado aunque llegara a costearse principalmente con las subvenciones fiscales, o sea, con fondos del erario, no por eso adquiriría personalidad jurídica de derecho público.

Hay sentencias muy equivocadas. Una, temeraria, declara: "Basta que un establecimiento se costee con fondos del erario para que sea de derecho público y su constitución no requiera ley ni decreto del Presidente de la República".23 De acuerdo con esta doctrina los establecimientos particulares de enseñanza básica que, a través de permanentes subvenciones, se costean en gran medida con fondos del erario, serían personas jurídicas de derecho público. No, pues.

Dos causas mueven a confusión.

Una es el olvido de que el inciso segundo del artículo 547 se refiere no a cualesquiera establecimientos que se costean con fondos del erario, sino a aquéllos a los cuales presupone el carácter de corporaciones o fundaciones de derecho público.

La otra causa de error, más general aún, es el no reparar que la norma citada no concede personalidad jurídica a ningún ente; sólo se limita a enumerar, por vía de ejemplo, algunas corporaciones o fundaciones que presupone de derecho público y, por consiguiente, no sujetas a las disposiciones del Código Civil reguladoras de la constitución, funcionamiento y extinción de las personas jurídicas de derecho privado.

840. Conceptos de establecimiento y establecimiento público

Un establecimiento puede o no tener personalidad jurídica, y ésta puede ser de derecho público o de derecho privado. Resulta necesario entonces definir previamente, en esta materia, el establecimiento, a secas. Por tal se entiende el conjunto de personas y medios materiales y jurídicos (edificios, cosas muebles, dinero, derechos) que, técnicamente constituidos en una unidad, se destinan a atender permanentemente un fin especial.24

Por su lado, el establecimiento público representa una muy determinada parte de la administración pública que la ley, con el objeto de atender a una específica función, ha separado de la organización general administrativa, dotándola de personalidad jurídica propia, de derecho público, que desde el punto de vista técnico, le permite llevar una vida independiente.25

Con otras palabras también puede afirmarse que el establecimiento público es un servicio público que funciona autónomamente respecto del conjunto de los servicios generales del Estado o del Municipio y que, para satisfacer mejor las necesidades específicas que debe llenar, está dotado de personalidad jurídica de derecho público, patrimonio y presupuesto propios. Ejemplo: la Universidad de Chile.

Si queremos saber si un hospital, una escuela, etc., son establecimientos públicos o no, debemos averiguar si tiene personalidad jurídica de derecho público y si, consecuentemente, desde el punto de vista técnico, lleva una vida independiente respecto de la organización general administrativa del Estado o del Municipio. Si así es, se trata de un establecimiento público; si no, de un mero establecimiento dependiente o repartición de dicha organización.

El establecimiento público es un instrumento de la descentralización por servicios o descentralización funcional, como la llama la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración Pública del Estado (Ley Nº 18.575, de 5 de diciembre de 1986, modificada por la Ley Nº 18.891, de 6 de enero de 1990, artículo 26).

Naturalmente, las entidades de que hablamos se organizan, funcionan y extinguen de acuerdo con las normas de Derecho Administrativo y no de las del Derecho Civil.

El concepto clásico de establecimiento público, que es el anteriormente expuesto, ha sido desfigurado en la legislación de algunos países que, bajo el nombre genérico de establecimientos públicos, colocan empresas industriales o comerciales del Estado que, entre sí, presentan escasa o ninguna homogeneidad y se rigen en gran parte por normas del derecho privado: industrial, comercial,

etc. Desde hace algunos años, sin embargo, el fenómeno tiende a desaparecer, sea por la privatización de muchas de tales empresas o por la individualización técnica más adecuada de las mismas.

841. Establecimientos de utilidad pública; su carácter jurídico

No han de confundirse los establecimientos públicos con los de utilidad pública. Estos últimos son establecimientos particulares que no persiguen fines de lucro sino de interés general para cuyo logro están dotados de personalidad jurídica y patrimonio propios, contando además con el reconocimiento de su utilidad pública por un acto expreso de la autoridad estatal. Son personas jurídicas de derecho privado y están sometidas a las normas de éste.

Ejemplos de establecimientos de utilidad pública: el Cuerpo de Bomberos voluntarios para extinguir incendios, la Cruz Roja de Chile, el Hogar de Cristo, la Pontificia Universidad Católica de Chile. Por el contrario, son establecimientos públicos la Universidad de Chile, el Fondo Nacional de Salud, el Consejo Nacional de Televisión, etc. La ley que creó dicho Consejo dice que éste "será un servicio público autónomo, funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y de patrimonio propio, que se relacionará con el Presidente de la República por intermedio del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones…" (Ley Nº 18.838, de 30 de septiembre de 1989, art. 1º inciso primero).

842. Diferenciación de los establecimientos públicos de los de utilidad pública

La duda sobre si un determinado establecimiento es público o de utilidad pública debe resolverse atendiendo al conjunto de caracteres que presente según su propio y actual estatuto legal. Guiarse por un solo carácter puede llevar a engaño, sobre todo si es susceptible de alteración. Sabido es que uno de los rasgos del establecimiento de utilidad pública es el de nacer por iniciativa de los particulares; pues bien, nada impide que al cabo de algún tiempo, dicho ente, cumpliéndose los requisitos legales, se transforme en establecimiento público. Así sucede con hospitales de atención gratuita surgidos por obra de filántropos y reconocidos como de utilidad pública que, después, se donan al Estado el cual les otorga personalidad jurídica convirtiéndose ellos en establecimientos públicos.

Podría alguien pensar que el ejercicio de las prerrogativas del poder público, normalmente atribuidas al establecimiento público, es una nota que, por sí sola, bastaría para descartar que nos encontramos ante un establecimiento de utilidad pública. Sin embargo, en un caso dado, se engañaría. Un organismo privado de previsión, por ejemplo, podría estar autorizado para percibir, respecto de sus imponentes, cotizaciones obligatorias de carácter parafiscal.26

Así, pues, ha de reafirmarse el aserto de que sólo el examen global del estatuto jurídico de un ente permite decidir si éste, por el conjunto de sus caracteres, es establecimiento público o de utilidad pública.

E. IGLESIAS Y COMUNIDADES RELIGIOSAS [Véase APENDICE]

843. Disposición del inciso 2º del artículo 547 del Código Civil

El inciso 2º del artículo 547 del Código Civil expresa que las disposiciones del Título XXXIII del Libro I de ese Código no se extienden a las corporaciones de derecho público, las cuales se rigen por leyes y reglamentos especiales.

Entre las personas jurídicas de derecho público que enumera por vía de ejemplo, señala las iglesias y las comunidades religiosas. Habla en una forma general, pero sólo se refiere a las del culto católico, porque sólo éstas podían existir bajo el imperio de la Constitución vigente a la fecha de la dictación del Código Civil.

Las leyes y reglamentos especiales que rigen a las iglesias y comunidades religiosas son sus constituciones y leyes canónicas.27

844. Régimen de las iglesias y comunidades religiosas; distinción de épocas

Para estudiar la situación jurídica de las iglesias y comunidades religiosas es preciso distinguir dos épocas: la anterior a la Constitución de 1925 y la posterior.

a) Régimen anterior a la Constitución de 1925. Hasta antes de la promulgación de la Constitución de 1925, se mantuvo como principio invariable del derecho público chileno el reconocimiento de la católica como única religión del Estado.28

La Constitución de 1833 establecía que la "religión de la República de Chile es la Católica Apostólica Romana, con exclusión del ejercicio público de cualquier otra" (artículo 4º, primitivo 5º).

Por cierto que la Iglesia Católica no sacaba su existencia de esta disposición constitucional; pero sí la fuerza civil de la ley canónica que atribuye personalidad a las iglesias y comunidades religiosas.

Dentro del régimen anterior al de 1925, las iglesias y comunidades religiosas católicas eran, pues, sin discusión, personas jurídicas de derecho público.

Las corporaciones de otras religiones, no católicas, no eran ni podían ser personas de derecho público ni de derecho privado, pues la religión oficial de Chile era la Católica, estando excluido el ejercicio público de cualquiera otra.

b) Régimen posterior a la Constitución de 1925. La Constitución de 1925 dijo, en su artículo 10, que asegura a todos los habitantes de la República:

"2º La manifestación de todas las creencias, la libertad de conciencia y el ejercicio de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres y al orden público, pudiendo, por tanto, las respectivas confesiones religiosas erigir y conservar templos y sus dependencias con las condiciones de seguridad e higiene fijadas por las leyes y ordenanzas".

"Las iglesias, las confesiones e instituciones religiosas de cualquier culto, tendrán los derechos que otorgan y reconocen, con respecto a los bienes, las leyes actualmente en vigor; pero quedarán sometidas, dentro de las garantías de esta Constitución, al derecho común para el ejercicio del dominio de sus bienes futuros".

"Los templos y sus dependencias29 destinados al servicio de un culto, estarán exentos de contribuciones".

Esta disposición suscitó contradictorias interpretaciones con respecto a la personalidad de las iglesias y comunidades religiosas.

La Constitución de 1980 reprodujo más o menos textualmente lo establecido en la Constitución de 1925, pero suprimió lo transcrito en letra cursiva (art. 19, Nº 6º).

845. Opiniones sobre la personalidad de las iglesias, comunidades, confesiones e instituciones religiosas

a) Según cierta opinión, defendida principalmente por el señor Chaná en su Memoria de Prueba titulada Situación jurídica de la Iglesia (Santiago, 1931),30 la Constitución de 1925 reconoce la personalidad jurídica de derecho público no sólo a la Iglesia Católica, sino a todas las confesiones religiosas, a diferencia de la Constitución de 1833, que sólo se la reconocía a la primera. Y esta personalidad la tendrían sin necesidad de cumplir con ningún requisito especial, pues el legislador no lo exige.

b) Otra opinión, defendida por el señor Benjamín Montero F. en su Memoria de Prueba denominada Situación jurídica de las confesiones religiosas (Santiago, 1940),31 sostiene que las iglesias y comunidades religiosas tendrían personalidad de derecho público sólo: 1) en lo tocante a la erección y mantenimiento de los templos y dependencias de ellos, y 2) en lo que se refiere a los bienes que poseían al dictarse la Constitución de 1925. Pero para obtener la capacidad de ejercitar derechos sobre bienes que se adquieran con posterioridad a esa fecha, la Iglesia Católica, como cualquiera otra iglesia y confesión religiosa, necesitaría constituir su personalidad dentro de lo que dispone el artículo 546 del Código Civil. Y con relación a estos bienes, la Iglesia no podría ser sino persona jurídica de derecho privado, regida por la ley común.

El asunto debe estudiarse en Derecho Constitucional, pero advertimos que la jurisprudencia

administrativa y judicial ha sido favorable a la tesis de que las iglesias, las comunidades religiosas, etc., tienen personalidad jurídica de derecho público. Esta tesis se vería reforzada hoy con la supresión que la Constitución de 1980 hizo de la parte de la disposición de la Constitución de 1925 que decía: "pero quedarán (las iglesias, las confesiones e instituciones de cualquier culto) sometidas, dentro de la garantía de esta Constitución, al derecho común para el ejercicio del dominio de sus bienes futuros".

846. Jurisprudencia

En la jurisprudencia se han presentado casos con respecto a los organismos de la Iglesia Católica existentes antes del año 1925 en relación con su capacidad para adquirir bienes con posterioridad a esa fecha. Los tribunales les han reconocido personalidad. Una sentencia de la Corte Suprema, dictada el 3 de enero de 194532, ha sentado la siguiente doctrina: "Las personas jurídicas nacen al cumplirse los requisitos formales que las leyes han establecido al respecto; por lo tanto, desde que la comunidad religiosa nació como persona jurídica de derecho público, no puede ni necesita volver a nacer como persona jurídica de derecho privado. En toda persona hay que distinguir la capacidad de goce de la capacidad de ejercicio; en la primera entra la adquisición del dominio y en la segunda, su disfrute. La modificación contenida en el Nº 2 del artículo 10 de la Constitución Política de 1925 se refiere a la capacidad de ejercicio, no al sujeto de derecho, ni a la capacidad de goce, y conforme a ésta una congregación religiosa puede heredar. La indicada modificación constitucional no ha derogado el artículo 547 del Código Civil, ni expresa ni tácitamente". Vimos ya que este último argumento carece de valor, porque el artículo citado no atribuye personalidad, sino que la da por supuesta.

La Contraloría General de la República (dictamen Nº 22.014, de 26 de abril de 1957) ha dicho que "las parroquias erigidas canónicamente son, ante el Derecho chileno, personas jurídicas de derecho público".

Por último, nuestros tribunales han declarado que "en la actualidad la Iglesia Católica tiene en la República la misma situación jurídica de que gozaba durante la Colonia al producirse la independencia de la Nación y después durante la vida independiente de Chile. Esto quiere decir que es una persona jurídica de derecho público que, conforme al artículo 547 del Código Civil, se rige por leyes y reglamentos especiales. Dichas leyes están contenidas principalmente en el Código de Derecho Canónico".33

CAPITULO XXXII

PERSONAS JURIDICAS DE DERECHO PRIVADO

A. GENERALIDADES

847. Clasificación

Son personas jurídicas de derecho privado las siguientes:

a) Las que persiguen el lucro de los asociados, esto es, las sociedades industriales. La sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan (C. Civil, artículo 2053, inciso 1º). La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados (C. Civil, artículo 2053, inciso 2º).

b) Las personas jurídicas que no tienen por objeto el lucro. Estas se dividen en corporaciones y fundaciones de beneficencia pública.

Nótese que corporación, en un sentido amplio, es cualquier asociación de individuos que persiguen un fin común, sea de lucro o no. Pero nuestro Código, en el texto de las disposiciones del Título XXXIII de su libro primero, designa con la palabra corporaciones sólo a las asociaciones que no persiguen un fin de lucro para sus miembros.

848. Personas jurídicas de derecho privado no regidas por el Título XXXIII del Libro I del C. Civil

El artículo 547 del Código Civil no sólo excluye a las personas jurídicas de derecho público de la aplicación de las disposiciones del Título XXXIII del libro primero, sino también a "las sociedades industriales...: sus derechos y obligaciones son reglados, según su naturaleza, por otros títulos de este Código y por el Código de Comercio".

Las sociedades industriales son las que se constituyen para alcanzar beneficios pecuniarios o materiales. Pueden ser civiles o comerciales, según sea su objeto. Son comerciales las que se forman para negocios que la ley califica de actos de comercio. Las otras son civiles (C. Civil, artículo 2059).

Las sociedades industriales se rigen, no por el título del Código Civil que ahora estudiamos, sino por otras disposiciones del mismo Código Civil, el Código de Comercio y leyes especiales, como la que se refiere a las sociedades de responsabilidad limitada (Ley Nº 3.918, de 14 de marzo de 1923).

Tampoco se aplica el Título XXXIII del libro primero del Código Civil a las personas jurídicas de derecho privado que, si bien no persiguen el lucro directo para sus asociados, están regidas por leyes especiales, como las sociedades cooperativas, los sindicatos, etc.

849. Sociedades de economía mixta

Puede afirmarse que existe una sociedad mixta –dice la Corte Suprema– "cuando el Estado o algún órgano o servicio personificado del mismo concurre con particulares en la formación de una sociedad de capital dirigida a desarrollar una actividad que contribuya a solucionar una necesidad que interesa al Estado. Por lo general, aunque no exclusiva ni necesariamente, estas sociedades así constituidas toman la forma de las anónimas y por eso se sujetan, también, habitualmente, al Derecho mercantil.

Los principales elementos constitutivos de las sociedades de economía mixta son los siguientes: a)

participación de personas públicas y particulares en la constitución del capital, que actúan, por lo tanto, como socios; b) participación de ambos en la administración de la empresa o sociedad; a menudo es el Estado quien nombra a sus directores o parte de ellos; c) estructura subordinada a las normas del derecho común; casi siempre toman la forma de sociedades anónimas, y d) adaptación de esa estructura a las exigencias del Derecho público como una manera de no perder de vista los intereses públicos a que se vincula su gestión.

Aunque las sociedades de economía mixta así precisadas no llegan a constituir servicios públicos, a lo menos desde un punto de vista orgánico, ya que no se integran en la administración central ni descentralizada del Estado, nada impide que pueda concedérseles por ley un servicio público, caso en que se perfila una entidad de doble carácter: sociedad y servicio, pero su naturaleza última de servicio público no derivará aquí de la sociedad misma sino que del hecho de la concesión por parte del Estado".1

850. Colegios profesionales y asociaciones gremiales

También estaban regulados por leyes especiales los llamados Colegios Profesionales. Reciben este nombre las instituciones de carácter corporativo, dotadas de personalidad jurídica, que agrupan a los individuos que ejercen una misma profesión y cuyo objeto es velar por el auge y prestigio de ésta.

En Chile, el Decreto Ley Nº 3.621 (Diario Oficial de 7 de febrero de 1981) ordenó, en su artículo 1º, que a partir de su vigencia pasarán a tener el carácter de Asociaciones Gremiales y a regirse por las disposiciones de éstas contenidas en el Decreto Ley Nº 2.757 (Diario Oficial de 4 de julio de 1979), en lo que no pugnen con las disposiciones de sus respectivas leyes orgánicas en la parte en que no sean derogadas por el Decreto Ley Nº 3.621.

"Las asociaciones gremiales –dice el artículo 1º del Decreto Ley Nº 2.757– son las organizaciones constituidas por empleadores del sector privado, en conformidad a esta ley, con el objeto de promover la racionalización, desarrollo y protección de las actividades que les son comunes en razón de profesión, oficio o rama de la producción o de los servicios. Estas asociaciones no podrán tener fines de lucro, ni desarrollar actividades políticas o religiosas, ni funciones propias de otro tipo de entidades, tales como las cooperativas, las confederaciones, las federaciones y las demás organizaciones cuya constitución o finalidad estén expresamente contempladas en otros cuerpos legales".

Un informe del Consejo de Defensa del Estado observa que el término empleadores usado en la disposición transcrita debe interpretarse como sinónimo de empresarios. "Se trata de un vocablo utilizado para referirse a todas aquellas personas que por no ser trabajadores subordinados a un empleador o independientes, no les resulta adecuado asociarse bajo forma de sindicato, bajo la fiscalización de la Dirección del Trabajo, desarrollan actividades que les son comunes en razón de profesión, oficio o rama de la producción o de los servicios, y desean organizarse para promover la racionalización, desarrollo y protección de esas actividades, bajo el control del Ministerio de Economía".2

Antes de la vigencia del Decreto Ley Nº 3.621 había un solo colegio profesional por cada profesión (Colegio de Abogados, Colegio de Arquitectos, Colegio de Ingenieros, Colegio Médico, etc.); hoy pueden existir al respecto varias asociaciones gremiales; todo depende del número de interesados en constituirlas ajustándose a los requisitos legales. Y, así, por ejemplo, tenemos la llamada Asociación Gremial Colegio de Abogados, continuadora legal del antiguo Colegio de Abogados, y la Asociación Gremial Colegio de Abogados Laboristas.

Por último, debemos observar que, conforme a las disposiciones de los mencionados decretos leyes, los colegios profesionales perdieron la condición de personas jurídicas de derecho público que antes tenían; hoy sólo son asociaciones gremiales de derecho privado.

851. Personas jurídicas de derecho privado regidas por el Título XXXIII del Libro I del C. Civil

En atención a todas las exclusiones consideradas anteriormente y al espíritu de las disposiciones del Título XXXIII del Libro I del Código Civil, hay que concluir que las personas jurídicas que se rigen

por dicho título son las de derecho privado que persiguen un fin ideal o que no consiste en el lucro.

852. ¿Qué se entiende por "entidad con fin de lucro"?

Esta cuestión se ha presentado con motivo de la organización de diversas asociaciones de comerciantes y productores dirigidas, no a obtener una ganancia directa, sino a cuidar de sus intereses económicos comunes, procurando abaratar los costos de producción y de mercaderías, la defensa de los precios de las mismas, etc.

Ahora bien, según algunos "entidad con fin de lucro" es, jurídicamente, aquella que persigue la utilidad pecuniaria directa para sus miembros. Por tanto, no podría decirse que hay fin de lucro cuando los beneficios obtenidos consisten en otra cosa que ganancias individuales, como ser beneficios de orden colectivo, sean de carácter intelectual, moral o puramente material, porque en todos estos casos no hay en derecho lucro para los asociados. Estas conclusiones son defendidas por el profesor señor Guillermo Correa Fuenzalida3 y el señor Carlos Balmaceda Lazcano,4 quienes agregan que las disposiciones del Título XXXIII del Libro I del C. Civil tienen el carácter de derecho común en materia de personas jurídicas de derecho privado, pues reglamentarían a toda asociación que no persiguiera fines de lucro para sus miembros y no estuviera sometida a leyes especiales, como los sindicatos.

El Consejo de Defensa del Estado5 sustenta la teoría contraria. A su juicio, no pueden ampararse en el Título XXXIII del Libro I del Código Civil las entidades que se proponen fines que directa o indirectamente se relacionan con ganancias o provechos pecuniarios; sólo son aplicables esas disposiciones a las entidades de fines ideales, morales o de beneficencia. Las que persiguen un fin económico o industrial, y no son sociedades, porque no hay aporte o reparto de beneficios, deben mirarse como sindicatos o cooperativas. No procede, en consecuencia, concederles o reconocerles la personalidad jurídica como corporación regida por el citado Título XXXIII, título que es el derecho común, indudablemente, de las personas jurídicas que no persiguen un fin de lucro, pero sólo de las que no persiguen ni aun indirectamente ese fin. Las organizaciones dirigidas a cuidar los intereses industriales o comerciales de sus asociados y que procuran mediante la unión obtener mejores condiciones para la actividad lucrativa de sus miembros, no procuran repartirse utilidades, pero atienden a ellas y para eso se forman. Decir que sus fines son ideales, expresa don Pedro Lira Urquieta, porque no hay reparto de utilidades, parece un juego de palabras. Sería como decir que los miembros de una sociedad anónima que acuerdan no repartir dividendos porque así les conviene, tienen, al tomar esta medida, una finalidad diversa del lucro.6

El Reglamento sobre Concesión de Personalidad Jurídica a las Corporaciones y Fundaciones a que se refiere el Título XXXIII del Libro I del Código Civil, publicado en el Diario Oficial de 20 de marzo de 1979, dispone que las corporaciones y fundaciones no podrán proponerse fines sindicales o de lucro, ni aquellos de las entidades que deban regirse por un estatuto legal propio (artículo 6º inciso primero y 30). Por un estatuto legal propio se rigen, por ejemplo, las asociaciones gremiales o profesionales a que nos referimos anteriormente.

853. Diferencias entre las personas jurídicas regidas por el Título XXXIII del Libro I del Código Civil y las comunidades y sociedades

La persona jurídica constituye un sujeto de derecho, pero no la comunidad, que carece de individualidad propia y es una simple relación en que aparecen como sujetos varias personas conjuntamente. Hay comunidad cuando un determinado derecho (el de propiedad, el de usufructo o cualquiera otro) tiene en toda su integridad no un solo titular sino simultáneamente dos o más. Los cotitulares o comuneros tienen un derecho de idéntica naturaleza, sea en igual o distinta proporción, sobre la totalidad de la misma cosa indivisa, no dividida. El derecho común corresponde personalmente a los comuneros y no a otra entidad, puesto que la comunidad, al revés de la sociedad, no constituye una persona jurídica.

La sociedad o compañía es una persona jurídica,7 distinta de los socios individualmente considerados, y hace de un contrato, el de sociedad, que es aquel en que dos o más personas estipulan

poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan (artículo 2053). Se diferencia de la persona jurídica llamada corporación y regida por el Título XXXIII del Libro I del Código Civil, en que busca el lucro de los socios. La corporación sólo persigue fines ideales o generales y no el lucro de sus miembros.

854. Corporaciones y fundaciones

Atendiendo a la construcción y estructura íntima de las personas jurídicas, se las divide en corporaciones y fundaciones.

Esta clasificación es original del autor alemán Heise, quien la formuló en 1807. Pero recibió gran difusión al ser adoptada por Savigny, jurista alemán (1779-1861), creador de la escuela histórica del Derecho y autor de varios libros jurídicos de gran mérito.

Nuestro Código Civil dice que las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública (artículo 545, inciso 2º). Pero no define ninguno de los dos tipos.

La corporación, en sentido estricto (que es el que nosotros consideramos), es la unión estable de una pluralidad de personas, que persigue fines ideales o no lucrativos.

La fundación es una organización, que no consiste en una alianza de personas, para la realización de determinados fines.8 Otra definición, más precisa y de términos positivos, dice: "Fundación es un conjunto de bienes, un patrimonio destinado por uno o más individuos al cumplimiento de determinado fin, cuyo logro se encarga a administradores, los cuales deben velar porque los bienes se empleen en el fin propuesto".

Los administradores no son elementos constitutivos de la fundación. "La presencia de ellos –advertía a sus discípulos un insigne maestro–9 no debe paralogizaros. Tales personas naturales forman juntas o consejos administrativos y, lógicamente, no son ni pueden ser miembros de la fundación; su misión es hacer cumplir el fin que motivó el destino de los bienes y la creación de la persona jurídica. Nada más".

855. Fundaciones de familia y fundaciones de beneficencia

Las fundaciones pueden instituirse para beneficio de personas individualizadas o no. Desde este punto de vista se distinguen, por ejemplo, las fundaciones de familia y las de beneficencia pública.

Las primeras tienen por destinatarios a personas naturales que se individualizan por el hecho de pertenecer a una familia dada, ordinariamente la del propio fundador. El Código Civil suizo dice que las fundaciones de familia pueden crearse para el pago de los gastos de educación, de establecimiento y de asistencia de los miembros de la familia o para fines análogos (art. 335).

Las fundaciones de beneficencia pública –únicas de las que se ocupa nuestro Código Civil– están destinadas a procurar, sin fines de lucro, un bien determinado, sea moral, intelectual o material, y tienen por destinatarios a todos en general, sin individualización.

856. Concepto de beneficencia pública

Beneficencia deriva de beneficio que proviene del latino bene (bien) y facere (hacer); significa, pues, hacer el bien. Por tanto, fundación de beneficencia es la que, sin ánimo de lucro, tiene por finalidad hacer el bien, sea éste de orden intelectual, moral o material.

De lo anterior se deduce que es un error identificar las instituciones de beneficencia con las de caridad. Algunas pueden serlo; otras no. Si se destina un patrimonio a erigir y mantener una casa de huérfanos tendremos una fundación de beneficencia de índole caritativa; pero no si el patrimonio se destina a la creación y funcionamiento de un centro de investigación científica o de una universidad.

Por otra parte, no debe creerse que el calificativo de pública que se da a una fundación de

beneficencia revela que ella pertenece al Estado; lo que ha de entenderse es que la organización, debida casi siempre a la iniciativa privada, es para utilidad o provecho de todos, para el pueblo en general y no, como ocurre, por ejemplo, en las fundaciones de familia, para un círculo más o menos restringido de personas de antemano individualizadas.

857. Extensión de la clasificación de corporaciones y fundaciones a las personas jurídicas de derecho público

Nuestro Código Civil aplica la distinción de corporaciones y fundaciones no sólo a las personas jurídicas de derecho privado, sino también a las de derecho público (art. 547 inciso segundo). Pero la verdad es que en la doctrina del Derecho público moderno esa clasificación resulta inadecuada y es sustituida por otras. Por ejemplo, desde el punto de vista de la organización administrativa, se distinguen tipos de colectividades territoriales, es decir, "grupos humanos ligados por la vida en común sobre un mismo suelo".10 Entre esos grupos se encuentra el Estado, personificación jurídica de la comunidad nacional, y la comuna, comunidad local personificada en la municipalidad. Otra categoría de personas jurídicas de derecho público está formada por los establecimientos públicos que, como sabemos, son personas jurídicas creadas justamente para satisfacer mejor una necesidad pública determinada. Según que ésta interese a la nación toda, a la región, a la provincia o a la comuna, se distinguen establecimientos públicos nacionales, regionales, provinciales y comunales.

858. Personas jurídicas mixtas

El Código Civil, después de expresar que las personas jurídicas son de dos especies, corporaciones y fundaciones de beneficencia pública, agrega: "Hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter" (art. 545, incisos segundo y tercero). Ejemplo: las universidades.

Las entidades mixtas en referencia deben cumplir con los requisitos exigidos tanto a las fundaciones como a las corporaciones.11

859. Sentidos de la palabra fundación

La palabra fundación tiene dos sentidos. En uno denota el acto por el cual se establece o erige algo: es el acto fundacional. En el otro significa la institución misma, la organización destinada a cumplir los fines señalados por el fundador.

860. Fundación autónoma y fundación fiduciaria

La afectación perpetua de bienes a determinado fin no importa necesariamente la creación de una persona jurídica nueva y autónoma. Puede realizarse bajo la forma de una donación o asignación testamentaria a una persona preexistente, natural o jurídica, con la carga de destinar perpetuamente al fin perseguido los valores donados o asignados. Ejemplo: lego 20 millones de pesos a la Universidad de Chile para que los invierta en determinados bonos con los intereses de los cuales se constituirá una suma para premiar trienalmente a la mejor memoria de licenciado de ciencias jurídicas y sociales. Esto es lo que en derecho se llama fundación fiduciaria o no autónoma, en oposición a la fundación autónoma, que es la que se establece con personalidad jurídica propia para realizar, mediante los bienes afectados, los fines perseguidos por el fundador. Brevemente la fundación fiduciaria ha sido definida como la destinación de bienes a una persona física o jurídica, gravándosela con la carga de emplearlos en un fin determinado.

Las disposiciones del Código Civil sobre las personas jurídicas no son aplicables a las llamadas

fundaciones fiduciarias, sino a las autónomas.

861. Patrimonio formado por suscripciones

"Tampoco cabe considerar –dice Enneccerus– como fundación o como un sujeto de derecho independiente que haya que tratar por analogía de la misma, a un patrimonio formado por suscripciones para un fin determinado, por ejemplo, para socorrer a los damnificados por terremotos, inundaciones o incendios o para la erección de un monumento". En tales casos, a juicio de Enneccerus, "los suscriptores transfieren la propiedad al colector con la carga de emplearla en el fin correspondiente... El patrimonio formado por la suscripción se considera como un patrimonio especial fiduciario del colector, que no está sujeto al ataque de sus acreedores y que en el evento de concurso (o quiebra) de aquél no entra en la masa del mismo".12

862. Institución de las fundaciones; directa e indirecta

La voluntad del fundador, el acto de fundación, puede manifestarse en un acto entre vivos o en una disposición por causa de muerte. Y su actuación puede revestir dos formas: "o el acto de liberalidad (donación o disposición de última voluntad) impone al donatario o heredero como carga modal la constitución del nuevo ente, al cual deberán consagrarse en todo o en parte, según la medida de la carga impuesta, los bienes donados o dejados testamentariamente, o resulta dirigido a la creación del ente en cuanto la donación o disposición testamentaria se hace en favor de la persona jurídica que se intenta crear. En el primer caso, la disposición o donación modal se dirige a un intermediario a cuyo cargo se confía la fundación del ente; en la disposición o donación directa falta el intermediario".13 Ambos casos están acogidos en el Código Civil chileno: artículos 1089 y 963 inciso 2º, respectivamente.

863. El substratum de las fundaciones

La fundación se compone de una masa de bienes destinados por la voluntad de una persona (el fundador) a un fin determinado, para el logro del cual se crea el nuevo sujeto de derecho.

Los autores discuten en cuanto a la determinación del substratum de estas personas jurídicas. ¿Qué es lo que se personifica en las fundaciones? Von Ihering cree que la pluralidad de los destinatarios, esto es, las personas en favor de las cuales son creadas: pobres, enfermos, viudas, huérfanos, amigos de las artes. Beseler, Gierke, Meurer y Zittelman pretenden que el sujeto del derecho es la voluntad cristalizada del fundador, que se desprende de él y le sobrevive mientras dura la fundación. Heise y Arndts colocan la personalidad de la fundación en el patrimonio personificado. Savigny, principal inspirador de nuestro Código en materia de personas jurídicas, cree, como Enneccerus y Von Tuhr, que la personalidad de la fundación reside en el fin. Por último, Brinz y Bekker sostienen que la fundación carece de titular o sujeto, que es tan sólo un patrimonio afectado a un fin.

864. Diferencias entre las corporaciones y fundaciones

1) Las corporaciones (universitates personarum) tienen como elemento básico o prevaleciente una colectividad de individuos; las fundaciones, una organización dirigida a un fin determinado, y en ellas predomina el elemento patrimonial. Las corporaciones tienen asociados; las fundaciones no tienen miembros, sino sólo destinatarios.

Pero no han faltado autores que han estimado que la fundación tiene también por sujeto a una pluralidad de personas. A su juicio, no existiría una diferencia esencial entre corporaciones y fundaciones; las diferencias serían sólo accidentales, como las siguientes, que señala Giorgi: 1) el sujeto colectividad es restringido en las corporaciones, y numéricamente indeterminado en las fundaciones; 2) esa colectividad se agrupa por propia y espontánea voluntad en las corporaciones, y por voluntad ajena,

la del fundador, en las fundaciones, etc.

Sin embargo, la doctrina más reciente vuelve a decir que hay diferencia substancial entre las corporaciones y las fundaciones. "Mientras la corporación –dice Enneccerus–14 debe considerarse como una reunión de personas dotada de capacidad jurídica, en la fundación falta esa pluralidad de personas que pueda pensarse como soporte de la personalidad jurídica. Pues incluso cuando la fundación, cosa que por lo demás no ocurre con frecuencia, es administrada por una pluralidad de personas, esta pluralidad no es la persona jurídica, sino un administrador de asuntos ajenos (los de la fundación). "El fin es el que tiene personalidad en las fundaciones..."; la organización misma en virtud de la cual se realiza un determinado fin permanente con la mediación de fuerzas humanas.

