

TEORÍA DE LA LEY, PERSONA NATURAL, ATRIBUTOS DE LA PERSONALIDAD Y PERSONA JURÍDICA

DE LAS NORMAS JURÍDICAS

INTRODUCCION

I EL DERECHO Y SUS NORMAS

1. CONCEPTO DE NORMA

En general, se entiende por *Derecho* al “conjunto de normas que imponen deberes y normas, que confieren facultades, que establecen las bases de convivencia social, cuyo fin es dotar a todos los miembros de la sociedad de los mínimos de seguridad, certeza, igualdad, libertad y justicia”

Las normas, constituyen la base axiomática del Derecho. Los límites conceptuales de la expresión “norma” pueden ser elaborados de manera amplia: “Línea o criterio de pensamiento o de acción, que uno adopta por sí mismo o recibe de otro...”.

Luego, en términos estrictamente jurídicos, el concepto de norma puede ser enunciado de la siguiente manera:

“Mandato dirigido a todos los hombres que viven en sociedad y mediante el cual, bajo amenaza de sanción, se les conmina a observar una determinada conducta positiva o negativa”¹.

Las normas enuncian lo que debe ser y singularmente, determinan el comportamiento de un individuo de una determinada manera. La validez de la norma o eficacia de ella no depende del hecho de que sea seguida o aplicada, sino que sólo del *deber ser* que expresa.

2. SOCIEDAD Y DERECHO

El hombre es un ser social. Así ha sido siempre, y así es como se desenvolverá en los diversos campos de acción, dentro de la vida en comunidad. Sin la mutua colaboración las personas no pueden desarrollar sus aspiraciones ni alcanzar el bien personal y colectivo. Dicha colaboración implica relaciones pacíficas y libres, entabladas entre los miembros de la sociedad. La única manera de que logren tener esos caracteres (relaciones pacíficas y libres) es que estén regidos por normas generales y obligatorias para todos. Tales normas son establecidas por la sociedad a través de sus órganos².

¹ ORREGO, Juan Andrés: “El Ordenamiento Jurídico”, pp. 1, 31 de enero de 2011.

² Téngase presente la teoría organicista de la sociedad.

La norma, puede ser analizada a partir de dos vertientes cognitivas, que determinan su naturaleza jurídica:

- i) Como mandato del Estado,
- ii) En cuanto a su naturaleza jurídica como juicio de conducta.

Lo anterior será analizado en el acápite siguiente.

3. DERECHO OBJETIVO Y DERECHO SUBJETIVO

Podemos definir el derecho 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 éstos”*.

Por su parte, el Derecho Subjetivo es *“el interés jurídicamente protegido”*.

El concepto de derecho subjetivo dice se encuentra íntimamente relacionado con el titular del mismo; es decir, aquella persona que tiene el poder de obrar, llamada sujeto de derecho. En contraste con lo anterior, 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.

Derecho objetivo y subjetivo no son opuestos. Ambos son aspectos diversos de una misma esencia, dos caras de la misma moneda. Entiéndase lo antes dicho, como un ejemplo: el poder y las facultades que implica el derecho subjetivo de propiedad (uso, goce y disposición) se los reconoce y garantiza el derecho objetivo que impone a todos el deber de respetar el poder y las facultades del propietario.

II NATURALEZA Y CARACTERES DE LAS NORMAS JURÍDICAS

1. TEORÍAS ACERCA DE LA NATURALEZA DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Al respecto, es posible esbozar dos teorías:

1.1. Teoría de la imperatividad. Según esta teoría, la norma jurídica impone una acción o una abstención, es decir, un proceder o actuar concreto o la prohibición de una determinada conducta.

Crítica. Algunos autores niegan el carácter imperativo de cualquier norma jurídica. Sostienen que si la norma fuera un mandato, la persona se convertiría en objeto de la voluntad ajena: la del Estado o la del legislador. Lo anterior resulta inaceptable, porque la voluntad sólo puede actuar sobre la propia persona y no sobre otra.

Réplica. Quienes sostiene la teoría de la imperatividad, reformulan sus postulados, señalando que el mandato no destruye el libre albedrío, pues el destinatario de la norma tiene independencia para elegir entre acatarlo o no, asumiendo en este último caso la responsabilidad.

1.2. Teoría del juicio hipotético. Según esta teoría la norma jurídica es sólo un juicio hipotético (no un mandato), es decir, afirma o niega algo, pero bajo una condición. Para los sostenedores de ésta postura doctrinaria, la norma jurídica contiene dos elementos: una hipótesis o condición y una consecuencia jurídica. Ejemplo artículo 79 del Código Civil³.

Crítica. Se señala que la declaración de voluntad que hace el legislador, siempre constituye una orden, porque verificada la hipótesis la consecuencia debe necesariamente producirse.

2. CARACTERES DE LA NORMA JURÍDICA

2.1 Imperatividad. En virtud de este carácter, toda norma jurídica lleva envuelta una orden. La regla jurídica no aconseja ni sugiere, manda en forma perentoria. Vale decir que, la redacción gramatical de la norma jurídica no requiere de términos imperativos, sino que basta que la orden aparezca implícita para que haya o exista la norma jurídica.

2.2 Heteronomía⁴. Las normas jurídicas tienen la distinción de ser heterónomas. A diferencia de las normas sociales, éticas o religiosas, que tienen un matiz preponderantemente autónomo; es decir, impuestas por el propio sujeto, en cuanto a la obligatoriedad de su contenido.

Luego, la distinción entre normas imperativas heterónomas y normas autónomas, radica, esencialmente, en la posibilidad de exigir su cumplimiento compulsivamente; esto es, su coercibilidad. El mencionado carácter solo se encuentra en las normas jurídicas.

2.3 Bilateralidad, alteridad o socialidad de la norma jurídica. La norma jurídica no es una regla de conducta para el individuo aisladamente considerado, es decir, no rige el comportamiento de la persona en sí misma, sino que en relación con los otros. La alteridad o bilateralidad significa dos cosas:

- a) Que la norma jurídica rige actos humanos sociales, actos que ponen en contacto a unos hombres con otros;
- b) Establece deberes correlativos de facultades.

2.4 Generalidad. Las normas jurídicas son generales, esto significa que se dirigen la conducta de todas las personas que, durante el tiempo de su vigencia, puedan subsumirse en las hipótesis previstas por la norma jurídica. La generalidad de las normas jurídicas responde al

³ Artículo 79 del Código Civil: “Si por haber perecido dos o más personas en un mismo acontecimiento, como 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”.

Entiéndase que la hipótesis es la descrita para los comurientes, la consecuencia jurídica es que se entenderá que ninguno sobrevivió al otro.

⁴ Heteronomía: “Condición de la voluntad que se rige por imperativos que están fuera de ella misma”.

principio de igualdad ante la ley⁵, pues la regla es la misma para todos. En el caso de las leyes singulares (“con nombre y apellido”), en estricto rigor no estamos ante una norma jurídica, sino que se trata de actos administrativos emitidos por el poder legislativo que revisten forma de ley. Ejemplo de lo anterior son las leyes que conceden la nacionalidad por gracia.

2.5 Abstracción. Las normas jurídicas no prevén casos concretos, sino que situaciones tipo.

2.6 Coercibilidad. La coerción de las normas jurídicas consiste en la amenaza de sanción que acompaña al mandato para el caso que no sea observado o acatado.

Cabe apuntar la distinción entre los términos coercibilidad y coacción (coactivo - coactividad). Decir que una norma jurídica es coactiva significa que ésta en todo caso es impuesta por la fuerza, en cambio, la coercibilidad denota sólo la posibilidad de recurrir a la fuerza.

2.7 Estatalidad. El carácter estatal de las normas jurídicas está compuesto por dos matices:

- i) El Estado crea y reconoce las normas jurídicas.
- ii) El Estado garantiza su observancia.

⁵ Artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República.

PARTE PRIMERA

TEORÍA DE LA LEY

EL CÓDIGO CIVIL CHILENO

1. ANTECEDENTES

Código es toda ordenación sistemática de normas legales relativas a una determinada rama del derecho o a una parte orgánica de ella.

Nuestro Código Civil -que comenzó a regir el 1 de enero de 1857- contiene casi todo el Derecho Civil chileno

La gestación del Código Civil es de larga data. Antes de su entrada en vigencia se aplicaron en Chile las leyes españolas, entre las cuales cabe mencionar: la Novísima Recopilación, el Fuero Real, el Fuero Juzgo, las Siete Partidas, etc. y otras leyes especiales dictadas para América o Chile.

Formalmente la tarea codificadora comenzó en 1840 cuando el Congreso Nacional creó una comisión al efecto, integrada entre otros miembros por don Andrés Bello, quien ya en 1835 tenía redactado en proyecto de Código Civil.

El 22 de noviembre de 1855 el Presidente de la República, don Manuel Montt, presentó el proyecto definitivo al Congreso Nacional, el que fue aprobado en menos de un mes entrando a regir el 1 de enero de 1857.

2. ESTRUCTURA DEL CÓDIGO CIVIL

El Código Civil comprende un título preliminar, cuatro libros y un título final. Cada libro se divide en títulos y éstos en párrafos.

El articulado del Código Civil está conformado por 2524 artículos más un artículo final.

Título Preliminar	Trata todo lo relativo a la ley y define varias palabras de uso frecuente en las leyes.
Libro I	De las personas
Libro II	De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce.
Libro III	Sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos
Libro IV	De las obligaciones en general y de los contrato
Título Final.	De la observancia de éste Código: artículo final.

NOCIONES PRELIMINARES Y EL CONCEPTO DE LEY

1. CONCEPTO DE LEY EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

Para calificar un acto de ley nuestro derecho positivo sólo se atiende a la forma; indiferente es que el acto implique un mandato general y abstracto o uno singular y concreto. La intrascendencia del contenido y lo primordial de la forma se denota al definir el Código Civil en su artículo 1º lo que es ley, señalando *“La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite”*.

2. CRÍTICAS A LA DEFINICIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

Como ya hemos señalado, el Código Civil pone de relieve -para calificar a un acto de ley- la forma en que se gesta y no la naturaleza de la disposición en él contenida, por consiguiente ha sido objeto de diversas críticas, siendo las más importantes las siguientes:

a) En cuanto a su redacción. Dada la redacción del concepto de ley contenido en el artículo 1º del Código Civil, pareciera 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 voluntad soberana que no importara un mandato.

b) En cuanto al objeto de la ley. El concepto no da una idea clara del objeto de la ley. Al respecto pareciera preferirse la definición formulada por Santo Tomás quien señala que la ley *“es una orden de la razón destinada al bien común, debidamente promulgada por el que cuida de la comunidad”*.

c) Sin perjuicio de que la definición legal de ley, no haga referencia al objeto de la ley, tampoco entrega una idea de lo que es ley en sí misma, como si lo hace la definición de Santo Tomás (*“una orden de la razón”*).

d) El concepto de ley contenido en nuestro Código Civil es demasiado amplio, pues sus términos dan cabida 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. Así en el derecho chileno positivo también puede decirse que ley es toda disposición obligatoria aprobada por las Cámaras y el Presidente de la República y promulgada por éste.

3. REQUISITOS EXTERNOS E INTERNOS DE LA LEY

Requisitos externos. Éstos permiten a las personas cerciorarse de que la norma que se les presenta es en realidad ley. Son, principalmente, dos:

a) Que se trate de una declaración de la voluntad soberana (en Chile el poder legislativo está integrado por el Congreso Nacional y por el Presidente de la República, ambos órganos colegisladores⁶); y,

b) Que esa voluntad soberana esté manifestada en la forma prescrita por la Constitución (procedimiento de formación de la ley⁷, inconstitucionalidad de forma y de fondo).

Requisitos internos. Éstos miran al contenido de la norma, es decir, si el precepto es imperativo, prohibitivo o permisivo.

CLASIFICACIÓN DE LAS LEYES SEGÚN SUS CARACTERES

1. LEYES DECLARATIVAS O SUPLETIVAS DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES v/s LEYES INTERPRETATIVAS O EXPLICATIVAS.

Son las leyes que determinan las consecuencias de los actos jurídicos cuando las partes interesadas no los han previsto y regulado de otra manera, teniendo la libertad para hacerlo. En otras palabras la ley suple el silencio u omisión de las partes (artículo 1444 del Código Civil).

Por otra parte, las leyes interpretativas o explicativas, fija por sí mismas, el sentido o alcance del contenido de una disposición (artículos 1560 y siguientes)

2. LEYES IMPERATIVAS O PROHIBITIVAS

Ambos tipos de leyes son impuestas a la voluntad de los particulares, quienes para ejercer determinados actos deben:

- i) Someterse a ellas, en el caso de las leyes imperativas, o
- ii) Desviar su conducta de la interdicción impuesta por las leyes. Cabe señalar que hay autores que se refieren a leyes “imperativas de requisito”, dentro de una subclasificación-como aquellas que, si bien prohíben una conducta, la permiten bajo ciertas circunstancias. Es la postura sostenida por parte de la doctrina, respecto del mandato contenido en el artículo 1464 del Código Civil conocida coloquialmente como “tesis Velasco”, que expresa que sólo los numerales 1 y 2, serían normas prohibitivas; en cambio, los numerales 3 y 4 imperativas de requisito.

La ratio legis del legislador para dictar normas de esta naturaleza, pueden resumirse en:

⁶ Artículo 32 N° 1 Constitución Política de la República.

⁷ Artículo 63 de la Constitución Política de la República.

a) Asegurar el orden público, es decir, el orden general necesario para el mantenimiento del equilibrio social, la moral pública y la armonía económica.

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

3. LEYES DISPOSITIVAS

Son aquellas leyes que el legislador dicta para resolver conflictos de intereses que se presentan entre personas que no han contratado entre sí. En otras palabras, se refieren a situaciones en que la voluntad no desempeña rol alguno. En este caso, el legislador compara y sopesa los intereses controvertidos y se pronuncia, dando primacía a aquel que le parece más digno de protección. Ejemplo, venta de cosa ajena, artículo 1815 del Código Civil.

LA COSTUMBRE

1. CONCEPTO Y ELEMENTOS

La costumbre es *“la repetición constante de una determinada conducta realizada por la generalidad de los miembros de un grupo social, de manera reiterada y uniforme y con la convicción de cumplir un imperativo jurídico”*.

De este concepto se desprende que la costumbre tiene cuatro elementos objetivos y un elemento subjetivo.

1.1. Elementos objetivos, materiales o externos.

a) **Generalidad.** Esto implica que la “costumbre” es llevada a cabo por la gran mayoría de los componentes de un grupo social, por ejemplo, los habitantes de un país, una ciudad, etc.

b) **Constancia.** La repetición del acto es constante cuando, concurriendo las mismas circunstancias, no deja de realizarse una serie de actos uniformes. Involucra la ejecución permanente e ininterrumpida de una serie de actos uniformes. Si la cadena se interrumpe en algún período más o menos prolongado en que existan esas circunstancias, los actos no pueden fundar una costumbre determinada.

c) **Uniformidad.** Es considerado como uno de los principales elementos de la costumbre jurídica. Involucra la repetición constante de ciertos actos circunscritos a la generalidad de la comunidad, lo cual se traduce en el acatamiento de un mismo principio o regla. Los actos ejecutados dentro del contexto del tráfico comercial no requieren ser materialmente idénticos, basta con que su significado sea el mismo⁸.

d) **Publicidad.** Éste punto constitutivo de la costumbre, hace alusión a que la costumbre no debe ser secreta, íntima; es decir, debe carecer de toda clandestinidad.

1.2. Elemento subjetivo. La convicción de obedecer a un imperativo jurídico (opinio iuris et necessitatis - opinio iuris).

Los que realizan los actos lo hacen movidos por la convicción de obedecer a un imperativo jurídico, de cumplir un deber de esta especie y no por una mera voluntad espontánea.

2. USOS Y COSTUMBRES

La costumbre (uso normativo) se contrapone a los usos propiamente tales. Los usos son prácticas o conductas que, por conveniencia u oportunidad, siguen en sus relaciones jurídicas determinados sujetos. No tienen el carácter de la generalidad de la costumbre y tampoco cumplen con el requisito de la opinio iuris. Así lo expresa el profesor Joaquín Escriche: “No ha de confundirse la costumbre con el uso; el uso no es más que un hecho y la costumbre un derecho, puede haber usos sin costumbres, pero no se puede hablar de que una costumbre sea precedida de un uso”.

Los usos propiamente tales, también llamados individuales o contractuales, desempeñan diversas funciones: a) Usos interpretativos, a ellos se refiere el Código Civil al señalar que los 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 (artículo 1564); b) Usos integrativos o supletivos, éstos sirven para integrar o completar la voluntad contractual que no se ha pronunciado sobre un punto determinado, por ejemplo 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 se expresa en sus cláusulas, sino que a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella (artículo 1546).

⁸ DEL CANTO, Nicole: “Costumbre Mercantil y sus Implicancias Prácticas. Jurisprudencia y Doctrina”, pp.32, Santiago, 2013.