2) Otro criterio distintivo entre corporaciones y fundaciones se encuentra en la voluntad que da vida al organismo y lo rige luego de nacer. Las corporaciones se gobiernan por sí mismas con voluntad propia, manifestada por sus miembros; las fundaciones se rigen por una norma exterior, la voluntad del fundador.

3) El patrimonio de las corporaciones es formado por sus miembros; el de las fundaciones es, en principio, proporcionado por el fundador.

4) Las corporaciones cumplen un fin propio; las fundaciones, uno ajeno, que determina el fundador.

865. Disposiciones comunes que rigen las corporaciones y fundaciones

La mayor parte de las disposiciones que consagra nuestro Código Civil a las personas jurídicas son aplicables tanto a las corporaciones como a las fundaciones. Dice el artículo 563: "Lo que en los artículos 549 hasta 561 se dispone acerca de las corporaciones y de los miembros que las componen, se aplicará a las fundaciones de beneficencia y a los individuos que las administran". Así, pues, sólo son especiales: el artículo 548, que habla de la aprobación por el Presidente de la República de las ordenanzas o estatutos de las corporaciones, y del derecho que tienen los terceros que se sientan perjudicados por esos estatutos; el artículo 562, que se refiere a los estatutos de las fundaciones de beneficencia, y el artículo 564, que dice que las fundaciones perecen por la destrucción de los bienes destinados a su mantención.

B. CONSTITUCION DE LAS PERSONAS JURIDICAS

866. Elementos

Los elementos que intervienen en la constitución de las personas jurídicas son dos:

1) El elemento personal, en las corporaciones, y la voluntad del fundador en las fundaciones, y

2) La autorización del poder público.

867. a) Elemento personal de las corporaciones; acto constitutivo

El soporte humano de la corporación es el conjunto de personas que la forman. Los Collegia del Derecho Romano necesitaban, para constituirse, un número mínimo de tres. En nuestra legislación nada se dispone al respecto, de manera que es posible que una corporación se constituya con dos miembros. Cabe señalar, sí, que el espíritu del Código mira como básico un número de miembros que haga posible el cumplimiento del fin de la agrupación, según se desprende del artículo 560.

No está ligada la existencia de la corporación a la identidad de las personas; es independiente del cambio de sus miembros, y la pluralidad puede reemplazarse toda, merced a cambios sucesivos de los socios y, no obstante, la unidad orgánica del cuerpo subsistir íntegra e idéntica.15 Por otra parte, es un principio tradicional, que, una vez constituida la corporación, no se extingue por el desaparecimiento de sus miembros, aun cuando éstos queden reducidos a uno solo.

Constitución de corporaciones con personas jurídicas. Se plantea el problema relativo a si pueden

organizarse corporaciones con personas jurídicas.

Según algunos informes del Consejo de Defensa del Estado,16 del contexto de las disposiciones del Título XXXIII del Libro I del Código Civil, se desprende que las corporaciones que reglamenta deben ser formadas por personas naturales y no por otras entidades. Porque la reunión de personas jurídicas en una corporación constituiría más bien una confederación de asociaciones, la cual no está autorizada por el Código Civil, sino excepcionalmente por otras leyes para organismos determinados, como los sindicatos.

En otros informes el Consejo de Defensa del Estado ha estimado que si los estatutos de una persona jurídica admiten que formen parte de ella como socios otras personas jurídicas, ello es admisible. La minoría de los miembros del Consejo que emitieron dichos informes estima que en ningún caso las sociedades que persiguen fines de lucro pueden ser socias de entidades regidas por el Título XXXIII del Libro I del Código Civil.17

El acto constitutivo de la corporación. Las personas que se proponen constituir la corporación deben unirse y ligarse entre sí. Se llama acto constitutivo el que crea el vínculo de unión entre los componentes de la asociación.

Mucho se ha discutido en la doctrina acerca de la naturaleza jurídica de este acto: nadie duda que exige capacidad de obrar y consentimiento válido de los asociados; la querella gira en torno a la calificación de ese acto jurídico.

Algunos consideran que es un verdadero contrato, pues implica un acuerdo de voluntades que genera obligaciones. Pero la doctrina hoy predominante estima que es uno de esos actos jurídicos unilaterales otorgados por varias personas que forman una parte única y que reciben el nombre de colectivos. Acto colectivo es aquel que se forma por varias voluntades convergentes a un fin idéntico y que tienen un mismo contenido y se unifican en una voluntad única, generadora de efectos para todos los autores de la declaración.

Diversas consecuencias prácticas surgen de la calificación del acto de constitución. Así, mientras en el contrato la ineficacia de la intervención de una de las partes determina, por regla general, la ineficacia de todo el acto, no sucede lo mismo en el acto colectivo, y así nada perjudica en principio a la constitución de una asociación la circunstancia de que alguno de los constituyentes –a causa, por ejemplo, de enfermedad mental o de menor edad– no haya intervenido válidamente,18 siempre que concurra una mayoría de voluntades válidas para formar el acto constitutivo.

El acto constitutivo; instrumento en que debe constar. Las corporaciones pueden constituirse por instrumento privado reducido a escritura pública. Dicho instrumento debe ser firmado por todos los constituyentes, individualizados con su Rol Unico Nacional Tributario y ha de contener el acta de constitución, los estatutos por los cuales se regirá y el poder que se confiere a la persona a quien se encarga la reducción a escritura pública de la citada acta, como asimismo la tramitación de la solicitud de aprobación de los estatutos y la aceptación de las modificaciones que el Presidente de la República proponga introducirles (Reglamento de Concesión de Personalidad Jurídica, publicado en el Diario Oficial de 20 de marzo de 1979, art. 2º inciso primero).

Se han dictado varios decretos que aprueban estatutos tipos para diversas corporaciones: Centros de Madres, Centros de Padres y Apoderados, Clubes Deportivos, Comités Campesinos, Cuerpo de Bomberos, Juntas de Adelantos, Sociedades Mutualistas, Asociaciones Regionales Mapuches, Corporaciones Privadas de Desarrollo Social. Ahora bien, las corporaciones que se acojan a un Estatuto Tipo aprobado por el Ministerio de Justicia puede someterse a las siguientes normas para obtener personalidad jurídica, sin perjuicio de las demás que les fueren aplicables: 1) protocolización del correspondiente ejemplar de Estatuto Tipo proporcionado por el Ministerio de Justicia una vez que se completen los espacios en blanco; es necesario llevar a lo menos tres ejemplares a la notaría, de modo que uno de ellos debidamente certificado por el notario quede en poder de los solicitantes en calidad de copia fiel del instrumento protocolizado; 2) a la solicitud de personalidad jurídica basta con acompañar el tercer ejemplar igualmente certificado por el notario (Reglamento sobre Concesión de Personalidad Jurídica, publicado en el Diario Oficial de 20 de marzo de 1979, arts. 2º y 29).

Fase preliminar al acto constitutivo. El acto constitutivo de las corporaciones puede ir precedido de una fase preliminar en que el promotor o promotores publican programas y recogen adhesiones o suscripciones. Se producen así, apunta Ferrara, contratos de carácter preparatorio, entre promotores y adheridos, que hacen nacer obligaciones entre los promotores y los suscriptores y entre aquéllos y la

futura corporación (cuando se constituye), porque actúan como gestores representativos de esta última.19

868. La voluntad del fundador; el acto fundacional

Las fundaciones necesitan para constituirse la voluntad del fundador, que se manifiesta en el acto fundacional, o sea, el acto en que el fundador ordena el establecimiento de una organización para el cumplimiento de fines determinados.

El contenido de este acto especifica el fin que debe cumplir el organismo cuyo establecimiento se persigue.

La naturaleza jurídica del acto fundacional ha sido muy discutida entre los juristas. Hoy prevalece la opinión que lo considera como un acto jurídico unilateral que no necesita, para su perfección, notificarse a otro ni aceptarse por éste (declaración unilateral de voluntad no recepticia), análogo al testamento pero con fisonomía propia.

"Al acto de fundación va normalmente incorporado, aunque tenga naturaleza propia, el acto de dotación, por el que el fundador asigna un patrimonio al ente que se rige. Este acto de dotación, accesorio al precedente, ha de ser considerado como un acto unilateral de disposición gratuita que exige capacidad para enajenar y hacer liberalidades (expuesto, por tanto, a la impugnación de acreedores, legitimarios, etc.), y que puede revestir la forma externa de acto inter vivos o de la disposición testamentaria".20 En todo caso debe ser escrito, pues la tramitación para obtener la personalidad jurídica supone siempre un documento en que aparezca la dotación.

En otros tiempos fue muy discutido si se podía, mediante un acto fundacional mortis causa, instituir heredero o legatario a una fundación no existente aún. En nuestro Código Civil el caso, como vimos, tiene solución expresa en el artículo 963, que dice: "Son incapaces de toda herencia o legado las cofradías, gremios, o establecimientos cualesquiera que no sean personas jurídicas. 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".

La disposición habla de corporaciones y establecimientos, expresión esta última comprensiva de las corporaciones y fundaciones. Y es indudable que en este artículo la palabra establecimiento se refirió específicamente a las fundaciones, puesto que las corporaciones están nombradas antes. El legislador prefirió emplear la palabra establecimientos para no decir "...la fundación de una nueva corporación o fundación".

Ferrara, aludiendo a la discusión relativa a si se puede instituir heredero o legatario a una fundación aún no existente, dice que el problema se planteó mal, pues se llevó al dominio de las reglas de sucesión un acto que en sí es autónomo y obedece a reglas propias. La fundación, aun con apariencia testamentaria, no es un llamamiento de heredero o legatario, sino que es la constitución de una obra, disponiendo del patrimonio en su obsequio para actuar sus fines; no es una institución de heredero o legatario que tenga que obedecer a las leyes materiales del derecho sucesorio, sino una disposición especial de bienes posmortem por la que se vincula un patrimonio a favor del ente que se erige.21

Naturaleza jurídica del acto de dotación. Para algunos el acto de dotación representa, según los casos, una asignación testamentaria o una donación. Esta última por la fuerza misma de las cosas, sería una donación sui generis que no requiere aceptación alguna.22

Otros afirman que el acto de dotación no puede considerarse como una donación, puesto que tiene su causa en el acto fundacional y no constituye un desplazamiento de bienes entre dos sujetos de derecho existentes de antemano.23 Se trata simplemente de un acto de destinación de bienes para constituir una nueva persona jurídica: el fundador dedica al servicio de un fin ciertos bienes, que quedarán sustraídos a su esfera.

De esta noción se derivan diversos efectos. La dotación de la fundación es un acto unilateral de disposición, que exige capacidad de enajenar. Como acto de destinación (cuando no se realiza como cumplimiento de una carga o condición) queda comprendido en los actos de disposición gratuita, "sin ser, en sentido técnico, un contrato de donación y, por consiguiente, se regirá por las normas correspondientes. El fundador debe ser capaz de hacer liberalidades; la dotación podrá ser impugnada por la acción pauliana por los acreedores, demostrando el fraude únicamente del fundador; podrá ser

atacada por la acción de reducción de los legitimarios", etc.24

La naturaleza del acto de dotación es la misma cualquiera que sea la forma empleada por el fundador para darle vida, tenga lugar por acto entre vivos o por causa de muerte.25

Revocación del acto de fundación. Si bien no produce efecto sino cuando el Estado reconoce o aprueba la fundación, el acto fundacional es en sí un acto jurídico perfecto, y por tanto sigue siendo válido, aunque el fundador pierda su capacidad o fallezca antes de la aprobación por el Estado.26

Pero es libremente revocable hasta que no haya tenido lugar el reconocimiento de la autoridad pública que hace surgir el nuevo sujeto, porque sólo en ese momento se realiza plenamente la voluntad del fundador.

"Cuando la fundación se hace por disposición testamentaria, la revocación está ya en germen dentro de la naturaleza del acto testamentario y deberá tener lugar en las formas establecidas para la revocación de las disposiciones de última voluntad. Si, por el contrario, la fundación se efectúa por acto inter vivos, la revocación podrá hacerse en cualquier forma, consistiendo en una declaración unilateral anuladora de la precedente".27

¿Puede el heredero del fundador revocar el acto de fundación cuando ésta no ha sido todavía aprobada por el Estado? Ferrara dice que en ningún caso, porque el derecho de revocación, "como acto personal de autonomía, no parece transmisible a los herederos".28 Otros hacen una distinción. Si la fundación se realiza por acto testamentario, el heredero no puede revocar el acto fundacional y de dotación, porque se aplican las reglas del derecho sucesorio que imponen el respeto de la última voluntad del causante cuando no se opone a la ley. Pero si la fundación se realiza por acto entre vivos, y antes de la aprobación por el Estado fallece el fundador, el heredero tendría la facultad de revocación, porque como continuador de la personalidad del difunto adquiere todos los derechos de éste, y si el causante podía revocar el acto fundacional, también lo puede el heredero.

El moderno C. Civil Italiano de 1942 adopta la idea de Ferrara. Su art. 15 dispone: "La facoltá di revoca non si transmette agli eredi".

La revocación puede ser expresa o tácita (por ejemplo, dando otro destino o empleo a los bienes afectados). Naturalmente, si la solicitud de aprobación fue ya presentada a la autoridad competente, es necesario retirarla o poner en conocimiento de esa autoridad la revocación.

Adquisición del patrimonio por la fundación. La fundación surge desde el momento en que el Estado le presta su reconocimiento, "y por esto sólo entonces adquiere el patrimonio destinado, ipso jure, sin necesidad de aceptación, ya sea que llegue a ser titular inmediata de los bienes asignados, o adquiera un crédito contra el fundador para la entrega de la dotación prometida. Si el reconocimiento es negado, queda sin validez el acto de fundación y, por consiguiente, los bienes continúan libremente en el patrimonio del fundador, o, en su caso de muerte, entran en la masa hereditaria. Pero puede darse una tercera hipótesis: que el ente surja y que después la dotación sea impugnada y anulada (revocación, reducción, evicción)".29 En este caso, a juicio de Ferrara,30 el ente seguirá viviendo no dotado, aunque también su actividad quede momentáneamente paralizada. Pero en nuestro derecho la conclusión del célebre tratadista italiano parece dudosa, si se asimila el caso en examen al que contempla el artículo 564, que dice: "Las fundaciones perecen por la destrucción de los bienes destinados a su manutención".

869. b) Reconocimiento del Estado

Las personas jurídicas no pueden existir sino en virtud del reconocimiento del Estado. Sin él habría una simple asociación o institución desprovista de personalidad. Por eso dice Ferrara que el reconocimiento del Estado es el elemento constitutivo que eleva las instituciones sociales a la categoría de entes jurídicos.31

870. Sistemas de reconocimiento

Los sistemas de reconocimiento que consagran las legislaciones pueden reducirse a tres.

1º Sistema de la libre constitución: se reconoce la personalidad jurídica de las corporaciones y fundaciones por el solo hecho de su existencia. Adopta este sistema el Código Civil Suizo, en cuanto a

las corporaciones de fines ideales, las fundaciones eclesiásticas y las fundaciones de familia.

2º Sistema normativo: se reconoce la personalidad jurídica si se cumplen determinados requisitos legales, cumplimiento que es atestiguado por un acto de autoridad, generalmente la inscripción en un registro, que es un simple trámite administrativo. El Código Civil Alemán adhiere a este sistema en lo tocante a las corporaciones. En Chile, las organizaciones comunitarias gozan de personalidad jurídica por el solo hecho de depositar el acta constitutiva en la secretaría municipal respectiva, debiendo el secretario municipal proceder a inscribirla en el Registro de Organizaciones Comunitarias (Ley Nº 19.418, de 9 de octubre de 1995, art. 7º).

3º Sistema de concesión. Conforme a este sistema, para gozar de personalidad jurídica es preciso que ésta le sea reconocida o concedida a un ente por un acto de la autoridad pública que legitime su existencia. Es el sistema adoptado por nuestro Código Civil respecto de las corporaciones y fundaciones (art. 546).

871. Razones que justifican la intervención del poder público

Es un principio, en la doctrina tradicional, el de que no baste el acuerdo de los asociados o la voluntad del fundador para que las corporaciones y fundaciones adquieran la personalidad jurídica, sino que además es requisito indispensable la autorización del poder público.

La necesidad de la intervención estadual se basa en diversos argumentos que exponemos a continuación:

1) En la naturaleza misma del derecho. El hombre, según Savigny, en forma visible, por la mera presencia corporal, proclama su capacidad jurídica; el ser ideal carece de signo visible, "y la voluntad de la autoridad suprema puede sólo suplirlo creando sujetos artificiales de derecho; abandonar esta facultad a las voluntades individuales, sería arrojar seguramente sobre el estado del derecho una grande incertidumbre".32

Dentro de la concepción moderna del derecho este fundamento se rechaza, porque no es exacto que las personas jurídicas "para ser percibidas en la sociedad y para ser sometidas al régimen jurídico requieran la solemnidad de la creación por el Estado, pues su vida, su patrimonio, sus relaciones son realidades tangibles, como lo son las personalidades físicas, cuando actúan en el plano jurídico.33

2) En razones económicas. Se arguye que los sujetos individuales de derecho trasladan continuamente sus bienes a otras manos; en cambio, las personas jurídicas tienden a aumentar sus bienes y a no enajenarlos. Por eso se hablaba de los bienes de manos muertas, con lo que se quiere significar el estado de inmovilidad o estancamiento en que se encuentran los bienes de las personas jurídicas. Los bienes de manos muertas –dice Pothier– están muertos para el comercio.

Se contraargumenta que el peligro que se señala era de temer en los tiempos en que la fortuna de las personas jurídicas se concentraba en grandes extensiones de tierras, destinadas a permanecer incultas y, sobre todo, substraídas a la vida económica; pero no ahora, en que la riqueza consiste en la fortuna mueble, moneda, títulos, joyas, etc.

3) En razones políticas. No puede aceptarse, en materia de personas jurídicas, un régimen de libertad absoluta, porque "tendería a crear en el Estado poderes privados, poseedores de grandes riquezas y de una influencia temible, que llegarían pronto a ser rivales del poder público, pudiendo entrar en conflicto con él, con armas casi iguales. El Estado, que representa los intereses generales de la nación, en su forma más elevada, y que está encargado de su defensa, no puede, pues, desinteresarse de un movimiento que organiza fuerzas colectivas capaces de contrarrestar la suya y de reducirla, en ocasiones, a la impotencia. Tiene el derecho y el deber de limitar, en una justa medida, la formación de estas fuerzas que no representan sino intereses y agrupaciones parciales".34

4) En razones de orden público. El Estado debe impedir la constitución de asociaciones con fines ilícitos: contrarios a la ley, el orden público o las buenas costumbres.

Otras corrientes rechazan las razones económicas, políticas y de orden público que se invocan como fundamento del sistema que erige al Estado en dispensador de la personalidad jurídica, porque se estima que dichas razones son valederas para la vigilancia y superintendencia de las personas jurídicas por parte del Estado; pero que no abonan la entrega de la existencia de aquéllas a la voluntad omnímoda de éste.35

872. Naturaleza jurídica del acto de autorización del poder público

La autorización del poder público tiene, a juicio de los partidarios de la teoría de la ficción, un valor constitutivo o creador; en opinión de los autores que abogan por la teoría de la realidad, el acto de autorización sólo tiene un valor declarativo: "es a la persona jurídica lo que la partida de nacimiento a la persona física". Finalmente, algunos afirman que la autorización del Estado tiene un carácter confirmativo: el Estado viene a cooperar a la creación de la persona jurídica mediante un acto accesorio de confirmación.

873. Autoridades facultadas en Chile para otorgar personalidad jurídica

"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" (C. Civil, art. 546).

De aquí se infiere que para obtener el reconocimiento de la personalidad jurídica de una corporación o una fundación de derecho privado –que son las que interesan al Derecho Civil– puede recurrirse a la vía legislativa o a la del decreto presidencial. Así era literalmente durante la vigencia de la Constitución de 1833, que no consagraba norma alguna al respecto y, por consiguiente, reinaba sin limitación constitucional el artículo 546 del Código Civil.

La opción en referencia se terminó al entrar en vigor la Constitución de 1925. Porque ella señaló como atribución especial del Presidente de la República la de "conceder personalidades jurídicas a las corporaciones privadas" (art. 72, Nº 11). Aunque sólo se hablaba de corporaciones, la atribución, en la práctica, se extendió a las fundaciones, aduciéndose que estas últimas no se mencionaron por simple olvido del constituyente y porque existía respecto de las fundaciones la misma razón que respecto de las corporaciones para que el Presidente de la República les concediera la personalidad jurídica. Y de esta manera el Reglamento para la concesión de la personalidad jurídica por el Jefe del Estado comprendió a ambas categorías de entes. Se hizo tabla rasa del principio según el cual las leyes de derecho público son de interpretación estricta.

Así, pues, conforme a la Constitución Política de 1925 la concesión de personalidades jurídicas de derecho privado quedó sometida exclusivamente a la resolución del Presidente de la República.

La Constitución de 1980 no menciona entre las atribuciones especiales del Primer Mandatario la de conceder personalidades jurídicas. Se limita a declarar que para gozar de éstas "las asociaciones deberán constituirse en conformidad a la ley (art. 19, número 15 inciso segundo). Dicha ley, para las corporaciones o asociaciones a que alude el Código Civil es, naturalmente, este cuerpo legal que, como sabemos, permite solicitar la personalidad jurídica al Poder Legislativo o al Presidente de la República. Pero, al igual que la Constitución de 1925, la de 1980 nada dice de las fundaciones. Su personalidad jurídica, con todo, sólo podría solicitarse al Presidente de la República. ¿Por qué? Porque la potestad reglamentaria de éste abarca todas aquellas materias que, según la Constitución, no sean propias del dominio legal (art. 32 número 8), y como entre las taxativas materias del dominio de la ley no figura la de otorgar personalidad jurídica a las fundaciones, obvio resulta que esa facultad sólo puede ejercerla el detentor de la potestad reglamentaria.

En resumen, hoy día el Presidente de la República es competente para reconocer o conceder personalidad jurídica de derecho privado tanto a las corporaciones, que también se llaman asociaciones, como a las fundaciones; la ley sólo podría hacer la concesión a las corporaciones. Claro que ordinariamente la personalidad jurídica se solicita al Presidente de la República, porque es mucho más rápida la tramitación de un decreto que la de una ley. A ésta sólo habría que recurrir en caso de que una corporación solicitara, al mismo tiempo que la personalidad jurídica ciertos privilegios a fin de poder desenvolverse con eficacia, privilegios que el Presidente de la República no estaría facultado para otorgar. Un ejemplo de institución a la cual se concedió personalidad jurídica por ley es la Cruz Roja chilena, que la obtuvo mediante la Ley Nº 3.924.

874. Aprobación de los estatutos

Los estatutos (llamados por alguien el "Derecho Constitucional" de las personas jurídicas) representan: la ley fundamental u orgánica que regula la organización y el funcionamiento de las corporaciones y fundaciones. Ellos determinan los órganos del ente, su esfera de competencia, las facultades y obligaciones de los órganos y de los miembros de la persona jurídica, el fin u objeto de ésta, etc. Es frecuente que las normas fundamentales de los estatutos se desenvuelvan en reglamentos complementarios.

875. a) Aprobación de los estatutos de las corporaciones

La aprobación del estatuto es parte integrante del acto de autorización del poder público. De acuerdo con el artículo 548 del Código Civil, "las ordenanzas o estatutos de las corporaciones, que fueren formados por ellas mismas, serán sometidos a la aprobación del Presidente de la República, que la concederá si no tuvieren nada contrario al orden público, a las leyes o a las buenas costumbres".

La frase "que fueren formados por ellas mismas", de que se sirve el artículo 548, ha hecho pensar al ecuatoriano Borja36 que hay dos clases de estatutos: unos que pueden formarse por el propio Poder Ejecutivo, y otros por las personas jurídicas; sólo en este último caso, según dicho autor, se someten los estatutos a la aprobación del Presidente de la República. Don Luis Claro Solar,37 reconociendo que la redacción del precepto deja algo que desear, advierte que la opinión anotada es un error, pues el Presidente de la República no interviene en la creación de las corporaciones de derecho privado, sino para prestarles su aprobación: el Presidente de la República no interviene en los convenios privados. El artículo 548 ha tenido presente que una corporación de derecho privado puede haber sido establecida por una ley y en tal caso, naturalmente, los estatutos o reglas que esa ley dicte no han de ser sometidos a la aprobación del Presidente de la República, quien intervino ya en la aprobación y promulgación de la ley; se ha referido a las corporaciones que no hallándose establecidas por la ley, sino que por voluntad de los particulares, no son personas jurídicas sin la aprobación del Presidente de la República; y dispone que los estatutos "que fueron formados por ellas mismas" serán también sometidos a su aprobación.

El Presidente de la República debe examinar los estatutos y comprobar que contengan todas las normas necesarias para el correcto funcionamiento de la corporación, y muy especialmente debe verificar que nada encierren contra las leyes, el orden público y las buenas costumbres.

El Consejo de Defensa del Estado, en un informe del año 1939,38 dictaminó que "no procede conceder el beneficio de la personalidad jurídica a una institución que tiene por finalidad combatir el comunismo..., pues tal finalidad no se conciliaría con los principios constitucionales que consagran la libre manifestación de las creencias y la libertad de emitir opiniones".

876. b) Aprobación de los estatutos de las fundaciones

La situación de las fundaciones es diferente de la de las corporaciones, pues el Presidente de la República puede intervenir en la formación de sus estatutos. Dice el artículo 562 del Código Civil: "Las fundaciones de beneficencia que hayan de administrarse por una colección de individuos, se regirán por los estatutos que el fundador les hubiera dictado; y si el fundador no hubiere manifestado su voluntad a este respecto, o sólo la hubiere manifestado incompletamente, será suplido este defecto por el Presidente de la República".

No hay ley alguna en nuestro Código Civil que exija la aprobación de los estatutos de las fundaciones por el Presidente de la República. De aquí deduce Barros Errázuriz que dicha aprobación no es necesaria en este caso.39 Claro Solar40 y Balmaceda,41 por el contrario, estiman que también los estatutos de las fundaciones deben ser aprobados por el Presidente de la República, porque militan las mismas consideraciones que imponen esa exigencia a las corporaciones. Por lo demás, las corporaciones y fundaciones deben establecerse en virtud de una ley o de un decreto del Presidente de la República, y la autorización del poder público no puede producirse si la autoridad respectiva no examina y aprueba los estatutos. Actualmente, el Reglamento sobre Concesión de Personalidad Jurídica contempla

expresamente el requisito de la aprobación de los estatutos de las fundaciones por el Presidente de la República (Reglamento publicado en el Diario Oficial de 20 de marzo de 1979, art. 1º).

877. ¿Puede el Presidente de la República exigir la modificación de los estatutos después que los ha aprobado?

El Consejo de Defensa del Estado ha dictaminado que el Presidente de la República no está legalmente facultado para exigir la modificación de los estatutos una vez que los ha aprobado. Puede, sí, disolver las personas jurídicas en los casos previstos en el inciso 2º del artículo 559 del Código Civil, esto es, si llegan a comprometer la seguridad o los intereses del Estado, o no corresponden al objeto de su institución.42

878. Derechos de terceros lesionados por los estatutos

Los terceros que se sientan lesionados por las normas de los estatutos tienen medios para evitar los perjuicios u obtener la reparación de éstos. Pueden recurrir a la autoridad competente antes de que los estatutos se aprueben o después, según el caso. En efecto, dice el inciso 2º del artículo 548 del Código Civil: "Todos aquellos a quienes los estatutos de la corporación irrogaren perjuicio, podrán recurrir al Presidente, para que en lo que perjudicaren a terceros se corrijan; aun después de aprobados les quedará expedito su recurso a la justicia contra toda lesión o perjuicio que de la aplicación de dichos estatutos les haya resultado o pueda resultarles". En este último caso la acción se dirige contra la corporación, que goza de personalidad jurídica desde que es aprobada por el Presidente de la República.

El Código no señala este artículo entre los preceptos aplicables a las fundaciones; pero los mismos motivos que el legislador tuvo en vista para los estatutos de las corporaciones, concurren con respecto a los estatutos de las fundaciones. Es obvia su aplicación a éstas. Con todo, el rechazo de esta conclusión no implicaría privar a los terceros del derecho para reclamar por los perjuicios ciertos o eventuales que deriven de las normas estatutarias; sólo significaría negar a los interesados el recurso ante el Presidente de la República, pues la acción judicial la tienen en virtud de los principios generales de la responsabilidad extracontractual (C. Civil, artículos 2.314 y 2.329).43

879. Procedimiento para obtener la concesión de la personalidad jurídica

La aprobación de los estatutos de las corporaciones y fundaciones a que se refiere el Título XXXIII del Libro I del Código Civil, de las modificaciones que en ellos se introduzcan y de los acuerdos que se adopten relacionados con su disolución, como asimismo la cancelación de su personalidad jurídica, se tramitan en conformidad a las disposiciones del llamado Reglamento sobre Concesión de Personalidad Jurídica a Corporaciones y Fundaciones (Decreto Nº 110 del año 1979, del Ministerio de Justicia, publicado en el Diario Oficial de 20 de marzo de 1979).

880. Registro de personas jurídicas

El Ministerio de Justicia lleva un Registro de Personas Jurídicas en que se anotan las corporaciones y fundaciones cuyos estatutos hayan sido aprobados, con indicación del número y fecha de dictación y publicación en el Diario Oficial del decreto de concesión de la personalidad jurídica; del que aprueba la reforma de estatutos; del que cancela el beneficio; del que aprueba u ordena la disolución, y del que destina sus bienes a otra institución o al Estado. Además, respecto de cada corporación o fundación este Registro contiene: a) provincia en que se encuentra ubicado su domicilio; b) lugar preciso en que tenga su sede; c) fecha de las escrituras públicas o de la protocolización que dan testimonio de sus estatutos aprobados y nombre del notario ante el cual han sido otorgadas o protocolizadas; d) los fines que se propone, de acuerdo con sus estatutos, y e) nómina del Directorio vigente (Reglamento, art. 37).

881. ¿Puede el Presidente aprobar o denegar, a su arbitrio, la solicitud de personalidad jurídica?

Según algunos, la aprobación del Presidente de la República, tanto de la asociación misma como de sus estatutos, no es facultativa sino obligatoria si una y otros se ajustan a las disposiciones legales. Se dan las siguientes razones.

1) El artículo 548, refiriéndose a la aprobación de los estatutos, emplea la frase imperativa "que se la concederá..."; y si es verdad –se agrega– que en esta parte sólo habla de la aprobación de los estatutos y no de la asociación misma, también es evidente que es extensiva a ella, que no es otra cosa que lo que dicen sus estatutos".44

2) Porque el Reglamento sobre Concesión de Personalidad Jurídica dice que el Presidente de la República concederá o denegará la aprobación solicitada de los estatutos según el mérito que arrojen los informes respectivos (art. 23, inc. 1º). Y los estatutos no pueden rechazarse si nada contrario tienen al orden público, a las leyes o a las buenas costumbres (Código Civil, artículo 548).

De manera que el Presidente debe atenerse a los informes y a la licitud de los estatutos; no es libre para denegar la personalidad jurídica sin causa alguna.

Otros opinan que el Presidente puede denegar la solicitud de personalidad jurídica en forma discrecional. Se fundan en un argumento de carácter doctrinario: la persona jurídica –afirman– dentro de nuestra legislación, es una ficción que vive por concesión de la ley; debe su existencia a un acto de la autoridad, la cual puede o no concedérsela, sin cortapisa alguna a su facultad de concesión.45

En la práctica, el Presidente es soberano para conceder la personalidad jurídica, pues dentro de nuestra legislación no hay recurso alguno para reclamar de su resolución.

882. Comienzo de la existencia de las personas jurídicas

La existencia legal de las personas jurídicas comienza desde el día en que son autorizadas por el poder público.46

883. Corporaciones sin personalidad jurídica; responsabilidad de sus miembros

La corporación que no obtiene la autorización del poder público, es una simple entidad, corporación, gremio o lo que se quiera; pero no es persona jurídica. De donde resulta: 1) Que no le son aplicables las disposiciones del título final del Libro I del Código Civil; 2) Que carece en absoluto de las ventajas que otorga la personalidad jurídica; 3) Que se regirá por las reglas de la comunidad de bienes compatibles con la índole misma de la asociación, o por el pacto que hayan celebrado los asociados, y 4) Que los actos colectivos obligarán solidariamente, a todos y cada uno de los asociados (artículo 549, inciso final), a diferencia de lo que ocurre en las personas jurídicas, cuyos actos no imponen responsabilidad alguna a sus miembros.

Se entienden por actos colectivos los que fijen los estatutos como tales, y si nada dicen, los actos de la mayoría numérica de los miembros.

884. Asignación que tiene por objeto la fundación de una nueva corporación o establecimiento

Dice el artículo 963, 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".

La asignación hecha a una entidad que no existe como persona jurídica, es nula, a menos que se haya hecho con el objeto de formar una nueva persona jurídica, en cuyo caso es válida; pero queda subordinada a la condición suspensiva de que la persona jurídica llegue a existir.

C. ORGANIZACION DE LAS PERSONAS JURIDICAS

885. a) Los miembros o socios de la corporación

Los miembros o socios de la corporación son los individuos que la integran. Constituyen el substrato o soporte del ente colectivo.

Según Enneccerus, pueden ser miembros de la corporación las personas naturales y las jurídicas; también, las asociaciones sin capacidad jurídica, casos en que el derecho de miembro corresponde en mano común a todos los integrantes de esa asociación como tales, de modo que tienen sólo un voto y un deber de contribuir.47 Ya vimos, en el número 867 de este volumen (Elemento personal de las corporaciones; acto constitutivo) la opinión que tiene el Consejo de Defensa del Estado sobre los miembros que, según nuestra legislación, pueden formar una persona jurídica.

En principio, la calidad de miembro es personal e intransmisible, a menos que los estatutos dispongan lo contrario.

"La condición de miembro, dice Enneccerus,48 es en sí misma una condición jurídica de la cual derivan derechos subjetivos susceptibles de ser perseguidos mediante acción en caso de ser violados; por ejemplo, si se impide al asociado tomar parte en la asamblea, o si se le priva de una ventaja asegurada a los miembros.

"La condición de miembro, en sí misma considerada, prosigue el mismo autor, no es más que la posición jurídica personal dentro de la corporación, o sea, una relación jurídica de derecho personal. Pero de ella brotan numerosos derechos singulares y obligaciones que son muy diversos en las distintas corporaciones. Tiene especial relieve el derecho a tomar parte en la asamblea de asociados, el derecho a votar en las mismas, el derecho electoral activo y pasivo para los cargos de la corporación, el derecho a presentar solicitudes...

"Los derechos no basados en la condición de miembro, que uno de éstos tenga contra la corporación o sobre el patrimonio de ésta (créditos de mutuos o hipotecas, derechos de usufructo sobre un inmueble de la corporación, etc.), han de ser tratados completamente como derechos de terceros y no están sujetos en modo alguno a la disposición de la corporación".

En principio, la voluntad de los asociados o miembros de la corporación es determinante de la actividad de ésta; la voluntad del fundador, en cambio, determina la actuación de las fundaciones.

886. Las fundaciones carecen de miembros; los destinatarios

A diferencia de la corporación, la fundación no tiene miembros o asociados, sino sólo destinatarios o beneficiarios: lisiados, enfermos, estudiantes, investigadores, etc.

Para determinar las personas que tienen derecho a ser beneficiarios de la fundación, preciso es recurrir al acto fundacional y a los estatutos. Si el círculo de los destinatarios de la fundación sólo está determinado con carácter general, la elección corresponde, en principio, a los administradores.

Si éstos abusan en la elección, los que creen reunir las condiciones para ser beneficiarios podrían, a juicio del redactor, reclamar ante la justicia ordinaria, porque mediante el abuso no se cumplen las disposiciones del fundador.

La determinación de si existe o no abuso es una cuestión de hecho, y no hay que olvidar que mientras los beneficiarios no se elijan, los postulantes sólo tienen una expectativa, que se convierte en derecho una vez realizada la elección.

Aclaremos las ideas anteriores con un ejemplo. Si se establece una fundación consistente en un hogar para estudiantes de provincia que hayan obtenido determinada calificación para su ingreso a la Universidad, presentándose 120 postulantes y el hogar es sólo para 100, los excluidos no tendrían derecho a reclamar si los elegidos reúnen las condiciones fijadas, por más que ellos también las reunieran. En caso de que entre los elegidos aparecieran algunos sin llenar las exigencias prescritas, el derecho a reclamar de los excluidos sería evidente si ellos, a pesar de reunir las condiciones necesarias, no hubieran sido considerados. Por otra parte, el beneficiario que cumple con todas las exigencias del fundador no podría ser privado de su beneficio después de su elección, supuesto, naturalmente, que se

ajustara a las normas de permanencia en el favor logrado.

887. b) Los órganos de la corporación

Llámanse órganos de la persona jurídica la persona natural o el conjunto de personas naturales por medio de las cuales ella obra o despliega su actividad. En dichos órganos reside la voluntad de la persona jurídica: asamblea de socios, administradores, directorio, presidente de la corporación.

Cuántos y cuáles son los órganos de la corporación, es un punto que depende de los estatutos y normas jurídicas que rigen su organización.

El autor suizo-alemán Von Tuhr49 expresa que toda corporación requiere necesariamente dos órganos: la asamblea de asociados y la junta directiva; pudiendo prescribir los estatutos órganos especiales de gestión.

La asamblea ha sido definida como la reunión de los miembros de las personas jurídicas de tipo corporativo, regularmente convocados, y constituida en órgano deliberante con sujeción a las normas estatutarias.50 Es la autoridad suprema de la persona jurídica que decide sobre todos los asuntos que no se hallen encomendados especialmente a otros órganos, siendo sus funciones principales nombrar al directorio, destituirlo y darle instrucciones.

La junta directiva o directorio es el órgano ejecutivo de la corporación, y puede ser unipersonal, confiado a una sola persona, o colegiado.

888. Los órganos de la fundación

Los órganos de la fundación están generalmente encarnados en sus administradores, que deben realizar la voluntad del fundador.

889. c) El estatuto de las corporaciones

Hemos dicho que los estatutos son la ley fundamental u orgánica que regula la organización y funcionamiento de la persona jurídica. Trátase de un conjunto de normas que reglamenta de una manera abstracta y para el porvenir la estructura interior de la corporación, el modo de funcionamiento y su actividad hacia el exterior, además de vincular a los miembros futuros que adhieran al grupo.51 También, más brevemente, se dice que estatuto es el acto que encierra el conjunto de reglas sobre la organización, funcionamiento y disolución de la corporación o fundación.

890. El estatuto de las fundaciones

"La voluntad del fundador se manifiesta en los estatutos que él dicta a la fundación o en las ideas o normas generales de la disposición, generalmente testamentaria, en que se han exteriorizado sus propósitos para que sirvan de base a los estatutos que deben dar a la fundación la persona o personas a quienes se haya encargado por él la institución de ésta".52

Si el fundador no ha manifestado suficientemente la voluntad a este respecto, suple la deficiencia el Presidente de la República, conforme a lo ordenado por el artículo 562 del Código Civil, que dice: "Las fundaciones de beneficencia que hayan de administrarse por una colección de individuos, se regirán por los estatutos que el fundador les hubiere dictado; y si el fundador no hubiere manifestado su voluntad a este respecto, o sólo la hubiere manifestado incompletamente, será suplido este defecto por el Presidente de la República".

Este precepto merece una explicación. Se refiere directamente a las fundaciones de beneficencia que hayan de administrarse por una colección de individuos; pero no significa que éstas sean las únicas que deben regirse por los estatutos dictados por el fundador o el Presidente de la República, según el caso. "Toda fundación, lo mismo que toda corporación, tiene sus estatutos, sin los cuales no podría

existir orden en su administración, ni habría una norma fija señalada a su funcionamiento para la realización del objeto de beneficencia pública que debe perseguir". Lo que ha querido significar el legislador, afirma don Luis Claro,53 es que "aunque la fundación haya de administrarse por una colección de individuos, no son éstos los que pueden determinar en orden a su administración, sino que deben atenerse estrictamente a los estatutos que el fundador hubiere dictado para ella y que en los casos en que los estatutos sean deficientes y no apareciese la voluntad del fundador, deben ocurrir al Presidente de la República, para que supla el defecto, que ellos no pueden suplir". Por lo demás, el actual Reglamento sobre Concesión de Personalidad Jurídica dispone expresamente que "cuando se hiciere necesario completar los estatutos de una fundación, sus administradores presentarán al Presidente de la República un proyecto en que se contengan las modificaciones o nuevos preceptos que sea necesario introducir. La solicitud respectiva se tramita en la misma forma que aquella en que se pide la aprobación de la reforma de los estatutos de una corporación. El Presidente puede también pedir la complementación de los estatutos de las fundaciones creadas en acto testamentario, para asegurar la continuidad de la administración y la efectiva separación de patrimonios con la sucesión respectiva (artículo 32).

891. Contenido de los estatutos

El Código Civil se limita a decir que el Presidente de la República concederá la aprobación de los estatutos de las corporaciones si no tuvieran nada contrario al orden público, a las leyes o a las buenas costumbres (artículo 549, inciso 1º).

De acuerdo con el actual Reglamento sobre Concesión de Personalidad Jurídica, los estatutos de toda corporación deberán contener: 1) la indicación precisa del nombre y domicilio de la entidad; 2) los fines que se propone y los medios económicos de que dispondrá para su realización; 3) las categorías de socios, sus derechos y obligaciones, las condiciones de incorporación y la forma y motivos de exclusión, y 4) los órganos de administración, ejecución y control, sus atribuciones y el número de miembros que los componen (art. 4º).

"Si uno de los medios de que dispondrá la corporación para cumplir sus fines consiste en cuotas de ingreso u ordinarias, en sus estatutos deberá señalarse su mínimo y máximo representados en porcentajes de sueldo vital u otra unidad económica reajustable" (art. 7º).

También deben indicar los estatutos las normas sobre la elección del directorio; sobre la forma en que sesionará éste; sobre el reemplazo del director que llegue a faltar; sobre las atribuciones del directorio y sus deberes; sobre la constancia de las deliberaciones y acuerdos del directorio; sobre las asambleas generales ordinarias y extraordinarias; sobre la forma de hacer las citaciones a las asambleas generales; sobre el número de socios necesario para constituir estas asambleas; sobre el libro de actas en que deben constar las deliberaciones y acuerdos de las asambleas; sobre quién debe presidir las asambleas generales y quién ha de actuar de secretario. Respecto a todo esto da normas el Reglamento sobre Concesión de Personalidad Jurídica a Corporaciones y Fundaciones (artículos 10 a 19).

El presidente del Directorio lo es también de la corporación, y la representa judicial y extrajudicialmente y tiene las demás atribuciones que los estatutos señalen (art. 11). Esta presidencia y esta representación la impone el Reglamento citado; no puede ser alterada por dichos estatutos (art. 9º).

En cuanto a las fundaciones, los estatutos deben contener: 1) el nombre, domicilio y duración de la entidad; 2) la indicación de los fines a que está destinada; 3) los bienes que forman su patrimonio; 4) las disposiciones que establezcan quiénes forman y cómo serán integrados sus órganos de administración; 5) las atribuciones que correspondan a los mismos, y 6) las disposiciones relativas a su reforma y extinción, señalándose la institución a la cual pasarán sus bienes en este último evento (Regl. citado, art. 31).

Es de notar que "la enumeración del contenido de los estatutos no es limitativa, aunque ella sea suministrada por la ley, porque la corporación siempre tiene libertad para insertar todas las cláusulas que juzgue favorables a su desarrollo. El límite lo señala el orden público".54

Reglamentos complementarios. Las normas fundamentales de los estatutos se desenvuelven, con frecuencia, en reglamentos complementarios, que en ningún caso pueden alterar las normas de los primeros.

El Consejo de Defensa del Estado ha dicho que el quórum55 para celebrar sesiones y las sanciones que pueden imponerse a los socios (policía correccional) son materias que deben contemplarse en los estatutos y no en los reglamentos de una corporación, pues estos últimos no necesitan de la aprobación del Presidente de la República, que es el llamado a establecer si las reglas que las corporaciones fijan sobre estos particulares no son contrarias al orden público, a las leyes o a las buenas costumbres.56

892. Naturaleza jurídica de los estatutos de las corporaciones

Hubo un tiempo en que la opinión casi unánime consideraba el estatuto de las corporaciones con personalidad jurídica como un contrato. Pero de ser así, se observó, toda modificación del estatuto exigiría, en principio, la voluntad de todos los contratantes, o sea, de todos los miembros. Después de otras interpretaciones se llegó a la teoría del acto colectivo, según la cual los estatutos son el cuerpo de expresión de una voluntad colectiva. "Mientras el contrato –dicen los partidarios de esta última teoría– es una suma de voluntades individuales, cada una de las cuales conserva su autonomía dentro de la convención, el estatuto incorpora las voluntades de las personas y, por así decirlo, las "despersonaliza". No es la voluntad individual de los miembros, sino la voluntad colectiva de la asociación, y por eso ésta puede, por los órganos que correspondan y en la forma que proceda, modificarla o alterarla. Se aparta, pues, de la mente, la idea de la asociación-contrato y se presta adhesión a la idea de la asociación como ser real distinto de sus miembros".57

No olvidemos, como hicimos presente en páginas anteriores que, en general, se entiende por acto colectivo aquel que resulta de varias voluntades convergentes a idéntico fin y que, teniendo el mismo contenido, se unifican en una voluntad única, generadora de efectos para todos los autores de la declaración.

Más propiamente todavía el estatuto de las personas jurídicas sería un ejemplo de llamado acto colegial, que es aquel en que se funden las declaraciones de los individuos que actúan como componentes del órgano colegial (como una asamblea de los asociados), al que el acto es, de esta manera, imputado.58 El conjunto de las personas forma, por determinadas mayorías, la voluntad de un organismo dotado de vida propia y distinta, la persona jurídica.59

En las fundaciones los estatutos no son sino la expresión de la voluntad del fundador, directa o indirecta, según los haya dictado él mismo o no. En este último caso los estatutos desarrollan la idea del fundador, manifestada en el llamado acto fundacional.

893. Fuerza obligatoria de los estatutos de la corporación

Michoud, autor francés que escribió un célebre tratado sobre las personas jurídicas, dice que los estatutos constituyen una verdadera ley interna de la corporación. En todo caso, es una norma de carácter general imperativa, que obliga a los miembros de la corporación. Así lo reconoce nuestro Código Civil, que dice: "Los estatutos de una corporación tienen fuerza obligatoria sobre toda ella, y sus miembros están obligados a obedecerlos bajo las penas que los mismos estatutos impongan" (artículo 553).

El Consejo de Defensa del Estado ha dicho que este precepto no hace sino consagrar de manera evidente la obligación de los miembros de las corporaciones de respetar las normas estatutarias que las rigen, en forma tal que cualquier acto, ejecutado en contravención a ellas, adolecería del vicio de nulidad.60

894. Dificultades entre los asociados y la corporación o sus órganos; intervención judicial

Pueden surgir dificultades entre la corporación o sus órganos y los miembros que la componen. Estas dificultades se solucionan en la forma que indican los estatutos o el órgano competente de la corporación. Pero, se pregunta, ¿pueden los tribunales rever la resolución de la corporación? Los autores han emitido diversas opiniones. Michoud dice que las facultades del control judicial se refieren

exclusivamente a las condiciones de forma del procedimiento observado al dictarse la resolución de la entidad, es decir, el tribunal sólo podría investigar si la resolución de la corporación o de su órgano competente se ajustó a las condiciones de forma, especialmente si se permitió al asociado defenderse en las condiciones previstas por los estatutos.61 El autor argentino Páez considera que los tribunales deben tener un poder de contralor integral tanto sobre la forma como sobre el fondo de las decisiones, tanto sobre el hecho como sobre el derecho; los tribunales de justicia deben tener un verdadero poder de revisión sobre las resoluciones de la entidad, a la manera de una jurisdicción de apelación. De lo contrario los asociados no tendrían garantías frente a la siempre posible parcialidad de los órganos del grupo. "Sólo ante el pronunciamiento de un juez del Estado puede estarse seguro de que la institución no ha avasallado arbitrariamente los derechos individuales de los miembros".62

La jurisprudencia chilena ha declarado lo que sigue.

a) Que si los estatutos de una corporación establecen tribunales especiales para dirimir las cuestiones que se produzcan entre los socios y el directorio de la misma, la justicia ordinaria es incompetente para conocer de ellos.63

Observemos que Enneccerus dice que los estatutos no pueden excluir la vía judicial para resolver las cuestiones litigiosas entre la corporación y sus miembros, y que si una decisión es deferida a un órgano de la corporación, esto sólo puede significar la necesidad de provocar esta decisión antes de acudir a los tribunales. Pero cabe perfectamente someterse a la resolución de un tribunal arbitral conforme a las reglas procesales.64

b) Que la justicia ordinaria es competente para conocer de la contienda suscitada entre un socio y la persona jurídica con motivo de la negativa de ésta a cumplir un beneficio debido a aquél, aunque la falta de cumplimiento se deba a diversa interpretación de los estatutos.65

c) Que si no se cumplen las prescripciones de los estatutos ni aparece haberse reconvenido judicialmente al deudor, no se puede considerar que está en mora de pagar sus cuotas un socio. Y si se le aceptó sin protesta el pago atrasado, no se infringen los artículos 553 y 1545 al resolverse que no ha perdido su carácter de socio activo.66

895. El derecho disciplinario corporativo

"Toda organización social legítima posee espontáneamente, por el solo hecho de su existencia, un derecho de policía, un derecho disciplinario sobre sus miembros, derecho que la autoridad pública no crea sino que reconoce y sanciona bajo pena de contrariar la vida normal del grupo mismo".67

El poder disciplinario es uno de los medios de asegurar los fines de la agrupación. Y en su virtud la corporación ostenta un cierto poder jurídico de autoridad que le permite aplicar sanciones a los miembros cuando cometen actos que comprometen la finalidad o la buena marcha del ente.

De acuerdo con el Código Civil, "toda corporación tiene sobre sus miembros el derecho de policía correccional que sus estatutos le confieran y ejercerá este derecho en conformidad a ellos" (artículo 554).

Las sanciones que puede imponer la corporación son sólo aquellas que se compadecen con su disciplina. Por eso no caben las penas corporales ni las privativas de libertad. Entre las sanciones más importantes que pueden imponer las corporaciones a sus miembros figuran: la expulsión, las multas, las pérdidas de ciertos derechos, pecuniarios o no, y las llamadas penas morales.

a) La expulsión es la primera y más importante de las penas del derecho disciplinario corporativo. Se discute si es procedente en este caso la revisión judicial. Hay argumentos en pro y en contra, análogos a los que expusimos para las dificultades en general entre los asociados y la corporación. La Corte de Talca resolvió en cierta ocasión que si se reclama del acuerdo tomado por los organismos de un club respecto de la expulsión de un socio y el rechazo de otro socio presentado por el primero, no puede intervenir la justicia ordinaria. Dichas cuestiones, agregó, se relacionan sólo con el régimen interno del club que no afectan intereses de tercero, por lo tanto, no es aplicable el inciso 2º del artículo 548.68

b) Las multas, que son penas consistentes en el pago de una suma de dinero, "no tienen otra significación que la de una agravación de las cargas de la corporación, agravación prevista por los estatutos en vista de tal o cual circunstancia, la que, producida, se convierte en obligatoria en virtud del poder de los estatutos para todos los miembros".69

La multa disciplinaria se diferencia de la cláusula penal en cuanto al objeto: la primera tiende al mantenimiento del orden interno de la corporación; la segunda, a la ejecución de una obligación convencional.70

c) La pérdida de ciertos derechos. Algunos son derechos pecuniarios que corresponden a la calidad de miembro. Comúnmente en las asociaciones mutualistas se establece como pena o sanción de ciertas faltas la pérdida total o parcial de determinadas ventajas.71 Otros derechos de que se puede privar a los miembros de una corporación no invisten el carácter de pecuniarios: derecho de asistir a las asambleas, derecho de voto, etc.

d) Penas morales: censura, amonestación, llamado al orden, etc.

Como dijimos al tratar de las dificultades que pueden surgir entre los socios y la corporación, existe discrepancia de criterios, basados éstos en los mismos fundamentos ahí mencionados, acerca de si se puede reclamar ante la justicia ordinaria de las medidas de disciplina impuestas a los asociados. Nos remitimos a lo expresado en el referido lugar. Agregaremos que nuestra jurisprudencia ha dicho que los tribunales no pueden calificar las circunstancias que determinaron la aplicación de las medidas correccionales o la expulsión.72

Hay ciertas faltas que constituyen verdaderos delitos comunes. En estos casos, corresponde a las corporaciones imponer las sanciones que se avienen con lo que podríamos llamar su "derecho penal privado"; y toca a los tribunales imponer las penas del derecho estadual. Así, si un miembro de la corporación malversa fondos de ésta, podrá dicha corporación expulsarlo e imponerle todas las sanciones que establezcan sus estatutos; pero no podrá aplicarle una pena corporal, que sólo es facultad del Estado. Por eso nuestro Código Civil dice que "los delitos de fraude, dilapidación y malversación de los fondos de las corporaciones, se castigarán con arreglo a sus estatutos, sin perjuicio de lo que dispongan sobre los mismos delitos las leyes comunes" (artículo 555).

896. Obligatoriedad de los estatutos de la fundación; derecho de policía correccional

De acuerdo con el artículo 563 que hace aplicables a las fundaciones numerosos preceptos de las corporaciones, los estatutos de la fundación tienen fuerza obligatoria sobre toda ella. Huelga decir que en este caso hay disposiciones estatutarias que sólo tocan a los administradores de la institución y otras que sólo atañen a los beneficiarios.

La fundación tiene también un derecho de policía correccional, que comprende a los administradores y beneficiarios.73

897. Las "injonctions"

Muchas veces los estatutos no prevén la manera de solucionar una situación dada. En tal caso, el grupo puede tomar, en vista de las conveniencias colectivas, una decisión. "En el silencio de los estatutos, dice un autor,74 el grupo puede acordar ciertas decisiones, las llamadas por la jurisprudencia francesa "injonctions" (mandamiento, orden, prescripción). Estas son decisiones tomadas por el grupo sobre alguna situación no prevista por los estatutos, pero que se justifican por su necesidad para resguardar los intereses colectivos. Así, por ejemplo, si los estatutos no prevén la revocación del nombramiento del administrador, la asociación puede hacerlo. Las "injonctions" obligan como las cláusulas de los estatutos.

898. Modificaciones de los estatutos de las corporaciones

Ante las nuevas modalidades de la vida social los estatutos, como las leyes, pueden requerir modificaciones. Estas deben realizarse por los mismos interesados. La asamblea, que es el poder máximo de las corporaciones, tienen indiscutiblemente esos poderes.

Las reformas deben ceñirse a los requisitos establecidos en los mismos estatutos; de lo contrario son nulas, aunque exista acuerdo unánime de los miembros de la corporación para proceder a la

modificación de los estatutos con prescindencia de lo dispuesto en ellos.75

Si los estatutos nada dicen sobre su modificación, la asamblea es soberana para realizarla en la forma que acuerde. No es preciso que concurra una mayoría especial, porque la ley no la exige; basta la mayoría general que establece el Código Civil como voluntad de la corporación.

Las reformas deben someterse a la aprobación del Presidente de la República (Reglamento citado, art. 1º).

A la solicitud en que se pida la aprobación de las reformas de los estatutos de una corporación deberá acompañarse, reducida a escritura pública, el acta de la asamblea general en que se acordó la modificación, la cual dará testimonio de los miembros asistentes y de los reclamos que se hubieren formulado. La asamblea deberá celebrarse con asistencia de un notario u otro ministro de fe legalmente facultado, que certificará el hecho de haberse cumplido con todas las formalidades que establecen los estatutos para sus reformas. La aprobación de las modificaciones se tramitará en la misma forma establecida para la aprobación de los estatutos. No obstante el Presidente de la República podrá prescindir de los informes que estime innecesarios. En todo caso el Gobernador Provincial respectivo deberá informar sobre la marcha general de la corporación. Las corporaciones no podrán alterar sustancialmente sus fines estatutarios y corresponde al Presidente de la República calificar si concurre o no dicha circunstancia. El Jefe del Registro del Ministerio de Justicia o el Conservador del Archivo Nacional en su caso, certificará la autenticidad de los estatutos vigentes que debe acompañarse a la solicitud (art. 24).

899. Reforma de los estatutos de las fundaciones

Las modificaciones que puedan exigir los estatutos de las fundaciones en la vida de éstas, corresponde realizarlas a las personas que determinó el fundador. Si éste nada dijo, no podrían llevar a cabo la reforma los organismos directivos de la fundación, porque sus facultades se reducen a las que estrictamente les señala el fundador. En tal caso, habría que concluir que las modificaciones debe introducirlas el Presidente de la República, pues debería estimarse que al no aparecer en los estatutos las personas competentes para reformarlos, el fundador no manifestó en forma completa su voluntad a este respecto, deficiencia que, al tenor del artículo 562, corresponde suplirla al Jefe del Estado.

Si los estatutos primitivos que fueron dictados por el Presidente de la República, como consecuencia de la omisión del fundador (C. Civil, art. 562), no contemplan la manera de reformarlos, con mayor razón corresponde al mismo funcionario dictar las modificaciones.76

En la práctica, es costumbre que el Directorio de la fundación presente un proyecto de reformas al Presidente de la República. Este, previos los informes que solicita, lo aprueba con o sin enmiendas. El actual Reglamento aplica a la tramitación de la reforma de los estatutos de una fundación las mismas normas que regulan en este punto a las corporaciones (art. 30).

900. Preponderancia de los estatutos sobre las reglas legales que rigen la organización, funcionamiento y extinción de las personas jurídicas

Los estatutos de las personas jurídicas tienen fuerza de ley para ella y sus miembros. Ellos determinan la organización, el funcionamiento y la extinción de las personas jurídicas. Y sólo cuando nada prevén sobre estos puntos se aplican las disposiciones pertinentes del Código Civil o del Reglamento Legal. La ley constituye, pues, norma supletoria en lo que atañe al régimen de organización, funcionamiento y extinción de las personas jurídicas, salvo tratándose de normas de orden público que al respecto pueda contener, pues en tal caso ella prevalece. El Reglamento señala algunas disposiciones suyas que no pueden ser modificadas o sustituidas por otras en los estatutos (art. 9º).

901. Estatuto tipo

Sabemos que conforme al Reglamento de Concesión de Personalidad Jurídica a Corporaciones y Fundaciones, el Ministerio de Justicia puede establecer estatutos tipo para diversas clases de corporaciones (art. 2º inciso segundo).

A dicho estatuto tipo pueden acogerse las corporaciones que lo soliciten.

A las organizaciones comunitarias que lo deseen, el estatuto tipo se los proporciona la municipalidad respectiva (Ley Nº 19.418, de 9 de octubre de 1995, art. 9º, inc. último). El estudio de las organizaciones comunitarias corresponde a los tratados de Derecho Administrativo.

D. REPRESENTACION Y VOLUNTAD DE LAS PERSONAS JURIDICAS

902. La actividad de las personas jurídicas requiere siempre el concurso de personas humanas.

Dada su naturaleza abstracta no pueden actuar de otro modo. Para adquirir derechos y ejercitarlos la persona moral necesariamente debe recurrir a la actividad humana.

903. Calificación jurídica

¿En qué calidad jurídica obran esas personas físicas en nombre de las personas jurídicas? En la doctrina hay dos tendencias al respecto: la teoría de la representación y la teoría del órgano.

904. Teoría de la representación

Ciertos autores, especialmente los que atribuyen carácter ficticio a las personas jurídicas, afirman que las personas físicas que actúan en nombre de éstas son sus representantes.

905. Teoría del órgano

Se ha observado que la representación importa la ejecución de un acto jurídico por otro, ocupando el lugar de él; requiere la concurrencia de dos sujetos y dos voluntades. Nada de esto sucede tratándose del órgano de la persona jurídica. "En efecto, la naturaleza de la representación requiere que el representado, por lo menos en potencia, tenga una voluntad distinta de la de su representante, susceptible de dirigir a éste y de poner fin a sus poderes. En cambio, la voluntad de una corporación o de una fundación no tiene existencia fuera de la de su asamblea general y de sus administradores... Los hombres que ejercen los derechos de la persona jurídica hacen algo más que representarla, encarnan su voluntad: aquélla no tiene voluntad fuera de ellos".77

Las personas físicas que obran por la persona jurídica, dicen los partidarios de la teoría del órgano,78 no manifiestan una voluntad propia, como lo presupone la representación, sino que exteriorizan la voluntad de la persona jurídica de la que en su calidad de órgano son parte integrante. No es, pues, el órgano el que obra por la persona jurídica, sino que ésta es la que obra por medio de él. Organo, palabra de origen griego, está tomada en el sentido de instrumento.

Los órganos son las personas naturales en quienes reside, dentro de la esfera de sus atribuciones, la voluntad de la persona jurídica según la ley o los estatutos; los consejos de administración, los administradores, los gerentes, etc.79 El órgano es la encarnación de la persona jurídica; los actos de aquél son, por tanto, actos de la persona jurídica misma.80

Pero, para que así ocurra, es menester que el órgano obre en ejercicio de sus funciones,81 es decir, dentro de las facultades que le competen o en virtud de acuerdos celebrados en conformidad a los estatutos o a la ley; sólo entonces encarna la voluntad de la persona jurídica (artículo 552).

El empleo del término órgano obliga a llamar la atención sobre la diversa función de los órganos de la persona física y de los órganos de la persona jurídica: "el órgano de la persona jurídica es el asiento de la voluntad que la dirige, mientras que los órganos de las personas físicas son los

instrumentos inconscientes de una voluntad que está fuera de ellos".82

Partidarios de la teoría del órgano dicen, esforzándose por aclarar conceptos: "Las personas jurídicas, en razón de su naturaleza, no están en condiciones de formar su voluntad y de exteriorizarla. Ellas se valen de personas físicas, las cuales se llaman órganos (organon = instrumento); tales personas ejercen las mismas funciones que las que ejercen el cerebro, la boca en la fonación o en la manifestación del pensamiento en el hombre individual.

A primera vista parece que la persona jurídica debería considerarse incapaz de ejercicio (como la consideraba el artículo 1447 del Código Civil chileno antes de ser reformado), en cuanto su voluntad, al igual que la de las personas físicas incapaces, es manifestada por otros sujetos provistos de poder de representación (representación legal). Sin embargo, así como el órgano fonético no se distingue del hombre sino que es parte de él, de análoga manera el órgano de la persona jurídica es parte de ella misma: el órgano se unimisma con la persona jurídica. De acuerdo con esta concepción, debe excluirse que la persona jurídica sea incapaz de ejercer sus derechos como un menor de edad.

Entre dichos órganos tienen importancia relevante los administradores, que está revestidos de un poder general, calificado comúnmente como poder de representación, aunque propiamente no debe ser confundido con éste, según aparecerá claro al estudiar la figura de la representación".83

906. Personas que, a pesar de actuar por la persona jurídica, no son órganos suyos

No debe creerse que todo aquel que aparezca actuando por la persona jurídica es órgano suyo. "Por el contrario, existen también aquí representantes ordinarios, cuya actuación produce efectos para la persona jurídica representada del mismo modo que si la representada fuera una persona física. A esta categoría pertenecen especialmente las personas que, sin una vinculación permanente con el organismo de la persona jurídica, sólo en un caso determinado actúan por ella, así como también las personas que, estando de un modo permanente al servicio de la persona jurídica, se hallan destinadas a ejercer una actividad más o menos subalterna. El límite que separa unas de otras no siempre es fácil de trazar; en general, sólo puede decirse que únicamente procede considerar como órganos los individuos que están al servicio del ente y cuya actividad se funda en una disposición legal o estatutaria".

907. Crítica

Algunos autores, como Ferrara, Coviello y Duguit estiman ingeniosa la teoría del órgano, pero no conforme con la verdad, pues es falso considerar a los individuos exactamente como partes de un organismo real. "Semejante teoría llevada a sus consecuencias conduciría al absurdo de que entre las personas jurídicas y sus órganos no existen relaciones de derecho, y que el individuo órgano pierde su personalidad que se absorbe en la del organismo del ente. Si se rechazan tales consecuencias, las diferencias entre representante y órgano son puramente nominales, porque si hay dos personas una de las cuales obra en lugar de la otra, se tiene precisamente la representación".84

A juicio de otros, como Castán,85 no tiene gran importancia práctica la cuestión de determinar si los que actúan por las personas jurídicas lo hacen en calidad de órganos o representantes de ellas. "Siempre hace falta que el órgano de que se trate tenga poderes suficientes (concedidos, expresa o tácitamente, por la ley, el estatuto o el acto fundacional) para obrar por la persona moral; y sería nulo lo que cualquiera de los asociados o miembros realizase a nombre de la entidad, sin tener facultades para ello".

Finalmente, autores como Demogue86 y Popesco Ramniceano87, reconocen utilidad a la teoría del órgano en cuanto permite fundamentar la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas.

908. Derecho chileno

Las corporaciones son representadas por las personas a quienes la ley o las ordenanzas respectivas, o a falta de unas y otras, un acuerdo de la corporación ha conferido este carácter (C. Civil, artículo 551).

Estas reglas son también aplicables a las fundaciones (C. Civil, art. 563).

El Reglamento sobre Concesión de Personalidad Jurídica dispone que el presidente del Directorio lo será también de la corporación, y la representará judicial y extrajudicialmente (art. 11), disposición que no puede ser modificada o sustituida por los estatutos (art. 9º). Tal regla es aplicable a las fundaciones (art. 30).

Para que los actos de los representantes afecten a la persona jurídica es preciso que actúen en el ejercicio de su cargo y dentro de sus atribuciones. Dice el artículo 552: "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". No hay en esta disposición –extensiva también a las fundaciones– sino una aplicación del principio general de la representación consagrado en el artículo 1448.

La jurisprudencia chilena ha resuelto algunas cuestiones suscitadas en torno a la representación de las personas jurídicas, como las que a continuación señalamos.