3. CLASIFICACIÓN DE LA COSTUMBRE

3.1 En cuanto al territorio en que impera.

- a) General. Rige en todo el territorio de un Estado.
- b) Local. Rige en un determinado lugar.

3.2 En cuanto al país en que se practica.

- a) Nacional.
- b) Extranjera.

3.3 En cuanto a su relación con la ley.

a) **Contra la ley (contra legem).** Es aquella costumbre que importa una norma destructora de la ley, ya sea proclamando su inobservancia, ya sea imponiendo una conducta diferente de la establecida por la ley. En cualquier de sus dos formas conduce al desuso de la norma legislativa.

b) **Fuera de la ley (praeter legem).** Es aquella que rige un asunto sobre el cual no hay ley.

c) **Según la ley (secundum legem).** Es aquella costumbre que adquiere el carácter de norma jurídica en razón de ser llamada por la propia ley para regir una determinada materia.

4. VALOR Y FUERZA OBLIGATORIA DE LA COSTUMBRE

En Derecho Penal la costumbre carece de toda fuerza, esto por el principio de la legalidad en virtud del cual no hay delito ni pena sin previa ley lo establezca⁹.

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 esta confiada a los órganos del Poder Legislativo.

Congruente con lo anterior nuestro Código Civil señala en su artículo 2º *“La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella”*.

En consecuencia, la costumbre no constituye derecho, es decir, no tiene fuerza de ley, salvo cuando es la ley la que se remite a la costumbre, por lo que, en nuestra legislación civil sólo se le reconoce valor a la costumbre *“según ley”* (secundum legem). Ejemplos, artículo 1940 inciso 2º, artículo 2117 inciso 2º.

En materia mercantil además de la costumbre según la ley, se acepta también la costumbre *“fuera de la ley”*. Así lo señala el artículo 4 del Código de Comercio *“Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley...”*

⁹ Artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de la República.

5. PRUEBA DE LA COSTUMBRE

En materia civil la costumbre se puede probar por cualquier medio idóneo: instrumentos públicos o privados, testigos, etc.

En materia mercantil no ocurre lo mismo, pues el Código de Comercio además de señalar los requisitos que debe reunir la costumbre para que sea fuente de derecho, establece los medios idóneos para hacerla valer.

En primer lugar, para que la costumbre sea fuente de derecho es menester:

a) que se trate de hechos uniformes, públicos y generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad;

b) que dichos hechos se hayan reiterado por un largo espacio de tiempo, que se apreciará prudencialmente por los juzgados de comercio.

En segundo lugar, la costumbre mercantil se debe probar por los medios que señala el artículo 5 del Código de Comercio:

Artículo 5° *“No constando a los juzgados de comercio que conocen de una cuestión entre partes la autenticidad de la costumbre que se invoque, sólo podrá ser probada por alguno de estos medios:*

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

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

Nótese que las partes pueden, eventualmente, quedar relevadas de prueba, si al juez le consta la costumbre mercantil invocada.

PROMULGACIÓN Y PUBLICACIÓN DE LA LEY

1. DIVERSAS ACEPCIONES DEL TÉRMINO “PROMULGACION”

La palabra promulgación tiene dos acepciones.

En una primera acepción significa “publicar una cosa solemnemente, hacerla saber a todos”. Este significado guarda relación con el origen etimológico del vocablo (promulgare).

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”.

2. PLAZOS PARA LA PROMULGACIÓN Y LA PUBLICACIÓN

Artículo 75 de la Constitución Política de la República:

“Si el Presidente de la República no devolviera el proyecto dentro de treinta días, contados desde la fecha de su remisión, se entenderá que lo aprueba y se promulgará como ley.

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 totalmente tramitado el decreto promulgatorio”.

3. CONDICIONES PARA QUE LA LEY SEA OBLIGATORIA

El artículo 6 del Código Civil señala *“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”.*

Por consiguiente para que una ley sea obligatoria es necesario:

a) Que sea promulgada por el Presidente de la República (mediante decreto promulgatorio).

b) Que sea publicada en el Diario Oficial o en otra forma dispuesta en la misma ley (artículo 7 del Código Civil).

4. PUBLICACIÓN

La publicación es el medio que se emplea para hacer llegar la ley al conocimiento de todos los individuos.

En cuanto a la forma de publicación el artículo 7 del Código Civil señala que ésta se hará mediante su inserción en el Diario Oficial, sin embargo, en cualquier ley puede establecerse reglas diferentes sobre su publicación.

Debe señalarse que para todos los efectos legales, la fecha de la ley será la de su publicación en el Diario Oficial.

5. PLAZO EN QUE ENTRA A REGIR LA LEY

Hay dos sistemas que tratan de establecer el plazo en que comienza a regir una ley.

5.1 Sistema simultáneo, sincrónico, uniforme o instantáneo. En virtud de este sistema la ley comienza a regir en un mismo instante en todos los puntos del territorio de un país.

5.2 Sistema progresivo, en virtud del cual 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 en el periódico oficial.

En Chile no hay “vacación de la ley” (vacancia), es decir, 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. Así lo establece el artículo 7 que señala que *la publicación de la ley se hará mediante su inserción en el Diario Oficial y desde esa fecha se entenderá conocida por todos y será obligatoria...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.

6. AUTORIDAD DE LA LEY UNA VEZ QUE HA ENTRADO EN VIGENCIA

“Nadie podrá alegar ignorancia de la ley después que ésta haya entrado en vigencia”. Así reza el artículo 8 del Código Civil. Consecuencias de este principio son los artículos 706 inciso 4 y 1452, ambos del Código Civil, que señalan respectivamente *“Pero el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario”* y *“El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento”*.

¿Pueden los particulares someterse voluntariamente a una ley antes de que sea obligatoria?

La respuesta es negativa. Aunque las partes podrían hacerlo, siempre que se trate de una ley de interés puramente privado, pero en este caso no es la ley, sino que la voluntad de las partes la que se ejecuta.

Según el profesor Alessandri, hay ciertos casos en que se puede alegar ignorancia de la ley, pero no para excusarse de su cumplimiento, sino que dicha alegación produce otros efectos¹⁰:

a) Obligaciones naturales. Son obligaciones de este tipo aquellas 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). Según algunos autores 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. Pero para otros (opinión mayoritaria), el que paga una obligación natural creyéndola civil no podría pedir la devolución de lo pagado, porque paga verdaderamente una deuda, aunque ésta no sea perseguible judicialmente.

b) Nulidad absoluta. Puede alegar la nulidad absoluta todo aquel 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 sería permitido invocar la nulidad absoluta de dicho acto.

Por el contrario, pensamos que para que el autor o una de las partes en el contrato, no pierda la titularidad de la acción de nulidad, sólo puede estar en desconocimiento de las circunstancias de hecho que prevé la norma jurídica y que son constitutivas de un vicio, que al momento de celebrar el acto o contrato no existía. Un ejemplo aclarará lo anterior. Si el desconocimiento se basa en el concepto de objeto ilícito, pero la persona tiene conocimiento de que uno de sus bienes se encuentra embargado por decreto judicial y lo enajena, la enajenación adolece de objeto ilícito y por ende, de nulidad absoluta. Por el contrario, si el sujeto, abogado,

¹⁰ ALESSANDRI, Arturo: “Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General”, pp. 167, Santiago, Chile.

por ejemplo, tiene cabal conocimiento de lo que debe entenderse por objeto ilícito, y enajena un bien de su propiedad en desconocimiento de que se encontraba embargado, no pierde la titularidad de la acción de nulidad absoluta.

c) Pago por error de derecho. Se puede repetir, 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).

d) Dación de lo que no se debe. Del que da no lo que 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). En consecuencia, la persona que dio la cosa podría exigir la devolución, demostrando que ella creía que la ley la obligaba a dar.

e) Matrimonio putativo. Este 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. Pues bien, este matrimonio produce los mismos efectos civiles que el válido respecto del cónyuge que actuó de buena fe y con justa causa de error, pero deja de producirlos desde que falta la buena fe por parte de ambos cónyuges (artículo 51 de la Ley de Matrimonio Civil). Algunos autores sostienen que el error a que se refiere esta disposición, es sólo el error de hecho, pero para otros intérpretes el error puede ser tanto de hecho como de derecho, así una persona podría sostener 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 el cumplimiento de la ley.

7. PRESUNCIÓN O FICCIÓN DEL CONOCIMIENTO DE LA LEY

El conocimiento que se supone que todos tienen de la ley ¿es una presunción o una ficción?

Para la mayoría de los autores se trata de una presunción, sin embargo, otros afirman que se trata de una ficción, ya que 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. Teniendo presente esta consideración, muchos sostienen que se trata más bien de una ficción legal, en que se finge que, con el hecho de la publicación nadie ignora sus preceptos, impidiendo que se alegue su ignorancia.

INTERPRETACIÓN DE LA LEY

1. IDEA GENERAL DE INTERPRETACIÓN

La interpretación de la ley es proceso lógico-intelectual, a través del cual se determina su significado, alcance, sentido o valor en general; como también frente a las situaciones jurídicas concretas a que dicha ley debe aplicarse.

La interpretación jurídica recibe el nombre de hermenéutica legal.

En cuanto a los sistemas de interpretación, podemos señalar que nuestro Código Civil ha adoptado un *sistema reglado*, en donde el intérprete debe obedecer a ciertos principios o líneas directivas. Cuando ello no sucede, estamos ante un *sistema no reglado*.

Ambos sistemas tienen ventajas e inconvenientes. El sistema reglado evita la arbitrariedad, pero limita al juez en cuanto a los medios para indagar o descubrir el sentido y alcance de la ley. Por el contrario, el sistema no reglado proporciona al juez un campo más amplio de acción, permitiéndole amoldar la ley con mayor facilidad al momento en que se vive, pero esto podría prestarse para arbitrariedades, aunque, se sostiene, que es difícil que tal abuso se produzca, porque existen recursos para reclamar de los agravios.

2. DIVERSAS CLASES DE INTERPRETACIÓN: DOCTRINAL Y DE AUTORIDAD

Según de quien emane, la interpretación puede ser:

2.1 Doctrinal o privada. Esta es producto de los particulares y no tiene fuerza vinculante.

2.2 De autoridad o auténtica. Esta a su vez, puede ser **judicial o legal** (auténtica). El Código Civil reconoce estos dos tipos de interpretación en el artículo 3 que señala “*Sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio. // Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren*”.

Suele agregarse la interpretación administrativa, que tiene fuerza vinculante para los organismos públicos y en ciertos y determinados casos, para los particulares. Ejemplo: jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo.

3. ELEMENTOS DE LAS INTERPRETACIÓN

Savigny distingue cuatro elementos de interpretación: gramatical, lógico, histórico y sistemático.

3.1 Elemento gramatical: este elemento tiene por objeto la palabra, la cual sirve de medio de comunicación entre el legislador y el destinatario.

3.2 Elemento lógico: busca la intención o espíritu de la ley en las relaciones lógicas que unen sus diversas partes. Se encamina 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.

3.3 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 (historia fidedigna del establecimiento de la ley).

3.4 Elemento sistemático: se basa en la conexión interna que enlaza a todas las instituciones jurídicas y normas en una gran unidad.

4. ESPECIES DE INTERPRETACIÓN

Por el resultado a que arribe la interpretación cabe distinguir: interpretación declarativa, restrictiva y extensiva.

4.1 Interpretación declarativa. En este caso la fórmula o términos literales coinciden exactamente con el pensamiento del legislador, es decir, lo reflejan con fidelidad y acierto, en otras palabras la letra de la ley corresponde al pensamiento del legislador. En este caso, la ley se aplicará a todos los casos que expresan sus términos, ni a más ni a menos. Ejemplo, el artículo 74 señala que la existencia legal de toda persona principia al nacer, eso es, al separarse completamente de su madre. En este caso, el sentido de la norma quedará claro con explicar qué se entiende por separación completa de la madre, pero y en todo caso, estamos contestes en que esta disposición sólo se aplica a los recién nacidos.

4.2 Interpretación restrictiva. En virtud de ella se concluye que el pensamiento del legislador es más estrecho que el que abarcan sus palabras. Ejemplo, en Bolonia existía una ley que condenaba a muerte a todo el que derramase sangre en la plaza pública.

4.3 Interpretación extensiva. De acuerdo a esta interpretación la ley se aplicará a un mayor número de casos que los que parecen comprender los términos literales de la ley, en otras palabras, se establece que el pensamiento del legislador es más amplio que lo que dicen sus palabras. Ejemplo, el término demencia, que Andrés Bello utilizó en términos más amplios que aquellos derivados de la *lex artis*.

5. MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN

A los métodos de interpretación se les suele agrupar en dos grandes categorías: método lógico tradicional y métodos modernos.

5.1 Método Lógico Tradicional.

Este es el seguido por nuestro Código Civil y también es llamado Método Clásico o Exegético. Este método pretende 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, en sus palabras, antecedentes y motivos, y también en la ilación lógica o racional de sus diversas disposiciones y del principio o principios que las inspiran.

Para encontrar el pensamiento del legislador se vale de diversos medios:

- a) La exégesis o explicación gramatical y semántica de las palabras empleadas en la ley.
- b) Los trabajos preparatorios.
- 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.
- d) Otros procedimientos lógicos basados en el raciocinio: argumentos a fortiori, por analogía, a contrario sensu, etc.

Crítica al Método Lógico Tradicional: Como gran crítica se señala que conduce a la *petrificación del derecho*, porque deja las normas estáticas en la época de su nacimiento y, por ende, sin aptitud para moldear en forma adecuada las realidades nuevas. Se agrega además, 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. Y finalmente, se sostiene que abusa de las abstracciones lógicas, las que no satisfacen necesidades reales, y es a estas necesidades reales a las que el derecho está destinado a servir y no a principios rigurosos de la lógica.

5.2 Métodos Modernos.

5.2.1 Método Histórico Evolutivo.

Según este método, la ley no debe concebirse como la voluntad de su autor, pues una vez dictada se independiza de éste adquiriendo existencia propia, y cuyo destino es satisfacer un presente siempre en constante renovación. En consecuencia, el intérprete está llamado a hacer cumplir ese destino, quien respetando, puede atribuirle un significado diverso del originario que responda a las nuevas necesidades de la vida social. Por consiguiente, 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.

CRÍTICAS:

- i) Convierte al texto legal en pretexto del intérprete para sustituir la voluntad del legislador por otra, dando margen a que la objetividad desaparezca y abra paso a los puntos de vista personales o subjetivos del intérprete.
- ii) 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.
- iii) Finalmente, como el sentido de la ley queda sujeto a los cambios de época y a las influencias del ambiente, la certidumbre de la ley desaparece, y consecuentemente, la seguridad de los particulares para realizar negocios jurídicos.

5.2.2 Método de la Libre Investigación Científica.

Este método señala que sólo tiene cabida la interpretación de la ley cuando hay dudas sobre su sentido y alcance. Y tal sentido se determina de acuerdo con la intención del legislador, lo que es revelado por las circunstancias dominantes de la época de dictación de la ley no a la época de su aplicación. Por consiguiente, el intérprete debe reconstruir el pensamiento legislativo considerando el que habría tenido el legislador en su época si hubiera conocido la dificultad que se presenta ahora. En todo caso es menester señalar, que no se atiende a los tiempos del legislador en los casos en que entran en juego nociones variables, como las buenas costumbres y el orden público. Pero en esta hipótesis no se tergiversa el sentido ni la intención de la ley porque es ella misma quien reconoce la variabilidad de esos elementos, que obviamente quedan sujetos a la apreciación del intérprete de cada época.

El gran punto de discrepancia con el método lógico tradicional radica en las oscuridades insalvables de la ley y a los vacíos o lagunas de ésta. En tales casos según el método en comento, es inútil buscar una intención legislativa que no ha existido, por lo que el intérprete debe sortear la dificultad creando él mismo la solución adecuada al caso, tomando como criterio general de orientación la idea de justicia y se fundará en la naturaleza real de las cosas, conocimiento que se lo darán los datos históricos, racionales, ideales, utilitarios y sentimentales. Estos elementos objetivos serán la base de la labor creadora del intérprete, siendo su labor libre, por cuanto, se encuentra sustraída a la autoridad positiva de las fuentes formales del derecho, y científica, ya que se apoya en elementos objetivos que sólo la ciencia puede revelar.

CRÍTICA: Se reprocha la postura antes descrita por apegarse demasiado a la intención del legislador, y por lo mismo, inmovilizar en el tiempo las normas jurídicas. 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.

5.2.3 Método Positivo Teleológico.

Según este método, las normas jurídicas tienen un fin práctico, y es éste el que debe indagar el intérprete y no la voluntad o intención del legislador, que es subjetiva y puede no coincidir con aquel fin práctico. En el evento que la situación o el caso no estén regulados por la ley, entonces debe solucionarse con la norma que se encuentre más adecuada.

CRÍTICA: Este método supone 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. Además, los fines pueden entenderse de manera contradictoria y su apreciación llevar a la arbitrariedad.