1) Si bien puede ser conveniente (para los asuntos internos) que el presidente de una institución continúe de hecho en el ejercicio de su cargo después del tiempo fijado por los estatutos, tal circunstancia no basta para colocarlo en aptitud legal de representar a la institución en sus relaciones jurídicas con diversas entidades o personas. Para esta representación debe estar en el ejercicio legal de su cargo, en el cual no puede excederse, ya que el tiempo de su duración lo establecen los estatutos que tienen fuerza de ley, conforme al artículo 553.88

2) Los actos ejecutados por el presidente del Directorio, en cumplimiento de acuerdos tomados por éste, obligan a la corporación.89

3) El mandato otorgado por el representante de una persona jurídica debe considerarse como acto ejecutado por ésta, la que tiene el carácter de mandante.90

4) Si el Directorio es el representante de una corporación y el presidente obra sin poder del primero, actúa como un tercero y el acto es inoponible a la institución; pero no puede decirse que el acto es nulo por falta de consentimiento. Con todo, el Directorio puede ratificar lo obrado por el presidente, y en tal caso la persona jurídica queda afectada por la actuación de dicho mandatario sin poder bastante.91

En cuanto a la representación judicial, el artículo 8º (antiguo 9º) del Código de Procedimiento Civil dispone: "El gerente o administrador de sociedades civiles o comerciales, o el presidente de las corporaciones o fundaciones con personalidad jurídica, se entenderán autorizados para litigar a nombre de ellas con las facultades que expresa el inciso 1º del artículo anterior,92 no obstante cualquiera limitación establecida en los estatutos o actos constitutivos de la sociedad o corporación". Las facultades en referencia son las ordinarias del mandato judicial.

El objeto de la disposición transcrita es el de que las personas jurídicas tengan como representante judicial a una sola persona y no un consejo. De este modo se evita la dificultad de litigar con varios individuos.

El Consejo de Defensa del Estado ha dicho que no puede otorgarse personalidad jurídica a la institución que en sus estatutos no consulte el cargo de presidente de ella, ya que es indispensable para los efectos de su representación judicial conforme al artículo 8º (antiguo 9º) del Código de Procedimiento Civil.93

La Corte de Valparaíso, en sentencia de 28 de junio de 1913,94 ha establecido que las sociedades, corporaciones y fundaciones tienen entera libertad para designar en los estatutos a su representante, siempre que esta designación recaiga en una persona determinada.

No obstante cualquier limitación de los estatutos, el presidente tiene facultad para representar a la corporación con las facultades del inciso 1º del artículo 7º del Código de Procedimiento Civil; pero si no existen esas limitaciones en los estatutos no hay por qué aplicar dicho inciso 1º, sino que deben aplicarse libremente las respectivas disposiciones de los estatutos. En consecuencia, si en éstos se dispone que es atribución del presidente representar judicial y extrajudicialmente a la corporación, quiere decir que él tiene una representación amplia sin limitaciones. No rige al respecto el artículo 8º del Código de Procedimiento Civil, ni se aplica el artículo 7º del mismo Código, porque no se trata de un poder conferido ad hoc en la litis, sino de un representante que de acuerdo con los estatutos tiene la representación judicial plena de ella. Por tanto, puede comprometer (someter a arbitraje la decisión de litigio para el cual se le ha conferido poder) a su nombre.95

Si los estatutos confieren al directorio y no al presidente la facultad de representar judicial o extrajudicialmente a la institución, el presidente, según el artículo 8º del Código de Procedimiento Civil,

sólo está autorizado para representar con las facultades del inciso 1º del artículo 7º. Para usar de las facultades del inciso 2º necesita de un mandato del Directorio, de tal manera que sin ese mandato no puede comprometer a nombre de la entidad.96

909. Voluntad de la corporación; cómo se manifiesta

La corporación expresa directamente su propia voluntad reunida en asamblea general.

910. La asamblea general, ¿es un órgano de la persona jurídica?

No, dicen Ferrara97 y el argentino Páez;98 la asamblea es la misma corporación en un momento dado de su actividad. "No es un órgano porque la naturaleza de su gestión se caracteriza netamente por ser la obra de la propia voluntad del grupo".

Otros autores, como Oertmann y Von Tuhr,99 afirman, por el contrario que la asamblea es un órgano, aunque reúne ciertos caracteres que la colocan en situación distinta de los demás órganos. Esos caracteres diferenciadores son: 1) la asamblea general nombra a los otros órganos y no es nombrada por ninguno; 2) todos los órganos son responsables con respecto a la persona jurídica, excepto la asamblea; 3) todos los órganos son revocables, menos la asamblea.

"Claro es que la asamblea, dice Oertmann,100 no entra por lo general en relación jurídica con terceros; pero se va demasiado lejos, sin embargo, cuando, como hacen algunos, se niega en absoluto a la asamblea general la cualidad de órgano de la corporación para la actuación eficaz frente al exterior".

911. Asambleas generales ordinarias y asambleas generales extraordinarias

Los estatutos determinan el objeto de una y de otra. Pero el Reglamento de Concesión de Personalidad Jurídica sirve al respecto de pauta; dice: "Las Asambleas Generales serán ordinarias o extraordinarias: las primeras se celebrarán en las ocasiones y con la frecuencia establecidas en los estatutos, en tanto que las segundas tendrán lugar cada vez que lo exijan las necesidades de la corporación, y en ellas sólo podrán tomarse acuerdos relacionados con los negocios indicados en los avisos de citación. La rendición de cuentas del Directorio y la elección de nuevo Directorio deberán realizarse en la Asamblea General Ordinaria que al efecto destinen los estatutos. Sólo en las Asambleas Generales Extraordinarias podrán tratarse de la modificación de los estatutos y de la disolución de la corporación (art. 16).

912. La voluntad corporativa; concepto de sala

Corrientemente los estatutos fijan las reglas que deben seguirse para que se forme la voluntad de una corporación. Pero el legislador chileno ha enunciado una regla general. Dice que la mayoría de los miembros de una corporación que tengan según sus estatutos voto deliberativo, será considerada como una sala o reunión legal de la corporación entera. La voluntad de la mayoría de la sala es la voluntad de la corporación. Todo lo cual se entiende sin perjuicio de las modificaciones que los estatutos de la corporación prescribieren a este respecto (artículo 550).

Según fluye del artículo 550 recién transcrito, una sala es la reunión legal de la corporación entera, y se considera que existe esta reunión legal de la corporación entera cuando concurre la mayoría de los miembros de una corporación que conforme a sus estatutos tienen voto deliberativo. Así, por ejemplo, si una corporación tiene 100 miembros con voto deliberativo, habrá sala si están presentes en la reunión 51 de esos socios, porque la mitad de 100 es 50 y con un voto más se forma la mayoría absoluta, que es la de que aquí se trata.

La voluntad de la corporación debe formarse y exteriorizarse necesariamente en una reunión de sus miembros, en una junta o asamblea general; no podría estimarse como voluntad de la corporación la declaración que manifestara aisladamente cada socio y aunque todos la hicieran en un mismo sentido, si no expresan su voluntad en una asamblea general.

Los estatutos prevén, por lo general, la forma y las condiciones a que se sujetan las convocatorias de la asamblea.

La ley exige la mayoría de los miembros de la corporación con voto deliberativo. Consideró que la unanimidad, si no es imposible, es difícil de obtener y "embarazaría la vida y el movimiento de la asamblea".

Voto deliberativo es el pronunciamiento de una persona sobre un asunto determinado y que sirve para resolverlo; se opone al voto consultivo, que sólo ilustra la discusión y no se cuenta en la decisión.

El Reglamento sobre Concesión de Personalidad Jurídica, en una disposición que los estatutos pueden cambiar, dice que las Asambleas Generales se constituirán, en primera convocatoria con la mayoría absoluta de los socios de la corporación y, en segunda, con los que asistan, adoptándose sus acuerdos con la mayoría absoluta de los asistentes (art. 18, inc. 1º).

913. Mayoría de la sala

El Código Civil (art. 550) declara:

a) Que se considera como una sala o reunión legal de la corporación entera, la mayoría de los miembros de ésta que tengan según sus estatutos voto deliberativo; y

b) Que la voluntad de la mayoría de la sala es la voluntad de la corporación.

De ambas normas resulta que si una corporación cuenta con 66 miembros que tienen voto deliberativo según sus estatutos, formarán una sala 34 de dichos miembros, y la voluntad de la mayoría de estos, es decir, 18, bastará para encarnar la voluntad de la corporación.

Respecto a todo lo dicho los estatutos de la corporación pueden introducir modificaciones (art. 550 inciso final).

El Reglamento de Concesión de Personalidad Jurídica a Corporaciones y Fundaciones dispone que "las Asambleas Generales se constituirán en primera convocatoria con la mayoría absoluta de los socios de la corporación, y en segunda, con los que asistan, adoptándose sus acuerdos con la mayoría absoluta de los asistentes. Sólo por los dos tercios de los asistentes podrá acordarse la disolución de la corporación o la modificación de los estatutos" (art. 18, incisos 1º y 2º). Este quórum para dichas disolución o modificación no puede ser cambiado por los estatutos (Reglamento citado, artículo 9º inc. 1º).

914. ¿Hay asuntos que la mayoría de la sala no puede resolver?

Si los estatutos nada especial disponen, a juicio de ciertos autores la respuesta es negativa. "Nuestro Código –dice Claro Solar– no ha establecido excepción alguna a la regla general y, por lo tanto, debemos concluir que no hay negocio alguno de interés colectivo de una corporación que no pueda ser resuelto por la voluntad de ésta manifestada en la voluntad de la mayoría de la sala".101

915. Modificaciones de las reglas legales por los estatutos

El artículo 550 del Código Civil, después de precisar qué mayoría constituye una sala y qué mayoría de la sala forma la voluntad de la corporación, agrega en su inciso final: "Todo lo cual se entiende sin perjuicio de las modificaciones que los estatutos de la corporación prescribieren a este respecto". En consecuencia, hay libertad para establecer en los estatutos: a) un quórum superior o inferior a la mayoría de los miembros de la corporación para constituir sala, y b) un quórum superior a la mayoría de la sala para establecer la voluntad de ésta, que ha de formar la voluntad de la corporación.

Sin embargo, recuérdese lo dicho sobre la mayoría necesaria para modificar los estatutos o acordar la disolución de la corporación.

916. Aplicación a las fundaciones de la disposición sobre la "sala"

Las fundaciones no tienen miembros y su voluntad no es otra que la establecida por el fundador en el acto de fundación o en los estatutos. Es esta voluntad la que deben realizar fielmente los administradores.

"Si una fundación debe ser administrada por una colección de individuos, los actos administrativos necesarios para la marcha de la institución, tendrían que ser determinados en una reunión de esos individuos, que constituiría sala, y en ella, por la mayoría de los asistentes. Es ésta la única forma en que puede tener aplicación a las fundaciones la disposición del artículo 550 a que el artículo 563 se remite".102 El Reglamento hace aplicable a las fundaciones la disposición relativa a las corporaciones sobre las sesiones del directorio y sobre la mayoría que necesita para sus acuerdos. Dice: "El directorio sesionará con la mayoría absoluta de sus miembros y sus acuerdos se adoptarán por la mayoría absoluta de los asistentes, decidiendo en caso de empate el voto del que preside" (artículos 12 y 30).

E. ATRIBUTOS DE LAS PERSONAS JURIDICAS

917. Enunciación

Los atributos de las personas jurídicas no difieren en el fondo del de las personas físicas, y son: nombre, nacionalidad, domicilio, patrimonio y capacidad.

1. Nombre

918. Generalidades

La necesidad del nombre en las personas jurídicas encuentra el mismo fundamento que en las personas naturales: el imperativo de distinguir las individualidades, de modo breve y formal.

919. Su denominación

La denominación de la persona jurídica se la dan los asociados o el fundador. Se indica en el acto constitutivo o fundacional y en los estatutos, y a él se refiere la ley o el decreto del Presidente de la República que autoriza la existencia legal del ente. Generalmente, corresponde al objeto que persigue la corporación o fundación.

Debe ser distinto del nombre de otras personas jurídicas, para evitar confusiones; de lo contrario, el Presidente de la República o el legislador, según el caso, podrían exigir el cambio de la denominación antes de conceder la personalidad jurídica.

El Reglamento, tantas veces citado, dice que no se concederá personalidad jurídica a corporaciones o fundaciones que lleven el nombre de una persona natural o su seudónimo, a menos que ésta o sus herederos consientan en ello expresamente mediante instrumento privado autorizado por un notario o hubieren transcurrido 20 años después de su muerte. Tampoco se otorgará el referido beneficio a aquellas cuyo nombre sea igual o similar al de otra existente en la misma provincia. Esta disposición no rige para los Cuerpos de Bomberos, Clubes de Leones y Rotarios que se organicen en el país (arts. 5º y 30).

2. Domicilio

920. Doctrina negativa

Afirma que las personas jurídicas no tienen domicilio,103 porque no viven, no residen en parte alguna y son incapaces de la intención necesaria para establecerse en un lugar. Pero luego los partidarios de esta opinión concluyen que la sede de establecimiento hace las veces de domicilio.

921. Doctrina positiva

La teoría de la realidad de las personas jurídicas reconoce a éstas un domicilio, pues tienen un centro de operaciones, de su actividad social; ocupan un lugar en el espacio, donde se las considera ubicadas para todos los efectos jurídicos.

922. Legislación chilena

El Reglamento sobre Concesión de Personalidad Jurídica dice que los estatutos deben indicar el domicilio de la corporación o fundación (arts. 4º y 31). Y el artículo 142 del Código Orgánico de Tribunales dispone: "Cuando el demandado fuere una persona jurídica, se reputará por domicilio, para el objeto de fijar la competencia del juez, el lugar donde tenga su asiento la respectiva corporación o fundación. Y si la persona jurídica demandada tuviere establecimientos, comisiones u oficinas que la representen en diversos lugares, como sucede con las sociedades comerciales, deberá ser demandada ante el juez del lugar donde exista el establecimiento, comisión u oficina que celebró el contrato o que intervino en el hecho que da origen al juicio".

923. Lugar del domicilio

El domicilio de las personas jurídicas es el que señalan sus estatutos. Si éstos nada dicen, se entiende que es el asiento principal, esto es, el lugar donde se halle la sede principal de los negocios o intereses.

Dentro de nuestra legislación, que admite la pluralidad de domicilio, es indudable que las personas jurídicas pueden tener varios. Si las sucursales o agencias de una persona jurídica "reúnen las condiciones de permanencia características del domicilio, podrán adquirir domicilio en esos lugares para los negocios que en ellos traten".104

924. Domicilio especial

Las personas jurídicas pueden elegir un domicilio especial.105

925. Jurisprudencia

La jurisprudencia chilena ha tenido ocasión de pronunciarse sobre diversos puntos relacionados con el domicilio de las sociedades, como los que en seguida exponemos.

1) Cuando el demandado es una persona jurídica que tiene establecimientos u oficinas en diversos lugares, debe ser demandada ante el juez del lugar de la oficina o establecimiento que intervino en el hecho que da origen al juicio.106

2) La sociedad es una sola persona jurídica con un solo domicilio, el señalado en sus estatutos. Por el hecho de abrir en otro país una agencia, no puede sostenerse que también tenga domicilio en ese otro país.107

3) La sede social indicada en los estatutos sólo puede cambiarse por la reforma legal de los mismos. No basta, por consiguiente, para que una sociedad anónima constituya domicilio en otra ciudad de la República, la circunstancia de tener negocios ahí, gestionados por un administrador general.108

3. Nacionalidad

926. Discusión; importancia de la nacionalidad de las personas jurídicas

En la doctrina, como veremos más adelante, se discute si las personas jurídicas tienen nacionalidad.

Los que opinan afirmativamente dicen que la nacionalidad que corresponde a una persona jurídica ofrece interés para determinar la legislación que la rige, su condición legal (pues para varios efectos las personas jurídicas nacionales reciben un trato más favorable que las extranjeras) y para la prestación del amparo diplomático (protección que, por intermedio de sus representantes diplomáticos, los gobiernos dispensan a sus nacionales radicados en el extranjero). En tiempos de guerra se acentúa la importancia de la nacionalidad de las personas jurídicas por las medidas que suelen tomar los beligerantes contra el comercio y los bienes del enemigo.

927. Doctrina negativa

Muchos autores consideran inaplicable el concepto de nacionalidad a las personas jurídicas, porque:

a) La nacionalidad supone sentimientos y afectos de que sólo son capaces los individuos físicos, y una persona jurídica, dice Pepy, no siente ni ama,109 y

b) El vínculo que liga una persona a un Estado determinado, o sea, la nacionalidad, surge de la filiación (jus sanguinis), o del nacimiento (jus soli) o de la voluntad (naturalización) y genera relaciones de derecho público o político, derechos y deberes particulares (desempeño de ciertos cargos reservados sólo a los nacionales, prestación del servicio militar, etc.). Siendo así es imposible hablar de la nacionalidad de las personas jurídicas.110

Estas, expresa Niboyet,111 sólo tienen un estatuto jurídico: el otorgado por las leyes del país donde se han constituido y funcionan válidamente. Dicho estatuto no es una nacionalidad, por la misma razón de que tampoco lo es la ley aplicable a un contrato o a una sucesión.

928. Doctrina positiva

Otros autores, tanto o más numerosos que los anteriores, no ven inconveniente en atribuir una nacionalidad a las personas morales. La idea de nacionalidad aplicada a estos entes, afirma Michoud,112 es la misma que se aplica a las personas físicas, adaptada, como es lógico, a la propia naturaleza de las personas jurídicas. Es la idea de dependencia respecto de la autoridad que gobierna determinado país; en derecho el concepto de nacionalidad de las personas físicas no es otra cosa. La diferencia sólo estriba en la manera cómo la nacionalidad es determinada: hay reglas que no pueden ser aplicadas a las personas jurídicas porque emanan de hechos inherentes a la vida física, como el nacimiento en un territorio (jus soli) o la filiación (jus sanguinis). Pero la nacionalidad, una vez determinada, concluye Michoud, producirá para los entes morales los mismos efectos que para las personas físicas, en tanto que estos efectos sean compatibles con su naturaleza peculiar.

Se ha refutado la explicación de Michoud en estos términos: Si se procura la nacionalidad de las personas morales para señalarles un domicilio legal y jurídico de sumisión, la nacionalidad está de más, porque ese domicilio se encuentra ya determinado por la radicación que el mismo domicilio indica.113

929. Legislación chilena y Código Bustamante

Nuestra legislación no contempla la nacionalidad de las sociedades y personas jurídicas en forma general. Ni el Código Civil ni el Código de Comercio contienen disposiciones a este respecto.114

Pero existen disposiciones y leyes especiales que se refieren a sociedades o empresas nacionales y extranjeras. Así, la Ley sobre Sociedades Anónimas dedica un título a las Agencias de Sociedades Anónimas extranjeras y señala los requisitos que deben cumplirse para que esas agencias puedan constituirse y operar en Chile (Ley Nº 18.046, de 22 de octubre de 1981, artículos 121 a 124).

Hay varias otras leyes particulares que determinan la nacionalidad de ciertas sociedades "para objetos o efectos" que ellas mismas indican.

De lo anterior se deduce que ante la legislación chilena las personas jurídicas tienen nacionalidad. Si bien las leyes a que se ha hecho referencia versan sobre sociedades y empresas industriales, no habría razón legal alguna para negársela a las demás personas morales.115

El Código de Derecho Internacional Privado, llamado Código Bustamante (que rige entre nosotros con la reserva de que ante el Derecho Chileno, y con relación a los conflictos que se produzcan entre la legislación chilena y alguna extranjera, los preceptos de la legislación actual o futura de Chile prevalecerán sobre dicho Código), considera la nacionalidad de las personas jurídicas (artículos 9º y 16 a 21).

930. Nacionalidad de las personas jurídicas de derecho público

El principio general aceptado hoy es que las personas jurídicas de derecho público tienen la nacionalidad del Estado de que emanan.116

931. Nacionalidad de las personas jurídicas de derecho privado

Los que aceptan la nacionalidad de las personas jurídicas manifiestan criterios muy variados para determinar la nacionalidad de los entes morales de derecho privado.

Diversos criterios. 1) La nacionalidad de las personas jurídicas de derecho privado derivaría de la nacionalidad de sus miembros. Pero se objeta que éstos pueden formar una misma colectividad no obstante pertenecer a diversos Estados.

2) La nacionalidad dependería del territorio en que se encuentran los bienes. Se hace ver, sin embargo, que también los bienes de una persona jurídica pueden encontrarse en territorios de diversos Estados.

3) La nacionalidad estaría determinada por la sede social principal o la de los intereses de la persona jurídica. Este criterio se refuta diciendo que sólo sirve para determinar el domicilio, que es cosa muy diversa de la nacionalidad, y que la misma persona jurídica puede tener diversos centros de actividad.

4) La nacionalidad dependería del Estado que autoriza o reconoce la persona jurídica, o en el que se celebra el acto constitutivo. Pero se objeta que hay países que no exigen un acto del poder público que autorice o reconozca la persona jurídica. Por otra parte, declarar que la nacionalidad de las personas jurídicas debe ser la del país en que se ha celebrado el acto constitutivo, equivale a entregar al arbitrio de las partes la determinación de la nacionalidad del ente moral, facilitando el fraude a la ley, es decir, la burla de su verdadero espíritu, aunque guardando las apariencias y mañosamente se respete su letra.

5) Ante tantos criterios dispares, algunos, como Despagnet,117 consideran que la nacionalidad debe ser apreciada como una cuestión de hecho, teniendo en cuenta, según las circunstancias, la mayor parte de los elementos anteriormente analizados.

932. Legislación chilena

En cuanto a las corporaciones y fundaciones, la legislación interna de Chile nada dice sobre la

nacionalidad. En tal caso, procede aplicar el Código Bustamante.118 De acuerdo con éste, "la nacionalidad de origen de las corporaciones y fundaciones se determinará por la ley del Estado que las autorice o apruebe" (art. 16). Mas, como se ve, el Código Bustamante no se pronuncia respecto de la nacionalidad de las corporaciones y fundaciones; se limita a indicar la legislación aplicable para determinarla. En consecuencia, subsiste el problema, ¿qué corporaciones y qué fundaciones son chilenas? Si se acepta que la nacionalidad envuelve fundamentalmente la idea de dependencia respecto de la autoridad que gobierna determinado país, hay que concluir que son chilenas las corporaciones y fundaciones creadas en Chile con arreglo a las leyes chilenas, para funcionar en Chile, y que son extranjeras las personas jurídicas en cuyo nacimiento no ha intervenido la ley chilena, o que no están destinadas a funcionar en Chile.119 El sometimiento en la creación a las leyes nacionales y el funcionamiento en el país, revelaría la dependencia aludida y caracterizaría la nacionalidad de las personas jurídicas. No creemos, por nuestra parte, que el funcionamiento en un país sea nota relevante, porque muchas personas jurídicas desarrollan actividades en varios países.

El Reglamento de Concesión de Personalidad Jurídica no habla de personas jurídicas chilenas y extranjeras sino de las constituidas en el país y de las constituidas en el extranjero. Estas últimas, para funcionar en Chile, deben pedir autorización del Presidente de la República, el cual podrá dárselas previo informe del Consejo de Defensa del Estado, siempre que se ajusten a las leyes chilenas y no contraríen las buenas costumbres y el orden público (art. 34 inciso 1º).

La solicitud en que la entidad constituida en el extranjero pide autorización para desarrollar actividades en Chile debe reunir una serie de requisitos y antecedentes que el Reglamento detalla. Ahora bien, el decreto que concede esa autorización produce los mismos efectos que el que concede personalidad jurídica a las corporaciones y fundaciones constituidas en el país, previa publicación en el Diario Oficial. Tal decreto debe incorporarse en el Registro de Personalidades Jurídicas que se lleva en el Ministerio de Justicia (art. 34). Por último, advirtamos que el Presidente de la República puede, cuando lo estime conveniente, cancelar la autorización en referencia (art. 35).

Respecto de las sociedades industriales, cabe decir que nuestra legislación sigue los criterios más variados. Su estudio no corresponde hacerlo aquí.120

933. Extraterritorialidad de las personas jurídicas; tendencias doctrinarias

¿Una persona jurídica tiene existencia más allá de las fronteras del país de su nacionalidad?

Cierta tendencia, inspirada principalmente en la teoría de la ficción, niega la extraterritorialidad de las personas jurídicas; es decir, afirma que la persona jurídica carece de existencia fuera del territorio del país de su nacionalidad. Para existir en el extranjero necesitaría un nuevo reconocimiento del Estado extranjero en que va a actuar. Se dice que el reconocimiento es un acto de poder soberano de un Estado, que no puede, como cualquier otro acto, tener eficacia sino dentro del territorio en que impera la soberanía. De ahí que una persona jurídica no pueda tener existencia más allá de los límites del territorio del Estado que la ha reconocido. "Si otro Estado la admitiese, sin más, al goce de los derechos que reconoce dentro de su propio territorio, abdicaría en la parte la propia soberanía, porque permitiría que un acto soberano de un Estado extranjero tuviese eficacia en el territorio sujeto exclusivamente a su autoridad".

Otra tendencia, liberal, se pronuncia en el sentido de admitir, en principio, de pleno derecho, la existencia de las personas jurídicas extranjeras en el territorio nacional. Y para esto, se agrega, "no hay necesidad de apelar a ideas o teorías especiales propias de la materia de las personas morales".121 Basta considerar "que todas las reglas de derecho internacional privado importan la eficacia de leyes extranjeras en territorio en que impera la soberanía de otro Estado, sin que por esto se entienda que venga a menos la independencia del segundo".122

El principio sólo tiene una necesaria limitación fundada en razones generales, no especiales de las personas jurídicas: la que deriva del respeto a las leyes de orden público.

Huelga decir que en todo caso la persona jurídica extranjera debe probar que existe legalmente en el país a que pertenece.

934. LEGISLACIÓN CHILENA

a) De acuerdo con los principios de Derecho Internacional Privado que hoy universalmente se aceptan, es suficiente el reconocimiento diplomático del Estado extranjero para admitirlo en el territorio nacional como persona jurídica dentro del derecho privado. No es necesario un nuevo y especial reconocimiento, pues en el primero va implícitamente el reconocimiento de la personalidad del Estado en la órbita de derecho privado.

La Corte Suprema aplicó estos principios al ordenar, sin más trámite, en sentencia de 10 de diciembre de 1912, la inscripción de un bien raíz adquirido por el Estado de Bolivia en Arica para instalar su agencia aduanera en dicho puerto.

Se pregunta si un gobierno de derecho necesita ser reconocido por las potencias extranjeras para poder ejercer los derechos civiles referentes a la personalidad jurídica del Estado. Pillet123 responde que la personalidad civil del Estado es independiente del reconocimiento del gobierno; de modo que se inclina a admitir que esos derechos corresponden al gobierno de hecho que reine en el Estado. Los derechos inherentes a la personalidad jurídica de éste no deben quedar sin poder ser ejercidos.

Los autores hacen ver también que el poder público de un Estado puede tomar medidas tendientes a evitar los abusos. Si las propiedades que un Estado adquiere en el territorio de otro se extienden hasta el punto de inquietar al gobierno local, puede éste limitar esas adquisiciones y, en caso necesario, hacerlas reducir.124

Respecto de las demás personas jurídicas de derecho público tampoco hay cuestión. Se considera que forman parte del Estado de que emanan y se reconoce su existencia extraterritorial. La Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo del famoso juicio "Junta Provincial de Beneficencia de Sevilla (España) con Luis Guzmán y otros", declaró, en sentencia de 7 de enero de 1934125 "que según un principio de Derecho Internacional Privado que está incorporado ya en diversos tratados o convenios entre naciones, el concepto de las personas jurídicas se rige por la ley del Estado en que la entidad ha nacido a la vida del derecho, en virtud de una especie de estatuto personal que acompaña a las personas jurídicas donde quiera que actúen. Este principio cobra mayor fuerza cuando se trata de corporaciones de interés o derecho público, las cuales se consideran que están amparadas o protegidas por la personalidad jurídica del Estado que las ha creado o reconocido".

b) Pero respecto de las corporaciones y fundaciones de derecho privado, la cuestión es discutida.

De acuerdo con una tendencia, sostenida principalmente por el profesor Arturo Alessandri Rodríguez,126 las corporaciones y fundaciones de derecho privado extranjeras, para tener existencia en Chile, necesitarían previamente obtener la autorización del poder público de nuestro país en conformidad a las leyes chilenas.

Los principales argumentos de esta tesis son dos.

1) El artículo 546 del Código Civil dispone que 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 mediante decreto. No distingue la disposición entre personas jurídicas extranjeras y personas jurídicas nacionales. En consecuencia, no hay en Chile otras corporaciones y fundaciones de derecho privado que las establecidas o aprobadas de la manera dicha.

2) La doctrina de la ficción, que es la que sigue nuestro Código, lleva a reconocer las personas jurídicas sólo dentro del territorio del Estado a que por su nacionalidad pertenecen.

Otra tendencia, representada principalmente por el tratadista Claro Solar,127 seguido por el profesor Somarriva, admite la existencia de las personas jurídicas privadas dentro de nuestro territorio sin necesidad de la autorización o aprobación referidas.

Los argumentos de esta opinión son, en síntesis, los siguientes.

1) El Código Civil nuestro legisla para Chile y, lógicamente, sólo se refiere a las personas jurídicas chilenas al expresar que no tienen personalidad jurídica las fundaciones o corporaciones que no hayan sido autorizadas como tales por el poder público chileno.

2) Para justificar la existencia extraterritorial de las personas jurídicas, no hay necesidad de apelar, como dice Pillet, a ideas o teorías especiales propias de la materia de las personas jurídicas. "Basta referirse a los principios generales más comunes del Derecho Internacional Privado y muy especialmente al principio del efecto internacional de los derechos adquiridos... Resulta evidente, que no habría ni aun la posibilidad de crear o mantener relaciones privadas de país a país si los individuos no

pudieran hacer valer sus derechos en otros países que aquellos en que los han adquirido".128

3) Por otro lado, hay partidarios de la teoría de la ficción que reconocen extraterritorialidad a las personas jurídicas. El mismo Savigny, principal fuente de nuestro Código en esta materia sostiene un principio básico: la existencia de una comunidad jurídica internacional, en virtud de la cual no debe rehusarse, en principio, la aplicación de una ley extranjera, porque todas las legislaciones de los pueblos civilizados tienen un substratum común. De esta manera queda admitido el reconocimiento extraterritorial de las personas jurídicas hasta los límites en que la comunidad jurídica acepta la extraterritorialidad de todos los derechos.129

Parece que la jurisprudencia se pronuncia por la última de las opiniones expuestas. La Corte de Apelaciones de Santiago, en la sentencia dictada en el juicio de la "Junta Provincial de Beneficencia de Sevilla (España) con Luis Guzmán y otros", que citamos anteriormente, si bien es verdad que trató un caso de persona jurídica de derecho público, expresó su doctrina en términos suficientemente amplios como para entender también comprendidas dentro de ellos las corporaciones y fundaciones de derecho privado.

935. Efectos del reconocimiento de las personas jurídicas en cuanto a la adquisición y ejercicio de los derechos civiles

Claro Solar, siguiendo a Pillet,130 dice, acertadamente, que una cosa es reconocer la personalidad jurídica de las corporaciones y fundaciones extranjeras y otra la de determinar el efecto que el reconocimiento produce en el país que las reconoce, en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que las leyes de ese país otorgan a las personas jurídicas nacionales.131

Respecto de las personas jurídicas de derecho público, no hay problema: se les reconoce en todo sentido una amplia capacidad.

En cuanto a las personas jurídicas de derecho privado, el asunto es un poco más complicado.

Prácticamente, la cuestión puede presentarse bajo dos formas diversas:

a) Una corporación o fundación extranjera pretende establecer en Chile un establecimiento permanente: es natural en este caso que el establecimiento permanente sea creado de acuerdo con las mismas exigencias que la ley tiene señaladas a las corporaciones o fundaciones nacionales.132

b) La corporación o fundación extranjera puede necesitar ejecutar en Chile un acto aislado relativo a su patrimonio, por ejemplo, adquirir una propiedad raíz o bienes muebles, celebrar un contrato que la constituye acreedora o deudora.

Según Claro Solar, en este caso no habría razón alguna para exigirle el requisito de la autorización gubernativa o legal. "Estando acreditada la existencia de la personalidad de esta corporación o fundación, por haberse llenado las formalidades exigidas por la ley nacional, basta para que pueda proceder a sus actos como persona jurídica que es; puede, por lo mismo, contratar, adquirir, enajenar, recibir donaciones, legados o herencias, comparecer en juicio".133

"La regla establecida para el segundo de los casos indicados, continúa el señor Claro Solar, admite naturalmente las restricciones que la ley chilena pudiera establecer con respecto a la mayor o menor amplitud con que las personas jurídicas extranjeras de que tratamos pudieran ejercer su capacidad civil y ejercitar sus derechos; pero en Chile la ley no ha establecido limitaciones a su capacidad y mantiene el principio fundamental de la igualdad de derechos de nacionales y extranjeros; por lo tanto, su aplicación no tiene excepciones".134

El profesor Arturo Alessandri Rodríguez sostiene la opinión contraria. Analizando el asunto, en materia de sucesiones, dice:

"El artículo 963 del Código Civil dispone que son incapaces de toda herencia o legado las cofradías, gremios o establecimientos cualesquiera que no sean personas jurídicas".

"Conforme al artículo 20 del mismo Código, la expresión "persona jurídica" debe tomarse en el sentido que le da el artículo 545 del mismo cuerpo de leyes, y como según el artículo 546 no son tales las que no se hayan establecido en virtud de una ley o no hayan sido aprobadas por el Presidente de la República, es indudable que los establecimientos cualesquiera no autorizados en conformidad al artículo 546, ya citado, son incapaces de toda herencia o legado".

"Este artículo no distingue entre personas jurídicas extranjeras y nacionales y como según el

artículo 14, en Chile rige la ley chilena aun para los extranjeros y conforme al artículo 16 los bienes situados en Chile se rigen por esa misma ley, no cabe duda de que el artículo 963 declara incapaz de toda herencia o legado a las entidades que no sean personas jurídicas con arreglo a la legislación chilena".