5.2.4 Método de la Jurisprudencia de Intereses.

Esta es una versión más moderna del método teleológico. Parte de la base que las leyes son resultantes 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. Por lo que, 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 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 lucha de intereses. Desconoce, además, ciertos valores objetivos que deben contemplarse paralelamente con los intereses materiales o morales: la justicia, el bien común y la seguridad jurídica.

5.2.5 Método de la Escuela del Derecho Libre.

Éste no es sólo un método de interpretación, sino que sus planteamientos abarcan también, la elaboración y creación del derecho. Sus ideales centrales son las siguientes:

a) Para ellos las primeras fuentes del derecho no son las del Estado u oficiales (fuentes formales), sino que las reales, es decir, aquellas constituidas por los hechos y fenómenos que se generan en la realidad social (sociedad toda o grupos sociales). Las fuentes formales, que serían un elemento estático del derecho, se limitan a comprobar las fuentes reales, elemento dinámico del derecho. En consecuencia, el Derecho que emana de las fuentes reales es un derecho libre, pues surge espontáneamente de la conciencia social, el que también espontáneamente es aplicado. Por consiguiente, la autoridad o fuerza obligatoria de las fuentes

formales está subordinada o supeditada a las fuentes reales, así por ejemplo, una ley perdería su fuerza obligatoria si permanece sin aplicación.

b) Como el derecho es libre, pues emana de fuentes reales (hechos y fenómenos que se generan en la realidad social), el juez se limita a descubrirlo mediante la investigación de las circunstancias reales que le dieron nacimiento. Es más, en algunos casos el juez tiene una labor creadora de derecho, en aquellos casos en que no hay norma o esta es oscura, pues ésta sólo puede ser precisada en base al sentimiento individual de cada sujeto.

c) 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 en el sentido que le dio la ley. Por consiguiente para establecer la solución, el juez debe gozar de toda la libertad posible. Por otra parte, cuando se trata de un texto claro, pero que no se condice con las fuentes reales, algunos sostienen que el juez no debe aplicarlo y crear la norma correcta. Otros, ante esta misma situación, señalan que el juez debe respetar la letra de la ley, acomodando a ella la realidad social.

d) Finalmente, postula esta escuela, que no existe la *plenitud hermética del ordenamiento jurídico* (el ordenamiento legal en virtud de su fuerza orgánica se basta a sí mismo, teniendo capacidad para solucionar todos los casos que se presenta un vacío del derecho (no habrían lagunas legales). Pues bien, ellos señalan y afirman que el juez, persiguiendo como fin último la realización de la justicia, ante las fallas de la ley, debe crear libremente la solución del caso concreto sometido a su conocimiento.

CRÍTICA: Le dan más importancia a la elasticidad del llamado Derecho Libre que la certidumbre y seguridad que proporcionan las reglas formales. Llevan a una anarquía jurídica por medio de las soluciones subjetivas de los jueces.

6. INTERPRETACIÓN DOCTRINAL

La interpretación, privada o doctrinal, es aquella que emana de los privados, manifestada en tratados, revistas y en la cátedra.

Se dice que es la más libre de todas, porque es puramente teórica y la más fecunda, porque se desenvuelve a voluntad y sin cortapisas.

En cuanto a su fuerza obligatoria, la interpretación doctrinal o privada, carece de ella, no vincula ni al juez ni al legislador, por consiguiente, sólo tiene fuerza moral.

Sin perjuicio de lo anterior, la interpretación doctrinal puede gozar de una importante autoridad, según quien sea el autor de la cual emana. En el mismo orden de ideas, las posiciones doctrinarias pueden repercutir en las facultades discrecionales de los tribunales, al momento de dictar sentencia para un caso determinado, a través de los informes en derecho.

7. INTERPRETACIÓN DE AUTORIDAD (JUDICIAL)

La interpretación judicial es la que emana de las sentencias dictadas por los jueces, dentro de la facultad discrecional que gobierna su función.

En cuanto a su fuerza obligatoria, ésta es muy limitada, sólo alcanza a los litigantes, por el efecto relativo de las sentencias: artículo 3 inciso 2º del Código Civil “Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”.

7.1 Reglas que da el Código Civil sobre la interpretación

El Código Civil, en el Título Preliminar, párrafo 4º (artículos 19 a 24), contiene diversas reglas que versan sobre los diversos elementos del proceso hermenéutico, y cuyo objeto es dar a los jueces una norma que les sirva de guía en el descubrimiento de la verdad legal. Los mencionados elementos serán analizados en el acápite siguiente.

7.2 Elemento gramatical

Hemos visto que el elemento gramatical tiene por objeto el análisis hermenéutico de la palabra, la que sirve de medio de comunicación entre el legislador y el destinatario. Pues bien, el artículo 19 inciso 1º se refiere a este elemento de interpretación, señalando: “Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”.

Con esta frase el legislador ha expresado que, si el entendimiento o inteligencia de la norma es claro, es decir, el alcance de su disposición se entiende a través de su sola lectura, entonces debe estarse a su tenor literal.

Pero ¿cuándo el sentido de la ley es claro?, Ello ocurre no sólo cuando una parte determinada de la norma consultada no ofrece dudas porque está redactada en términos claros, sino también, cuando no hay otro precepto que la contradiga, porque si existe, entonces el sentido de la ley no es claro.

Cabe señalar que la claridad es un concepto relativo. En este orden de ideas, una ley que no provocaba dudas al tiempo de promulgarse, puede acarrearlas después. Por otra parte, hay leyes que son y permanecen claras en su texto abstracto, pero que enfrentadas con los hechos de la realidad se tornan oscuras. Ejemplo, dos amigos - tesoro - perro - primero que lo descubre.

En cuanto al sentido en que deben tomarse las palabras de la ley debemos señalar que la regla general es expresada por el artículo 20 en los siguientes términos “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras, pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en ésta su significado legal”

En consecuencia, el principio general es que las palabras se entenderán en su sentido natural y obvio. Para la jurisprudencia –el sentido natural y obvio- es el significado que le da el Diccionario de la Real Academia Española. Pero toda regla general, para ser tal, debe tener excepciones y éstas son las siguientes:

a) Cuando el legislador ha definido expresamente una palabra para ciertas materias, entonces debe dársele su significado legal (artículo 20 segunda parte), por ejemplo, párrafo 5º del Título Preliminar.

b) Cuando la ley emplea palabras técnicas de una ciencia o arte, entonces se les dará el sentido que les den aquellos que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso (artículo 21). Ejemplo de la excepción en comento, es el término “demente”, que en nuestra legislación civil, no tiene el mismo significado que aquel entregado por las ciencias médicas.

7.3 Elemento lógico e histórico

Hemos dicho que cuando el sentido de la ley es claro no debemos desatender su tenor literal (artículo 19 inciso 1º). Sin embargo, suele suceder que una expresión o una norma no sean claras, vale decir, sea oscura. Ello ocurre cuando no puede entenderse (ininteligible), o bien, cuando se presta para dos o más interpretaciones, generalmente, contradictorias (ambigua).

De allí que sea menester consultar el espíritu de la ley, y aquí entran en juego los elementos lógico y el histórico (también el sistemático). El primero, busca el espíritu de la ley a través de la llamada *ratio legis*, es decir, el propósito perseguido por la ley, y en la *occasio legis*, las circunstancias del momento que motivaron su dictación. El elemento histórico, busca el espíritu de la norma en el estado del derecho existente sobre la materia a la época de dictación de la norma.

Artículo 19 inciso 2º *“Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma (elemento lógico), o en la historia fidedigna de su establecimiento (elemento histórico)”*

Artículo 22 inciso 1º *“El contexto de la ley (enlazamiento de sus diversas partes) servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía -elemento lógico-”*.

7.4 Elemento sistemático

Se basa en la conexión interna que une a todas las instituciones jurídicas en una gran unidad.

Se encuentra previsto en el artículo 22 inciso 2º y en el artículo 24.

La primera disposición señala *“Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”*.

Por su parte, el artículo 24 señala: *“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”*

Observación: tanto el elemento lógico como el sistemático se parecen, pues ambos buscan la armonía de la legislación, sin embargo, hay una diferencia de grado entre ambos, el primero, busca dicha armonía en la misma ley, en cambio, el segundo, en otras leyes.

Finalmente nos queda por analizar el artículo 23 del Código Civil que se explica por sí solo “*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*”.

Este artículo tiene un fundamento histórico: en tiempos pasados lo odioso se restringía y lo favorable se ampliaba.

7.5 La equidad

Acabamos de analizar el elemento sistemático, y es precisamente el artículo 24 el que se refiere a ella, apuntándola como un recurso para interpretar los pasajes oscuros o contradictorios.

La equidad puede ser definida como *el sentimiento seguro y espontáneo de lo justo y lo injusto que deriva de la sola naturaleza humana, con prescindencia del derecho positivo*. Otro sector de la doctrina la ha conceptualizado como *el sentimiento de justicia*. Dentro de la mencionada concepción, la equidad es considerada como equivalente a la justicia natural.

En otra acepción se considera a la equidad como *la justicia del caso concreto*, pues busca, en la especie, la justicia adecuada, incluso desligándose de la norma general y abstracta cuando su aplicación particular repugna a la justicia natural.

Nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia del derecho romano, no permite utilizar la equidad para corregir la injusticia que en un caso dado puede resultar de la aplicación de la norma general abstracta. De lo anterior se desprende que en nuestra legislación prima o es preferible sacrificar la justicia frente al principio de la certeza del derecho.

Sin embargo, la legislación nacional permite recurrir a la equidad como último elemento de interpretación, así lo señala el artículo 24, ya analizado. En consecuencia, si una ley puede tomarse en dos sentidos, y no es posible aplicar las reglas de interpretación que señala el Código Civil, el juez puede determinar aquel sentido conforme a la equidad natural.

Más adelante veremos que, además de ser un elemento de hermenéutica legal, la equidad puede suplir a la ley como norma jurídica cuando la misma ley se remite a ella.

7.6 Las leyes especiales prevalecen sobre las generales

Debemos tener presente una regla universal: las leyes especiales prevalecen por sobre las leyes generales. El Código Civil reconoce este principio en sus artículos 4 y 13. El primero se refiere a disposiciones contenidas en leyes distintas y el segundo a las que están en una misma ley.

Artículo 4 “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 o cosas o negocios particulares, prevalecerán sobre las disposiciones generales de la misma ley, cuando entre las unas y las otras hubiere oposición”

8. INTERPRETACIÓN DE AUTORIDAD (AUTÉNTICA)

8.1 Concepto

La interpretación auténtica o legislativa *es la realizada por medio de una ley*. Es el mismo legislador quien señala el sentido en que debe entenderse una ley anterior.

8.2 Fuerza obligatoria

La interpretación auténtica es la que tiene más fuerza efectiva y un 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*”.

8.3 Procedencia de la ley interpretativa

Ninguna disposición lo establece, por consiguiente, el legislador puede dictar una ley interpretativa en los siguientes casos:

- a) Cuando lo estime pertinente;
- b) A insinuación de los tribunales (ver artículos 5 del Código Civil y 102 N° 4 del Código Orgánico de Tribunales);
- c) A petición de los particulares (artículo 19 N° 14 de la Constitución que consagra el derecho de petición).

8.4 Ley interpretativa v/s ley interpretada

Es menester indicar que, por una ficción legal se supone que la ley interpretativa forma un solo cuerpo con la ley interpretada, es decir, se entiende incorporada a ésta, lo que significa que debe aplicarse desde la fecha de entrada en vigencia de la ley interpretada. Así lo dispone el artículo 9 inciso 2º primera parte “*Sin embargo, las leyes que se limiten a declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en éstas...*”

8.5 La retroactividad de las leyes interpretativas

Más adelante analizaremos in extenso la retroactividad de las leyes. Por el momento señalaremos, que una ley es retroactiva cuando somete a su imperio hechos pasados.

Pues bien, hemos señalado precedentemente que por una ficción legal se supone que la ley interpretativa forma un solo cuerpo con la ley interpretada, es decir, se entiende incorporada a ésta, lo que significa que debe aplicarse desde la fecha de la ley interpretada (artículo 9 inciso 2º primera parte). Por esto, algunos autores expresan que, jurídicamente no hay retroactividad, ya que es sólo una ficción.

Otros en cambio, manifiestan que lo que sí es una ficción, es 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 consecuencia, habría una verdadera retroactividad.

Sea lo que fuere, ficción o retroactividad, hay un límite y es que las leyes interpretativas “... no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio” (artículo 9 inciso 2º segunda parte). La justificación de lo anterior es simple; los derechos declarados en la sentencia “quedan firmes e invulnerables, aunque hayan sido declarados en contradicción a la verdadera voluntad del legislador, en virtud del principio de la cosa juzgada.

Las leyes interpretativas tampoco afectan las transacciones celebradas en el tiempo intermedio, pues esos contratos equiparan sus efectos a las sentencias, dice el artículo 2460 del Código Civil “*La transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia...*”

9. REGLAS PRÁCTICAS DE INTERPRETACIÓN

Además de los preceptos del Código Civil, existen para la interpretación de las leyes una serie de aforismos jurídicos, creados y formados en la práctica del foro y que a menudo emplean la doctrina y la jurisprudencia. Los principales son:

9.1 Donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición (analogía).

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.*

Respecto de la regla de interpretación analizada, se expresa, por una parte, que la analogía es un proceso de integración del derecho, porque con ella se agregan a éste soluciones que no ha formulado, por consiguiente, la analogía no sería un método o elemento de interpretación, ya que toda interpretación supone determinar el sentido de una norma ya formulada.

Para otros (opinión doctrinaria dominante), la analogía puede cumplir las dos funciones (interpretación e integración). Sobre todo porque el Código Civil se refiere a ella como elemento

de interpretación al decir que *“los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”* (artículo 22 inciso 2º).

En todo caso, la Corte Suprema ha aceptado la analogía como elemento integrador del derecho.

Por otra parte, se señala que para que la analogía pueda usarse como medio de integración del derecho, es menester una declaración expresa del legislador. Aunque algunos sostienen, que dicha exigencia es superflua, porque nadie puede pretender que el ordenamiento jurídico imagine y resuelva todas las situaciones que la realidad presenta. En lo que la doctrina se encuentra conteste, es en la prohibición expresa de recurrir en ciertos casos a la analogía, por ejemplo, no pueden aplicarse por analogía las leyes excepcionales, las que establecen sanciones y las que restringen el ejercicio de los derechos.

Debemos distinguir entre analogía e interpretación extensiva. La diferencia radica que la primera busca la solución del caso concreto en otras normas, en cambio, la interpretación extensiva halla la solución del caso en su norma propia (espíritu).

Finalmente, podemos señalar que la analogía puede ser:

i) *Legal* (analogía legis) que busca la solución aplicable en otra disposición legal o en conjunto de disposiciones legales y;

ii) *Jurídica o de derecho* (analogía iuris) que busca la solución en todo el conjunto de la legislación vigente (sistema legal todo). Este tipo de analogía es el espíritu general de la legislación o los principios generales del ordenamiento jurídico vigente en un determinado momento.

9.2 Argumento de contradicción o “a contrario sensu”

Este aforismo parte de la base de la voluntad expresada en el caso previsto por el legislador para suponer en todos los otros casos una voluntad contraria.

9.3 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: *“quien puede lo más, puede lo menos”* y *“al que le está prohibido lo menos, con mayor razón le está prohibido lo más”*.

9.4 Argumento de no distinción

“Donde la ley no distingue, tampoco nosotros debemos distinguir” o *“donde no distingue el legislador, no le es lícito al intérprete distinguir”*

9.5 El absurdo. En virtud de éste debe rechazarse toda interpretación que conduzca al absurdo, es decir, cualquier conclusión contraria a la lógica.

10. LAGUNAS DE LA LEY

Las lagunas o vacíos de la ley son los casos que no encuentran una norma específica para ser solucionados por ella, sea porque no hay norma, sea porque hay disposiciones contradictorias y esta contradicción es insalvable. Si esos casos no pueden ser resueltos ni aun por todo el ordenamiento jurídico considerado en su conjunto, entonces estamos ante una laguna del derecho.

10.1 Existencia de lagunas en el Derecho Chileno

Nuestro legislador reconoce tácitamente sólo las lagunas de la ley, al prescribir en el artículo 10 inciso 2º 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 aún por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión”* (principio de la inexcusabilidad). Este mismo principio tiene consagración constitucional en el artículo 76 inciso 2º el que está redactado en casi los mismos términos.

10.2 ¿Cómo se llenan las lagunas legales?

En primer método a señalar es la analogía, aun cuando es controvertido como ya lo analizamos.

Luego, el juez puede recurrir a los principios de equidad. Esto por lo que dispone el artículo 170 Nº 5 del Código de Procedimiento Civil que señala que 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”*.

También se podría recurrir, al artículo 24 del Código Civil ya analizado, y 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 este artículo 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 apoyarse en el espíritu general de la legislación y en la equidad natural para solucionar un caso que no tiene ley aplicable, porque si ello es permitido cuando la ley es oscura o contradictoria, con mayor razón le estará permitido hacerlo cuando no hay ley sobre el particular.