"Por consiguiente, las personas jurídicas de derecho privado extranjeras no podrán ser instituidas herederas o legatarias de bienes situados en Chile, ni adquirir éstos en cualquiera otra forma, mientras su existencia en este país no haya sido autorizada con arreglo al artículo 546, tantas veces citado, a menos que leyes o tratados especiales les reconozcan su existencia".135

El Reglamento de Concesión de Personalidad Jurídica, según vimos oportunamente, se pone en el caso de corporaciones y fundaciones que han obtenido su personalidad jurídica en el extranjero y deseen desarrollar actividades en Chile. Deben presentar una solicitud con diversos requisitos y antecedentes y el Presidente de la República puede conceder la autorización para que funcione en nuestro país (art. 34). Pero el Reglamento no considera el caso en que dichos entes requieren efectuar en Chile sólo un acto aislado. En esta hipótesis nosotros estimamos, como Claro Solar, que las corporaciones y fundaciones constituidas en el extranjero pueden llevar a cabo el acto sin autorización gubernativa alguna; basta que, conforme a las normas legales vigentes en Chile, prueben fehacientemente la existencia y subsistencia de su personalidad jurídica en el país que se las otorgó o reconoció. No se divisa qué razón puede haber para exigirles una autorización gubernativa si el acto que pretenden llevar a cabo no envuelve peligro para los intereses del Estado chileno.

4. Derecho al honor

936. Generalidades

Aunque algunos consideran que el derecho al honor es sólo un atributo de las personas físicas, la mayoría estima que también las personas jurídicas lo tienen. La cuestión se ha planteado principalmente con motivo de la posibilidad de calumniar e injuriar a los entes morales.

El honor colectivo de una corporación es independiente del de sus miembros. Por eso la persona jurídica puede obrar judicialmente sin necesidad de probar que la difamación afecta a todos sus miembros o a algunos en particular.

5. Patrimonio

937. Principio de la separación

Las personas jurídicas, como sujetos de derecho que son, tienen un patrimonio propio e independiente del de sus miembros, que les permite desarrollar la actividad patrimonial necesaria para alcanzar sus fines.

La idea de que la persona jurídica y los miembros que la componen o las personas físicas a ella vinculadas tienen personalidades distintas, es ya expuesta por Ulpiano (Digesto, libro 3º, título 4, fragmento 7, párrafo 1), que dice: "Si alguna cosa es debida a una universitas, los miembros de esta universitas, como particulares, ut singuli, no son acreedores de la cosa debida a la universitas, como no serían deudores ut singuli, si la universitas lo fuera".

938. Consecuencias del principio de la separación

1) Lo que pertenece a una corporación, no pertenece ni en todo ni en parte a ninguno de los individuos que la componen; lo que pertenece a la fundación no pertenece ni en todo ni en parte al fundador, beneficiarios o administradores (artículos 549 y 563).

Por consiguiente, los bienes de la corporación son de su propiedad exclusiva, y no de todos sus miembros en conjunto o de cada uno de ellos cuotativamente. De aquí que, una vez disuelta la

corporación, los asociados no tienen derecho a dividirse los bienes de ella, como veremos al estudiar el artículo 561 de nuestro Código Civil.

2) 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 (artículo 549). Lo mismo rige, adecuadamente, en las fundaciones (artículo 563).

939. Los miembros de la corporación pueden obligarse junto con ésta

Los miembros pueden, expresándolo, obligarse en particular, al mismo tiempo que la corporación se obliga colectivamente; y la responsabilidad de los miembros será entonces solidaria, si se estipula expresamente la solidaridad (artículo 549, inciso 2º). Luego, si esta estipulación expresa no existe, la obligación es simplemente conjunta, o mancomunada simple o a prorrata, como la llama la doctrina, lo cual quiere decir que en este caso el acreedor no podrá, como en la solidaridad, exigir el total de la deuda a cualquiera de los obligados, sino sólo su parte o cuota (artículo 1511).

Los miembros de la corporación pueden obligarse junto con ésta no sólo como deudores comunes, sino también como fiadores. En esta última situación se aplican las reglas de la fianza (Código Civil, artículos 2335 a 2383).

Responsabilidad de los herederos. Si los miembros se obligan en particular al mismo tiempo que la corporación se obliga colectivamente, la responsabilidad no se extiende a los herederos, sino cuando los miembros de la corporación los hayan obligado expresamente (artículo 549, inciso 3º).

Parece indudable que este inciso fue inspirado por Pothier, que decía: "Los miembros de un cuerpo, que se obligan cada uno en particular con el cuerpo, o se obligan solamente en cuanto miembros de éste, y por lo mismo esta obligación no pasa a los herederos; o bien se obliga en su propio y privado nombre, y, en este caso, quedan siempre obligados, aunque dejaran de ser miembros del cuerpo, y transmiten para siempre sus obligaciones a sus herederos".136

Las palabras de Pothier, dice Claro Solar,137 sirven para precisar el alcance del inciso 3º del artículo 549 del Código Civil. "No es necesario que se diga expresamente que los herederos quedan obligados; basta que del contexto del contrato aparezca que los miembros de la corporación que acceden al contrato de ésta, no se han obligado únicamente como miembros de ella".138

No opina lo mismo Pedro Lira Urquieta. La regla nuestra, afirma, es más simple que la que daba Pothier: aunque la obligación de los miembros haya sido personal no comprometen a los herederos sino cuando expresamente hayan convenido en obligarlos.139

Nosotros participamos de la interpretación de Claro Solar, porque si la letra de la ley puede parecer clara, no así el sentido. La disposición en examen constituye una excepción al principio general de derecho que se dice que el que se obliga compromete a sus herederos. Ahora bien, la excepción sólo se entiende hasta donde racionalmente puede justificarse. Es comprensible que los miembros de la corporación que se obligan en cuanto tales no afecten a sus herederos, porque obran en consideración a una calidad personalísima e intransmisible. Pero la situación es otra cuando actúan sin consideración a su calidad de miembros de la corporación, en la misma forma que lo haría cualquier extraño a ésta; no hay razón para creer que no obligan a sus herederos del mismo modo que compromete a los suyos un extraño a la persona jurídica: en ambos casos existe la misma razón para aplicar el principio según el cual los sucesores quedan ligados por los actos de sus autores.

Si se acepta esta manera de pensar, el inciso 3º del artículo 549 debe interpretarse en el sentido de que los miembros que, en cuanto tales, se obligan en particular, al mismo tiempo que la corporación se obliga colectivamente, comprometen a sus herederos sólo cuando los hayan obligado expresamente. Pero si los miembros de la corporación se obligan en su propio y privado nombre, la responsabilidad se extiende siempre a los herederos.

Para estimar que los miembros de la corporación se obligan "en su propio y privado nombre" es preciso que así aparezca expresamente del contrato mismo a que acceden.140

940. Fundaciones

Todas las disposiciones señaladas se extienden, adecuadamente, a los administradores de las fundaciones (artículo 563).

941. Control por el Estado del patrimonio de las personas jurídicas

El Decreto Ley N.º 1.183, publicado en el Diario Oficial de 25 de septiembre de 1975, determina el ordenamiento de ingresos y recursos de las instituciones que no persiguen fines de lucro. En su artículo 1.º dispone que "las organizaciones y entidades que hayan obtenido personalidad jurídica en conformidad al Título XXXIII del Libro I del Código Civil y su Reglamento y, en general, las instituciones de Derecho Privado que persiguen fines benéficos, no podrán recibir aportes, donaciones, empréstitos, subvenciones ni cualquier otro tipo de ayuda o contribución de personas jurídicas nacionales privadas, o de personas naturales, nacionales o extranjeras, si no cuentan con personalidad jurídica vigente, a excepción de aquellas que no consistan en dinero, sea moneda nacional o extranjera". Ahora bien, el artículo 3.º del mismo decreto ley establece que "las personas jurídicas comprendidas en las situaciones previstas en el artículo 1.º, deberán presentar al Ministerio de Justicia semestralmente, en los meses de junio y diciembre de cada año, un balance de sus ingresos y egresos y una memoria explicativa de sus actividades…".

6. Capacidad

942. Tendencias

Una tendencia doctrinaria reconoce a las personas jurídicas sólo una capacidad restringida, que es determinada por la ley y se limita a los derechos patrimoniales.

Otra tendencia, que es la predominante en nuestros tiempos, reconoce a las personas jurídicas una capacidad amplia, que se extiende a los derechos patrimoniales y extrapatrimoniales, y que sólo encuentra limitaciones en la naturaleza misma del ente abstracto y en las disposiciones expresas de la ley.

El Código Civil chileno se inspira en este último criterio, según se desprende de sus disposiciones, particularmente del artículo 545, que considera a las personas jurídicas capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles. No circunscribe la capacidad a determinadas especies de derechos u obligaciones.

943. a)Limitaciones a la capacidad derivadas de la naturaleza de las personas jurídicas

Las personas jurídicas no son capaces de derechos que presuponen la individualidad física o humana, como los derechos de familia y los derechos patrimoniales que son consecuencia de las relaciones de familia y estrictamente personales. No se concibe que las personas jurídicas contraigan matrimonio, otorguen testamento, tengan relaciones de parentesco, exijan alimentos.

Hay ciertos derechos que se caracterizan por notas individuales del ser humano y que, sin embargo, algunas legislaciones extienden a las personas jurídicas. Así, se da la tutela de los niños de padres desconocidos al establecimiento mismo que los asila; otro tanto cabe decir respecto de la curaduría de los dementes internados en un manicomio. Pero en nuestra legislación son los directores de establecimientos especializados de atención psiquiátrica (y no los establecimientos mismos) los llamados a ejercer la curaduría provisional de los bienes de los enfermos hospitalizados en ellos que carecieren de curador o no estén sometidos a patria potestad, mientras permanezcan internados o no se les designe curador de acuerdo con las normas del derecho común (Código Sanitario, art. 133, inc. 1º).

Los bancos comerciales pueden desempeñar ciertas guardas; pero las tutelas y curadurías que sirven se extienden sólo a la administración de los bienes de pupilo, debiendo quedar encomendado el

cuidado personal de éste a otro curador o representante legal (Ley General de Bancos, art. 48, Nº 4).

El derecho de uso y habitación. El derecho de uso es un derecho real que consiste, generalmente, en la facultad de gozar de una parte limitada de las utilidades y productos de un cosa. Si se refiere a una casa, y a la utilidad de morar en ella, se llama derecho de habitación (C. Civil, artículo 811).

Según Savigny141 y algunos autores italianos142, estos derechos no son aplicables a las personas jurídicas, porque dada su naturaleza constituyen un aprovechamiento personalísimo de parte del titular; su extensión se determina, si nada se indica en el título, por las necesidades del usuario o del habitador y de su familia (artículos 814 y 815), "y esto –expresa Ferrara– no puede aplicarse a sujetos meramente ideales".143

Don Luis Claro Solar144, seguido por Balmaceda145, dice que nuestro Código no establece diferencia entre el usufructo y el uso: el primero de los derechos se refiere a la totalidad de los frutos de la cosa y el segundo a una parte de ellos. Y así como no se cuestiona la aplicabilidad del derecho de usufructo a las personas jurídicas, tampoco se puede poner en duda la aplicabilidad del derecho de uso. "Naturalmente, agrega Claro Solar, hay diferencia entre la manera como puede gozar de un derecho de uso una persona física y una jurídica, pues la última no tiene la misma existencia real de la primera; sin embargo, se comprende que puede proporcionarse a una corporación una parte de los frutos de una cosa como puede dársele la totalidad de ellos. En cuanto al derecho de habitación que para una persona natural consiste en morar en la casa en que se constituye, la persona jurídica puede ejercerlo teniendo en ella sus oficinas o el lugar de reunión de sus miembros".

Por lo demás, la opinión de Claro Solar es la solución que dan la doctrina y la jurisprudencia francesas.146

Capacidad para ser testigo. Las personas jurídicas no pueden ser testigos; si lo son sus órganos o representantes, no obran en ese caso como tales, sino en nombre propio y por su condición de personas físicas.147

Capacidad para prestar confesión en juicio. La confesión judicial es un medio de prueba que consiste en que una de las partes litigantes reconozca en el juicio un hecho que en contra suya produce consecuencias jurídicas. Casi nunca se produce espontáneamente, sino a requerimiento o por provocación de la parte contraria, y se obtiene a través de lo que en la lengua del foro se llama absolución de posiciones. Esta consiste en un acto por el cual uno de los litigantes, el provocador, pone posiciones, es decir, formula por escrito preguntas al otro litigante, quien, bajo juramento, está obligado a absolverlas ante el juez de la causa en la oportunidad que se le den a conocer y supuesto que las preguntas versen sobre hechos pertenecientes al mismo juicio. Ahora bien, la Corte de Apelaciones de Concepción148 ha dicho "que los gerentes o representantes de sociedades o corporaciones se entienden autorizados para litigar a nombre de ellas con las facultades que expresa el inciso 1º del artículo 7º del Código de Procedimiento Civil, entre las cuales no se comprende la de absolver posiciones, que sólo debe entenderse concedida cuando se haga mención expresa de ella, según el inciso 2º del citado artículo 7º".

La Corte de Apelaciones de Valparaíso, en cambio, ha declarado "que el artículo 8º del Código de Procedimiento Civil, al referirse sólo al inciso 1º del artículo anterior del mismo Código, significa con ello que autoriza al gerente o administrador y al presidente de las corporaciones o fundaciones con personalidad jurídica para obrar con la amplitud de facultades de dicho inciso y sin sujeción a las limitaciones o restricciones indicadas en el inciso 2º del artículo 7º. Por consiguiente, todos esos representantes no pueden negarse a absolver las posiciones presentadas de contrario".149

Sin duda, los representantes de las personas jurídicas pueden hacer por ellas una confesión; lo que se discute dentro de nuestro derecho es si necesitan autorización expresa para confesar.

Capacidad para ser árbitro o arbitrador. Aunque en algunas otras legislaciones las personas jurídicas pueden ser árbitros, en la chilena la solución es negativa. La ley presupone la personalidad física, según se desprende, por ejemplo, del artículo 225 del Código Orgánico de Tribunales, que dice: "Puede ser nombrado árbitro toda persona mayor de edad, con tal que tenga la libre disposición de sus bienes y sepa leer y escribir. Los abogados habilitados para ejercer la profesión pueden ser árbitros de derecho, aunque sean menores de edad. El nombramiento de árbitros de derecho sólo puede recaer en un abogado" (incisos 1º y 2º).

El principio anterior no impide, por cierto, que leyes especiales permitan nombrar árbitro a personas jurídicas.

944. b) Limitaciones a la capacidad derivadas de la ley

Son inspiradas por las ideas políticas y económicas determinantes en cada época y tienden principalmente a evitar el acrecentamiento de bienes en manos muertas. Se refieren sobre todo a la adquisición, conservación y enajenación de bienes inmuebles, capacidad para recibir por testamento y por donaciones. Así, algunas legislaciones prohíben a las personas jurídicas adquirir bienes raíces; les exigen el permiso de la autoridad para las adquisiciones a título gratuito, sean bienes muebles o raíces, y para la conservación de la posesión de los bienes raíces que adquieran. Por otro lado, se les impide, sin autorización del poder público, enajenar y gravar sus bienes inmuebles, justificándose esta medida para evitar que queden privadas de los elementos materiales necesarios al logro de su finalidad.

Pero hoy en día la corriente que prevalece tiende a dar amplia capacidad a las personas jurídicas, conservándose sólo las limitaciones inherentes a su naturaleza abstracta.

En nuestro Código Civil existieron las apuntadas limitaciones relativas a la conservación y enajenación de los bienes raíces; pero fueron abolidas por las leyes Nº 5.020, de 30 de diciembre de 1931, y Nº 7.612, de 21 de octubre de 1943. En la actualidad, las personas jurídicas gozan de amplia capacidad. Por lo que atañe a la adquisición de bienes, el Código declara expresamente que las corporaciones y fundaciones pueden adquirir bienes de todas clases a cualquier título (artículos 556 y 563).

En cuanto a la aceptación de herencias por parte de las personas jurídicas, el Código Civil contiene la siguiente disposición: "Las herencias del Fisco y de todas las corporaciones y establecimientos públicos se aceptarán precisamente con beneficio de inventario.150 Se aceptarán de la misma manera las herencias que recaigan en personas que no pueden aceptar o repudiar sino por el ministerio o con la autorización de otras. No cumpliéndose con lo dispuesto en este artículo, las personas naturales o jurídicas representadas, no serán obligadas por las deudas y cargas de la sucesión, sino hasta concurrencia de lo que existiere de la herencia al tiempo de la demanda o se probare haberse empleado efectivamente en beneficio de ellas" (artículo 1250).

945. Capacidad para ser parte en juicio

Sabemos que partes de un juicio o proceso son los sujetos de la controversia llevada ante el juez para que la componga, es decir, resuelva. El sujeto que pide al juez resolver la cuestión se llama demandante, y el sujeto en contra del cual se pide el pronunciamiento se llama demandado. Tienen capacidad para ser parte, o sea, para ser sujeto de una relación jurídica procesal, todas las personas, sean naturales o jurídicas.

Nuestro Código Civil reconoce a las personas jurídicas la capacidad para ser partes en un juicio, pues dice, en forma expresa, que ellas pueden ser representadas judicial y extrajudicialmente (art. 545, inc. 1º).

946. Capacidad de las personas jurídicas para ser demandantes en un juicio penal

Hubo un tiempo en que se discutía si las personas jurídicas podían querellarse en un juicio criminal. Los argumentos de los que negaban la posibilidad eran los siguientes.

a) En primer lugar, se invocaba una razón filosófica. La acción penal que nace de un delito tiende a obtener el castigo del culpable del hecho punible, o sea, a satisfacer el deseo de venganza, y este sentimiento sólo puede comprenderse en una persona natural y no en una entidad ficticia. En consecuencia, de la naturaleza misma de la persona jurídica, se desprende que esta entidad es incapaz de ejercer el derecho contemplado en los artículos 10 y 11 (antiguos artículos 30 y 31) del Código de Procedimiento Penal, o sea, el de deducir la acción penal que nace de un delito, porque este derecho no es de carácter civil. De aquí se sigue que su representante legal tampoco puede ejercer en su nombre un derecho de que la persona jurídica misma carece, ya que su facultad de representación sólo puede

extenderse a ejercitar por su representada los derechos de que ella es capaz.151

b) Las personas jurídicas son incapaces de querellarse criminalmente, según fluye de los artículos 15, 39, 93 y Nº 1º del artículo 100 del Código de Procedimiento Penal. Interpretando este último en relación con los demás se llega a la conclusión de que dicho precepto debe entenderse en el sentido de que los representantes legales a que se hace referencia son los representantes de las personas naturales ofendidas o de sus herederos; pero no de las personas jurídicas, puesto que la interpretación contraria estaría en pugna con el tenor de los artículos 15 y 93, según los cuales sólo puede ejercer la acción pública como querellante la persona natural.152

c) Las personas jurídicas son incapaces de cometer delitos penales, y la querella envuelve la posibilidad de que el querellante responda por la calumnia que en ella se contenga.

Pero la tesis anterior se ha objetado. Las principales razones a favor de la opinión que afirma que las personas jurídicas pueden querellarse criminalmente, son las que siguen.

1) A tenor del artículo 545 del Código Civil, se llama persona jurídica una persona ficticia capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles y de ser representada judicial y extrajudicialmente, de donde se infiere que estas personas, al igual que las naturales, tienen capacidad para ejercitar acciones judiciales. Como ni en ese ni en otro de los preceptos que las rigen existe ninguna limitación o distinción acerca de la naturaleza de las acciones que pueden ejercitar, es forzoso concluir que tienen capacidad para ejercer tanto las civiles como las criminales que les interesen o digan relación con su patrimonio.153

2) Lejos de existir una limitación semejante, el artículo 555 del Código Civil parece más bien confirmar el criterio que acabamos de exponer. Este artículo, que viene a continuación del 554, según el cual toda corporación tiene sobre sus miembros el derecho de policía correccional que sus estatutos le confieren, dispone que "los delitos de fraude, dilapidación y malversación de los fondos de la corporación, se castigarán con arreglo a sus estatutos, sin perjuicio de lo que dispongan sobre los mismos delitos las leyes comunes".

A virtud de estos preceptos, los delitos mencionados pueden ser castigados por la propia corporación en la forma que sus estatutos dispongan en ejercicio del derecho de policía correccional de que habla el artículo 554; y además con arreglo a las leyes comunes, ya que aquel castigo es sin perjuicio de lo que éstas dispongan. Distingue así la ley entre la policía correccional que ejerce la corporación misma y la acción penal que a ésta compete para perseguir esos delitos en conformidad al derecho común, porque si puede castigarlos por sí misma, con mayor razón ha de tener el derecho de reclamar su sanción de las autoridades correspondientes, como quiera que lo normal y corriente dentro de nuestra organización social, no es que uno se haga justicia por sí mismo, sino que la demande o pida a los tribunales creados por la ley. Sería curioso, y aun ilógico, que una persona jurídica que puede sancionar por sí sola esos delitos con arreglo a sus estatutos (sanciones que sólo pueden ser de un carácter compatible con la naturaleza privada del que las impone), careciere de la facultad que la ley otorga a todas las personas, cuando son víctimas de un delito, de perseguir el castigo del culpable ante los tribunales ordinarios. Quien puede hacer justicia por sí mismo, con mayor razón podrá reclamarla de aquéllos".154

3) Si bien el artículo 114 del Código de Procedimiento Penal exige como condición previa y esencial que el querellante sea capaz de parecer en juicio por sí mismo, ello no significa que la querella debe entablarse precisamente por el ofendido o la víctima, toda vez que si ésta ha fallecido, le corresponde a los herederos ejercitar este derecho, y si es incapaz, lo harán por él sus representantes legales155 y, en el caso de las personas jurídicas, sus órganos o sus representantes.

4) El redactor del Código señala como fuente del título De las personas jurídicas a Savigny (Droit Romain, párrafos 87 hasta 100) y según este célebre romanista, es punto que no admite discusión que las personas jurídicas pueden, como las naturales, ejercer las acciones resultantes de un delito cometido en perjuicio de ellas.156

5) El representante de la persona jurídica al querellarse criminalmente queda sometido a la sanción penal que corresponda por los delitos que hubiere cometido por medio de la querella o con ocasión de ella.

En la doctrina157 y en la jurisprudencia158 prevalece hoy la tesis que proclama que las personas jurídicas pueden ejercitar las acciones criminales correspondientes para perseguir los delitos cometidos en contra de sus derechos.

6) En cuanto a la argumentación de que el fundamento del derecho de castigar está en el deseo de venganza, que no podría suponerse en los entes morales, es hoy inconcebible. Hace siglos que el edificio del Derecho Penal no descansa sobre esa base.

7) Se invocaba también el artículo 42 del Código de Procedimiento Penal, hoy artículo 22, que obligaba al que ejercita la acción penal pública a "deducir personalmente la querella". Hoy después de la reforma del Código de Procedimiento Penal por la Ley Nº 7.836, de 7 de septiembre de 1944, el argumento carece de base, porque la frase entre comillas fue expresamente suprimida. Y esta razón ha sido decisiva para que hoy no se discuta ya la capacidad de las personas jurídicas para ser demandantes en un juicio criminal.

Como las personas jurídicas de derecho privado son incapaces de todo delito o cuasidelito penal, se ha declarado en más de una ocasión improcedentes las querellas criminales intentadas en su contra159 y cualquier medida precautoria solicitada en ellas.160

947. Capacidad procesal

Una cosa es la capacidad para ser parte en un juicio y otra la capacidad procesal. Esta última, que también se llama capacidad para comparecer en juicio, es la capacidad para llevar en nombre propio o por cuenta de otro un proceso.

Cuando actúa en el proceso un representante legal o uno voluntario, la parte es el representado y el que necesariamente debe tener capacidad procesal es el representante.

Teóricamente, hay divergencia de opiniones sobre si las personas jurídicas son incapaces procesales. Algunos sostienen la afirmativa, porque las personas jurídicas no pueden obligarse por sí mismas, sino por medio de sus representantes o sus órganos gestores.161 Otros dicen que las personas jurídicas no pueden estimarse incapaces procesales: ellas sólo tienen un impedimento de hecho para realizar por sí mismas actos procesales, impedimento que deriva de su naturaleza puramente ideal y que determina que actúen por ellas personas naturales como si de incapaces se tratara.162 Ocurre algo análogo a lo que sucede con el ausente, que no está privado de capacidad procesal, sino que simplemente por su falta de presencia puede verse de hecho imposibilitado para realizar actos en algún proceso en el que figure como parte.163 Y el problema se resuelve en una representación del ausente y en una representación de las personas jurídicas.

Prácticamente, no hay cuestión en nuestro derecho: las personas jurídicas actúan, litigan por medio de sus representantes, señalados en la ley o en los respectivos estatutos. Así lo vimos oportunamente.

948. El principio de la especialidad

Las personas físicas para lograr sus fines pueden realizar todos los actos jurídicos que crean de su conveniencia, excepto los que la ley prohíba expresamente. Las personas jurídicas, en cambio, existen para lograr un interés o determinado número de intereses que son comunes a los miembros de un grupo social. De ahí que estén sometidas al llamado principio de la especialidad, que no todos los autores entienden de la misma manera.

a) El principio de la especialidad como limitación de la capacidad de las personas jurídicas. Una tendencia considera el principio de la especialidad como limitación de la capacidad de las personas jurídicas. Estas sólo pueden adquirir derechos y celebrar actos que estén de acuerdo con su objeto. En todo otro dominio su personalidad carece de razón de ser y los actos que celebren son nulos.164

El criterio anterior es el que seguía el legislador soviético. En efecto, disponía que "la persona jurídica goza de la capacidad legal civil en consonancia con los fines establecidos de sus actividades" (Bases de la Legislación Civil y del Procedimiento Judicial Civil Soviéticos aprobadas por el Sóviet Supremo el 8 de diciembre de 1961, art. 12, inc. 1º). Los comentaristas dicen que "la capacidad de las personas jurídicas es legal y especial, o sea, ellas gozan del derecho de celebrar las transacciones que correspondan a los fines de su actividad".

También el Código Civil boliviano de 1975 sigue una concepción estricta del principio de la

especialidad; dice: "Las personas colectivas tienen capacidad jurídica y capacidad de obrar dentro de los límites fijados por los fines que determinaron su constitución" (art. 54).

Una sentencia de nuestra Corte Suprema165 afirma que las personas jurídicas tienen la especial característica de que su personalidad está circunscrita a una esfera de acción determinada, fuera o más allá de cuyos límites la personalidad desaparece, pierde su existencia.

b) El principio de especialidad como regla de policía administrativa. Para otra tendencia el principio de la especialidad sólo significa que la persona jurídica, nacida con un fin, no puede desviar de su destinación los derechos de cualquier naturaleza que le han sido reconocidos para permitirle lograr ese fin. Pero el principio de la especialidad, concebido de esta manera, no se opone a que las personas jurídicas adquieran otros derechos afectados a otro fin que para el que se constituyeron. Porque en tal caso nada se distrae de los recursos que ella debe emplear en su misión propia.166

Es verdad que existen peligros de diversa naturaleza en permitir la extensión de la actividad de la persona jurídica, como el de que por atender lo accesorio descuide su tarea principal, el control del Estado se hace más difícil, etc. Pero éstas pueden ser razones para justificar una medida administrativa y no para cercenarles su capacidad y declarar nulos los actos que ejecuten fuera de su campo propio.

Finalmente, conviene no olvidar las palabras de Ferrara: "la especialidad es un criterio político que hay que emplear con finura y cuidado, con luminosa liberalidad, si no se quiere en último término hacer víctima de un estúpido rigorismo el interés público".167

Conclusión dentro del ordenamiento jurídico chileno. El principio de la especialidad en la legislación chilena y con relación a las corporaciones y fundaciones de que trata el Código Civil ha de entenderse de la siguiente manera.

1º Los derechos y obligaciones que adquieran y las operaciones jurídicas que realicen han de tener en mira el fin determinado en razón del cual se les reconoció u otorgó la personalidad jurídica. Sería absurdo que un Cuerpo de Bomberos voluntarios contra incendios que obtuvo su personalidad jurídica aprovechara ésta para negociar, por ejemplo, en el ramo de los anticonceptivos.

2º Lo anterior no significa que una persona jurídica no pueda realizar alguna operación jurídica ajena a su fin; puede hacerlo, siempre que ella, en último término, sirva para lograr mejor o más fácilmente dicho fin. Así, por ejemplo, nada se opondría a que un club deportivo aceptara la donación de un edificio de departamentos con la carga de dedicarlo al arrendamiento a fin de que con las rentas sufragara parte de los gastos que implica el mantenimiento y funcionamiento de la institución.

En este punto entra en juego el criterio político a que alude Ferrara. Porque es necesario distinguir cuándo un acto ajeno al fin propio de la persona jurídica va mediata pero efectivamente a procurarlo y cuándo no, constituyendo, en el último extremo, un abuso o una desviación del objeto de la corporación o fundación.

Las dos tendencias, la liberal y la estricta, aparecen en un informe del Consejo de Defensa del Estado de fecha 30 de noviembre de 1979.168

En ese informe, la mayoría del Consejo declara que no existen inconvenientes legales para que las personas jurídicas regidas por el Título XXXIII del Libro Primero del Código Civil puedan constituir sociedades anónimas con finalidades de lucro. Porque si bien no pueden proponerse objetivos lucrativos, no están impedidas de realizar actividades económicas que les permitan un mejor cumplimiento de los fines ideales que las inspiran. En otras palabras, forzoso es distinguir entre el lucro como un objetivo de la entidad misma, que repercute en provecho de los asociados, y la actividad económica que ella realiza no en dicho provecho, sino como un medio de aumentar su patrimonio y con ello la posibilidad de satisfacer el fin social que su estatuto contempla.

La minoría del Consejo, en ese informe, sostiene la opinión contraria. Considera que, de acuerdo con el principio de la especialidad de los entes morales, consagrado en el artículo 559 del Código Civil, las corporaciones no pueden constituir sociedades anónimas, porque ello no corresponde al objeto de su institución.

3º Los actos decididamente ajenos al fin de la persona jurídica pueden autorizar la disolución de ésta (C. Civil, arts. 559 y 563), pero no la nulidad de aquéllos, sanción que no tendría asidero en norma alguna de nuestra legislación positiva.

7. Responsabilidad

949. Distinciones

Ligado al problema de la capacidad está el problema de la responsabilidad de las personas jurídicas.

Nos referiremos por separado a la responsabilidad penal y a la responsabilidad civil, distinguiendo en ésta la contractual y la delictual.169

950. a) Responsabilidad penal

Una tendencia estima inconcebible la capacidad delictual penal y, consiguientemente, la responsabilidad de esta especie de las personas jurídicas. Invoca los siguientes argumentos.

1) Sólo es punible el hombre como ser individual: societas delinquere non potest. El Derecho Penal, dice Savigny, "sólo tiene que ver con el hombre natural, un ente pensante, volente, sensible. Pero la persona jurídica no es tal, es un ente ficticio, está, por consiguiente, fuera del Derecho Penal. Todo lo que se considera como delito de la persona jurídica es siempre sólo el delito de miembros o representantes; por consiguiente, de hombres singulares, y es indiferente si la relación corporativa haya sido motivo u objeto de delito". La idea de Savigny es consecuencia de la teoría de la ficción.

2) El principio de la personalidad de las penas, uno de los fundamentos del Derecho Criminal moderno, se opone a que se traslade de una persona a otra la pena en que se ha incurrido. "Castigar a una persona jurídica como culpable de un delito, dice Savigny, sería violar el gran principio del Derecho Criminal que exige la identidad del delincuente y del condenado".

3) La comisión de delitos es extraña a la esencia y al fin de la persona moral.

Otros autores, encabezados por Gierke y los que siguen la teoría de la realidad, afirman que es injusto que el individuo que obra como órgano de la persona jurídica sea castigado en cuanto individuo, y no en cuanto órgano, pues el delito lo ha cometido precisamente en este carácter. Contradice tanto a la justicia como a la política criminal –manifiesta von Liszt170– dejar impune al culpable (la persona jurídica) y en cambio hacer recaer la total y exclusiva responsabilidad sobre la persona que obra como órgano de la voluntad ajena. Si los órganos exteriorizan la voluntad de la persona moral, lógico es que a ella afecte la pena.

Por cierto, las personas jurídicas no son capaces de todos los delitos; quedan excluidos los que requieren un organismo físico, como el homicidio.

Las personas jurídicas ¿pueden ser sujetos activos de intrigas y difamaciones que obliguen a indemnizar los perjuicios que se causaren? La Corte de Santiago ha respondido negativamente y ha expresado que la responsabilidad de tales actos debe perseguirse contra las personas naturales que los ocasionaron.171

El señor Balmaceda172 critica esta sentencia, pues si un gerente en virtud de un acuerdo de una corporación inicia una campaña de difamaciones, es indudable que habría responsabilidad del órgano y la persona jurídica. Sólo no habría responsabilidad de esta última si el individuo que constituye el órgano obra por su cuenta.

Si bien las personas jurídicas, por su misma naturaleza, no pueden cometer ciertos delitos de que sólo son capaces los hombres de carne y hueso, también es verdad que pueden incurrir en violaciones o contravenciones legales variadísimas: infracciones de leyes tributarias, monetarias, de sanidad, etc. Y en estos casos ningún inconveniente hay para aplicarles las penas compatibles con su naturaleza: comiso, multas, clausuras de sus establecimientos, cancelación de la personalidad jurídica (que vendría a ser la pena de muerte de la persona jurídica), etc.

Respecto de las multas, se ha querido justificar su aplicación a los entes morales diciendo que constituyen más bien reparaciones civiles, y no sanciones penales. Pero, con toda lógica, Michoud173 observa que las multas pueden imponerse aun cuando nada haya que reparar, y que cuando hay algo que reparar, la multa puede ser, en su monto, muy superior o muy inferior al monto de la reparación. Hay que reconocer, pues, que la multa es en todo caso una sanción penal.

Si algunos miembros de la corporación no han concurrido con su voluntad a la comisión del delito, la sanción de todas maneras los alcanza. Y en esto no hay injusticia, "porque está en la naturaleza de todo organismo social que sus miembros presentes y futuros formen su vida y soporten el bien y el mal que le afecte. Ellos participan de las ventajas y los honores acordados a la corporación, justo es que del mismo modo participen de las penas pronunciadas contra ella, sin que la ley tenga que examinar su mérito o demérito personal".174

Derecho chileno. En nuestro derecho las personas jurídicas no son capaces de delito o cuasidelito penal. Lo establece claramente el artículo 39 (antiguo 59) del Código de Procedimiento Penal, que dice: "La acción penal, sea pública o privada, no puede dirigirse sino contra los personalmente responsables del delito o cuasidelito. 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 hayan obrado".

Excepcionalmente, sin embargo, se admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Una sentencia de nuestros tribunales condenó a cierta Compañía a sanciones pecuniarias por contravención a las disposiciones de la Ley Nº 5.107, de 19 de abril de 1932, sobre operaciones de cambios internacionales.175

951. b) Responsabilidad civil contractual

Hoy no se cuestiona que el dolo o culpa contractual de los órganos o representantes recae sobre la persona jurídica. No hay razones valederas para sostener lo contrario. Si la ley confiere a los entes morales la capacidad de contratar, "justo es que respondan del incumplimiento de esos contratos y aun de los daños y perjuicios emergentes. Una doctrina opuesta sería fundamentalmente errónea pues los acogería a un privilegio irritante y a todas luces perjudicial porque nadie desearía vincularse con ellos.176

952. c) Responsabilidad civil extracontractual

Antiguamente se negaba la responsabilidad civil delictual o cuasidelictual de las personas jurídicas. Se decía que éstas no tienen por fin cometer delitos, ya que ello es extraño a su destino especial y a su esencia, y que los actos ilícitos de sus administradores no pueden alcanzarlas porque exceden el límite del mandato conferido.

La opinión hoy dominante afirma que cualquiera que sea la teoría que se adopte en torno a la existencia de la persona jurídica, ésta debe considerarse responsable por los hechos ilícitos de sus órganos o representantes, siempre que éstos actúen dentro del campo de sus atribuciones. Es justo que quien se aprovecha de la actividad de una persona, participe también de los daños que sean conexos a aquélla. Si la persona jurídica, por exigencia de las cosas, debe responder de la culpa contractual, aun cuando la falta no sea suya, nada tiene de extraño que responda también de la que no es contractual, toda vez que la culpa es única en su esencia y único el fundamento de la responsabilidad.177

También militan razones de conveniencia en pro de la responsabilidad civil delictual y cuasidelictual de las personas jurídicas. "Aparte de que en muchos casos la responsabilidad de sus órganos y dependientes habría sido ilusoria o imposible de perseguir por su número o insolvencia, se les habría autorizado a ellos para que, escudados en la irresponsabilidad de la persona jurídica en cuyo nombre actúan, irrogaran por cuenta de ésta toda clase de daños que habrían quedado sin la debida reparación".178

Derecho chileno. En nuestra legislación hay un texto expreso que consagra la responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas. El artículo 39 del Código de Procedimiento Penal dice que la responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales, y agrega que 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.

Las personas jurídicas están, pues, obligadas a indemnizar los daños que causen con dolo o culpa las personas naturales que obren en su nombre o representación o que estén a su cuidado o servicio.

Pero para que la persona jurídica responda es preciso que el daño se cause en el ejercicio de las funciones propias del órgano o agente de que se trate, es decir, el daño ha de producirse en conexión íntima con ese ejercicio. Una relación externa, accidental, un daño sólo ocasionalmente debido a las funciones en cuestión no es bastante para determinar la responsabilidad de la persona jurídica.179 Supongamos que una empresa tenga a su servicio un chofer para distribuir en un auto los artículos que expende. Si ese agente (así se llama en general, entre otros, a los empleados de una persona jurídica que no tienen la representación de ésta) atropella a un peatón mientras ejecuta su servicio, la empresa responde civilmente. No sucede lo mismo si el gerente de la empresa, mientras se dirige en su auto al correo a depositar la correspondencia de la sociedad, atropella a un individuo. En este último caso no hay una conexión íntima entre el daño y el ejercicio de las funciones propias del gerente.

Los supuestos, las condiciones, los casos y los efectos de la responsabilidad se rigen, en general, por las reglas de la responsabilidad extracontractual.180

953. Responsabilidad personal de los individuos que constituyen el órgano

La responsabilidad de la persona jurídica no excluye la responsabilidad individual o personal de las personas naturales que, como miembros del órgano, ejecutaron el hecho doloso o culpable. El delito o cuasidelito del órgano engendra, junto a la responsabilidad civil de la persona jurídica, la de las personas naturales que lo cometieron y nada más que la de los que lo cometieron. Ejemplo: si el órgano de la persona jurídica está integrado por tres miembros, y al acto ilícito sólo concurren dos, quiere decir que surgen dos responsabilidades: la de la persona jurídica y la de los dos miembros que cometieron el hecho ilícito; el tercer miembro no tiene responsabilidad personal alguna, pues, no ha intervenido en el hecho ilícito.

La doble responsabilidad, la de la persona jurídica y la personal de los miembros del órgano que cometieron el hecho ilícito, se desprende del artículo 39 del Código de Procedimiento Penal. De acuerdo con éste, las personas naturales son responsables del acto punible que cometieron, sin perjuicio de la responsabilidad civil que afecte a la corporación en cuyo nombre hayan obrado. Y los miembros del órgano, además de la responsabilidad penal, tienen también responsabilidad civil, porque de todo delito nace una acción penal para el castigo del culpable y puede nacer una acción civil para obtener la reparación del daño causado.

954. Responsabilidad solidaria

El delito o cuasidelito cometido por el órgano de la persona jurídica se considera cometido conjuntamente por ésta y por el o los miembros del órgano que concurrieron al hecho ilícito. En consecuencia, la responsabilidad civil es solidaria (C. Civil, artículo 2317), de modo que la indemnización de uno de los deudores libera también al otro frente al acreedor, la víctima.

955. Recurso de la persona jurídica contra los autores del hecho ilícito

La persona jurídica condenada a reparar el daño causado por el delito o cuasidelito cometido por sus órganos o agentes, tiene derecho para ser indemnizada íntegramente por las personas naturales que lo cometieron, de acuerdo con las reglas que gobiernan la responsabilidad extracontractual.

956. Asociaciones y establecimientos sin personalidad

"Los gremios, cofradías, establecimientos, asociaciones o agrupaciones de individuos sin personalidad jurídica no son responsables de los delitos y cuasidelitos que cometan sus miembros, individual o colectivamente. De ellos responderán el miembro o los miembros autores del delito o cuasidelito, a condición de probárseles culpa o dolo, y si éstos son varios, su responsabilidad será

solidaria (artículo 2317). Esta solución no admite dudas en presencia de lo que dispone el inciso final del artículo 549 del Código Civil".181 El mencionado inciso dice que: si una corporación no tiene existencia legal por no haberse establecido en virtud de una ley o por no haber sido aprobada por el Presidente de la República, sus actos colectivos obligan a todos y cada uno de sus miembros solidariamente.

957. Jurisprudencia

Nuestra jurisprudencia ha reconocido la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas. Y hasta considera responsable al Estado, con toda razón, por los actos de sus empleados cometidos en la esfera del derecho privado (actos de gestión). La Corte Suprema, en una sentencia, ha dicho que "el Fisco, por su condición de persona jurídica, es capaz de contraer obligaciones civiles derivadas de los delitos o cuasidelitos de sus empleados o dependientes, en razón de que es propio de estas personas ejercer y contraer obligaciones de esta clase... El Fisco es responsable de los perjuicios ocasionados en un accidente producido por un chofer de una repartición pública, quien manejaba un camión de ésta a excesiva velocidad".182

En otra sentencia la Corte Suprema declara: "La conducción de un automóvil fiscal contrariando las ordenanzas del tránsito, gobernado por un carabinero, no es suficiente para considerar el hecho como un acto de autoridad o de poder, aunque se trata de un patrullaje de policía, sino que simplemente constituye un cuasidelito del que debe responder su autor o la entidad que tenga a éste a su cuidado. El artículo 2320 del Código Civil, relacionado con el 2314 del mismo cuerpo legal, tiene una redacción clara y terminante en cuanto expresa que "toda persona responde no sólo de sus propias acciones sino del hecho de aquéllas que tuviere a su cuidado". El texto legal tiene un claro sentido que, por su nitidez, obliga a todo intérprete de la ley, en forma imperativa, a no desatender su tenor literal.183

La responsabilidad del Estado por los actos de poder público que cometen sus órganos o representantes y que causan un daño injusto es materia que se estudia al profundizar el tema de la responsabilidad extracontractual. La cuestión ha sido muy debatida, pero hoy podría quedar solucionado el problema si se dicta la ley a la cual se remite una norma de la Constitución de 1980, que dice: "Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de las responsabilidades que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño" (art. 38 inciso 2º reformado por el plebiscito celebrado el 30 de julio de 1989). Falta sólo, pues, que se dicte una ley que "determine" los tribunales competentes para conocer de la cuestión.

958. La persona jurídica como sujeto delictual pasivo

Nadie duda que la persona jurídica puede ser víctima de delitos y cuasidelitos civiles. También puede serlo de los delitos y cuasidelitos penales, excepto de aquellos que hace imposible su naturaleza, como los contrarios a las buenas costumbres.

F. EXTINCION

959. Generalidades

Si bien por la razón misma de su constitución y por la independencia de la vida de los miembros que las componen o administran, las personas jurídicas tienden a perpetuarse indefinidamente, empero, como todo lo humano, están expuestas a extinguirse.

La disolución de las personas jurídicas puede ser voluntaria o por disposición de la autoridad.

960. a) Disolución voluntaria

"La teoría clásica de la ficción enseña que, como el Estado es el único que tiene derecho a crear la persona jurídica, él sólo puede destruirla: no existe la posibilidad de una disolución voluntaria, de renuncia a la personalidad, una especie de suicidio. Aunque todos los elementos del sustrato hayan desaparecido, el Estado puede siempre mantener la vida de la corporación o fundación ideal".

La teoría realista admite que la extinción tenga lugar por la sola voluntad de los miembros de la persona jurídica.

En nuestro derecho, los asociados de la corporación o los administradores de la fundación pueden tomar la iniciativa para disolver el ente; pero no pueden por su sola voluntad decretar la extinción de la persona jurídica. Así resulta del texto del artículo 559, que dice: "Las corporaciones no pueden disolverse por sí mismas, sin la aprobación de la autoridad que legitimó su existencia". Esta disposición es aplicable, adecuadamente, a las fundaciones, en conformidad a lo ordenado por el artículo 563. El Reglamento dice que el Presidente de la República puede cancelar la personalidad jurídica de una fundación a petición de sus administradores, petición a la que debe acompañarse, reducida a escritura pública, el acta del Directorio o Consejo Directivo en que conste el acuerdo (art. 33, primera parte).

Según dispone el Reglamento, sólo por los dos tercios de los asistentes a la asamblea general puede acordarse la disolución de la corporación (art. 18, inc. 2º).

A los mismos requisitos y formalidades señalados para la aprobación de la reforma de los estatutos está sujeta la aprobación del acuerdo por el cual se disuelve una corporación (art. 25).

961. b) Disolución por disposición de la autoridad

Las personas jurídicas pueden ser disueltas por la autoridad que legitimó su existencia, o por disposición de la ley, a pesar de la voluntad de sus miembros, si llegan a comprometer la seguridad o los intereses del Estado, o no corresponden al objeto de su institución (C. Civil, artículo 559, inciso 2º). Según el Reglamento, el Presidente de la República, previo informe de las autoridades correspondientes, puede cancelar la personalidad jurídica a cualquiera corporación o fundación desde el momento que la estime contraria al orden público, a las leyes, o a las buenas costumbres, o no cumpla con los fines para que fue constituida o incurra en infracciones graves a sus estatutos (Reglamento, artículos 24, inc. 1º y 30).

El Consejo de Defensa del Estado ha dicho "que la autoridad que legitimó la existencia de la corporación, sea la ley, sea el Presidente de la República, puede cancelar la personalidad jurídica de ella, en los casos previstos por las disposiciones legales".184

Los preceptos citados consagran el poder del Estado bajo un doble aspecto. "Por una parte, su facultad fiscalizadora para controlar el funcionamiento de las corporaciones y obligarlas a mantenerse dentro de los límites de su institución y dedicarse a la realización de su objeto; y por la otra, su poder de policía para velar por la seguridad y los intereses públicos, suprimiendo las corporaciones que estime peligrosas".185

962. Filial de la organización central de una corporación que no cumple con sus fines; cancelación de la personalidad jurídica

Si de acuerdo con sus estatutos puede una corporación instituir, crear u organizar filiales, la actividad de éstas constituye una parte de la actividad general de la corporación que integran. Y si no corresponden a los fines que motivaron su creación o si llegan a comprometer la seguridad o los intereses del Estado, cree el Consejo de Defensa del Estado que el Gobierno, haciendo uso de la facultad que le confiere el artículo 559 del C. Civil, puede disolver la corporación o cancelarle su personalidad jurídica. El problema relativo a si el incumplimiento de sus fines por parte de la filial de una corporación daría o no mérito para cancelar la personalidad jurídica de la organización central, es, a juicio del Consejo, una cuestión de hecho que corresponde al Gobierno apreciar en cada caso particular.186

963. Reconsideración de la cancelación de la personalidad jurídica

Si se canceló la personalidad jurídica de una corporación por estimársela contraria al orden público, a las leyes o a las buenas costumbres o por no cumplir con los fines para que fue constituida, la medida puede dejarse sin efecto si se probare, dentro de los tres meses siguientes de la fecha de publicación del decreto de cancelación, que ella fue producto de un error de hecho (Reglamento sobre Concesión de Personalidad Jurídica, artículo 25, inc. 2º).

964. ¿Se extingue la corporación si llegan a faltar todos sus miembros?

Sí, dicen algunos, porque es inconcebible una asociación sin asociados. Puede haber conveniencia en declarar que el patrimonio de la persona jurídica desaparecida sea conservado, durante cierto tiempo prudencial, para ser atribuido a una corporación semejante si se llega a formar. Pero en todo caso la persona jurídica que reemplace a la corporación desaparecida será una persona jurídica nueva, simple heredera de la antigua.187

Otros, sin embargo, sobre todo los partidarios de la ficción, no piensan de la misma manera. Así como el individuo, dicen, que deriva su existencia de un fenómeno natural, no puede desaparecer sino por un fenómeno del mismo orden, la persona moral nace de un acto civil y su muerte no puede derivar sino de un nuevo acto civil.188 Es erróneo concluir, afirma Savigny, que una corporación se extingue por la falta de todos sus miembros, como quiera que la corporación descansa sobre un interés público y permanente. "Si, pues, una epidemia destruye en una ciudad a todos los individuos de una corporación de artesanos, es preciso no considerarla disuelta y abandonados los bienes o pasando a ser propiedad del Estado".189

Nuestro Código Civil dispone que "si por muerte u otros accidentes quedan reducidos los miembros de una corporación a tan corto número que no puedan ya cumplirse los objetos para que fue instituida, o si faltan todos ellos, y los estatutos no hubieren prevenido el modo de integrarla o renovarla en estos casos, corresponderá a la autoridad que legitimó su existencia dictar la forma en que haya de efectuarse la integración o renovación" (artículo 560).

La renovación ¿importa una nueva corporación? Don Luis Claro Solar,190 siguiendo las ideas expuestas por Michoud, opina afirmativamente. Nosotros, por el contrario, creemos que es la misma corporación que reanuda su vida. Nos basamos en dos consideraciones: 1) el artículo 560 aparece inspirado directamente por Savigny, y éste afirma, según acabamos de verlo, que la corporación no muere por la desaparición de todos sus miembros; 2) la citada norma admite la renovación de los miembros por disposición de los estatutos, sin que por esto se entienda que surge otra corporación y deba solicitar nueva personalidad jurídica; la autoridad no viene sino a suplir la omisión de los estatutos, lógicamente en las mismas condiciones.

965. Reducción de los miembros de una corporación

De acuerdo con el artículo 560 del Código Civil, si por muerte u otros accidentes quedan reducidos los miembros de la corporación a tan corto número que no pueden ya cumplirse los objetos para que fue instituida, y los estatutos no hubieren prevenido el modo de integrarla en este caso, corresponderá a la autoridad que legitimó su existencia dictar la forma en que haya de efectuarse la integración.

Dada la amplitud de los términos de la ley, aunque la corporación quede reducida a un solo miembro no se extingue. En esto el Código no ha hecho sino seguir la tradición romana, admitida también por Savigny.191 Pero en este caso, como lo dice el artículo 560, debe procederse a la integración de la corporación, en la forma prescrita por los estatutos o por la autoridad, según los casos.

966. Falta o reducción de los administradores de las fundaciones

Cuando esto ocurre debe procederse a la renovación o integración del consejo administrativo, conforme a las reglas señaladas para la falta o reducción de los miembros de las corporaciones (artículo 560 en relación con el artículo 563).

967. Disolución estatutaria

La disolución estatutaria tiene lugar en los casos en que se realizan los acontecimientos previstos en los estatutos como causas de disolución. Por ejemplo, el término previsto o el logro del objeto para que fue instituida la corporación o fundación.

Estos casos de disolución, dice Michoud,192 refiriéndose a las corporaciones deben asimilarse en definitiva a la disolución voluntaria, puesto que cada asociado al entrar al grupo, implícitamente los ha consentido.

968. Causales propias de extinción de las fundaciones

Nuestro Código Civil establece una causal de extinción propia de las fundaciones: éstas perecen por la destrucción de los bienes destinados a su manutención (artículo 564). Y esto no es sino consecuencia del papel que juegan los bienes en las fundaciones.

También se señala como causal de disolución de las fundaciones la falta de beneficiarios. Por ejemplo, "una fundación para la asistencia de leprosos, si la lepra llega a desaparecer en el país... En tal caso, la fundación no tendría ya razón de ser; no se podría cumplir el fin para el que fue instituida; y sería aplicable a la fundación la regla que para la corporación señala el mismo artículo 560: habría que dar cumplimiento a lo que hubiesen establecido los estatutos y si éstos nada hubiesen prevenido, a lo que determine la autoridad que legitimó su existencia".193

Destino de los bienes

969. a) Previsión de los estatutos

Disuelta una corporación o fundación, se dispondrá de sus propiedades en la forma que para este caso hubiesen prescrito sus estatutos (artículo 561, primera parte y artículo 563).

¿Pueden los estatutos disponer que los bienes se distribuyan entre los asociados? Savigny no condena la idea de la repartición de bienes de una corporación privada entre sus miembros.194

Otros autores arguyen que semejante cláusula insertada en los estatutos vendría a desvirtuar el fin medular de toda asociación, que siempre es otro que el de realizar beneficios; la asociación no es una sociedad a cuyo fenecimiento deban los socios retirar lo que reste del patrimonio.195

Claro Solar,196 seguido por Balmaceda y el Consejo de Defensa del Estado,197 dice que nuestro Código no admite que los estatutos establezcan que los bienes de la corporación disuelta se repartan entre sus miembros, pues considera contradictoria esta idea con el principio que establece una separación patrimonial completa entre la corporación y sus miembros y con la abstención de todo propósito de lucro de parte de éstos.

Establecer si los estatutos han previsto el destino de los bienes es una cuestión de apreciación en cada caso particular.

Disposición directa e indirecta. Los estatutos pueden señalar directa y determinadamente el destino de los bienes o indirectamente, como si se dijera que el patrimonio se aplicará a las corporaciones que señale la última asamblea general, o las que indique el Presidente de la República o el directorio liquidador.198

Directorio liquidador. Años atrás la autoridad canceló la personalidad jurídica del "Club Alemán" de Santiago. En los estatutos de dicha corporación se establecía que sus bienes pasarían a las instituciones que designara el directorio liquidador de la misma en unión del cónsul alemán en Santiago, funcionario que entonces no existía por ruptura de relaciones diplomáticas con Alemania.

La mayoría del Consejo de Defensa del Estado opinó que por "directorio liquidador" debe entenderse, a falta de toda otra indicación de los estatutos, el que esté en funciones al momento de producirse la liquidación. Por otra parte, dijo que, como a la fecha no existe en Chile ningún funcionario consular de Alemania y como este país ha confiado al cónsul de España la tuición de los intereses de sus nacionales con la aceptación del Gobierno chileno, parece razonable reconocer la validez de la intervención de éste funcionario en la determinación de las instituciones de beneficencia a que deben pasar los bienes de la corporación disuelta".

La minoría del Consejo dijo todo lo contrario. Afirmó que "las disposiciones estatutarias de que se trata no son aplicables a los casos de disolución forzada de la corporación, ya que sólo puede hablarse de "directorio liquidador" cuando ha precedido acuerdo de disolución y designación de directorio encargado de liquidar sus bienes. En lo concerniente a los funcionarios consulares que asumen la representación de otro país, como en la especie, afirmó que no desempeñan una función oficial ni reemplazan jurídicamente a los cónsules de ese país sino que sólo tienen una función meramente oficiosa. Concluyó, en consecuencia, que no puede el cónsul de España intervenir válidamente en un acto para el cual se exigía el consentimiento del cónsul de Alemania".199

970. b) falta de previsión en los estatutos

Si en los estatutos no se hubiere prescrito la forma en que se debe disponer de las propiedades de la corporación o fundación, después de disueltas, dichas propiedades pertenecerán al Estado, con la obligación de emplearlas en objetos análogos a los de la institución. Toca al Presidente de la República señalarlos (artículos 561 y 563).

La obligación de destinar los bienes a fines análogos a los de la institución disuelta, se justifica, porque permite la continuidad en la realización de la idea del bien común que inspiró a la corporación o fundación desaparecida.

El Código al aceptar este criterio se apartó de las ideas que habían dominado antes sobre la materia, y que atribuían al Estado el dominio de los bienes de las instituciones disueltas, sin imponerle obligación alguna en cuanto a su empleo. Con diferentes argumentos se justificaba esta solución. El más socorrido decía que al desaparecer la persona jurídica sus bienes carecen de dueño, pasan a ser bienes vacantes y, por consiguiente, de propiedad del Estado.

El Reglamento sobre Concesión de Personalidad Jurídica dispone que el Ministerio de Justicia mandará copia al Secretario Regional Ministerial de Justicia y al Gobernador Provincial respectivos de los decretos que aprueben la disolución de una corporación o que dispongan la cancelación de la personalidad jurídica. Si en los estatutos de una corporación no se hubiere previsto el destino de sus bienes, el Ministerio de Bienes Nacionales se hará cargo de los existentes a la fecha de la disolución o cancelación, bajo inventario valorado, quedando dichos bienes bajo su custodia hasta que el Presidente de la República los destine en conformidad al artículo 561 del Código Civil. Una copia de dicho inventario será remitida a la brevedad al Ministerio de Justicia (art. 28). Este artículo del Reglamento es aplicable a las fundaciones (art. 30).

El Consejo de Defensa del Estado ha dicho que "la voluntad del fundador manifestada en los estatutos de una fundación es la norma principal a que debe sujetarse el destino de los bienes, una vez que ésta se disuelva, pudiendo el Supremo Gobierno subsanar las omisiones que a este respecto contengan los estatutos, por medio de una Comisión que dé cumplimiento a los deseos del fundador".200

971. Suerte de las liberalidades hechas al ente moral

Las liberalidades hechas a las personas jurídicas, ¿qué suerte corren una vez que éstas se disuelven? Pueden distinguirse diversos casos.

1) Si se donaron o asignaron testamentariamente bienes a la persona jurídica, en forma pura y simple, corren la suerte de los demás bienes. No podría el donante, el testador o sus herederos pedir la devolución, porque los bienes pasaron al patrimonio de la persona jurídica sin condición alguna.

2) Si la donación entre vivos o la asignación testamentaria se hizo con la condición de que los bienes donados o asignados vuelvan al patrimonio del donante o de los herederos del testador en caso de que la persona jurídica se extinga, debe respetarse esa voluntad. El cumplimiento de la condición resolutoria produce sus efectos.

3) Si la liberalidad está sujeta a un modo y los que suceden en los bienes a la persona jurídica extinguida respetan la carga, no hay cuestión. En caso contrario, sólo podría pedirse la resolución del derecho si se ha estipulado expresamente la cláusula resolutoria (artículo 1090), esto es, la cláusula que impone la obligación de restituir la cosa y los frutos, si no se cumple el modo (artículo 1090, inciso 1º).201

972. Anotaciones en el registro de personas jurídicas

En el "Registro de Personas Jurídicas" que se lleva en el Ministerio de Justicia deben anotarse el número y fecha del decreto que cancela la personalidad jurídica; del que ordena o aprueba la disolución de la persona jurídica y el número y fecha del decreto que destine los bienes de la misma (Reglamento, art. 37, inciso 1º).

CAPITULO XXXIII

CORPORACIONES Y FUNDACIONES SIN PERSONALIDAD JURIDICA

973. Causas de la falta de personalidad de algunas corporaciones

Para que una asociación de individuos desarrolle los fines que determinaron la unión de éstos no es indispensable que funcione provista de la personalidad jurídica.

La falta de personalidad puede depender de diversas causas. Mientras la solicitud de reconocimiento presentada a la autoridad esté en tramitación, la condición jurídica de la corporación no es otra que la de una simple asociación; todas las corporaciones, dice Ferrara,[1] pasan por semejante estado. También es posible que los asociados no pidan jamás la personalidad jurídica en atención a la naturaleza de fines, a la transitoriedad de sus funciones o a la escasa importancia de su actividad, "que no compensan las molestias y los gastos". En otros casos la falta de personalidad se debe a que la autoridad pública ha negado el reconocimiento y los asociados persisten en mantener la agrupación. Todavía, es posible que los miembros de la corporación no soliciten la personalidad jurídica para evitar todo control e injerencia de la autoridad pública en la marcha de la asociación.

974. Estructura y fines

Estas asociaciones sin personalidad jurídica se constituyen para los fines más diversos: de recreo, de cultura, de beneficencia, de propaganda religiosa y política, etc. Y aparecen y obran como corporaciones "cuyos fines imitan y cuya estructura revisten. En efecto, las asociaciones se constituyen con organización corporativa, con directorio y asamblea de miembros, con entrada y salida de socios y aspiran presentarse al público como unidades sociales, de modo que exteriormente no se distingan de las corporaciones con personalidad jurídica. Se comprende qué peligro puede ocasionar para los *terceros* este parecer y no ser, y como para muchos *asociados* se constituye una ilusión de posición jurídica productora de desengaño".[1]

975. Caracteres jurídicos

La asociación constituye una unión más o menos estable de cierto número de personas que persiguen un fin común que no es el lucro. Pero carece de personalidad jurídica, no forma un sujeto de derecho distinto de sus miembros.

976. Disposiciones que las rigen

El derecho de asociación está garantido expresamente por nuestra Constitución Política, la cual asegura a todas las personas el derecho de asociarse sin permiso previo (artículo 19, Nº 15). Y ella no impone la necesidad de obtener la personalidad jurídica y permite la libertad contractual, siempre que se tienda a fines lícitos.

La legislación positiva chilena carece de un cuerpo de normas que discipline expresamente las asociaciones sin personalidad. El Código Civil sólo nos dice que no son personas jurídicas las

[1] Obra citada, traducción del italiano, Madrid, 1929, p. 394.
[1] FERRARA, obra citada, p. 933.

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 (artículo 546); que si una corporación no tiene existencia legal según el artículo 546, sus actos colectivos obligan a todos y cada uno de sus miembros solidariamente (artículo 549, inciso final); que son incapaces de toda herencia o legado las cofradías,[1] gremios,[2] o establecimientos cualesquiera que no sean personas jurídicas;[3] pero que 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 (artículo 963).

Se presenta el problema de determinar qué normas generales se deben aplicar a las asociaciones sin personalidad. Ante la laguna formal de la ley, los autores estiman aplicables, fuera de las cláusulas del pacto que establece la asociación, los principios generales de derecho y las normas que reglan la comunidad de bienes en tanto se compadecen con los caracteres propios de la asociación.

Algunos autores, como Cosack y Crome, consideran la asociación como una sociedad con caracteres especiales o de una estructura corporativa. Pero las diferencias entre una y otra son notables: la sociedad persigue el lucro o la utilidad de los socios, mientras que la asociación un fin común de utilidad que no consiste en el lucro de los asociados; la sociedad es una relación de elementos fijos, en tanto que la asociación lo es de elementos móviles (los asociados pueden ingresar y salir de la asociación sin que ésta se altere); la estructura y el funcionamiento de la asociación son más complejos que los de la sociedad, pues actúa una asamblea de asociados que delibera por mayoría, una junta ejecutiva, un directorio, etc.

Estas diferencias no impiden que puedan aplicarse a las asociaciones, por *analogía*, algunas reglas que rigen a las sociedades; pero se trata de instituciones diferentes, cada una con fisonomía propia.

977. El contrato de asociación

La asociación surge como consecuencia de un acto constitutivo por el cual un grupo de personas se asocia para lograr un fin común. El estatuto complementa el acto constitutivo y establece normas sobre la organización; pero su naturaleza es simplemente contractual, y no un acto de voluntad colectiva, pues no existe la entidad encargada de expresarla.[1]

El acto constitutivo de la asociación debe calificarse, a juicio de Ferrara,[2] como un contrato innominado de asociación. Se trata de una figura que se aparta de los contratos clásicamente consagrados por el Derecho Civil. Esta construcción se asienta en dos principios: en el que dice que los contratos deben interpretarse según la intención de las partes y en el que afirma que los contratos deben ejecutarse de buena fe.

978. Patrimonio

El patrimonio que los miembros de una asociación contribuyeron a formar para el logro de los fines de ésta, es un patrimonio común de los asociados; se forma una *unidad de bienes* que gozan una *pluralidad de sujetos*.

Pero este *condominio* se aparta de las reglas que rigen la comunidad de bienes del derecho común. Las diferencias de régimen provienen de la naturaleza misma de la asociación.

a) El patrimonio formado es sólo un instrumento para la consecución del fin común de los

[1] Según el Diccionario de la Real Academia Española, *cofradía es:* a) congregación o hermandad que forman algunos devotos, con autorización competente, para ejercitarse en obras de piedad; b) gremio, compañía o unión de gentes para un fin determinado; c) en su acepción anticuada, el vecindario, unión de personas o pueblos congregados entre sí para participar de ciertos privilegios. Sin duda la acepción de la letra b) es la mas amplia y congruente con el texto de este Código.

[2] *Gremio*, según el mismo Diccionario anteriormente nombrado, es la unión de los fieles con sus legítimos pastores, y especialmente con el Pontífice Romano; o, en las universidades, el cuerpo de doctores y catedráticos; o la corporación formada por los maestros, oficiales y aprendices de una misma profesión u oficio, regidas por ordenanzas o estatutos especiales; o por el conjunto de personas que tienen un mismo ejercicio, profesión o estado social.

[3] La palabra *Establecimiento,* en una acepción amplia, comprende a las corporaciones y fundaciones. En una acepción restringida denota solo estas últimas.

[1] FERRARA, obra citada, p. 956, N.° 145.

[2] Obra citada, p. 954.

asociados, que perdura no obstante el cambio de ellos. De ahí que deba entenderse convenido en el contrato de asociación que el miembro es copropietario del patrimonio social "sólo porque y en cuanto pertenece a la asociación", y que en caso de retiro o muerte *no pueda pretender una cuota correspondiente para sí o que pase a sus herederos*, según los casos. Si se retira o muere, sus derechos acrecen a los demás asociados. "En este caso no hay una transmisión de la cuota del miembro desaparecido a los asociados, sino una desaparición de la cuota, y correspondientemente una elástica extensión y acrecimiento del derecho a los miembros restantes sobre el patrimonio de la asociación".[1]

b) "El destino de los bienes dedicados a la consecución del fin, explica no sólo la pérdida de los derechos en el caso de que el socio salga de la asociación, sino también el porqué aun formando parte de ella *no puede pedir la división del patrimonio común*". En efecto, el principio de que ninguno de los comuneros está obligado a permanecer en la indivisión (artículo 1317), se refiere, dice Ferrara,[2] "a la indivisión muerta, inorgánica, incidental, no a la indivisión contractual y activa creada para la consecución de un fin. Aquí entran otros principios para regir la suerte de los bienes. El asociado no puede pedir la división, porque se ha obligado a afectar y mantener los bienes en la consecución del fin; y no puede, sin violación del compromiso, pedir la disolución, sino sólo la salida de la asociación. Este principio sustituye al primero como más conforme a la naturaleza de la asociación, en cuanto tiende igualmente a garantir la liberación del particular de vínculos perpetuos, mientras que hace posible la continuación de la obra por parte de los demás asociados".

Todos estos principios, como quiera que miran sólo a las relaciones internas de los socios entre sí, pueden alterarse en el pacto que establece la asociación que, al decir de Ferrara,[3] es un contrato innominado que puede bautizarse con el nombre de contrato de asociación.