La jurisprudencia se ha fundado para llenar lagunas tanto en el artículo 170 Nº 5 como en el artículo 24.

DEROGACIÓN DE LAS LEYES

1. 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.

2. TERMINOLOGÍA

Antiguamente, se distinguía la *abrogación*, que implicaba la supresión total de la ley, y la *derogación*, que sólo comprendía la supresión parcial, es decir, de sólo algunas disposiciones. Posteriormente, ambos términos se hicieron sinónimos.

3. LA JERARQUÍA DE LAS LEYES Y LA DEROGACIÓN

Para algunos, las leyes sólo pueden ser derogadas por otras de igual o superior jerarquía, así una ley ordinaria puede ser derogada por otra ley ordinaria o por una constitucional, pero no por un reglamento.

Para otros autores, la derogación sólo cabe entre normas del mismo rango, porque cuando son de distinta jerarquía prevalece la de grado superior, aunque ésta sea más antigua que la de grado inferior.

4. DIVERSAS CLASES DE DEROGACIÓN

4.1 Derogación expresa y derogación tácita.

Artículo 52 “*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*”. Ejemplo de derogación expresa, es el artículo final del Código Civil.

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. Cabe señalar, que como lo advierte el artículo 53, *la derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley.*

4.2 Derogación tácita por retruque.

Hay leyes que para regular una materia se remiten a las disposiciones de otra ley. Estas leyes que se remiten a otros textos se llaman “referenciales” y los textos a los cuales aluden se llaman “leyes referidas”

Cabe preguntarse ¿qué ocurre con la ley referencial si se deroga la ley referida? Si afirmamos que la ley referencial queda derogada conjuntamente con la ley referida, entonces habría derogación por retruque o carambola. Pero como no hay pauta o norma general que se refiera a esta situación, debemos sostener que hay que construir la solución en cada caso concreto.

4.3 Derogación orgánica.

Es la que se produce cuando una ley reglamenta todas las materias reguladas por una o varias leyes precedentes, aunque no haya incompatibilidad entre las disposiciones de éstas y las de la ley nueva. 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 de la intención revelada por el legislador de abarcar con las nuevas disposiciones toda una materia.

Muchos autores consideran a la derogación orgánica como una especie de derogación tácita, porque 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.

4.4 Derogación total y derogación parcial (extensión).

Artículo 52 inciso Final “*La derogación de una ley puede ser total o parcial*”. La derogación es total cuando suprime o modifica por completo a la ley antigua. La derogación parcial, suprime o sustituye uno o más preceptos de la ley antigua, quedando el resto vigente.

5. CAUSAS QUE NO PRODUCEN LA DEROGACIÓN DE LA LEY

- a) **Cambio de autoridades.**
- b) **Desaparecimiento de un Estado**, caso en el cual 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.
- c) **La cesación de los motivos de hecho que determinaron la dictación de la ley.**
- d) **Una costumbre contraria a la ley.**

6. LA DEROGACIÓN CON RELACIÓN A LA LEY GENERAL Y LA LEY ESPECIAL

Si con posterioridad a una ley general se promulga una especial, ésta prevalece sobre aquélla en todo lo que sean incompatibles. El problema se presenta cuando a una ley especial sucede una ley general. La mayor parte de los autores señala que una ley general posterior no deroga a la ley especial anterior. Otros, por su parte, señalan que se trata de una cuestión de interpretación que se resuelve por el examen de la intención legislativa.

7. EFECTOS DE LA DEROGACIÓN DE LA LEY DEROGATORIA

Una ley derogada no revive por el solo hecho de derogarse la ley derogatoria. Es necesario, que una ley expresamente le devuelva su vigencia. Estas leyes, que vuelven a poner en vigor una ley derogada, reciben el nombre de *restauradoras* o *restablecedoras*.

8. CAUSAS INTRÍNSECAS QUE PRODUCEN LA CESACIÓN DE LA EFICACIA DE UNA LEY

Si bien la derogación (causa extrínseca) constituye la causa más frecuente de la cesación de eficacia legal de una norma jurídica, también existen otras, llamadas *causas intrínsecas*, que son las siguientes:

- a) **El transcurso del tiempo fijado para la vigencia de la ley**, ya sea que este tiempo aparezca predeterminado o que resulte del mismo objeto de la ley (ejemplo leyes transitorias).
- b) **La consecución del fin que se propuso alcanzar.**
- c) **La desaparición de una institución jurídica o la imposibilidad de un hecho que era el presupuesto necesario de la ley.**

En todo caso, no puede estimarse como causal de cesación de la ley, el desaparecimiento de los motivos de hecho que determinaron su dictación. Ejemplo, impuesto nuevo - penurias arcas fiscales - prosperidad.

9. EL DESUSO

El desuso es la no aplicación de una ley. En nuestro sistema jurídico, el desuso carece de fuerza para destruir la fuerza obligatoria de la ley.

EFFECTOS DE LA LEY EN CUANTO A LA SANCIÓN

1. NOCIONES PREVIAS. CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO Y BUENAS COSTUMBRES

El estudio de los efectos de la ley en cuanto a la sanción requiere del conocimiento de dos nociones previas, los conceptos de orden público y buenas costumbres.

1.1 Concepto de orden público

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 están íntimamente ligados a leyes de orden público. Las disposiciones de éstas no pueden ser modificadas por los particulares, menos ser suprimidas.

Podemos señalar los siguientes ejemplos de leyes de derecho privado que presentan el carácter de orden público, pues atañen no sólo a ciertos individuos sino al interés general por lo que deben permanecer intangibles:

- a) Las leyes que rigen el estado y capacidad de las personas.
- b) Las leyes que organizan la propiedad territorial.
- c) Las leyes que adoptan medidas de resguardo de los derechos de terceros.
- d) Las leyes que se dirigen a proteger a un contratante frente al otro.

1.2 Concepto de buenas costumbres

Son las reglas de conducta humana externa que, conformes a la moral, acepta la conciencia general de un país en determinada época. También puede afirmarse que son los comportamientos habituales y comunes de los miembros de una sociedad que se ajustan a la moral imperante en ésta.

En todo caso cabe señalar que las buenas costumbres se refieren a los actos externos.

2. EFECTOS DE LA LEY EN CUANTO A LA SANCIÓN; DISTINCIÓN ENTRE LEYES IMPERATIVAS, PROHIBITIVAS Y PERMISIVAS.

Recordemos que las leyes de acuerdo a su contenido pueden ser permisivas, prohibitivas o imperativas. El Código Civil enuncia la distinción al señalar que la ley “*manda, prohíbe o permite*” (artículo 1°).

La sanción es la consecuencia jurídica que para el infractor de la norma trae el hecho de haberla desconocido o violado.

2.1 Leyes imperativas (preceptiva o forzosa positiva).

Es la que contiene la orden de observar un determinado comportamiento.

En cuanto a la sanción debemos señalar que no tienen una sanción determinada, sino que habrá que buscarla caso a caso. Así por ejemplo, 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 se omite, la sanción es la nulidad absoluta. Si el requisito o formalidad se exige en razón del estado o calidad de las personas, la sanción será la nulidad relativa.

2.2 Leyes prohibitivas (forzosa negativa)

Es la que impone una abstención u omisión que no puede sustituirse por ningún comportamiento positivo. La ley prohibitiva envuelve un deber de abstención absoluta. Una prohibición que puede sustituirse por un comportamiento positivo no constituye ley prohibitiva (imperativa de requisito).

A la sanción por la infracción de una ley prohibitiva se refiere el artículo 10 que señala *“Los actos que la ley prohíbe son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de la nulidad para el caso de contravención”*. Esta nulidad es la nulidad absoluta, según se desprende de otras disposiciones, por ejemplo, que hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes (artículo 1466) y que la nulidad producida por objeto ilícito es nulidad absoluta (artículo 1682).

Entonces la sanción genérica es la nulidad, salvo que se establezca otra sanción, por ejemplo, existe prohibición de 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 (artículo 745).

2.2 Leyes permisivas

Es la que permite, concede o autoriza hacer o no hacer algo, debiendo el otro sujeto tolerar que la persona beneficiada con el permiso haga o no haga lo que expresamente se le ha permitido.

En ninguna parte se establece una sanción genérica, por lo que también habrá que buscarla en cada caso.

Finalmente, debemos señalar que cuando la ley establece como sanción la nulidad, ésta no debe dejar de aplicarse aunque en un caso no concurren los motivos que la inspiraron, por cuanto el artículo 11 señala *“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 acto que ella anula no ha sido fraudulento o contrario al fin de la ley”.

Reafirma este principio el artículo 1469 que dispone “Los actos o contratos que la ley declara inválidos, no dejarán de serlo por las cláusulas que en ellos se introduzcan y en que se renuncie a la acción de nulidad”.

3. ESCASA IMPORTANCIA DE LA CLASIFICACIÓN

La doctrina moderna le niega importancia práctica a la clasificación de las leyes en imperativas, prohibitivas y permisivas, por cuanto las leyes permisivas y las imperativas no tienen una sanción genérica. Además, la sanción genérica de las leyes prohibitivas (nulidad) sólo rige cuando se trata de un acto jurídico, pues dicha sanción no tiene cabida cuando se trata de hechos.

EFFECTOS DE LA LEY EN EL TIEMPO

1. GENERALIDADES SOBRE LOS EFECTOS DE LA LEY EN CUANTO AL TIEMPO

Respecto de la vigencia y obligatoriedad de la ley pueden distinguirse tres períodos:

- a) **El que media entre su entrada en vigor y su derogación.** Principio general: una ley es obligatoria y comienza a aplicarse desde el día de su entrada en vigor (publicación o fecha posterior) y rige hasta que es derogada por otra ley o hasta que acaece el hecho que determina su extinción.
- b) **El anterior a su entrada en vigor** (retroactividad);
- c) **El posterior a su derogación.**

2. PRINCIPIO DE LA NO RETROACTIVIDAD

De acuerdo al principio general que ya hemos analizado, todos los hechos, relaciones o situaciones jurídicas que surgen y producen todos sus efectos bajo el imperio de una ley se rigen por ella.

El problema se presenta cuando aquellos hechos, relaciones o situaciones jurídicas, que han nacido bajo el amparo de una ley, producen sus efectos cuando dicha norma ya no rige y tiene imperio otra. ¿Qué ley se aplica? ¿La antigua o la nueva?

El artículo 9 del Código Civil señala tajantemente “La ley sólo puede disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo”.

Este principio del artículo 9 encierra dos reglas:

- a) La ley dispone para el porvenir: rige todos los actos y situaciones que se produzcan en adelante;
- b) La ley nada dispone sobre los hechos que han pasado, que se han realizado con anterioridad a su entrada en vigor (irretroactividad)

3. EFECTO RETROACTIVO DE LA LEY Y EFECTO INMEDIATO

Una ley tiene **efecto retroactivo** cuando la ley nueva alcanza con sus efectos al tiempo anterior a su entrada en vigor, penetrando en el dominio de la norma antigua. Por consiguiente podemos conceptualizar la retroactividad como *la prolongación de la aplicación de la ley a una fecha anterior a la de su entrada en vigor*.

Demás está señalar que cuando una ley tiene efecto retroactivo esta retroactividad debe ser expresa, no se presume, si el legislador no ha decretado expresamente el efecto retroactivo de la ley nueva, el juez debe estudiar esta última y aplicarla de modo que no produzca dicho efecto. Además, debemos recalcar que la retroactividad es de derecho estricto, pues se trata de una regla de excepción, y por lo tanto, debe interpretarse y aplicarse en forma restrictiva, esto es, conforme a sus propios términos no a situaciones análogas.

En virtud del **efecto inmediato**, la ley nueva no permite 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 ley quedan sujetos a ésta, en virtud del efecto inmediato. En otras palabras, 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.

El artículo 9 consagra la irretroactividad de la ley. El por qué de su establecimiento es simple: por razones de certeza o seguridad jurídica, pues ninguna seguridad y confianza tendrían los particulares si sus derechos fueran a cada instante puestos en discusión, modificados o suprimidos por un cambio de parecer del legislador.

Por su parte, la justificación del principio del efecto inmediato también es simple: a) la nueva ley debe necesariamente reputarse mejor que la antigua, y por lo tanto, aplicarse inmediatamente; b) por las dificultades prácticas que traería la sobrevivencia ilimitada de la ley antigua; c) Paul Roubier señala que bajo el régimen de la unidad de la legislación no se concibe que leyes diferentes puedan regir simultáneamente situaciones jurídicas de la misma naturaleza, porque ello constituiría un peligro para el comercio jurídico; d) y por seguridad jurídica.

4. EL PRINCIPIO DE LA IRRETROACTIVIDAD ANTE EL LEGISLADOR Y ANTE EL JUEZ

4.1 Principio de la irretroactividad ante el legislador

El principio de la irretroactividad se halla consagrado en el Código Civil y no en la CPR, por lo tanto, no puede obligar al legislador, ya que éste sólo está subordinado a la Constitución. Esto en materia civil, aunque hay una excepción.

En materia penal no ocurre lo mismo, porque la Constitución se lo impide, al disponer 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”* (artículo 19 N° 3 inciso final).

La excepción (indirecta) en materia civil se refiere al derecho de propiedad, que impide al legislador dictar leyes retroactivas. En efecto, el artículo 19 N° 24 señala: *“Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de algunos 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 dichos tribunales. // A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado”*.

Pues bien, la circunstancia de que una ley 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.

4.2 Principio de la irretroactividad ante el juez.

El artículo 9 es como toda ley, obligatorio para el juez. Éste en virtud de su mandato, no puede aplicar una ley con efecto retroactivo. Claro que si el legislador dicta una ley con efecto retroactivo, el juez debe aplicarla con ese efecto.

5. DISPOSICIONES TRANSITORIAS

El legislador dicta las llamadas disposiciones transitorias para prevenir los conflictos entre la ley antigua y la nueva, en consecuencia, antes de aplicar la ley con efecto retroactivo es preciso ver si contiene disposiciones transitorias y sólo si no existen se aplican las normas de la ley de efecto retroactivo.

6. 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 9, de tal modo que no le dé efecto retroactivo (regla general: no retroactividad). Para esta labor del juez hay innumerables teorías, las más importantes son la teoría clásica y la teoría de Paul Roubier.

7. TEORÍA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS Y DE LAS SIMPLES EXPECTATIVAS

Esta teoría señala que *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 o simples expectativas*.

En consecuencia el juez no debe, en una controversia que recae sobre un derecho adquirido bajo la ley antigua, aplicar la ley nueva; pero puede hacerlo si el juicio recae sobre un hecho que bajo la antigua ley sólo consistía en una mera facultad legal o una simple expectativa.

Se entiende por **derechos adquiridos** a 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 verifica y que han entrado inmediatamente a formar parte del patrimonio de la persona, sin que importe que la ocasión para hacerlos valer ocurra en el tiempo en que impere otra ley.

Las **facultades legales** constituyen el supuesto para la adquisición de derechos y la posibilidad de tenerlos y ejercerlos después, 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 de una persona viva.

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 ambas no constituyen derechos que hayan entrado al patrimonio de una persona. De esto se deriva una importante consecuencia: puesto que en el patrimonio sólo entran los derechos privados, hay una serie de derechos que se sustraen al principio de la irretroactividad como los que derivan de normas de carácter político o administrativo, que no pueden dar lugar a derechos adquiridos.

Críticas a la teoría clásica

a) La incertidumbre acerca de su amplitud. La intangibilidad del derecho adquirido ¿significa sólo respecto de su existencia o también de las consecuencias?. En otras palabras, ¿las consecuencias que emanan de un derecho adquirido con simples expectativas o derechos adquiridos?.

b) Muchas veces resulta imposible distinguir si una determinada situación es derecho adquirido, facultad legal o simple expectativa. Ejemplo conflicto de leyes en materia de

la mayor edad. Algunos sostienen que la persona vuelve a ser menor de edad, pues la mayor edad es sólo una capacidad y como tal entre en la categoría de las facultades legales. Otros dicen que la mayor edad es un derecho adquirido, pues el estado personal una vez adquirido se convierte en derecho intangible.

8. TEORÍA DE PAUL ROUBIER

El sistema de Roubier reposa sobre la distinción entre efecto retroactivo (aplicación de la ley en el pasado) y efecto inmediato (aplicación en el presente) y la determinación de la acción de la ley frente a las *situaciones jurídicas*. Situación jurídica es la “*posición que ocupa un individuo frente a una norma de derecho o a una institución jurídica determinada*”.

Para Roubier la noción situación jurídica es superior al término derecho adquirido, porque no reviste un carácter subjetivo, pudiendo aplicarse a situaciones como las del menor, interdicto, etc. También es superior a la noción de relación jurídica, que presupone una relación directa entre dos personas, lo que no ocurre con la situación jurídica que puede ser unilateral y oponible a todos.

Para Roubier toda situación jurídica puede ser sorprendida por la nueva ley en diversos momentos, ya sea en el de su *constitución, extinción* o en el momento en que *produce sus efectos*.