En síntesis, el estado de los bienes de una asociación es el de la comunidad, modificada, en parte, por la naturaleza misma de la asociación, y en parte por las convenciones, cuando las haya.[4]

979. Incrementos patrimoniales que no pueden recibir las asociaciones sin personalidad jurídica

"La percepción de aportes, donaciones, empréstitos y subvenciones, provenientes de fuentes nacionales o extranjeras, sólo puede corresponder a entidades que gocen del beneficio de la personalidad jurídica y ha de entenderse, de acuerdo con los fundamentos del Decreto Ley Nº 1.183, de 1975 (que determina el ordenamiento de ingresos y recursos de las instituciones que no persiguen fines de lucro), que esta normativa se aplica especialmente a las personas jurídicas regidas por el Título XXXIII del Libro I del Código Civil, que por su elevado número como por la importancia de las funciones sociales que cumplen, movilizan una considerable cantidad de recursos nacionales o provenientes del extranjero". Que los señalados incrementos patrimoniales no puedan percibirlos las asociaciones sin personalidad jurídica se infiere de la disposición del artículo 1º del mencionado decreto ley, que dispone que para que puedan percibirlos las instituciones con personalidad jurídica éstas deben tener vigente tal personalidad. Las asociaciones sin personalidad sólo podrían recibir incrementos patrimoniales que no consisten en dinero, sea moneda nacional o extranjera, lo que también se deduce del antedicho artículo 1º.[1]

980. Capacidad y responsabilidad

Como las asociaciones sin personalidad jurídica no forman un ente distinto de sus miembros, carecen de capacidad. Pero en el hecho celebran actos jurídicos, de la más variada índole, por intermedio de sus representantes. Cuando éstos *actúan a nombre propio*, sólo comprometen su responsabilidad personal; pero cuando, debidamente facultados, *obran a nombre de la asociación*, obligan a todos sus miembros.

[1] FERRARA, obra citada, p. 957.
[2] Obra citada, p. 958.
[3] Obra citada, p. 939.
[4] COVIELLO, Obra citada, pp. 256-257.
[1] Informe del Consejo de Defensa del Estado, N.° 119 de fecha 11 de marzo de 1981, *Memoria del Consejo de Defensa del Estado,* 1971 a 1990, Santiago, 1995, p. 373.

Los actos colectivos de una corporación sin existencia legal obligan a todos y cada uno de sus miembros *solidariamente* (artículo 549, inciso final). Nótese que en la comunidad de bienes resultante del cuasicontrato de comunidad, la deuda contraída colectivamente por los comuneros, sin expresión de cuotas, los obliga al acreedor sólo por partes iguales (artículo 2307). La responsabilidad establecida por la ley para los miembros de una corporación no reconocida es una verdadera sanción, destinada a servir de acicate a aquéllos para solicitar la personalidad jurídica. Sin embargo, nada se opone a que el acreedor, en conformidad a las reglas generales, *renuncie* la solidaridad (artículo 1516), porque en beneficio de él está impuesta.

Los asociados no sólo responden de las obligaciones contractuales, sino también de las *extracontractuales*, aplicándose los principios comunes.[1]

981. Incapacidad de recibir asignaciones testamentarias

La ley chilena declara incapaces de toda herencia o legado a las cofradías, gremios o establecimientos cualesquiera que no sean personas jurídicas; pero agrega que 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 (artículo 963).

982. Adquisiciones

"Las asociaciones pueden adquirir y poseer toda clase de bienes. El acto de adquisición es realizado o por todos los asociados juntos o por uno solo (generalmente el presidente o el director) que obra como mandatario de los demás, ya en nombre propio o ajeno.

Para la transferencia de inmuebles o para la constitución o modificación o extinción de derechos reales inmobiliarios, las formas de publicidad deben observarse en nombre de los particulares que componen la asociación que son las partes que intervienen en el contrato, ya sea éste hecho por representante o no".

Pero la inscripción no puede ser hecha a nombre de la asociación, porque la asociación no existe como ente jurídico, y no tiene otro valor que el de una designación colectiva anónima, ni en nombre del presidente o mandatario que contrató; porque éste es extraño en cuanto a los efectos del acto, "ni, en fin, en nombre de un grupo de asociados que no forma toda la colectividad titular del derecho. Surgen, por consiguiente, dificultades, aun más arduas por el hecho del continuo cambio del personal asociado y, por consiguiente, de los condómines; de aquí una contradicción entre el estado de publicidad que designa de modo firme e inalterable un grupo cierto de personas como copropietarios, y el estado de la asociación que puede mostrar después de algún tiempo una lista de asociados completamente renovada en sustitución de los antiguos".[1]

Para salvar estas dificultades se recurre, en la práctica, a diversos expedientes, como la propiedad fiduciaria de una o varias personas, que son titulares por cuenta de la serie indeterminada y variable de los asociados actuales y futuros; la compra por uno de los asociados poniendo el bien común a su nombre; la compra por varios asociados, estipulando que, en caso de fallecimiento de alguno de ellos, sus cuotas acrecerán a los sobrevivientes, etc.[2] Algunas de estas fórmulas son peligrosas y otras de dudosa validez.

983. Comparecencia judicial

Según algunos, todas las personas que integran la asociación deben comparecer en el juicio que a ésta interese, o constituir, en cada caso, un mandatario especial.

Otros no ven esta necesidad y estiman que las asociaciones pueden comparecer en juicio por medio de su administración, cualquiera que sea su nombre y función especial. No se puede desconocer el

[1] FERRARA, obra citada, p. 992.
[1] FERRARA, obra citada, pp. 967-968.
[2] FERRARA, obra citada, pp. 968-969.

mandato conferido en los estatutos sociales, expreso o tácito, sólo porque se trata de una asociación o porque se ha conferido en términos generales y preventivos. La más obvia aplicación de las reglas del derecho común, dice Coviello, conduce a esta consecuencia.[1]

984. Disolución y devolución de bienes

Las asociaciones sin personalidad jurídica pueden disolverse por las causas señaladas en los estatutos, por orden de la autoridad, y, además, por la voluntad de sus miembros.

El patrimonio se divide entre todos los asociados actuales, a prorrata de sus derechos. Si los bienes de que disfrutaban todos los asociados, pertenecían a uno solo de ellos, y los demás tenían únicamente el goce de los mismos, vuelven al pleno dominio del titular.[1] Todo lo cual se entiende sin perjuicio de lo que dispongan los estatutos.

985. Situación de las fundaciones

"La fundación mientras no es erigida en cuerpo moral es una empresa en propiedad del instituyente, que puede modificarla o suprimirla a su voluntad, y que responde ilimitadamente como dominus de todas las relaciones contractuales o judiciales en que contrata por ella. El mismo efecto de autonomía se ve cuando el instituto pasa a los herederos del fundador o es atribuido a un tercero con el encargo de mantener su destino. Se trata de disposiciones modales o fiduciarias que no hacen inalienable el patrimonio destinado, sino que únicamente imponen obligaciones personales cuya violación es posible.

En el caso en que se ordene una fundación y esté pendiente el procedimiento para su erección en cuerpo moral, el patrimonio será administrado por el fundador o por sus herederos o ejecutor testamentario o por los administradores nombrados, los cuales deberán realizar todos los actos que tiendan a conservar los derechos"; como lo imponen expresamente algunas legislaciones extranjeras.[1]

985-a. Los comités

Los comités son los grupos de personas que se proponen recolectar fondos mediante la contribución de terceros para destinarlos a un fin benéfico o, al menos, no lucrativo y previamente anunciado: socorro, beneficencia, obras públicas, erección de monumentos, exposiciones, feria de muestras, festejos y similares.

El fin previamente anunciado vincula el destino de los bienes, el cual no puede más tarde ser cambiado por los miembros del comité. Es natural: si se ha solicitado a las gentes contribución para reconstruir una escuela pública, no podría después el comité destinar el dinero reunido a la erección de una estatua a un prócer.

Los comités pertenecen al género de las fundaciones que, si obtienen el reconocimiento de la personalidad jurídica, serán fundaciones dotadas de esta personalidad, sin que se diferencien en nada de las demás, como no sea en el procedimiento de su constitución. Generalmente, los comités solicitarán la personalidad jurídica cuando el fin perseguido exija para ser alcanzado un tiempo más o menos largo.

Si el comité no pasa a ser una fundación con personalidad jurídica, no habrá autonomía patrimonial. De las obligaciones asumidas responderán el fondo recolectado y también, personal y solidariamente, los miembros del comité. Nuestro Código Civil dispone que si una fundación no es persona jurídica los actos colectivos de los administradores obligan solidariamente a todos y cada uno de los administradores (artículos 546, 549 en relación con el 563).

El ordenamiento jurídico chileno, al revés de otros, como el italiano, no regula los comités. Por esto, ante la laguna de la ley han de aplicarse los principios generales del derecho y las normas que más se avengan con las peculiaridades de esta figura jurídica, como algunas de la comunidad.

[1] COVIELLO, obra citada, p. 263.
[1] Ibídem, p. 264.
[1] FERRARA, obra citada, p. 1001.

Resta por decir que las colectas públicas necesitan, para ser efectuadas, autorización gubernativa.

986. Derecho comparado

En el Derecho Francés, de acuerdo con la ley de 1º de julio de 1901, se distinguen tres clases de asociaciones: las *asociaciones no declaradas* o asociaciones simples, que no constituyen sujeto de derecho; las *asociaciones declaradas*, que tienen una personalidad restringida, que se llama "pequeña personalidad"; y las *asociaciones reconocidas como establecimientos de utilidad pública*, que son las únicas que tienen plena capacidad en la medida en que la legislación francesa se las reconoce a las personas jurídicas. Las asociaciones no declaradas carecen de textos expresos que las regulen.

El Código Civil Alemán dedica un solo artículo, el 54, a las asociaciones sin personalidad jurídica, y declara que les son aplicables las disposiciones relativas al contrato de sociedad. Agrega que las personas que celebren actos jurídicos con un tercero a nombre de la asociación, responden *personalmente*, y, en caso de ser varios los que obren en común, responden todos *solidariamente*.

Es de notar que en el Derecho Alemán el contrato de sociedad no envuelve necesariamente la idea de repartir beneficios entre los socios; tiene un sentido más amplio. Dice el artículo 705 de ese Código: "Por el contrato de sociedad se obligarán recíprocamente los asociados a perseguir la consecución de un fin común del modo determinado en el contrato, y especialmente a hacer las aportaciones convenidas".

La legislación suiza, como la alemana, aplica reglas de la sociedad a las asociaciones sin personalidad jurídica (Código Civil, artículo 62). Los asociados son solidariamente responsables por los compromisos asumidos frente a terceros, sea obrando conjuntamente, sea mediante una representante, salvo estipulación en contrario.

El *Código Civil Italiano* de 1942 dedica el Capítulo III del Título II del Libro Primero (artículos 36 a 42) a las asociaciones no reconocidas y a los comités ("Delle associazione non riconosciute e dei comitati"). Dispone que mientras subsista la asociación, los miembros no pueden pedir la división del fondo común ni reclamar la cuota en caso de renuncia (artículo 37). Los terceros que contrataron con un representante de la asociación, pueden hacer valer sus derechos sobre el fondo común. De la obligación responde también personal y solidariamente la persona que ha obrado en nombre y por cuenta de la asociación (artículo 38). Las asociaciones no reconocidas pueden actuar en juicio por medio de su presidente o director (artículo 36, inciso 2º). Los artículos 39 a 42 reglamentan los comités de socorros o de beneficencia y los comités promotores de obras públicas, monumentos, exposiciones, homenajes, etc.

El *Código Civil Portugués* de 1967, reformado en 1977, dedica un capítulo a las "Asociaciones sin personalidad jurídica y comisiones especiales" (artículos 195 a 201).

El *Código Civil Boliviano* de 1975 consagra un artículo a los "Comités sin personalidad" (art. 73).

El *Código Civil Peruano* de 1984 contiene una sección sobre "asociación, fundación y comité no inscritos" (artículos 124 a 131).

El *Código Civil Paraguayo*, que comenzó a regir el 1º de enero de 1987, dispone que las asociaciones que no tengan fin lucrativo y que no hayan sido reconocidas como personas jurídicas por el Poder Ejecutivo, podrán adquirir y ejercer los derechos que expresamente establece el mismo Código si cumplen los siguientes requisitos: a) que los estatutos consten en escritura pública y reúnan las condiciones prescritas para los estatutos de las personas jurídicas; y b) que sean inscritas en el registro respectivo. Cumplidos estos requisitos, dichas asociaciones constituyen entidades independientes de las personas físicas que las integran, para el cumplimiento de sus fines. (Art. 118).

987. Otros casos en que no hay personalidad jurídica

Sucesiones. La sucesión, en sentido subjetivo, la forman el heredero o los herederos de un sujeto. Cuando los herederos son dos o más se forma una comunidad, y no una persona jurídica. La sucesión, como tal, no puede ser sujeto de derechos y obligaciones y tampoco, claro está, ser demandante ni demandado en la vía judicial. Para actuar válidamente es necesario que todos los herederos designen un mandatario dotado de las atribuciones pertinentes a los actos que se deseen realizar, sean éstos de

carácter judicial o extrajudicial.[1]

Herencia yacente. En términos muy generales, herencia yacente es aquella que, entre otras circunstancias, aún no ha sido aceptada por los herederos. No debe confundirse con la herencia vacante, esto es, la que a falta de herederos de mejor derecho pasa al Fisco como heredero intestado del último orden sucesorio.

Ahora bien, dos artículos del Código Civil pueden inducir a pensar que la herencia yacente es una persona jurídica.

Uno de ellos dice que se suspende la prescripción ordinaria a favor de las *personas* que cita, entre las cuales coloca a la herencia yacente (art. 2509). Como ésta no es una persona física, afirman algunos, necesariamente debe ser jurídica.

El otro precepto que empuja a la misma conclusión es el que establece que la posesión principiada por una persona difunta continúa en la herencia yacente, que se entiende *poseer a nombre del heredero* (art. 2500 inciso segundo). Pues bien –se razona– sólo puede poseer a nombre de otro una persona, y si ésta no es natural, ha de ser jurídica.

Pero una tercera disposición del Código demuestra que la herencia yacente no tiene este carácter, porque nombra separadamente a dicha herencia de la persona jurídica; dice: "Se puede afianzar a una *persona jurídica* y a la *herencia yacente*" (art. 2346). Si la segunda estuviera comprendida en la primera, ¿a qué gastar palabras en mencionarla aparte?

Bibliografía

FERRARA, *Teoría de las personas jurídicas*, traducción castellana de la segunda edición revisada italiana, Madrid, 1929. Este libro es un estudio completo sobre la materia. Consta de 1.035 páginas.

MICHOUD, *La théorie de la personnalité morale et son application au Droit Français*, 3e édition, mise au courant de la législation, de la doctrine et de la jurisprudence par Louis Trotabas, París, 1932. Igual que la anterior, esta obra es un estudio minucioso sobre el tema. Se compone de dos tomos, que suman en total 1.063 páginas.

RENARD, *L'institution*, París, 1933.

PÁEZ, *El derecho de las asociaciones*, Buenos Aires, 1940. Este libro tiene el mérito de ser uno de los escasos estudios en nuestra lengua en que se adopta la teoría de la institución. El autor considera en forma preferente las concepciones de Hauriou y de Renard. Consta la obra de 670 páginas.

SAVIGNY, *Sistema del Derecho Romano actual*, traducción castellana, Madrid, 1879. Las personas jurídicas están tratadas en el tomo II, páginas 59 a 142.

BALMACEDA, *El estatuto de las personas jurídicas*, Memoria de Prueba, Santiago, 1943. El libro agrupa 488 páginas y representa el mejor estudio sobre la materia en nuestra literatura jurídica nacional. Pero muestra algunos vacíos notables, como los relativos a la organización interna de las personas jurídicas, a los estatutos, etc.

PEDRO LIRA URQUIETA, *Personas jurídicas*, apuntes del curso de Derecho Civil Comparado tomados por Luis Hewstone B. y Marcelo Cruz F., Imprenta de la Fuerza Aérea de Chile, Santiago, 1944.

DE GIORGI, "*Le persone giuridique*", en el Trattato Rescigno, Torino, 1982.

CASTRO Y BRAVO, *Persona Jurídica*, Buenos Aires, 1991.

[1] C. Ap. Santiago, 16 de noviembre de 1983. R., t. 80, sec. 2ª p. 114.

INDICE DEL TOMO I

PARTE PRELIMINAR

SECCION PRIMERA

EL DERECHO Y SUS NORMAS

Capítulo I

NOCIONES GENERALES

Capítulo II

NATURALEZA, CARACTERES, Y SANCIONES DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Capítulo III

CLASIFICACION DE LAS NORMAS JURIDICAS

Capítulo IV

LA CIENCIA Y EL ARTE DEL DERECHO Y LA JUSTICIA

Capítulo V

Capítulo VI

ABREVIATURAS.....2
PREFACIO.....3
1. Etimología de la palabra norma.....5

2. Concepto de norma....5
3. Sociedad y Derecho....5
4. Etimología de la palabra derecho....6
5. Derecho objetivo y derecho subjetivo....6
6. Derecho y ortografía....7
7. Explicación de los nombres derecho subjetivo y derecho objetivo....8
8. Derecho objetivo y derecho subjetivo son aspectos de una misma esencia....8
9. Normas de comportamiento y normas auxiliares o complementarias....8
10. Concepto de ordenamiento jurídico....8
11. Pluralidad de ordenamientos jurídicos....9
12. Ordenamiento jurídico estatal....9
13. Ordenamiento jurídico internacional....9
14. Ordenamiento jurídico de la iglesia católica....9
15. Ordenamiento jurídico de la comunidad europea....10
16. Consideraciones parciales del ordenamiento jurídico....10
17. Las instituciones jurídicas....10
18. Naturaleza; teorías....12
19. A) Teoría Imperativista....12
20. Impugnación de la teoría imperativista; refutación....12
21. B) teoría del juicio hipotético....12
22. Refutación a la teoría anterior....13
23. Dilucidación de la naturaleza imperativa de algunas normas....13
24. A)imperatividad de las normas que establecen requisitos de los actos jurídicos....13
25. c) La imperatividad en las leyes penales....14
26. c) imperatividad de las normas permisivas....14
27. d) imperatividad de algunas normas auxiliares o complementarias....15
28. Caracteres de la norma jurídica....17
29. a) Imperatividad....17
30. b) Bilateralidad, alteridad o socialidad de la norma jurídica....17
31. c) Generalidad....18
32. d) Carácter abstracto....18
33. e) Coercibilidad....18
34. f) La sanción; concepto....19
35. La sanción como elemento estructural de la norma....19
36. Variedad de sanciones....19
37. Ejecución forzada....19
38. Resarcimiento....20
39. Reparación del daño moral....20
40. Indemnización en general e indemnización de daños y perjuicios....20
41. Explicación de la mención copulativa de daños y perjuicios. Daño emergente y lucro cesante 21
42. Indemnización compensatoria e indemnización moratoria....22
43. Razón por la que se emplea el dinero en la indemnización de daños y perjuicios....22
44. La indemnización como resarcimiento o reparación y como sanción....22
45. Nulidad de los actos jurídicos....22
46. La inoponibilidad....23
47. Sanciones cancelatorias....23
48. Consecuencias del incumplimiento de las cargas....23
49. La pena....24
50. Variedad de las penas....24
51. Fines de la pena....25
52. Privación de libertad que no constituye pena sino una medida procesal....25
53. La pena privada....25
54. Pluralidad de sanciones por la trasgresión de una misma norma jurídica....26

55. Normas sin sanción....26
56. g) Carácter estadual de las normas jurídicas positivas....26
57. El régimen del Estado de derecho....27
58. Enunciación....29
59. a) Normas de derecho público y normas de derecho privado....29
60. b) Normas de orden público y normas de orden privado....29
61. c) Normas interpretativas, supletivas e integradoras....31
62. d) NormTítulo 1as completivas....31
63. e) Normas reguladoras y normas de aplicación o de reenvío....31
64. f) Normas plenas y normas en blanco....31
65. Distinción entre las normas de reenvío y las abiertas o en blanco....32
66. Justificación de las leyes en blanco....32
67. g) Normas de derecho común y de derecho especial....33
68. h) Normas regulares y excepcionales....34
69. Orden jerárquico de las normas....35
70. Enunciación del orden jerárquico de las normas jurídicas....35
71. 1) Normas constitucionales....35
72. 2) Leyes interpretativas de la Constitución y leyes orgánicas constitucionales....36
73. 3) Leyes de quórum calificado....36
74. 4) Leyes ordinarias....37
75. 5) Decretos con fuerza de ley....37
76. 6) Decretos generales o reglamentarios dictados por el poder ejecutivo....37
77. 7) Normas individualizadas....37
78. Colisión entre normas de igual jerarquía....38
79. Colisión entre normas de distinta jerarquía....38
80. Enunciación....40
81. Significados de la palabra moral....40
82. Concepto de la moral en sentido normativo....41
83. Moralidad pública....41
84. Moral individual y moral social....41
85. Conciencia moral....41
86. Diferencias entre el derecho y la moral....42
87. Aproximación y separación de la moral y el derecho....43
88. Buenas costumbres; concepto general....44
89. Buenas costumbres; concepto específico del Derecho Penal....44
90. Obscenidad y pornografía....45
91. Concepto....47
92. Diferencias entre las normas jurídicas y las de uso social....47
93. Variabilidad de los usos sociales; fuerte persistencia de algunos....48
94. Las reglas de los juegos....48
95. Recíproca influencia de los usos sociales y las normas jurídicas....48
96. Concepto de religión....49
97. Normas religiosas y normas jurídicas....49
98. Derecho Positivo....51
99. Derecho Natural....51
100. Derecho Natural clásico....51
101. Decadencia del Derecho Natural; surgimiento del positivismo....51
102. Renacimiento del Derecho Natural....52
103. Sobre si el Derecho puede considerarse ciencia....53
103-a. Materias propias de la Ciencia del Derecho....53
103-b. Ciencia del Derecho y Jurisprudencia....53
104. Sus manifestaciones....53
105. Generalidades....54
106. Formas de justicia: conmutativa y distributiva....55

107. Derecho y justicia....55
108. Etimología....56
109. Definiciones....56
110. Contenido....56
111. Ubicación del Derecho Civil dentro de las ramas del Derecho....56
112. Importancia del Derecho Civil....57
113. El pretendido ocaso o la crisis del Derecho Civil....57
114. Generalidades....58
115. Comisión de Legislación del Congreso Nacional....59
116. Junta Revisora....59
117. Fusión de la Comisión y de la Junta en un solo cuerpo....59
118. Presentación del Proyecto y Comisión Revisora del mismo....60
119. El Proyecto ante el Congreso. Ley aprobatoria....60
120. Pretendido proyecto de don Mariano Egaña....61
121. Los diversos proyectos de Código Civil y su consulta....61
122. Consulta de los demás antecedentes legislativos del Código Civil....62
123. El agradecimiento de Chile a Bello y la inmortalidad de éste....62
124. Fuentes....63
125. Analogía del plan del Código Civil Chileno con el del Código Civil Francés....64
126. Estructura del Código Civil Chileno....64
127. Cualidades....64
128. Defectos....65
129. Elogios....66
130. Influencia....66
131. Referencia....66
132. Importancia del derecho comparado....68
133. GruposTítulo 1 o sistemas jurídicos....68
134. I. Grupo de los derechos orientales....68
135. II. Grupo occidental....68
136. a) Sistema legal....69
137. Los principales Códigos Civiles del grupo occidental de sistema legal....69
138. El Código Civil Francés....69
139. Código Civil Alemán....70
140. Código Civil Suizo y Código Federal de las Obligaciones....70
141. Código Civil Italiano....71
142. Otros Códigos recientes....72
143. b) Sistema anglosajón o angloamericano....72
144. c) Sistema de los países escandinavos....73
145. III. Grupo de la Unión Soviética y las democracias populares....73
146. Los Códigos Civiles de la Unión Soviética....73
147. Códigos Civiles de otros países socialistas europeos....74
148. Acepción en que se toma la palabra “teoría”....76
150. Concepciones de la ley como fuente de derecho....76
151. Concepción de la ley en la legislación positiva chilena....77
152. Definición del Código Civil y su crítica....77
153. Requisitos externos e internos de la ley....78
154. Declaración de la voluntad soberana....78
155. Manifestación de la voluntad soberana en la forma prescrita por la Constitución....78
156. Manda, prohíbe o permite....79
157. Numeración de las leyes....80
158. Clasificación de las leyes según sus caracteres....80
159. Leyes declarativas o supletivas....80
160. Leyes imperativas y prohibitivas....81
161. Leyes dispositivas....81

162. Concepto....81
163. Constitucionalidad de fondo y de forma....82
164. Efectos de las leyes inconstitucionales....82
165. Clase de inconstitucionalidad que se puede atacar....82
166. Autoridad que debe tener la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes....83
167. El recurso de inconstitucionalidad en Chile....83
168. Control que compete al Tribunal Constitucional....84
170. Potestad reglamentaria....84
171. Autoridades administrativas con potestad reglamentaria....84
172. Amplitud de la potestad reglamentaria del Presidente de la República....85
173. Decreto en general y decreto supremo....85
174. Reglamentos y simples decretos....85
175. Reglamentos de ejecución y reglamentos autónomos....85
176. Firmas que deben llevar los decretos....86
177. Semejanzas y diferencias entre la ley y el decreto....87
178. Las instrucciones....87
179. Las ordenanzas....87
180. Ordenanzas y otras disposiciones municipales....88
181. Concepto....88
182. Decretos con fuerza de ley....88
183. Decretos leyes propiamente tales....89
184. Recopilación de decretos leyes....89
185. Las sentencias y sus requisitos....91
186. Semejanzas entre la ley y la sentencia judicial....91
187. Diferencias entre la ley y la sentencia judicial....91
188. Concepto....93
189. Cosa juzgada formal y cosa juzgada material....93
190. La autoridad de la cosa juzgada y su fundamento....94
191. Eficacia de la cosa juzgada; acción y excepción....95
192. Legitimados en causa de la acción y la excepción de cosa juzgada....96
193. Condiciones de la excepción de cosa juzgada: las tres identidades....96
194. a) Identidad de la cosa pedida....97
195. b) Identidad de la causa de pedir....97
196. Función de la causa de pedir en la cosa juzgada y en el curso del proceso....99
197. Teorías sobre la causa de pedir; distinción entre causa próxima y causa remota....100
198. c) Identidad legal de personas....102
199. Relatividad de la cosa juzgada....102
200. Límites de la autoridad de la cosa juzgada....103
201. Concepto y elementos....105
202. Usos y costumbre....105
203. Clasificación....106
204. Costumbre contra legem, praeter legem y secundum legem....106
205. Valor y fuerza obligatoria de la costumbre....107
206. Valor y fuerza obligatoria de la costumbre en nuestros Derechos Civil y Comercial....108
207. Prueba de la costumbre....108
208. Diferencias entre la costumbre civil y la mercantil....109
209. Generalidades....110
210. Diversas acepciones de “promulgación”....110
211. Concepto....110
212. Fórmulas de promulgación....110
213. Plazos para la promulgación y la publicación....111
214. Condiciones para que la ley sea obligatoria....111
215. Publicación....111
216. Diferencias entre la promulgación y la publicación....112

217. Formas de publicación....112
218. Publicación de las leyes en Chile....112
218-a. Cuándo se hace obligatoria la ley....113
219. Plazo en que entra a regir la ley....113
220. Sistema que rige en Chile....113
221. Autoridad de la ley una vez que ha entrado en vigencia....114
222. Presunción o ficción del conocimiento de la ley....114
223. Fecha de la ley....115
223-a. Bibliografía....116
224. Idea general y de interpretación....117
225. Hermenéutica legal y sistemas de interpretación....117
225-a. Diversidad de criterios interpretativos en las diferentes ramas del Derecho....117
226. Diversas clases de interpretación: doctrinal y de autoridad....118
227. Diversos elementos....118
228. La legislación comparada como moderno elemento de interpretación....119
229. Especies....119
230. Métodos....120
231. Método lógico tradicional....120
232. Métodos modernos....121
233. a) El método histórico evolutivo....121
234. b) El método de la libre investigación científica....122
235. c) Método positivo teleológico....123
236. d) Método de la jurisprudencia de los intereses....123
237. e) Método de la Escuela del Derecho libre....124
238. Conclusión general....125
239. Concepto....125
240. Caracteres....125
241. Fuerza e importancia....126
242. La doctrina chilena....126
243. Concepto y fuerza obligatoria....126
244. Reglas que da el Código Civil sobre la interpretación....126
245. Elemento gramatical de la interpretación....127
246. Sentido en que deben tomarse las palabras de la ley....127
247. Elementos lógico e histórico....128
248. Elemento sistemático....129
249. La equidad....129
250. Las leyes especiales prevalecen sobre las generales....130
251. Lo favorable u odioso de una disposición no debe tomarse en cuenta para ampliar o restringir su interpretación....131
252. Tendencias de las legislaciones modernas....131
253. Orientación de la jurisprudencia chilena....131
254. Publicaciones sobre jurisprudencia....132
255. Concepto....132
256. Alcance....133
257. Cuándo procede....133
258. La retroactividad de las leyes interpretativas....133
259. Diversas reglas....134
260. a) Argumento de analogía o “a pari”....134
261. Tipos de analogía....136
262. b) Argumento de contradicción o “a contrario sensu”....136
263. c) Argumento “a fortiori”....136
264. d) Argumento de no distinción....136
265. e) El absurdo....136
266. Lagunas de la ley y lagunas del derecho....137

267. Existencia de lagunas en el Derecho Chileno....137
268. Bibliografía sobre la interpretación de las leyes....137
269. Concepto y fundamento....139
270. Terminología....139
271. La jerarquía de las leyes y la derogación....139
272. Derogación expresa y derogación tácita....139
273. La derogación tácita por retrueque o carambola....140
274. Derogación orgánica....140
275. Derogación total y derogación parcial....141
276. Causas que no producen la derogación de la ley....141
277. La derogación con relación a la ley general y la ley especial....142
278. Efectos de la derogación de la ley derogatoria....142
279. Causas intrínsecas....143
280. Concepto....143
281. Valor legal....143
282. Tendencias doctrinarias....144
283. Factores con relación a los cuales pueden estudiarse los efectos de la ley....145
284. Concepto de orden público....145
285. Determinación de las leyes de orden público....145
286. Leyes de derecho privado que presentan el carácter de orden público....146
287. Concepto de orden público económico....146
288. Concepto de orden público en materia penal....146
289. Orden público internacional....147
290. Concepto de buenas costumbres....147
291. Efectos de la ley en cuanto a la sanción; distinción entre las leyes imperativas, prohibitivas y permisivas....148
292. Caracterización de las diversas normas....148
293. Sanción de las leyes prohibitivas....149
294. Sanción de las leyes imperativas....149
295. Sanción de las leyes permisivas....150
296. Escasa importancia de la clasificación....150
297. La nulidad establecida por la ley no puede dejar de aplicarse aunque en un caso no concurran los motivos que la inspiraron 150
298. La eficacia de las normas jurídicas está limitada en el tiempo y en el espacio....151
299. Terminología....151
300-311. Distinción de tres períodos....151
312. a)Aplicación de la ley entre el día de su entrada en vigor y el de su derogación....151
313. b)Aplicación de la ley desde el día de su entrada en vigor. Principio de la no retroactividad 152
314. Efecto retroactivo de la ley y efecto inmediato....152
315. Justificación de la irretroactividad....152
316. Justificación del efecto inmediato producido por la ley nueva....153
317. El principio de irretroactividad ante el legislador....153
318. Justificación de las leyes retroactivas....153
319. Leyes retroactivas dictadas en Chile....153
320. El principio de irretroactividad ante el juez....154
321. La retroactividad debe ser expresa....154
322. La retroactividad es de derecho estricto....154
323. Disposiciones transitorias....154
324. Teorías sobre la determinación del efecto retroactivo....155
325. Teoría de los derechos adquiridos y de las simples expectativas....155
326. Críticas a la teoría clásica....156
327. Defensa de la teoría clásica....156
328. Teoría de Paul Roubier....157

329. Concepto sobre las leyes interpretativas....157
330. Jurídicamente en el Derecho chileno las leyes interpretativas no pueden estimarse retroactivas 158
331. Límites de la ficción que supone que la ley interpretativa forma un solo todo con la interpretada....158
332. En el hecho, las leyes interpretativas tienen efecto retroactivo, salvo frente a situaciones reconocidas por una sentencia ejecutoriada....159
333. Ley sobre el efecto retroactivo de las leyes....159
334. Generalidades....159
335. Estado civil adquirido....159
336. Estado civil no adquirido aún al tiempo del cambio de legislación....160
337. Consecuencias que derivan del estado civil....160
338. Aplicación de los anteriores principios....160
339. Aplicación de las reglas del estado civil de las personas naturales a las personas jurídicas. .161
340. Concepto de la capacidad....162
341. Ley que rige la capacidad según la doctrina....162
342. Ley que rige la capacidad según la legislación chilena....163
343. Leyes sobre los guardadores....163
344. Leyes sobre el privilegio de la restitución “in integrum”....164
345. Principio....164
346. Justificación del principio....165
347. La irretroactividad de las leyes sobre derechos reales, ¿es sólo aparente en nuestro país?. . .165
348. Las leyes sobre el derecho de propiedad son irretroactivas....165
349. Leyes sobre la posesión....165
350. Derechos deferidos bajo condición....166
351. Prohibición de usufructos, usos, habitaciones y fideicomisos sucesivos....166
352. Leyes sobre servidumbres....166
353. Principio....167
354. Sucesión testamentaria....167
355. Sucesión abintestato....169
356. El derecho de representación....169
357. Adjudicación y partición de herencia o legado....170
358. Requisitos de los contratos....170
359. Ley que rige los requisitos internos y los efectos de los contratos....170
360. Aplicación de la regla de la irretroactividad a todos los actos....171
361. Leyes relativas a la forma de los actos o contratos....171
362. Excepciones a la regla que considera incorporadas al contrato las leyes vigentes al tiempo de su celebración....171
363. Leyes relativas a la prueba de los actos....172
364. Posibilidad de valerse de un medio de prueba que la antigua ley no reconocía....173
365. Ley que rige....173
366. Justificación....173
367. Aplicación de la regla del artículo 24 por la jurisprudencia....173
368. Noción previa sobre la prescripción....174
369. Cuándo hay conflicto....174
370. Doctrina sobre prescripción que acepta nuestra Ley de efecto retroactivo....174
371. Ley que rige la prescripción según el Derecho chileno....175
372. Justificación de la disposición de la ley chilena....175
374. Leyes políticas y administrativas....176
375. Leyes relativas a la organización judicial y a la competencia de los tribunales....177
376. Leyes penales....178
377. Aplicación de la ley penal más benigna cuando contiene un plazo para entrar en vigencia después de su publicación....179
378. Leyes que establecen multas....180

378-a. Bibliografía sobre el efecto retroactivo de la ley....181
379. Principio....181
380. Aplicación de las leyes de Derecho Público....182
381. Aplicación de las leyes de Derecho Privado....182
382. El efecto diferido o supervivencia de la ley posterior a su derogación....182
383. Planteamiento del problema....183
384. Desarrollo histórico de los conflictos de legislaciones....184
385. La territorialidad y extraterritorialidad de las leyes....184
386. Diversas teorías y puntos que discuten....184
387. Teoría de los estatutos....185
388. Efectos territoriales y extraterritoriales de la ley....185
389. Consagración del principio territorial en nuestro Derecho....186
390. Causas en virtud de las cuales se aceptó el principio territorial....186
391. Significado del artículo 14....186
392. Diversas aplicaciones del principio de territorialidad....186
393. Ventajas de la doctrina chilena del artículo 14....187
394. Excepciones del artículo 14....187
395. La ley chilena no rige en el territorio de otro Estado. Excepción....187
396. Equiparación del chileno y el extranjero....187
397. Excepciones a la regla de igualdad civil entre el chileno y el extranjero....188
398. La extraterritorialidad de la ley es excepcional....188
399. Principio fundamental establecido en el artículo 15 del Código Civil....189
400. El artículo 15 no es una inconsecuencia con respecto al artículo 14....189
401. Fundamento del artículo 15....189
402. Aplicación restrictiva del artículo 15....190
403. Análisis del Nº 1º del artículo 15....190
404. Análisis del Nº 2º del artículo 15....190
405. Concepto....191
406. Los bienes situados en Chile se rigen por la ley chilena....191
407. Excepciones al principio según el cual la ley chilena rige los bienes situados en Chile....192
408. Generalidades....192
409. Ley que rige la forma de los actos....193
410. El principio “locus regit actum” en la legislación chilena....193
411. Requisitos necesarios para que valga en Chile un instrumento público....194
412. Forma en que se prueba la autenticidad de los instrumentos públicos....194
413. ¿Se aplica la regla “locus regit actum” a los instrumentos privados?....195
414. La máxima “locus regit actum” es facultativa....195
415. Excepción a la regla “locus regit actum”....195
416. Casos en que las escrituras privadas no valen como prueba en Chile....196
417. Ley que rige los requisitos internos del acto y sus efectos....196
418. Ley que rige los efectos de los contratos otorgados en el extranjero para cumplirse en Chile 197
Bibliografía especial....197
419. Concepto....199
420. Estructura. elementos: sujetos, objeto y contenido....199
421. Clasificaciones....200
421-a. Situación jurídica....201
422. I. Situaciones jurídicas activas....201
423. a) El derecho subjetivo....201
424. b) La potestad....202
425. c) La facultad....202
426. d) Meras expectativas y expectativas de derecho....202
427. e) La cualidad jurídica....203
428. f) El estado o “status”....203

429. II. Situaciones jurídicas pasivas....203
430. a) La deuda o situación de obligado. Distinción del deber jurídico en sentido amplio y del deber personal....203
431. b) El deber genérico de abstención....204
432. c) La sujeción correlativa al llamado derecho potestativo....204
433. d) La carga....204
434. e) La responsabilidad....205
435. f) La garantía en sentido pasivo....205
436. La institución jurídica....206
437. Idea general....207
438. Teorías sobre el derecho subjetivo....207
439. Negación del derecho subjetivo....207
440. Teoría de Duguit....207
441. Teoría de Kelsen....208
442. Teoría de Koschembahr-Lyskowski....208
443. Teorías que aceptan la existencia del derecho subjetivo....208
444. a) Teorías a base de técnica....208
445. b) Teorías que confunden el derecho con la acción....209
446. c) Teoría de la realidad del derecho subjetivo....209
447. Diversas teorías....211
448. a) Teoría de la voluntad....211
449. b) Teoría del interés....211
450. c) Teoría de la voluntad y del interés combinados....212
451. Necesidad de clasificar los derechos subjetivos....213
452. Clasificación que atiende a la eficacia y naturaleza del derecho subjetivo y clasificación que atiende al objeto y contenido del mismo....213
453. Derechos absolutos y derechos relativos....213
454. Derechos originarios y derechos derivados....214
455. Derechos transmisibles e intransmisibles....214
456. Derechos puros y simples y derechos sujetos a modalidades....214
457. Los derechos eventuales....215
458. La doctrina clásica del derecho eventual....215
459. Doctrina de la noción genérica del derecho eventual....216
Bibliografía especial....218
460. Derechos puros y simples....219
461. La jerarquía de los derechos....219
461-a. Derecho subjetivo e interés legítimo....219
462. Derechos subjetivos públicos y privados....220
463. División de los derechos privados: patrimoniales y extrapatrimoniales....220
464. Derechos extrapatrimoniales: derechos de la personalidad y derechos de familia....220
465. a) Derechos de la personalidad; categorías en que pueden agruparse....220
466. ¿Son admisibles los derechos sobre la propia persona?....221
467. Derecho a la fuerza muscular....223
468. Derecho sobre la propia imagen....223
469. Derechos que conciernen a la individualidad moral....224
470. Características de los derechos de la personalidad....224
471. b) Derechos de familia....225
472. Concepto y clasificación....225
473. Derechos reales y derechos personales....225
474. Los derechos intelectuales....226
475. Momentos de la vida del derecho subjetivo....227
476. Nacimiento y adquisición del derecho....227
477. Adquisición originaria y adquisición derivativa....227
478. Importancia de la distinción entre adquisición originaria y derivativa....228

479. Extinción y pérdida de los derechos....228
480. Modificación de los derechos....228
481. Modificación subjetiva y modificación objetiva....228
482. Modificación subjetiva....228
483. Modificación objetiva....229
484. Derechos que pueden renunciarse....230
484-a. Renuncia de las leyes....230
484-b. Reglas que gobiernan la renuncia....230
484-c. Definición y caracteres de la renuncia....230
484-d. Diversidad en los efectos....231
484-e. Derechos cuya renuncia expresamente permite la ley....231
484-f. Derechos que no pueden renunciarse....232
484-g. Distinción entre la renuncia y el no ejercicio de un derecho....232
484-h. Renuncia expresa y renuncia tácita; no presunción de la renuncia de derechos....232
484-i. Las renuncias generales....232
484-j. La enajenación y la renuncia....232
484-k. Las repudiaciones....233
Bibliografía especial....233
484-l. La fuente como voluntad y como hecho....234
485. Concepto sobre el ejercicio de los derechos....235
486. El absolutismo de los derechos....235
487. Refutación: relatividad de los derechos. El abuso del derecho....235
488. Cuándo hay abuso del derecho genéricamente hablando....236
489. Excepciones: derechos absolutos....237
490. Generalidades....239
491. Definición....239
492. Etimología....239
493. Personalidad de los seres humanos....239
494. Disposición del Código Civil sobre la personalidad de los seres humanos....240
495. Personas naturales y personas jurídicas....241
496. Noción de las personas jurídicas....241
497. Existencia natural y existencia legal....243
498. Nacimiento....243
499. Parto y nacimiento....244
500. Doctrina de la viabilidad; sus dificultades....244
501. Tendencia moderna....245
502. Razones en virtud de las cuales el legislador la toma en cuenta....245
503. a) Protección de la vida del que está por nacer....245
504. b) Protección de los derechos del que está por nacer....246
505. “Niños de probeta”....246
506. ¿Qué clase de derecho es el que tiene la criatura que está por nacer?....246
507. Necesidad de que la criatura esté concebida al tiempo de la delación de los derechos....247
508. Presunción de derecho relativa a la época de la concepción....247
509. Computación de los plazos....248
510. Duración de la preñez. Nacimientos acelerados y tardíos....248
511. Margen de tiempo dentro del cual puede ubicarse la concepción....248
512. Alcance de la regla sobre la determinación de la época de la concepción....249
513. Crítica al artículo 76....249
514. Derecho Comparado....249
515. Partos dobles....250
516. Fecundación artificial....250
517. Extinción de la personalidad natural....254
518. Clases de muerte....254
519. Referencia a la muerte civil que existió en nuestro derecho; legislación transitoria....254

520. Bibliografía....255
521. Concepto....255
522. Medidas que tienden a acreditar la efectividad de la muerte y evitar su falseamiento....256
523. Comurientes....256
524. Los comurientes en el Derecho Romano y en el Código Francés....256
525. Regla sobre los comurientes en nuestro Código....256
526. La presunción de haber muerto dos o más personas al mismo tiempo puede destruirse....256
527. La presunción de los comurientes se refiere al caso de muerte real, y no al de muerte presunta....257
528. La disposición sobre los comurientes es de carácter general....257
529. CONCEPTO....257
530. OBJETO....257
531. Importancia....257
532. Fuentes del código chileno y relativa originalidad de éste en materia de muerte presunta...258
533. Significados de la palabra "ausente" en el código civil chileno....258
534. Condiciones necesarias para que tenga lugar la muerte presunta....258
535. Períodos de desaparecimiento....258
536. Quién puede pedirla....258
537. Juez competente....259
538. Formalidades que deben cumplirse para obtener la declaración de presunción de muerte por desaparecimiento....259
539. 1º los interesados deben justificar previamente que se ignora el paradero del desaparecido y que se han hecho las posibles diligencias para averiguarlo (artículo 81, nº 1º)....259
540. 2º La citación del desaparecido....259
541. 3º Intervención del defensor de ausentes....260
542. 4º Inserción de las sentencias en el periódico oficial....260
543. 5º Transcurso de cierto plazo mínimo desde la última citación....260
544. 6º Transcurso de cierto plazo mínimo desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron del desaparecido....260
545. ¿Desde cuándo se cuenta el plazo de cinco años?....261
546. El plazo de cinco años basta que haya transcurrido cuando llega el momento de la declaración....261
547. ¿Es necesario que el mismo ausente dé noticias suyas?....262
548. Fijación del día presuntivo de la muerte....262
549. Fijación del día presuntivo de la muerte de una persona que recibió una herida grave en la guerra o le sobrevino otro peligro semejante....262
550. Día presuntivo de la muerte de una persona que se encontraba en una nave o aeronave reputada perdida....262
551. Inscripción en el Registro Civil de las sentencias ejecutoriadas que declaren la muerte presunta....263
552. Duración de este período....263
553. Característica....263
554. Personas que administran los bienes del desaparecido....263
555. Término del período de mera ausencia....264
556. Duración del período....264
557. Característica....264
558. Fecha en que se dicta el decreto de posesión provisoria....264
559. Quién puede solicitar el decreto de la posesión provisoria....264
560. Caso en que no se presentan herederos....265
561. Sólo a los herederos concede la ley la posesión provisoria de los bienes del desaparecido...265
562. Patrimonio cuya posesión se confiere a los herederos presuntivos....265
563. Efectos del decreto de posesión provisoria....265
565. ¿A qué título poseen los bienes los herederos presuntivos?....266
566. Disposición de los bienes por los poseedores provisorios....266

567. Nulidad de las enajenaciones....267
568. Representación judicial de la sucesión....267
569. Término de la posesión provisoria....267
570. Comienzo del período....267
571. Característica....268
572. Casos en que tiene lugar la posesión definitiva....268
573. Personas que pueden pedir el decreto de la posesión definitiva....268
574. Inscripción del decreto en el Registro Conservatorio....268
575. Efectos que produce el decreto de posesión definitiva....269
576. Prueba contraria a la presunción de muerte. ¿A quién incumbe?....269
577. Mal empleo de la palabra "rescisión"....269
578. Casos en que tiene lugar....270
580. 1) Rescisión a favor del desaparecido....270
581. 2) Rescisión a favor de los legitimarios habidos durante el desaparecimiento....270
582. 3) Rescisión a favor del cónyuge del ausente por matrimonio contraído en la época del desaparecimiento....270
583. ¿Pueden pedir la rescisión del decreto de posesión definitiva otras personas que las mencionadas por la ley?....271
584. Tiempo dentro del cual puede pedirse la rescisión del decreto de posesión definitiva....271
585. A quiénes aprovecha la rescisión del decreto de posesión definitiva....271
586. Efectos de la rescisión del decreto de posesión definitiva....271
587. Presunción sobre la buena fe; hechos que constituyen mala fe....272
588. Suerte que corren los frutos....272
589. Subinscripción en el Registro Civil de la sentencia que rescinde la declaración de muerte presunta....272
590. Ley dictada con motivo del terremoto de 24 de enero de 1939....272
591. Leyes dictadas con motivo de los terremotos de los días 21 y 22 de mayo de 1960 y de 28 de marzo de 1965....272
592. Muerte presunta en casos de sismos o catástrofes....273
593. Referencias a los sistemas....273
593-a. Bibliografía....274
594. Concepto y enumeración de dichos atributos....275
595. Referencia....275
596. Capacidad de goce y personalidad....275
597. No hay incapacidades de goce generales....275
598. Definición....276
599. Derechos y obligaciones recíprocos entre el Estado y sus nacionales....276
600. Nacionalidad y ciudadanía....276
601. Nuestro Código Civil no reglamenta la nacionalidad....276
602. Chilenos y extranjeros....276
603. Reglas fundamentales del Derecho Internacional en cuanto a la nacionalidad....277
604. Nacionalidad de origen y nacionalidad de elección....278
605. Sistemas para determinar la nacionalidad de origen....278
606. Quiénes son chilenos....279
607. 1º Son chilenos los nacidos en el territorio de Chile (jus soli)....279
608. 2º Hijos de chilenos nacidos en el extranjero que siguen la nacionalidad de sus padres (jus sanguinis)....279
609. 3º Son chilenos los extranjeros que obtuvieren carta de nacionalización....280
610. 4º Son chilenos los que obtuvieren especial gracia de nacionalización por ley (Constitución, artículo 10, Nº 5º)....280
611. Causales....281
612. 1º Nacionalización en país extranjero....281
613. 2º Prestación de servicios durante una guerra exterior a enemigos de Chile o de sus aliados 281

614. 3º Delitos contra la dignidad de la patria o los intereses esenciales y permanentes del Estado 281
615. 4º Cancelación de la carta de nacionalización....281
616. 5º Revocación de la nacionalización concedida por gracia....282
617. La nacionalización automática en país extranjero no hace perder la nacionalidad chilena...282
618. Readquisición de la nacionalidad chilena....283
619. Recurso contra la determinación de la autoridad administrativa que priva a una persona de su nacionalidad chilena o se la desconoce....283
620. Breve noticia histórica....283
621. Los extranjeros en la legislación chilena....283
622. Derechos públicos....284
623. Derechos privados o civiles; principio....284
624. Excepciones a la regla de igualdad civil entre el chileno y el extranjero....284
624-a. Definición y función....284
625. Antigüedad....285
626. Unidad del nombre en la Edad Media....285
627. Reaparición de los nombres dobles....285
628. Reconstitución del nombre de familia....286
629. Composición del nombre....286
630. Determinación del nombre....286
631 a) Nombre de familia o patronímico....286
632-633. b) Nombre propio individual....288
634. Principio....288
635. a) Cambio del nombre patronímico por vía principal y directa....289
636. Ley especial que autoriza el cambio de nombres y apellidos por vía principal en determinados casos....289
637. b) Cambio del nombre patronímico por vía de consecuencia....291
638. Exigencia de sentencia judicial para alterar el nombre en la inscripción del Registro Civil. 291
639. Nombre de la mujer casada....292
640. Cambio del nombre propio de los transexuales....292
641. Teorías....293
642. Teoría de la propiedad....293
643. Teoría de la marca distintiva de la filiación....293
644. Teoría del nombre institución de policía civil....293
645. Teoría del nombre atributo de la personalidad....294
646. Las sentencias que se dictan en materia de nombre producen efectos absolutos....294
647. Protección del nombre; sanciones....294
648. El sobrenombre....295
649. El seudónimo....295
650. Noción....296
651. Estado de las personas....296
652. El estado civil dentro de la legislación chilena....296
653. Consecuencias del estado civil....297
654. Fuentes del estado civil....297
655. Capacidad y estado civil....297
656. Acciones del estado civil....298
657. Características del estado civil....298
658. Concepto de familia....298
659. Clases de parentesco....299
660. La línea y el grado en el parentesco por consanguinidad....299
661. Los grados; manera de computarlos....299
662. Parentesco de consanguinidad legítimo e ilegítimo....300
663. Parentesco de doble conjunción y de simple conjunción....300
664. Parentesco de afinidad legítimo e ilegítimo....300

665. La afinidad subsiste aun después del fallecimiento de una de las personas que la determinan, ...300
666. Personas ligadas por el parentesco de afinidad.....300
667. Modo de determinar la línea y el grado de afinidad.....301
668. Noción.....301
669. Funcionarios encargados del Registro Civil.....301
670. Funciones de los cónsules en lo relativo a los actos del estado civil.....301
671. Leyes sobre Registro Civil.....301
672. Los libros del Registro Civil.....302
673. Las partidas y los certificados.....302
674. Rectificación de las inscripciones.....302
674-a. Las subinscripciones.....303
675. Diversas clases de pruebas.....303
676. Generalidades.....303
677. Identificación de los recién nacidos.....304
678. La cédula de identidad.....304
679. Concepto.....305
680. Función del domicilio.....305
681. Concepto vulgar y concepto jurídico.....305
682. Concepciones sobre el domicilio.....305
683. a) Teoría clásica.....305
685. Concepción que acepta el Código Civil Chileno.....306
686. Caracteres.....306
686-a. Residencia y habitación.....306
687. Ejemplo de domicilio, residencia y habitación de una misma persona.....307
688. Importancia del domicilio.....307
689. Importancia de la residencia.....308
690. Importancia de la habitación.....308
691. Divisiones del domicilio.....308
692. Domiciliados y transeúntes.....308
693. Doctrina extranjera.....309
694. Derecho chileno.....309
695. Definición.....309
696. Prueba.....310
697. Aplicación general del domicilio civil.....310
698. Conceptos de domicilio en el Código de Procedimiento Civil.....310
698-a. Elementos constitutivos del domicilio.....310
699. Caracteres del domicilio.....311
700. Leyes de orden público.....311
701. Condición de vivir fuera del país.....312
702. Generalidades.....312
703. Personas sometidas a domicilio legal.....313
704. Las personas sometidas a domicilio legal, con excepción de los incapaces absolutos, pueden tener además un domicilio independiente y especial.....313
705. Distinción.....313
706. a) Hijos legítimos.....313
707. b) Hijos ilegítimos.....314
708. Domicilio del menor no sujeto a patria potestad ni a guarda.....314
709. c) Adoptado de acuerdo con la Ley Nº 7.613.....314
710. d) Adoptados simples y adoptados plenos.....314
711. e) Legitimados adoptivos.....314
712. f) Pupilos no domiciliados en Chile.....315
712-a. Su domicilio legal.....315
713. Su domicilio legal.....315

714. Fundamento....315
715. Condiciones para que los criados y dependientes tengan el domicilio de su patrón o empleador....315
716. Quiénes son estas personas....316
717. Generalidades....316
718. Condiciones necesarias para que se efectúe el cambio de domicilio....317
719. a) Residencia....317
720. b) Animo de permanecer; presunciones....317
721. Presunciones positivas....317
722. Presunciones negativas....318
723. Todas estas presunciones son simplemente legales, y, por lo tanto, pueden destruirse demostrando lo contrario de lo que suponen....318
724. Conservación del domicilio....318
725. El abandono del domicilio, ¿supone necesariamente la adquisición de otro?....318
726. Cuestiones de hecho....318
727. Teorías de la unidad y de la pluralidad....319
728. Derecho Comparado....319
729. Legislación chilena....319
730. ¿Admite la legislación chilena la pluralidad de domicilios generales?....319
731. Condiciones necesarias para que se admita la pluralidad de domicilios....320
732. Generalidades....320
733. Domicilios especiales voluntarios e impuestos por las leyes....320
734. Domicilio parroquial, municipal, provincial....320
735. Domicilio elegido para facilitar el diligenciamiento de las notificaciones por cédula....321
736. Domicilio del fiador....321
737. Domicilio especial constituido por voluntad de las partes....321
738. Finalidad....321
739. El domicilio convencional debe aceptarse por las dos partes....322
740. El domicilio convencional debe determinarse y no fijarse vagamente....322
741. Manifestación expresa o tácita de voluntad....322
742. La designación del lugar del pago en la convención ¿importa elección tácita de domicilio? 323
743. Forma verbal o escrita....323
744. Elección en instrumento público o privado....323
745. Acto en que puede efectuarse la elección....323
746. Capacidad de las partes....323
747. Constitución por mandatario....323
748. Lugar que se determina: localidad o casa....324
749. Elección del domicilio de un tercero....324
750. Elección del domicilio real....324
751. Efectos....324
752. Prórroga de competencia....324
753. Domicilio especial sin señalamiento de casa determinada; notificaciones....324
754. Competencia para declarar la nulidad del contrato que contempla domicilio especial....325
755. Notificación de la sentencia que condena al deudor....325
756. Especialidad del domicilio convencional....325
757. Duración del domicilio convencional....325
758. Los sucesores a título particular, ¿se hallan obligados por el domicilio especial?....326
759. ¿Pasa el domicilio especial del deudor directo al adquirente del inmueble hipotecado?....326
760. Renuncia del domicilio de elección....326
761. Interpretación del domicilio convencional....326
762. Suspensión del domicilio convencional con respecto a los juicios universales....327
763. Etimología....327
763-a. Sentido jurídico....327

764. Distinción del patrimonio respecto de los bienes que lo componen; carácter virtual....327
765. Activo bruto, pasivo y activo neto del patrimonio....327
766. Utilidad del concepto de patrimonio....328
767. Teoría clásica del patrimonio....328
768. Composición del patrimonio y de la esfera jurídica....329
769. Características del patrimonio según la teoría clásica....329
770. Teoría objetiva; el patrimonio-fin o de afectación....329
771. ¿Es una universalidad de derecho el patrimonio general?....330
772. Patrimonios separados....330
773. Patrimonio autónomo....331
774. Definiciones....332
774-a.Polémica sobre la configuración de los derechos de la personalidad....332
775. Protección constitucional de los derechos de la personalidad....332
776. Defensa de los derechos de la personalidad por el "recurso de protección"....332
777. Naturaleza y caracteres de los derechos de la personalidad....333
778. Los derechos de la personalidad con relación a las personas jurídicas....333
779. Clasificaciones....333
780. a) Derecho a la protección de la propia integridad física....334
781. b) Actos de disposición sobre el propio cuerpo....334
782. c) Disposición del propio cadáver....335
783. d) Derecho al honor....335
784. e) Derecho a la intimidad....335
785. f) Inviolabilidad de las comunicaciones y papeles privados....336
786. g) Derecho a la imagen....337
787. h) Las libertades....338
788. i) La inviolabilidad del hogar....338
789. j) Derecho al nombre....339
790. k) Derecho moral de autor....339
791. Sanciones de los derechos de la personalidad....339
792. Idea esencial de la personalidad jurídica....340
793. Definiciones....340
794. Corporaciones y fundaciones....341
795. Asociación; sociedad....341
796. Requisitos básicos para la existencia de una persona jurídica....341
797. Terminología....341
798. Personalidad y personería....342
799. Derecho Romano....342
800. Derecho Germánico....342
801. Edad Media....342
802. Período siguiente al de los posglosadores; la Revolución Francesa....343
803. Conclusión....343
804. Reglamentación de las personas jurídicas en las legislaciones....343
805. Planteamiento del problema; diversas teorías....344
806. Afirmación de esta teoría....344
807. Ataques....344
808. 1º Ataques de los que niegan la existencia de los derechos subjetivos....344
809. 2º La propiedad colectiva....345
810. 3º Propiedad de afectación....345
811. 4º Teoría individualista o del sujeto colectividad....346
812. Neoficcionismo doctrinal; teoría de la incertidumbre del sujeto de derecho....346
813. Afirmaciones de esta teoría....347
814. Teoría que acepta el Código Civil Chileno....348
815. Afirmaciones de esta teoría....348
816. Diversas direcciones de esta teoría....349

817. Teoría normativa de Kelsen....349
818. Teoría ecléctica de tipo realista....350
819. Subsistencia del problema; complicación producida por la doctrina....350
820. Aportes parciales útiles; tendencia conciliadora....350
821. Rechazo de la idea de la ficción....351
822. Inexistencia del antagonismo entre lo natural y lo jurídico....351
823. Elemento real y elemento arbitrario en la creación de las personas jurídicas....351
824. Ventajas prácticas de la adopción de una teoría u otra....351
825. Enunciación....352
826. Distinción entre las personas jurídicas de derecho público y de derecho privado....352
827. Legislación especial sobre su organización y administración....354
828. Inteligencia de la norma del inciso 2º del artículo 547....354
829. Teorías sobre su personalidad....354
830. Derecho chileno....355
831. Estado y Nación....355
832. Aplicación al Estado de las normas de derecho privado....356
833. El Fisco....356
834. Representación extrajudicial del Fisco y de los servicios descentralizados....356
835. Representación Judicial del Estado, del Fisco y de otras entidades....357
836. Ortografía de la palabra "Fisco"....357
837. Definiciones....358
838. Representación judicial y extrajudicial....358
839. Establecimientos que se costean con fondos del erario; establecimientos públicos....358
840. Conceptos de establecimiento y establecimiento público....359
841. Establecimientos de utilidad pública; su carácter jurídico....360
842. Diferenciación de los establecimientos públicos de los de utilidad pública....360
843. Disposición del inciso 2º del artículo 547 del Código Civil....360
844. Régimen de las iglesias y comunidades religiosas; distinción de épocas....361
845. Opiniones sobre la personalidad de las iglesias, comunidades, confesiones e instituciones religiosas....361
846. Jurisprudencia....362
847. Clasificación....363
848. Personas jurídicas de derecho privado no regidas por el Título XXXIII del Libro I del C. Civil 363
849. Sociedades de economía mixta....363
850. Colegios profesionales y asociaciones gremiales....364
851. Personas jurídicas de derecho privado regidas por el Título XXXIII del Libro I del C. Civil 364
852. ¿Qué se entiende por "entidad con fin de lucro"?....365
853. Diferencias entre las personas jurídicas regidas por el Título XXXIII del Libro I del Código Civil y las comunidades y sociedades....365
854. Corporaciones y fundaciones....366
855. Fundaciones de familia y fundaciones de beneficencia....366
856. Concepto de beneficencia pública....366
857. Extensión de la clasificación de corporaciones y fundaciones a las personas jurídicas de derecho público....367
858. Personas jurídicas mixtas....367
859. Sentidos de la palabra fundación....367
860. Fundación autónoma y fundación fiduciaria....367
861. Patrimonio formado por suscripciones....368
862. Institución de las fundaciones; directa e indirecta....368
863. El substratum de las fundaciones....368
864. Diferencias entre las corporaciones y fundaciones....368
865. Disposiciones comunes que rigen las corporaciones y fundaciones....369

866. Elementos....369
867. a) Elemento personal de las corporaciones; acto constitutivo....369
868. La voluntad del fundador; el acto fundacional....371
869. b) Reconocimiento del Estado....372
870. Sistemas de reconocimiento....372
871. Razones que justifican la intervención del poder público....373
873. Autoridades facultadas en Chile para otorgar personalidad jurídica....374
874. Aprobación de los estatutos....375
875. a) Aprobación de los estatutos de las corporaciones....375
876. b) Aprobación de los estatutos de las fundaciones....375
877. ¿Puede el Presidente de la República exigir la modificación de los estatutos después que los ha aprobado?....376
878. Derechos de terceros lesionados por los estatutos....376
879. Procedimiento para obtener la concesión de la personalidad jurídica....376
880. Registro de personas jurídicas....376
881. ¿Puede el Presidente aprobar o denegar, a su arbitrio, la solicitud de personalidad jurídica? 377
882. Comienzo de la existencia de las personas jurídicas....377
883. Corporaciones sin personalidad jurídica; responsabilidad de sus miembros....377
884. Asignación que tiene por objeto la fundación de una nueva corporación o establecimiento.377
885. a) Los miembros o socios de la corporación....378
886. Las fundaciones carecen de miembros; los destinatarios....378
887. b) Los órganos de la corporación....379
888. Los órganos de la fundación....379
889. c) El estatuto de las corporaciones....379
890. El estatuto de las fundaciones....379
891. Contenido de los estatutos....380
892. Naturaleza jurídica de los estatutos de las corporaciones....381
893. Fuerza obligatoria de los estatutos de la corporación....381
894. Dificultades entre los asociados y la corporación o sus órganos; intervención judicial....381
895. El derecho disciplinario corporativo....382
896. Obligatoriedad de los estatutos de la fundación; derecho de policía correccional....383
897. Las “injonctions”....383
898. Modificaciones de los estatutos de las corporaciones....383
899. Reforma de los estatutos de las fundaciones....384
900. Preponderancia de los estatutos sobre las reglas legales que rigen la organización, funcionamiento y extinción de las personas jurídicas....384
901. Estatuto tipo....384
902. La actividad de las personas jurídicas requiere siempre el concurso de personas humanas.. 385
903. Calificación jurídica....385
904. Teoría de la representación....385
905. Teoría del órgano....385
907. Crítica....386
908. Derecho chileno....386
909. Voluntad de la corporación; cómo se manifiesta....388
910. La asamblea general, ¿es un órgano de la persona jurídica?....388
911. Asambleas generales ordinarias y asambleas generales extraordinarias....388
912. La voluntad corporativa; concepto de sala....388
913. Mayoría de la sala....389
914. ¿Hay asuntos que la mayoría de la sala no puede resolver?....389
915. Modificaciones de las reglas legales por los estatutos....389
916. Aplicación a las fundaciones de la disposición sobre la “sala”....390
917. Enunciación....390
918. Generalidades....390

919. Su denominación....390
920. Doctrina negativa....391
921. Doctrina positiva....391
922. Legislación chilena....391
923. Lugar del domicilio....391
924. Domicilio especial....391
925. Jurisprudencia....391
926. Discusión; importancia de la nacionalidad de las personas jurídicas....392
927. Doctrina negativa....392
928. Doctrina positiva....392
929. Legislación chilena y Código Bustamante....393
931. Nacionalidad de las personas jurídicas de derecho privado....393
932. Legislación chilena....393
933. Extraterritorialidad de las personas jurídicas; tendencias doctrinarias....394
934. Legislación chilena....395
935. Efectos del reconocimiento de las personas jurídicas en cuanto a la adquisición y ejercicio de los derechos civiles....396
936. Generalidades....397
937. Principio de la separación....397
938. Consecuencias del principio de la separación....397
939. Los miembros de la corporación pueden obligarse junto con ésta....398
940. Fundaciones....399
941. Control por el Estado del patrimonio de las personas jurídicas....399
942. Tendencias....399
943. a)Limitaciones a la capacidad derivadas de la naturaleza de las personas jurídicas....399
944. b) Limitaciones a la capacidad derivadas de la ley....401
945. Capacidad para ser parte en juicio....401
946. Capacidad de las personas jurídicas para ser demandantes en un juicio penal....401
947. Capacidad procesal....403
948. El principio de la especialidad....403
949. Distinciones....405
950. a) Responsabilidad penal....405
951. b) Responsabilidad civil contractual....406
952. c) Responsabilidad civil extracontractual....406
953. Responsabilidad personal de los individuos que constituyen el órgano....407
954. Responsabilidad solidaria....407
956. Asociaciones y establecimientos sin personalidad....407
957. Jurisprudencia....408
958. La persona jurídica como sujeto delictual pasivo....408
959. Generalidades....408
960. a) Disolución voluntaria....409
961. b) Disolución por disposición de la autoridad....409
962. Filial de la organización central de una corporación que no cumple con sus fines; cancelación de la personalidad jurídica....409
963. Reconsideración de la cancelación de la personalidad jurídica....410
964. ¿Se extingue la corporación si llegan a faltar todos sus miembros?....410
965. Reducción de los miembros de una corporación....410
966. Falta o reducción de los administradores de las fundaciones....410
967. Disolución estatutaria....411
968. Causales propias de extinción de las fundaciones....411
969. a) Previsión de los estatutos....411
970. b) falta de previsión en los estatutos....412
971. Suerte de las liberalidades hechas al ente moral....412
972. Anotaciones en el registro de personas jurídicas....413

973. Causas de la falta de personalidad de algunas corporaciones....414
974. Estructura y fines....414
975. Caracteres jurídicos....414
976. Disposiciones que las rigen....414
977. El contrato de asociación....415
978. Patrimonio....415
979. Incrementos patrimoniales que no pueden recibir las asociaciones sin personalidad jurídica....416
980. Capacidad y responsabilidad....416
981. Incapacidad de recibir asignaciones testamentarias....417
982. Adquisiciones....417
983. Comparecencia judicial....417
984. Disolución y devolución de bienes....418
985. Situación de las fundaciones....418
985-a. Los comités....418
986. Derecho comparado....419
987. Otros casos en que no hay personalidad jurídica....419
Bibliografía....420