La nueva ley tiene efecto retroactivo si ataca 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. // Por el contrario, la nueva ley sólo produce efecto inmediato si rige, desde su entrada en vigor, los efectos de las situaciones jurídicas anteriormente establecidas, así como su extinción y la constitución de situaciones jurídicas nuevas.

Entonces, el efecto inmediato es la regla general. Sin embargo, tiene una excepción, no afecta a los contratos, es decir, las leyes nuevas no producen efecto (inmediato) sobre los contratos vigentes. Pero debe tratarse de contratos donde su contenido queda entregado a la voluntad de las partes, pues si se trata de contratos que sólo provocan la aplicación de un estatuto legalmente establecido, quedan sometidos a la nueva ley desde su entrada en vigor, por ejemplo, los contratos de derecho de familia.

9. LEY SOBRE EL EFECTO RETROACTIVO DE LAS LEYES

Esta ley tiene por objeto decidir los conflictos que resulten de la aplicación de las leyes dictadas en diversas épocas.

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.

10. LEYES SOBRE EL ESTADO CIVIL

El estado civil es la calidad permanente que ocupa un individuo en la sociedad en orden a sus relaciones de familia.

Para estudiar el problema de la retroactividad con respecto a las leyes que rigen el estado civil, es preciso distinguir entre: estado civil adquirido y estado civil no adquirido.

10.1 Estado civil adquirido (subsiste).

Artículo 3 primera parte L.E.R.L. *“El estado civil adquirido conforme a la ley vigente a la fecha de su constitución, subsistirá aunque ésta pierda después su fuerza...”*

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 la explicación que fluye de la teoría de Roubier, pues el estado civil adquirido es una situación jurídica constituida que como tal la nueva ley no puede desconocer sin caer en la retroactividad.

10.2 Estado civil no adquirido (sólo puede adquirirse de acuerdo a la nueva legislación).

Artículo 2 *“Las leyes que establecieron 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”.*

T. 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.

Roubier. El hecho de que no se haya adquirido aún el estado civil significa que no se ha constituido una situación jurídica y, por ende, la nueva ley puede, sin ser retroactiva, regular en otra forma su constitución.

10.3 Consecuencias que derivan del estado civil (nueva ley).

En este caso, los derechos y obligaciones que trae aparejado el estado civil, se subordinan de inmediato a la nueva ley. Artículo 3 segunda parte *“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.”*

T. Clásica. Las consecuencias que derivan del estado civil son meras facultades abstractas, por consiguiente, el legislador puede modificarlas en cualquier momento.

Roubier. Los derechos y obligaciones anexos al estado civil son situaciones legales, es decir, establecidas por la ley y susceptibles de ser modificadas en cualquier momento.

10.4 Aplicación de los anteriores principios.

La propia L.E.R.L. contiene aplicaciones de todos los principios anteriores relativos al estado civil:

a) **Artículo 3 inciso 2º:** *“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 una ley anterior”* -porque tales actos han pasado a formar derechos adquiridos o situaciones jurídicas constituidas-.

b) **Artículo 4º:** *“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”*.

c) **Artículos 5 y 6:** tácitamente derogados por la ley 19.585.- Artículo 5: hijos naturales - ventajas y obligaciones - ley posterior. Artículo 6: hijo ilegítimo - derecho a alimentos - goce (modo de ejercicio) y extinción ley posterior.

10.5 Aplicación de las reglas del estado civil de las personas naturales a las personas jurídicas.

Artículo 10 L.E.R.L. *“La existencia y los derechos de las personas jurídicas, se sujetarán a las mismas reglas que respecto del estado civil de las personas naturales prescribe el artículo 3º de la presente ley”*.

11. LEYES SOBRE LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS

11.1 Concepto de capacidad

En términos muy generales podemos señalar que la capacidad es la *aptitud legal de una persona para adquirir derechos (de goce o adquisitiva) y para ejercerlos por sí sola sin el ministerio o autorización de otra (de ejercicio)*.

11.2 Ley que rige la capacidad según la doctrina.

El problema se presenta si una nueva ley eleva de 18 a 21 años la edad necesaria para adquirir la plena capacidad jurídica ¿se aplica la nueva ley a las personas que cumplieron 18 años bajo el imperio de la ley antigua y aún son menores de 21 años?.

Para algunos la nueva ley debe aplicarse (vuelven a ser incapaces), porque la capacidad no forma derecho adquirido, es sólo un presupuesto para la adquisición de derechos, es una facultad legal y sólo los actos realizados por los incapaces quedan incólumes porque constituyen para ellos y para los terceros con quienes contrataron derechos adquiridos. Para otros la capacidad constituye un derecho adquirido y por lo tanto, no puede ser alterada por la nueva ley. Finalmente, algunos sostienen que la nueva norma no debe aplicarse a los que ya obtuvieron la capacidad 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, por cuanto el cumplimiento de una determinada edad produce la constitución de una situación jurídica.

11.3 Ley que rige la capacidad según la legislación chilena.

a) Capacidad de goce: queda 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. Artículo 7 inciso 1º *“Las meras expectativas no forman derecho”*.

Doctrinariamente se explica esta situación por cuanto la capacidad de goce constituiría una *facultad legal*, es decir, un supuesto para la adquisición de derechos.

b) Capacidad de ejercicio: subsiste bajo el imperio de la nueva ley, pero su ejercicio, sus efectos, se rigen por las disposiciones de la nueva norma, no se aplica la ley nueva. Artículo 8 *“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 nuevas condiciones para adquirirlo; pero el ejercicio y continuación de este derecho, se sujetará a las reglas establecidas por la ley posterior.”*

12. LEYES RELATIVAS A LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS

12.1 Leyes sobre los guardadores

Artículo 9 *“Los guardadores válidamente constituidos bajo una legislación anterior, seguirán ejerciendo sus cargos en conformidad a la legislación posterior, aunque según ésta hubieran 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.*

En cuanto a la pena que, por descuidada o torcida administración hubiese incurrido, se les sujetará a las reglas de aquella de las dos legislaciones que fuere menos rigurosa a este respecto; las faltas cometidas bajo la nueva ley se castigarán en conformidad a ésta”.

12.2 Leyes sobre el privilegio de la restitución in integrum.

La restitución in integrum consistía en un privilegio de ciertas personas (menores, incapaces, etc.) 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 lograr consecuentemente, ser reintegradas a la misma situación patrimonial que tenían con anterioridad al acto lesivo.

Artículo 11 *“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”.*

13. LEYES RELATIVAS A LOS BIENES

13.1 Principio

Artículo 12 *“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...”.*

13.2 Las leyes sobre el derecho de propiedad son irretroactivas.

Como ya lo analizamos, nuestra Constitución asegura el derecho de propiedad en sus diversas especies, y en consecuencia, toda ley que imponga un medio de extinción del dominio que no sea la 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, pues la disposición constitucional se opone.

13.3 Leyes sobre la posesión.

Artículo 13 *“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”* (nueva ley = retroactiva).

13.4 Derechos deferidos bajo condición.

Artículo 14 *“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 éste tiempo excediese del plazo señalado”.*

por la ley posterior contado desde la fecha en que ésta empiece a regir; pues en tal caso si dentro de él no se cumpliera la condición, se mirará como fallida”.

13.5 Prohibición de usufructos, usos, habitaciones y fideicomisos sucesivos.

Artículo 15 *“Siempre que una nueva ley prohíba la constitución de varios usufructos sucesivos, y 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 hubieres.*

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”. Vid artículo 769.

13.6 Leyes sobre servidumbres.

Artículo 16 *“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”.*

Este artículo omite las servidumbres legales y resulta evidente que la palabra voluntaria se refiere a ellas las legales, por cuanto, las servidumbres voluntarias son establecidas en virtud de un contrato y por lo tanto, quedan fuera del alcance de la ley, ya que son los particulares en el mismo contrato los que le fijan sus límites.

Corroborar lo anterior el artículo 17 que señala *“Cualquiera tendrá derecho de aprovecharse de las servidumbres naturales...”*

14. LEYES RELATIVAS A LAS SUCESIONES

14.1 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.

14.2 Sucesión testamentaria

Aquí debemos distinguir:

a) Solemnidades. Las solemnidades o requisitos externos (que la ley exige para la validez y prueba) de los testamentos se rigen por la ley vigente en su otorgamiento (artículo 18 inciso 1º primera parte).

b) Requisitos internos (dicen relación con la capacidad y la libre y espontánea voluntad del testador). Como no hay norma, la doctrina da soluciones contradictorias. José Clemente Fabres, señala que la capacidad y la libre voluntad del testador se rigen por la ley vigente al tiempo de la muerte del mismo, por cuanto el testamento es un simple proyecto que cobra vida con la muerte del testador.

Por su parte, Alessandri, señala que los requisitos internos del testamento deben regirse por la ley vigente al tiempo de su otorgamiento, el motivo es que el artículo 18 al contraponer solemnidades externas v/s disposiciones, es claro que quiso incluir en la primera expresión todo lo relacionado con el otorgamiento. A mayor abundamiento, el Código Civil en el artículo 1006, que a continuación del 1005, que señala las personas inhábiles para testar manifiesta que el testamento otorgado durante la existencia de cualquier causa de inhabilidad expresada 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.

c) Disposiciones. Las disposiciones del testamento, o sea, su contenido están sujetas a la ley vigente al tiempo de la muerte del testador (artículo 18 inciso 1º segunda parte). 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.

Artículo 20 *“Si el testamento contuviere 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”.*

14.3 Sucesión abintestato.

Rige la misma vista a propósito de las disposiciones del testamento, en consecuencia, la sucesión abintestato se rige por la ley vigente al tiempo de la muerte del causante.

14.4 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.

Artículo 20 inciso 1º *“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”* (vid. artículo 986).

Por su parte el inciso 2º señala *“Pero si la sucesión se abre bajo el imperio de una ley, y en el testamento otorgado bajo el imperio de otra se hubiese llamado voluntariamente a una persona que, faltando el asignatario directo, suceda en el todo o parte de la herencia por derecho 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 esta norma, para la determinación de esas personas se atenderá a la ley vigente a la fecha en que se otorgó el testamento. En todo caso debe advertirse que aquí las personas no suceden por derecho de representación, sino en virtud del expreso llamamiento del testador, pues la representación no tiene cabida en las sucesiones testamentarias. Lo que ocurre es que el testador manifiesta su voluntad remitiéndose al derecho de representación que la ley consagra para las sucesiones intestadas.

14.5 Adjudicación y partición de herencia o legado.

Artículo 21: *“En la adjudicación y partición de una herencia o legado se observarán las reglas que regían al tiempo de su delación”*.

15. LEYES RELATIVAS A LOS CONTRATOS

En todo contrato se distinguen:

- a) Requisitos internos (condiciones de validez), que según el artículo 1445 son: consentimiento sin vicios; capacidad; objeto lícito y causa lícita.
- b) Solemnidades.
- c) Efectos.

15.1 Ley que rige los requisitos internos y los efectos de los contratos.

Artículo 22 inciso 1º *“En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”*.

En consecuencia, los requisitos internos y los efectos del contrato se rigen por la ley existente a la época de celebración del contrato.

Cabe decir que los efectos del contrato dependen de la voluntad de los contratantes, aunque esa voluntad no se haya expresado porque la ley la suple o interpreta, pues si nada han dicho, si no han determinado los efectos del contrato, entonces se considera que han querido referirse a la ley en ese punto y ésta no podía ser otra que la que existía a la época de celebración del contrato.

15.2 Leyes relativas a la forma de los actos y contratos.

La forma de los actos se rige por la ley vigente al momento de su celebración. En consecuencia, los actos o contratos serán válidos o nulos según hayan sido o no observadas las normas a la sazón vigentes.

Si bien, este principio no tiene consagración expresa, queda de manifiesto que el legislador lo acepta en los artículos 18 y 23. El primero dice que las solemnidades “externas” de

los testamentos se regirán por la ley coetánea a su otorgamiento y el artículo 23 dispone que los contratos válidamente celebrados, es decir, otorgados de acuerdo con las formalidades impuestas por la ley, podrán probarse bajo el imperio de otra por los medios que la ley antigua establecía, bajo la cual se celebró el contrato.

15.3 Excepciones a la regla que considera incorporadas al contrato las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

Son dos y están contenidas en el artículo 22.

Nº 1 Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultares de ellos. Esto porque ese modo de reclamar es una ley procesal y las leyes procesales rigen in actum.

Nº 2 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. Estas penas por la infracción del contrato deben tratarse de penas impuestas por la ley y no por las partes, porque si así fue volvemos al principio general (derecho adquirido a la pena contractual).

15.4 Leyes relativas a la prueba de los actos.

Artículo 23 “Los actos y contratos válidamente celebrados bajo el imperio de una ley podrán probarse bajo el imperio de otra, por los medios que aquella establecía para su justificación; pero la forma en que debe rendirse la prueba estará subordinada a la ley vigente al tiempo en que se rindiere”

Regla: los actos y contratos se prueban por los medios establecidos en la ley bajo cuyo imperio se celebró el acto o contrato.

Excepción: la forma en que como se rinde la prueba está sujeto a la ley vigente al tiempo en que se rindiere.

16. LEYES RELATIVAS AL PROCEDIMIENTO JUDICIAL

Artículo 24 (relacionarlo con el artículo 22 Nº 1 y 23 segunda parte).

REGLA (artículo 24): las leyes concernientes a la substanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que comienzan a regir (rigen in actum).

EXCEPCIONES (artículo 24). a) los términos que hubiesen empezado a correr; b) las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas; se rigen por la ley vigente al tiempo de su iniciación.

17. LEYES DE PRESCRIPCIÓN

Hay conflicto cuando una parte del tiempo 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 prescripción.

17.1 Ley que rige la prescripción¹¹

Artículo 25.

17.2 Ley que rige la prescripción de lo que la nueva ley declara absolutamente imprescriptible

Artículo 26.

18. APLICACIÓN DE LA LEY A HECHOS POSTERIORES A SU DEROGACIÓN

18.1 Principio

La derogación de la ley antigua es instantánea, por lo tanto, no puede aplicarse a hechos nuevos posteriores a su derogación.

18.2 Aplicación de las leyes de derecho privado

El principio general tiene plena eficacia, la excepción se encuentra en materia de contratos, los que continúan rigiéndose por la ley antigua (artículo 22 inciso 1º).

18.3 Efecto diferido o supervivencia de la ley después de su derogación

Puede suceder que una ley ya derogada prolongue su aplicación en el futuro. Esto se produce cuando la nueva ley, permite que la ley antigua se aplique a todos los efectos jurídicos derivados de un hecho anterior a su entrada en vigencia.

¹¹ El problema de la retroactividad de las leyes de derecho público: estudiar individualmente

EFFECTOS DE LA LEY EN EL ESPACIO

1. LA TERRITORIALIDAD Y EXTRATERRITORIALIDAD DE LAS LEYES

Todos los problemas que originan en conflicto de leyes en el espacio y los distintos sistemas del Derecho Internacional Privado giran alrededor de dos principios opuestos:

- a) Principio territorial: en virtud de cual las leyes se dictan para el territorio y tienen su límite dentro del mismo.
- b) Principio personal o extraterritorial: en su virtud las leyes se dictan para las personas y las siguen donde éstas de encuentren

2. TEORÍAS

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 por lo tanto, había que buscar fórmulas de armonía y conciliación entre estos dos opuestos principios.

Entra estas teorías las más importantes son:

- a) Teoría de los estatutos.
- b) Teoría de la comunidad del derecho.
- c) Teoría de la personalidad o nacionalidad del derecho.

3. TEORÍA DE LOS ESTATUTOS

Esta teoría clasificó las leyes en: personales; reales y mixtas.

a) **LEYES PERSONALES:** *“son aquellas cuyas disposiciones afectan directa y exclusivamente al estado de las personas”*, es decir, la universalidad de su condición, de su capacidad o incapacidad para proceder en los actos de la vida civil. Tienen aplicación extraterritorial, pues rigen a la persona donde quiera que se encuentre, y si tienen relación con las cosas es sólo accesoriamente y por una consecuencia del estado y calidad del hombre, objeto principal del legislador.

Ejemplo, las leyes que determinan si un individuo es nacional o extranjero, la que fija la mayoría de edad, las condiciones para el matrimonio.

b) **LEYES REALES:** son las relativas a los bienes y sólo se aplican en el territorio en el cual están situados los bienes. Concepto: *“son aquellas 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 las personas, sino de un modo accidental y accesorio”*.

Ejemplo, las leyes que clasifican los bienes.

c) **LEYES MIXTAS:** *“son aquellas que se refieren a las relación concernientes al mismo tiempo a los bienes y a las personas y particularmente a la forma de los actos”*.

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, al clima, a 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 y 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.

4. TERRITORIALIDAD DE LA LEY

4.1 Consagración del principio territorial en nuestro derecho.

Artículo 14 *“La ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros”*.

Cuando se redactó el Código Civil estaba en apogeo la doctrina del estatuto personal, pero Andrés Bello se alejó de ella y se mostró partidario de la doctrina de la territorialidad absoluta, porque siendo Chile un país en formación y escasamente poblado estimulaba la inmigración, por lo que convenía la uniformidad de población y legislación.

4.2 Significado del artículo 14

a) **Doctrina tradicional:** el artículo 14 significa que 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.

b) **Otra doctrina:** la norma sólo tendría por objeto establecer que el estatuto personal (estado y capacidad) de los habitantes del territorio de la República se rige por la ley chilena. Lo que se vería confirmado por la existencia de una disposición particular relativa al estatuto de las cosas (artículo 16) y además por la posibilidad de deducir una regla semejante para el estatuto de los actos.

4.3 Aplicaciones del principio de la territorialidad.

El principio de la territorialidad absoluta está consagrado en varias disposiciones:

- a) Matrimonio y su disolución (Ley de Matrimonio Civil).
- b) Artículo 997: *“Los extranjeros son llamados a las sucesiones abintestato abiertas en Chile de la misma manera y según las mismas reglas que los chilenos”*.

c) Artículo 5 del Código Penal *“La ley penal chilena, es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros”*.

4.4 Ventajas de la doctrina chilena del artículo 14

- a) No lesiona la soberanía del Estado.
- b) La teoría del principio personal pugnaría con el artículo 6 del Código Civil que dice que la ley obliga una vez promulgada en conformidad a la Constitución y publicada de acuerdo con los preceptos que establece el Código Civil, porque las leyes extranjeras obligarían sin haber sido promulgadas por el Presidente de la República ni publicadas en el Diario Oficial.
- c) Evita tener que conocer las leyes de los demás países y con ello se ahorran fraudes y errores.
- d) 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.

4.5 Excepciones del artículo 14

Las que admite el Derecho Internacional y que son relativas a los soberanos extranjeros, agentes diplomáticos y buques de guerra.

4.6 Equiparación del chileno y el extranjero.

En compensación a las obligaciones que el artículo 14 impone a los extranjeros se les otorga una franquicia en el artículo 57 *“...”*

Derechos civiles: son aquellos derechos que la ley concede o reconoce para la realización de un interés privado del sujeto. Se contraponen a los derechos públicos que se otorgan para la realización de un interés público.

Esta igualdad entre chilenos y extranjeros tiene excepciones:

- a) Artículo 1012 (testigos del testamento).
- b) 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.

5. EXTRATERRITORIALIDAD DE LA LEY

Los casos en que la ley chilena produce efectos fuera del territorio son excepcionales.

5.1 Leyes personales

a) Principio

Artículo 15 *“A las leyes patrias que reglan las obligaciones y derechos civiles, permanecerán sujetos los chilenos, no obstante su residencia o domicilio en país extranjero.*

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

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

El artículo 15 no es una incongruencia con respecto al artículo 14, porque mientras éste declara que en Chile sólo rige la ley chilena y que no se acepta la ley personal del extranjero, en el artículo 15 se dispone que la ley personal del chileno rige más allá de las fronteras de la República, pero sólo respecto de los actos que han de tener efecto en Chile y respecto de las relaciones de familia en lo que dice relación con cónyuges y parientes chilenos.

b) Fundamento del artículo 15

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, ya que todas ellas son normas de orden público, sin perjuicio de que además trata de favorecer a la familia chilena.

c) 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, y como es una norma de excepción debe aplicarse restrictivamente.

Su extensión o campo de aplicación es el siguiente:

* Sólo se refiere a los chilenos (si un chileno se nacionaliza en otro país no está sujeto a esta disposición).

* El artículo 15 sólo hace obligatorias las leyes relativas i) al estado de las personas y a su capacidad para ejecutar ciertos actos, que hayan de tener efecto en Chile y ii) a los derechos y obligaciones que nacen de las relaciones de familia; pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes chilenos.

d) Análisis del artículo 15 N° 1.

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

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

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 producirá efectos en Chile (cuando los derechos y obligaciones se cumplen en Chile), en caso contrario se rige por las leyes del país en que el acto se realiza.

e) **Análisis del artículo 15 N° 2**

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

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

Los chilenos domiciliados o residentes en el extranjero quedan sometidos a la ley chilena en lo que respecta a sus relaciones de familia: derechos que sólo pueden reclamar los parientes y cónyuges chilenos.

Esta norma guarda relación con el artículo 998: *“En la sucesión abintestato de un extranjero que fallezca dentro o fuera del territorio de la República tendrán los chilenos a título de herencia o de alimentos...”*

Límites:

i) **Sucesión abintestato de un extranjero.** Una opción sería que como el espíritu del legislador es proteger al cónyuge y parientes chilenos, limitar la aplicación de la ley extranjera y las disposiciones testamentarias si se trata de una sucesión testamentaria por razones de orden público. Otra opción sería la aplicación de los artículos 1167 (asignaciones forzosas testador) y 1183 (legitimarios), sin embargo, si la ley extranjera es aplicable por disposición del artículo 955 parecen discutibles las limitaciones que se basan en normas sustantivas internas como los artículos señalados, por cuanto tienen el mismo rango.

ii) **Bienes en Chile.**

5.2 **Leyes reales**

Son aquellas que se refieren directamente a los bienes y sólo de un modo accidental o accesorio a las personas.

a) **Principio**

Artículo 16 *“Los bienes situados en Chile están sujetos a las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile”.*

Este principio se llama *lex rei sitae*, donde la legislación aplicable depende de la ubicación del bien, independientemente de la nacionalidad del propietario.

“...leyes chilenas...” por ejemplo, las leyes que clasifican los bienes, las que regulan los modos de adquirir, conservar, transmitir el dominio, las que regulan los modos de adquirir o perder la posesión, etc.

El Código Civil al establecer esta regla, rechaza la antigua doctrina en virtud de la cual los bienes muebles se regían por la ley nacional o del domicilio del propietario, y por su parte, los bienes raíces se regían por la ley del país donde estaban ubicados.

b) Excepciones

Existen dos excepciones previstas en los artículos 955 y 16 inciso 2º.

i) Artículo 955 *“La sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte en su último domicilio; salvos los casos expresamente exceptuados. // La sucesión se regla por la ley del domicilio en que se abre; salvo las excepciones legales”*

Es una excepción al artículo 16 porque 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 rige por la ley del último domicilio del causante.

Sin embargo, el artículo en cuestión dice *“salvo los casos expresamente exceptuados, por lo tanto, la excepción tiene una contraexcepción (vuelve a la regla general) en el artículo 998 respecto del cónyuge y parientes chilenos.*

ii) Artículo 16 inciso 2º *“Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos otorgados válidamente en país extraño”.*

Esto significa que no obstante que los bienes situados en Chile están sujetos a la ley chilena, las estipulaciones contractuales que a ellos se refieran otorgadas válidamente en el extranjero, tienen pleno valor y efecto en Chile, así por ejemplo dios extranjeros pueden celebrar contratos en el extranjero sobre bienes situados en Chile.

Esta excepción tiene una contraexcepción, volviendo a la regla general, contenida en el inciso 3º del artículo 16 *“Pero los efectos de los contratos otorgados en país extraño para cumplirse en Chile, se arreglarán a las leyes chilenas”.*

5.3 Leyes relativas a los actos y contratos (estatuto mixto)

Se le llama estatuto mixto porque se aplican conjuntamente los principios de las leyes personales como los de las leyes reales.

Para determinar la ley por la que se rige un acto ejecutado en país extranjero hay que distinguir entre:

i) Requisitos internos o de fondo, que son los que se relacionan con la capacidad del sujeto, el consentimiento, el objeto y la causa del acto o contrato.

ii) Requisitos externos o de forma, se relacionan con la forma de hacer constar fehacientemente su existencia.

a) Ley que rige la forma de los actos (artículo 17).

En cuanto a la forma (solemnidades externas = artículo 17 inciso 2º). Los actos o contratos 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 del locus regit actum).

Además señala esta disposición que *“su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el Código de Enjuiciamiento”*.

...instrumento público...no sólo es aplicable a los instrumentos públicos sino que a todo tipo de acto jurídico, vid artículos: 16 inciso 2º (actos o contratos); 1027 (testamento).

Instrumento: todo documento escrito en el cual se consigna un hecho.

Instrumento público o auténtico: es el autorizado con las solemnidades legales por el funcionario competente; cuando ha sido otorgado ante notario e incorporado en un registro público o protocolo se llama escritura pública.

b) Requisitos necesarios para que valga en Chile un instrumento público

i) Que haya sido otorgado con las formalidades prescritas por la ley del país de su otorgamiento.

ii) Que se prueba su autenticidad conforme las reglas del Código de Procedimiento Civil, mediante un trámite complejo denominado legalización (artículo 345). La autenticidad se refiere al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en los tales instrumentos se exprese.

La legalización es un trámite que se reduce a dejar constancia fehaciente que el funcionario que autorizó el instrumento es realmente el que correspondía. Ejemplo, escritura otorgada en Francia ante notario. Ministro de Justicia certifica la firma del notario. Ministro de RREE certifica la firma del ministro de justicia. Representante diplomático de Chile certifica la firma del ministro de RREE. Ministro de RREE de Chile certifica la firma del representante diplomático.

c) La regla del locus regit actum respecto de los instrumentos privados.

En principio no tendría aplicación, por cuanto los instrumentos privados se otorgan sin sujetarse a solemnidad alguna. Sin embargo, hay ciertos actos que pueden extenderse en instrumento privado y ser solemnes, ejemplo testamento ológrafo (escrito, fecha y firmado de puño y letra del testador).

La Corte Suprema ha dicho que el principio del *locus regit actum* es de carácter general, se refiere a todo acto o contrato y a todo instrumento (público o privado), por lo tanto, el testamento ológrafo tiene validez en Chile aun que refiera a bienes situados en Chile.

d) La regla del *locus regit actum* es facultativa para los chilenos.

Así los nacionales pueden en el extranjero: i) sujetarse a las leyes extranjeras en cuanto a la forma de los actos o contratos o ii) acudir al funcionario diplomático o consular que represente a Chile y que esté autorizado para desempeñar funciones de ministro de fe.

e) Excepciones a la regla del *locus regit actum*.

Según el artículo 1027 *“Valdrá en Chile el testamento escrito otorgado en país extranjero...”*
Es una excepción al principio del *locus regit actum*, por cuanto sin este artículo tendrían eficacia en Chile todos los testamentos otorgados en el extranjero, ya fueren verbales o escritos.

f) Casos en que las escrituras privadas no valen como prueba en Chile.

Según el artículo 18 en los casos en que las leyes chilenas exigieren instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y producir efecto en Chile, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de ellas en el país en que hubieren sido otorgadas (vid. artículo 1701). Esta norma se aplica a nacionales y extranjeros porque se refiere a actos que van a producir efecto en Chile, y en Chile sólo rige la ley chilena.

J. C. Fabres dice que este artículo es una excepción al artículo 17 (forma de instrumentos se rige por la ley del país de su otorgamiento), sin embargo, no es una excepción porque es una aplicación a un caso particular de lo dispuesto en el artículo 16 inc 3º que señala que los efectos de los contratos otorgados en el extranjero para cumplirse en Chile se ajustarán a la ley chilena.

g) Ley que rige los requisitos internos de los actos y sus efectos.

Regla general: los requisitos internos al igual que los externos se rigen por la ley del país donde se celebra el acto o contrato.

Sin embargo, como los requisitos internos miran ya i) al estado y capacidad de las personas; ii) ya a los bienes; hay que tener presente la distinción entre leyes personales y reales y al mismo tiempo si el acto va a producir o no efectos en Chile. En consecuencia, si el acto produce efectos en Chile hay que distinguir en cuanto al estado y capacidad entre el chileno y el extranjero. El primero debe sujetarse a la ley chilena. El segundo a la ley del país donde el acto se otorgó.

EFFECTOS (artículo 16 inc 3º): se les aplica la ley chilena.

El artículo 1444 distingue entre elementos de la esencia, de la naturaleza y accidentales “...”.

Al decir el código que los efectos de los contratos otorgados en el extranjero para cumplirse en Chile se arreglarán a las leyes chilenas, nos quiere decir que los derechos y obligaciones que produce se sujetarán a la ley chilena. Y estos derechos y obligaciones pueden ser cosas o elementos de la naturaleza o accidentales.

En otras, palabras, los derechos y obligaciones que de ellos emanan, sea por la naturaleza de esos contratos, sea en virtud de cláusulas especiales, serán los mismos que establece la legislación chilena o los que ella permite estipular a los contratante. No de la esencia porque no son consecuencia del contrato sino el contrato mismo.

PARTE SEGUNDA

LA RELACIÓN JURÍDICA EN GENERAL Y EL DERECHO SUBJETIVO

LA RELACIÓN JURÍDICA EN GENERAL

1. CONCEPTO

Relación jurídica *es aquella existente entre dos o más sujetos, regulada por el derecho objetivo.*

El derecho objetivo atribuye a uno de los sujetos un PODER y al otro un DEBER, en virtud del cual está en la necesidad de cumplir para satisfacer el interés del sujeto titular del poder.

2. ESTRUCTURA DE LA RELACIÓN JURÍDICA (sujetos, objeto y contenido)

Sujetos: pueden ser dos o más personas físicas o jurídicas.

a) Activo: es la persona a quien el ordenamiento jurídico atribuye el poder, ejemplo, acreedor.

b) Pasivo: es la persona sobre la cual recae el deber, ejemplo, deudor.

A los sujetos se les llama partes, que son distintas de los terceros, éstos son personas que jurídicamente no pueden considerarse partes o sujetos de una determinada relación jurídica.

Objeto: *es la entidad sobre la que recae el interés implicado en la relación:* bienes, servicios, actos, etc.

Contenido: está constituido por los poderes y deberes que conlleva la relación jurídica.

De acuerdo al contenido la relación jurídica puede ser:

a) Simple: presenta un solo derecho del sujeto activo y un solo deber del sujeto pasivo.

b) Compleja: es aquella que encierra un conjunto de derechos y obligaciones coligados entre sí; ejemplo vendedor y comprador¹².

3. SITUACIONES JURÍDICAS ACTIVAS

Si bien no analizaremos el concepto de situación jurídica por cuanto en la doctrina no hay consenso, creemos que sería conveniente recurrir al concepto de Paul Roubier, quien señala que *situación jurídica es la posición que ocupa un individuo frente a una norma de derecho o a una institución jurídica determinada.*

¹² No se estudiarán: clasificaciones de las relaciones jurídicas. ni concepto de situación jurídica.

3.1 Derecho subjetivo

Interés jurídicamente protegido.

Es el poder de obrar para la satisfacción del propio interés, protegido por el ordenamiento jurídico.

3.2 La potestad

Es el poder atribuido a un sujeto, no en interés propio, sino para realizar un interés ajeno.

Este poder se asigna a su titular en razón de la función que desempeña (ejemplo, poderes del guardador respecto del pupilo), y en su ejercicio siempre debe inspirarse en el cuidado del interés ajeno. Sin embargo, hay casos en que la potestad además de concederse en el cuidado del interés ajeno, se concede en interés del que la ejerce para evitarle un perjuicio, ejemplo acción subrogatoria, en virtud de la cual el acreedor ejercita acciones y derechos del deudor para incorporar bienes al patrimonio de éste, y así contar con bienes para hacer efectivo su crédito.

La fuente de la potestad puede ser la ley, como en la patria potestad, o bien, la voluntad del interesado, como en la representación voluntaria.

3.3 La facultad

Manifestaciones del derecho subjetivo que no tienen carácter autónomo, sino que están comprendidas en él. Ejemplo, facultades de uso, goce y disposición que comprende el derecho de dominio.

3.4 La expectativa

Son las posibilidades de nacimiento o adquisición de un derecho que no cuentan con la protección legal por no haberse verificado ningún supuesto que la ley valora para otorgar tutela a dichas posibilidades.

Distintas son las expectativas de derecho, que son las posibilidades de nacimiento o 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. Por ejemplo, la situación del acreedor condicional, quien puede implorar providencias conservativas, y en su caso, 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 (vid artículos 1492 inciso final y 1486 inciso 1º).

3.5 La cualidad jurídica.

Es toda circunstancia permanente o transitoria que concurre en una persona y que le atribuye determinada posición frente a las normas jurídicas, por ejemplo heredero, socio, acreedor, deudor, status.

Cabe señalar que el status no es un derecho subjetivo, sino que constituye una situación-base. Importa un presupuesto de relaciones jurídicas, un presupuesto de derechos y deberes. Está integrado por un conjunto de circunstancias en que el individuo es considerado en si mismo, caso en el cual hablamos de estados individuales (ejemplo, mayoría de edad, demente), o es considerado en relación a grupos sociales más amplios de que forma parte, caso en el cual hablamos de estados sociales, los que a su vez, pueden ser de derecho público (nacionalidad, ciudadanía) o de derecho privado, éste es el estado de familia y el Código Civil lo llama estado civil.

4. SITUACIONES JURÍDICAS PASIVAS

4.1 La deuda o situación de obligado.

Es aquella que impone a una persona determinada (deudor) la necesidad de cumplir una prestación (dar, hacer o no hacer) en interés de otra también determinada (acreedor), como consecuencia de la relación jurídica (obligación) que la liga a ésta.

La deuda o situación de obligado es un especie de deber jurídico, el que en sentido amplio significa la necesidad de conformar nuestra conducta al mandato de la regla de derecho. También es una especie de deber jurídico el deber personal, aquí el comportamiento exigido al deudor (obligado) no es avaluable en dinero, por ejemplo el deber de fidelidad, de obediencia.

En algunos países, por ejemplo en Italia, se hace la siguiente distinción. Denominan *obligación*, al deber del obligado que tiene un contenido económico (avaluable en dinero). En caso contrario, las llaman *obbligato*.

4.2 El deber genérico de abstención.

Es el deber que pesa sobre todos los terceros, en el sentido de omitir o evitar cualquier hecho que perturbe o moleste al titular de un derecho en el goce del mismo.

Aquí el sujeto pasivo es universal, por eso no constituye una obligación, donde el deudor debe estar determinado (en el momento en que se constituye la obligación o en el cumplimiento). En el deber genérico de abstención el sujeto pasivo se determina en caso de infracción, pero ya no es deber genérico de abstención, sino que una obligación propiamente tal derivada del hecho dañoso.

4.3 La sujeción (es correlativa al derecho potestativo).

Derecho potestativo: *es el 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, quien nada puede ni debe hacer sino resignarse a sufrir las consecuencias de aquella declaración de voluntad.*

Ejemplo, el derecho de pedir la partición de la comunidad, los comuneros demandados nada pueden hacer para oponerse y conservar su cal de tales.

4.4 La carga

Necesidad de un comportamiento para satisfacer un interés propio.

La diferencia entre carga y obligación, radica en que en el primero se satisface un interés propio, en el segundo, es un sacrificio en interés ajeno.

El punto en común entre obligación y carga, radica en que ambos implican la necesidad, el imperativo de hacer algo. Pero en el caso de la carga, el imperativo es hipotético, porque sirve como medio para alcanzar el fin que se pretende. En cambio, en la obligación, el imperativo es categórico porque debe ser respetado en todo caso.

4.5 La responsabilidad.

Es la sujeción a la sanción contenida en la norma violada.

La responsabilidad es causa del incumplimiento.

4.5 La garantía en sentido pasivo.

Garantía en sentido general es todo medio de seguridad (relativa) de lo que debido a su equivalente, que no suministrado o prestado, será por cualquier vía obtenido.

Especies de garantía:

- a) Genéricas: artículo 2465 (derecho de penda general).
- b) Específicas:
 - i) **Bienes del deudor:** es toda garantía especial que afecta *bienes determinados del deudor* (prenda o hipoteca) o a *todos sus bienes* (ejemplo, privilegio de que goza el crédito proveniente de los gastos de enfermedad de que haya fallecido el deudor. Vid artículos 2472 N° 3 crédito de primera clase; 2473 que señala que los créditos enumerados en el artículo precedente afectan *todos los bienes del deudor*).

ii) **A cargo de terceros.** Esta garantía puede ser personal o real. Será personal cuando una persona distinta del deudor asume la obligación de cumplir la obligación en caso que el deudor no lo haga (fianza). Es real cuando una cosa de un tercero queda especialmente afectada para la satisfacción del crédito, de manera que si la obligación no se cumple, el acreedor se indemniza con el precio de dicha cosa, ejemplo, prenda e hipoteca.

5. INSTITUCIÓN JURÍDICA

Conjunto de relaciones jurídicas que presentan caracteres comunes y se encuentran sometidas a las mismas normas.

También pueden ser entendidas como el conjunto de normas que regulan esas relaciones.

TEORÍAS SOBRE LA EXISTENCIA Y ESTRUCTURA DEL DERECHO SUBJETIVO

1. AFIRMAN LA EXISTENCIA DEL DERECHO SUBJETIVO

- 1.1 Base técnica.
- 1.2 De la realidad.
- 1.3 Que confunden el derecho con la acción.

2. NIEGAN LA EXISTENCIA DEL DERECHO SUBJETIVO

- 2.1 Duguit.
- 2.2 Kelsen.
- 2.3 Koschembahr - Lyskowski

3. TEORÍAS ACERCA DE LA ESTRUCTURA DEL DERECHO SUBJETIVO

Las teorías que afirman la existencia del derecho subjetivo se hallan divididas en cuanto a la naturaleza de su estructura (determinación de los elementos esenciales de aquella noción).

- 3.1 De la voluntad.
- 3.2 Del interés.
- 3.3 De la voluntad y del interés combinado¹³.

¹³ Estas teorías sólo se mencionan, sin analizarse, dado a que escapan de la materia del curso y no son evaluadas en los exámenes de grado.

CLASIFICACIONES DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

1. LOS DERECHOS SUBJETIVOS SEGÚN SU EFICACIA Y NATURALEZA

1.1 Derechos absolutos y derechos relativos.

Derechos absolutos: *son aquellos donde existe un sujeto pasivo universal, por lo tanto, el derecho puede hacerse valer contra cualquier persona.* Implica un deber general y negativo, en cuanto todos los terceros tienen el deber de abstenerse de turbar al titular (deber genérico de abstención). Ejemplos, derechos de la personalidad, derechos reales.

Derechos relativos: *son aquellos donde existe un sujeto pasivo limitado a una sola o a varias personas determinadas.* Estos derechos tienen una eficacia limitada, pues sólo pueden hacerse valer contra una o varias personas determinadas, ejemplo derechos personales (vid artículo 578).

1.2 Derechos originarios y derechos derivados.

Derechos originarios: *son aquellos que se producen independientemente de la actividad del titular dirigida o encaminada a adquirirlos.*

Derechos derivados: *son aquellos que se obtienen por efecto de un hecho del titular, aunque no vaya acompañado de la voluntad dirigida a adquirirlo.*

1.3 Derechos transmisibles e intransmisibles.

Los derechos son transmisibles o intransmisibles según admitan o no la posibilidad de traspasarse del titular a otro sujeto. Si el traspaso es por acto entre vivos se llama transferencia, si es x sucesión por causa de muerte, se llama transmisión.

1.4 Derechos puros y simples y derechos sujetos a modalidad.

Derechos puros y simples: *son aquellos que no se hallan sujetos a modalidad alguna, su existencia y ejecución nunca son suspendidos y desde su nacimiento se desenvuelven normalmente.*

Derechos sujetos a modalidad: *son aquellos que se encuentran sujetos a alguna modalidad.*

a) Concepto de modalidad. *Son cláusulas que se insertan en un acto jurídico con el fin de alterar los efectos que normalmente dicho acto produce.*

También se les define como *toda modificación introducida por las partes o la ley en las consecuencias naturales de los actos jurídicos.*

b) Tipos de modalidades.

Plazo: hecho futuro y cierto del cual depende el ejercicio o extinción de un derecho.

Condición: hecho futuro e incierto del cual depende el nacimiento o extinción de un derecho.

Modo: (artículos 1089-1096). Gravamen que se impone al beneficiario de una liberalidad. Carga impuesta al adquirente de un derecho y cuyo fin es limitarlo.

2. LOS DERECHOS EVENTUALES

2.1 Supuesto de hecho y otras nociones preliminares.

Se entiende por supuesto de hecho 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, la adquisición, modificación o extinción de un derecho subjetivo.

Los supuestos de hecho pueden ser simples o complejos. **Simple:** están constituidos por un hecho, ejemplo, para adquirir el derecho de herencia se requiere de un hecho, la muerte del causante. **Complejos:** están constituidos por dos o más hechos, ejemplo, la compraventa de un bien raíz - contrato de compraventa - tradición del derecho de propiedad.

La regla general es que ningún derecho se forma ni nace mientras no concurren todos los elementos del supuesto de hecho que condiciona su existencia. Esta concurrencia puede ser simultánea o sucesiva, en este último caso el derecho surge cuando se verifica el último de los elementos, aunque a veces mientras el derecho está en formación, es decir, se han verificado uno o algunos de los elementos sucesivos, el ordenamiento jurídico otorga desde ya un derecho o protección (vid. expectativa de derecho).

2.2 Doctrina clásica del derecho eventual.

Para esta doctrina derecho eventual y derecho condicional son diferentes, compartiendo como rasgo común el estar ambos sometidos a un hecho futuro e incierto, eventualidad y condición, respectivamente.

El derecho eventual, es un derecho que no se forma por la falta de un elemento que no puede dejar de concurrir para su perfeccionamiento y ese elemento afecta la constitución del acto jurídico mismo. Ejemplo, venta a prueba, el derecho del vendedor al precio no nace porque tampoco existe el contrato mientras el comprador no declare que le agrada la cosa. La eventualidad impide la formación del contrato y consecuentemente el derecho que del contrato puede surgir.

El derecho condicional es un derecho que no se forma por habersele agregado un elemento adventicio (accidental), o sea, una circunstancia que sólo afecta al derecho y no al acto del cual deriva y del que es un simple efecto. Ejemplo, compraventa - hijo del vendedor se va a París - el precio se pagará y la propiedad se entregará. El contrato de compraventa existe, pero no existen los derechos y obligaciones que del contrato emanan.

De lo anteriormente expuesto derivan las siguientes consecuencias:

a) El derecho condicional se forma con retroactividad, el que se reputa existir no desde el momento en que se verifica la condición sino desde el momento en que se celebró el acto o contrato.

b) El derecho eventual no opera con retroactividad porque su formación completa coincide con la del acto o contrato generador, marcada para ambos por el día en que ocurre la eventualidad.

2.3 Doctrina de la noción genérica del derecho eventual.

a) Generalidades

Para esta doctrina el derecho eventual sería una noción genérica, dentro de cual tendrían cabida el derecho condicional y el derecho eventual.

Derecho eventual es un derecho futuro cuya adquisición está desde ya protegida por el otorgamiento de un derecho subjetivo encaminado a esa finalidad protectora.

Para ellos el derecho eventual implicaría dos derechos:

i) **Provisional**: es el otorgado para preparar la adquisición del derecho futuro y definitivo y es puro y simple (no significa goce del derecho futuro).

ii) **Derecho definitivo**: Surgiría y reemplazaría al provisional cuando la eventualidad se cumple.

Derecho condicional. La misma estructura anterior la tendría el derecho condicional, pues 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... (artículo 1485), pero el acreedor tiene el derecho provisional de preparar la adquisición del derecho definitivo, en este caso impetrando las medidas cautelares necesarias (artículo 1493).

b) Naturaleza del derecho condicional.

i) **Doctrina clásica**: para ellos el derecho condicional, mientras está pendiente el cumplimiento de la condición, es un germen de derecho. Problema ¿si es un germen de derecho cómo se explica que pueda transmitirse?

ii) **Doctrina del concepto genérico:** expresa que se trata de un derecho que desde ya presenta como realidad el derecho provisional y que tiende a preparar el advenimiento del derecho definitivo. Esta postura permite explicar la situación anterior, según la cual si el acreedor condicional fallece mientras pende la condición transmite a sus herederos su derecho (artículo 1492 inciso 1º)

c) **Requisitos del derecho eventual para la teoría del concepto genérico.**

i) Debe tratarse de un derecho protegido desde ya, por lo tanto, no entran en su órbita las simples expectativas o los derechos futuros no protegidos.

ii) Debe tener un titular actual, pues es de su esencia un derecho subjetivo atribuido a una persona.

d) **Distinción entre simple expectativa y derecho eventual.**

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.

La simple expectativa se distingue del derecho eventual porque éste conlleva o 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.

Como las meras expectativas no constituyen derecho, no son transmisibles y pueden ser frustradas por una ley sin que ésta pueda ser tachada de retroactiva (vid. artículo 7 L.E.R.L.).

e) **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 doctrina clásica en la diferencia entre eventualidad y condición, consistente en que la primera (eventualidad) afecta a un elemento constitutivo del acto o contrato, retardando la formación del mismo, y en que la segunda (condición) sólo afecta a un elemento de la formación del derecho, impidiéndole nacer desde luego. 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.

Para la doctrina clásica el derecho condicional opera en principio, con retroactividad, el derecho se reputa que existe 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 que opera desde el día en que se realiza la eventualidad, esto es, el perfeccionamiento del acto o contrato.

La doctrina del concepto genérico señala 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, que la 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. Ejemplo, 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 (artículo 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 (artículo 1239).

3. LOS DERECHOS SUBJETIVOS SEGÚN SU OBJETO Y CONTENIDO (PÚBLICOS Y PRIVADOS)

Los derechos subjetivos según su objeto y contenido pueden ser públicos o privados. Esta clasificación se hace atendiendo a la norma de derecho objetivo en que se funda el derecho subjetivo, según sea de Derecho Público o de Derecho Privado.

Los derechos subjetivos de derecho privado pueden ser, a su vez, patrimoniales o extrapatrimoniales.

3.1 Derechos extrapatrimoniales.

Son aquellos derechos que no contienen una inmediata utilidad económica, ni son avaluables en dinero, por ejemplo, los derechos de la personalidad y los de familia.

a) Derechos de la personalidad. 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); son inseparables del individuo, éste no puede desprenderse de ellos; son no directamente apreciables en dinero, pero pueden producir consecuencias patrimoniales cuando son violados; son intransferibles e intransmisibles; y son imprescriptibles.

Los derechos de la personalidad pueden agruparse en dos categorías:

i) Los que conciernen a la individualidad física. Estos tienen por objeto: asegurar nuestra propia existencia (la vida); asegurar la integridad corporal, la salud, la actividad física.

ii) Los que conciernen a la individualidad moral. Estos tienen por objeto el honor en sus diversas manifestaciones, y comprenden también el derecho al nombre y la actividad intelectual¹⁴.

¹⁴ Realizar, si se quiere profundizar al respecto, un estudio sobre los siguientes tópicos: a) ¿Son admisibles los derechos sobre la propia persona?, b) derecho a la fuerza muscular, c) derecho sobre la propia imagen, d) derechos que conciernen a la individualidad moral

b) 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.

Los derechos de familia se dividen en dos categorías:

i) Derechos de familia propiamente tales, son los que no persiguen ventaja o utilidad pecuniaria alguna, como la calidad de hijo, la patria potestad.

ii) Derechos de familia patrimoniales, son los que influyen en el patrimonio y pueden significar ventajas económicas, ejemplo, derecho de sucesión, usufructo legal del padre respecto de los bienes del hijo no emancipado.

3.2 Derechos patrimoniales.

El patrimonio lo podemos definir como el *conjunto de derechos y obligaciones de una persona avaluables en dinero*. En consecuencia, los derechos patrimoniales *son aquellos que tiene por objeto una ventaja pecuniaria, y por lo tanto, pueden apreciarse en dinero*.

Los derechos patrimoniales se clasifican en dos grandes grupos:

a) Derechos reales. Son los que conceden al titular un poder inmediato sobre la cosa, poder que puede ser pleno o ilimitado y menos pleno o limitado. En el primer caso, se ejerce en toda su extensión sobre la cosa y da lugar a la propiedad. En el segundo caso, se limita a algunas utilidades económicas de la cosa y da lugar a los derechos reales menores, a los derechos en cosa ajena.

b) Derechos personales. Son los que nacen de una relación inmediata entre dos o más personas, en virtud de la cual una (deudor) es obligada a una determinada prestación (dar, hacer o no hacer) en favor de otra (acreedor). Vid artículo 578.

NACIMIENTO, MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

1. NACIMIENTO Y ADQUISICIÓN DEL DERECHO

Nace un derecho cuando viene a la vida jurídica una relación jurídica, y como uno de los elementos de aquélla es un sujeto, es natural que a todo nacimiento de un derecho corresponda una adquisición, es decir, la unión del derecho a una persona determinada.

Los conceptos de nacimiento y adquisición no necesariamente coinciden entre sí. Todo nacimiento importa una adquisición, pero no toda adquisición importa un nacimiento del derecho porque puede que éste preexista y que sólo cambie de sujeto por causa del hecho adquisitivo. El nacimiento del derecho supone la incorporación al mundo jurídico de una relación que antes no existía.

2. 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..* Es indiferente que el derecho hubiese existido antes en otros, como por ejemplo, en el caso de las cosas abandonadas por su dueño (res derelictae) o no existiese en otro, como en la ocupación de las cosas de nadie.

La adquisición es derivativa *cuando el derecho procede de una relación con otro sujeto.* Aquí 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.

La adquisición derivativa se subdivide en:

- a) Derivativa traslativa. Es en la que es el mismo derecho el que se traspa.
- b) Derivativa constitutiva. Sobre la base de un derecho preexistente se crea en otros un derecho nuevo.

Es importante esta distinción (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 (nadie puede transferir más derechos de los que posee, vid. artículo 682).

3. EXTINCIÓN Y PÉRDIDA DE LOS DERECHOS

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 un res derelictae).

4. MODIFICACIÓN DE LOS DERECHOS

La modificación *consiste en los cambios, alteraciones o incrementos que un derecho puede sufrir.* Este concepto es amplio, por cuanto abarca 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 otro, porque modificación es también el cambio de sujeto.

4.1 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 es por causa de muerte de transmisión.

Dependiendo a la determinación o indeterminación de los bienes que se traspasan, el traspaso de los derechos puede ser a dos títulos: universal o singular. Es a título universal cuando comprende el traspaso de todos los bienes de una persona o una cuota de ellos. Es a título singular, cuando el traspaso comprende determinados bienes. En el derecho chileno la transferencia de bienes sólo puede hacerse a título singular, pero la transmisión puede ser a título singular como universal.

4.2 Modificación objetiva.

Estas modificaciones se refieren al cambio cualitativo o cuantitativo del objeto del derecho.

Modificaciones cualitativas: *son aquellas en que el derecho se transforma experimentando un cambio de naturaleza o en su objeto.* Ejemplo de cambio de naturaleza: la hipoteca de un fundo, si éste se destruye, se convierte en crédito por la suma debida por el asegurador. Cuando lo que cambia es el objeto estamos 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.

Modificaciones cuantitativas: *son aquellas en que el objeto o elemento real de un derecho se incrementa o disminuye.*

RENUNCIA DE LOS DERECHOS

1. DERECHOS QUE PUEDEN RENUNCIARSE

El Código Civil en su artículo 12 señala *“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”*.

Los derechos tienen su origen en la voluntad de la ley y en la voluntad de los particulares: ¿Sólo los que tienen su fuente directa en la ley pueden renunciarse? NO. También pueden renunciarse los que tienen origen en 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 no sólo a los derechos que nacen directamente de la ley. Un derecho que nace de un contrato celebrado entre dos personas, también puede ser renunciado por su titular.

Además no sólo pueden renunciarse los derechos actuales, sino también los futuros, salvo que la ley por motivos especiales lo prohíba.

Finalmente cabe hacer notar que las leyes no pueden renunciarse, sino que los *derechos* por ellas conferidos, y el no ejercicio de un derecho tampoco importa renuncia.

2. 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.

El que no traspase el derecho no se opone a que otra persona se aproveche de la renuncia, pero el derecho que adquiere no es el mismo del renunciante, ejemplo, diario.

La renuncia presenta los siguientes caracteres:

- a) Es un acto abdicativo, pues consiste pura y simplemente en desprenderse del derecho sin traspasarlo a nadie.
- b) Es unilateral, porque para perfeccionarse requiere sólo la voluntad del titular del derecho (renunciante).
- c) Es un acto exento de formalidades, con excepción de la renuncia que versa sobre inmuebles o derechos inmuebles que requiere de instrumento público.
- d) Es un acto abstracto, en el sentido que el acto vale por sí mismo, con prescindencia de los fines o móviles del renunciante.
- e) Es un acto irrevocable.
- f) Es un acto voluntario. Excepcionalmente no lo es, ejemplo ley de quiebras acreedores privilegiados, quienes para votar un convenio deben renunciar a sus privilegios.

3. DERECHOS RENUNCIABLES E IRRENUNCIABLES

3.1 Derechos renunciables

De acuerdo con el artículo 12 pueden renunciarse todos aquellos derechos que miren al interés individual del renunciante, sin que sea necesario que la ley lo autorice en cada caso concreto.

Sin embargo, hay varias disposiciones en que el legislador permite expresamente la renuncia de los derechos, ejemplos: artículos 806 inciso final; 812; 885 N° 4; 2831 N° 1; 2434 inciso 4°.

3.2 Derechos irrenunciables

- a) Los derechos cuya renuncia prohíbe la ley. Ejemplo, artículo 153.
- b) Los derechos conferidos no sólo en el interés individual sino en el interés colectivo, los que a la par son derechos y deberes, ejemplo, patria potestad.

4. CLASIFICACIÓN DE LA RENUNCIA

La renuncia de un derecho subjetivo puede ser:

a) **Expresa.** Es aquella que se hace formalmente, de un modo terminante y manifiesto.

b) **Tácita.** Es aquella que resulta de actos del renunciante que revelan su intención de abandonar el derecho.

La renuncia de un derecho no puede presumirse y en caso de duda siempre ha de interpretarse restrictivamente la renuncia (vid. artículo 2462). Excepcionalmente, la renuncia se presume, pero sólo cuando la ley prevé el caso, ejemplo artículo 1233.

Mención especial merecen las renunciaciones generales y las repudiaciones.

Renunciaciones generales. Se señala que no son admisibles las renunciaciones generales. Sin embargo, otros opinan que sí, do no hay posibilidad de equívoco con relación al objeto a que se refiere.

Repudiaciones. Es una forma de renuncia, y se la define como el acto jurídico unilateral y abdicativo encaminado a impedir la adquisición de un derecho o extinguirlo irrevocablemente sin traspasarlo a otra persona, ejemplo, repudiación de una herencia o legado.

PARTE TERCERA

PERSONAS NATURALES

NOCIÓN DE LA PERSONALIDAD Y CLASIFICACIÓN DE LAS PERSONAS

1. 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.

Para nuestro Código Civil *“son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición”* (artículo 55). A continuación se analizará literalmente el concepto legal de persona:

a) **Individuos de la especie humana**, vale decir, todo hijo de mujer.

b) **Estirpe**, significa raíz y tronco de una familia o linaje (ascendencia o descendencia de cualquier familia). En consecuencia, cualquiera que sea la raíz y el tronco de la familia del individuo en nada influye sobre la adquisición de la personalidad.

c) **Condición**; este término es de concepción amplia, se refiere tanto a la calidad del nacimiento como a la posición que los hombres ocupan en la sociedad, por razón de abolengo, riqueza, clase, etc.

El Código Civil al conceder la personalidad a todos los individuos de la especie humana se ajusta al principio constitucional de igualdad ante la ley: no hay clases privilegiadas, no existen esclavos, todos los hombres nacen libres (artículo 19 N° 2 de la Constitución).

2. CLASIFICACIÓN DE LAS PERSONAS

Los hombres no son los únicos sujetos de derechos. También existen las colectividades de hombres o de bienes jurídicamente organizadas y elevadas por la ley a la categoría de persona.

Según el artículo 54 *“Las personas son naturales o jurídicas”*.

Las personas jurídicas están definidas en el artículo 545 que señala *“Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente. // Las personas jurídicas son de dos especies, corporaciones y fundaciones de beneficencia pública”*.

Cualquier conjunto de personas o bienes destinados a un fin, no constituye persona jurídica. Para ello es necesario que el Estado reconozca a una entidad este carácter. Las personas sin fines de lucro se reducen a dos tipos: la *corporación o universitates personarum*, que es una organización e personas reunidas para lograr la realización de un fin de interés común y que actúa como un todo, y la *fundación*, que es un conjunto de bienes destinados por uno o más individuos a la consecución de un fin determinado.

PRINCIPIO Y FIN DE LA EXISTENCIA DE LAS PERSONAS NATURALES

1. EXISTENCIA NATURAL Y EXISTENCIA LEGAL

La existencia natural de las personas comienza con la concepción y llega hasta el nacimiento, que marca el inicio de la personalidad legal.

El artículo 74 señala *“La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre”*.

2. NACIMIENTO

Es necesario señalar que no debe confundirse nacimiento con parto. El primero (nacimiento), importa la separación completa de la criatura de la madre. El parto, es el conjunto de fenómenos que tienen por objeto hacer pasar al feto desde el útero hacia el exterior.

En nuestra legislación para que el nacimiento constituya un principio de existencia, se requieren tres condiciones:

a) Que el niño sea separado de su madre. Esto es el desprendimiento del feto del claustro materno, lo que se puede obtener natural o artificialmente por medios quirúrgicos.

b) Que la separación sea completa. Para algunos significa que no haya ningún vínculo entre la madre y el hijo, ni siquiera el del cordón umbilical que une al feto con la placenta o si el cordón no está cortado, que la placenta haya sido expulsada (separación material). Para otros, que la criatura salga toda del seno materno, sin que importe que el cordón umbilical esté cortado o no (separación fisiológica).

c) Que la criatura haya sobrevivido a la separación un momento siquiera. Nuestro Código Civil exige, para conceder la personalidad, que la criatura nazca viva. Esta es la **doctrina de la vitalidad**, en virtud de la cual para ser persona, sólo es indispensable nacer vivo.

Otras legislaciones (Francia, España) acogen la **doctrina de la viabilidad**, que es la aptitud del ser para continuar viviendo fuera del seno materno, en consecuencia, supone que la criatura nazca viva y además sea capaz de seguir viviendo extrauterinamente. Sin embargo, esta doctrina es criticada por cuanto: i) se basa en un pronóstico, ya que afirmar que el recién nacido no es viable, significa predecir que morirá. Ante esta incertidumbre, algunas legislaciones presumen viable la criatura que viviere 24 horas. ii) Es arbitrario e injustificado designar cierto plazo.

La tendencia moderna es aceptar la doctrina de la vitalidad.

Pues bien, el inciso 2º del artículo 74 dispone: *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.*

Determinar si un individuo ha vivido o no, puede tener mucha importancia en la práctica, por las consecuencias que se derivan, especialmente en materia de herencia. La supervivencia del hijo a la separación de la madre, puede probarse por los medios ordinarios, y principalmente, recurriendo al testimonio del médico, la matrona, etc. Pero este medio sólo será posible cuando los signos de vida hayan sido ostensibles, en los otros casos, habrá que pedir auxilio a los procedimientos médico-legales, dirigidos a comprobar las huellas de la respiración, el más usado es la docimasia pulmonar hidrostática.

En cuanto a quien le corresponde probar que la criatura nació viva o muerta es una carga que compete a quien lo alega.

3. EXISTENCIA ANTERIOR AL NACIMIENTO

La importancia de que el legislador tome en cuenta la *existencia natural* (la anterior al nacimiento) es con el fin de proteger la vida y los derechos del que está por nacer.

3.1 Protección de la vida del que está por nacer.

La ley protege al vida del que está por nacer (artículos 19 Nº 1 de la Constitución y 75 del Código Civil). Por lo tanto, diversas disposiciones tienden a hacer efectiva esta declaración:

a) El juez debe tomar, a petición de cualquier 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 peligrará (artículo 75 inciso 1º segunda parte).

b) Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá deferirse hasta después del nacimiento (artículo 75 inciso 2º). En este sentido, antes de su derogación, no podía ejecutarse la pena de muerte en la mujer que se hallare embarazada, ni notificársele la sentencia en que se le imponía dicha pena sino transcurridos 40 días después del parto.

c) El Código Penal castiga el aborto.

d) Las legislaciones sanitarias y del trabajo contemplan diversas mediadas en favor de la mujer embarazada.

3.2 Protección de los derechos del que está por nacer.

Según el artículo 77 primera parte *“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”.*

Para determinar la suerte de estos derechos, es preciso atender a dos situaciones que pueden producirse:

a) Si la criatura nace viva, su nacimiento constituye principio de existencia (legal), caso en el cual entra en el goce de dichos derechos como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron (artículo 77 segunda parte: “Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron”).

b) Si la criatura muere en el vientre materno o perece antes de estar completamente separada de su madre, pasan los derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido (artículo 77 última parte “En el caso del artículo 74 inciso 2º, pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido”).

¿Qué clase de derecho es el que tiene la criatura que está por nacer?

Alessandri, Claro Solar y otros: **Derecho sujeto a condición suspensiva.**

Galecio: **Derecho eventual.**

Somarriva: **Derecho especial.**

Se señala que no puede ser un derecho bajo condición suspensiva, porque para las personas a quienes corresponderían los derechos si no nace legalmente la criatura también tienen un derecho bajo condición suspensiva (de que el nacimiento no constituya un principio de vida). En consecuencia, para ambas partes el derecho no puede ser condicional suspensivo porque tienen intereses opuestos.

Tampoco podría tratarse de un derecho condicional resolutorio. La condición resolutoria implica un derecho actual. El artículo 485 dispone “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 se acepta que el derecho de la criatura está sujeto a condición resolutoria, significaría que alguien que no es persona puede adquirir bienes.

Tampoco se trata de un derecho eventual. No hay derechos eventuales si el titular de la 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.

4. ÉPOCA DE LA CONCEPCIÓN

4.1 Necesidad de que la criatura esté concebida al tiempo de la delación de los derechos.

Para que el derecho pueda ser adquirido por la criatura (que nace viva), es menester que haya estado concebida al momento de la delación del derecho. El artículo 77 señala: “Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno...”. Esta norma no se refiere a personas futuras que al tiempo de la delación no existen, pero que se espera que existan (artículo 962 inciso 3º), sino que a seres cuya existencia actual es indispensable para adquirir el derecho deferido.

4.2 Presunción de derecho relativa a la época de la concepción.

Para los efectos de determinar el momento en que ocurre la concepción se cuenta con tres antecedentes: momento de la cópula; cesación de los menstruos; fecha de nacimiento.

Nuestro Código Civil, a fin de evitar dificultades y basándose en un observación empírica, señala una presunción de derecho en cuanto a la época de la concepción en el artículo 76, donde partiendo de un hecho conocido (nacimiento) presume uno desconocido (concepción):

“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 180 días cabales, y no más que 300, contados hacia atrás, desde la medianoche en que principie el día del nacimiento”.

Se critica esta disposición por una impropiedad del lenguaje ya que el nacimiento (época del nacimiento) no ocurre en una época, sino en una fecha determinada.

En cuanto al cómputo de los plazos debemos señalar que se hace de acuerdo a las reglas generales. Se cuentan hacia atrás desde la medianoche en que principia el día del nacimiento. Ejemplo, si el nacimiento se produce el 7 de agosto a las 10:10 horas, el plazo se cuenta hacia atrás, desde las 12 de noche del 6 de agosto, hora en que empezó el día 7 de agosto, fecha del nacimiento. El artículo 76 exige que se trate de días cabales, es decir, completos, y como se parte de la medianoche van contándose de doce a doce de la noche.

5. PARTOS DOBLES

No contiene el Código Civil 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 el primer hijo que nazca de tal o cual matrimonio o que dé a luz tal o cual mujer.

El artículo 2051 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 Civil trata 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 la persona mayor de edad, se considerará mayor al que nace primero, es decir, al primero que es separado completamente de su madre, y en caos de no poderse determinar cuál de los nacidos fue el primero, se estimará que han nacido a un mismo tiempo¹⁵.

¹⁵ No se abordará en este apunte la fecundación artificial.

6. FIN DE LA PERSONALIDAD NATURAL

6.1 Clases de muerte.

Según el artículo 78 del Código Civil “*La persona termina en la muerte natural*”. Actualmente nuestro derecho sólo considera la muerte natural, pues suprimió la muerte civil. A su vez, la muerte natural puede ser real o presunta.

6.2 Referencia a la muerte civil que existió en nuestro derecho.

Hasta la promulgación de la ley 7.612 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*.

Su efecto principal era que marcaba el término de la personalidad relativa a los derechos de propiedad. El individuo que emitía votos solemnes no podía conservar ni adquirir válidamente bienes para sí ni para otro.

Cuando esta institución fue suprimida se estableció que el religioso que hubiera muerto civilmente volvería a la vida civil y se cancelaría la partida de defunción correspondiente, pero que no podría reclamar derecho alguno sobre los bienes que antes de la profesión poseía, ni sobre las sucesiones que por su muerte civil fue incapaz.

7. MUERTE REAL

Es aquella cuya existencia consta. Científicamente se puede señalar que esta muerte *es el cese definitivo de las funciones orgánicas del ser vivo*.

Cualquiera que sea el motivo que la determine, 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. A este método de constatación sólo se acude en caso de que se decida retirar al paciente de los aparatos que artificialmente lo mantienen con vida.

Corrientemente se considera que un individuo está médicamente muerto cuando hay inmovilidad de las pupilas de ambos ojos durante un plazo de 48 horas o pérdida del pulso (paro de la circulación) durante 10 minutos.

7.1 Medidas que tienden a acreditar la efectividad de la muerte y evitar su falseamiento.

Como la muerte es un hecho que produce importantes consecuencias jurídicas, el legislador ha tomado diversas medidas encaminadas a comprobar en cualquier momento al

efectividad de la muerte y evitar su falseamiento: i) certificado del médico que asistió al difunto; ii) inscripción del deceso en el Libro de Defunciones del Registro Civil; iii) prohibición de sepultar el cadáver sin previa licencia o pase del Registro Civil.

7.2 Comurientes.

Puede ocurrir que dos personas llamadas a sucederse recíprocamente o una a la otra, mueran sin que se sepa cuál de los decesos fue primero. El Código Civil, toma el principio del derecho romano, y señala “*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 pudiese 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*”.

Cabe señalar que esta es una presunción simplemente legal, por consiguiente, puede destruirse demostrando por cualquiera de los medios que admite la ley, que cierta persona falleció antes o después que la otra u otras.

También es preciso destacar que el artículo 79 es una disposición de carácter general, por lo tanto, se aplica a todos los casos en que no se sepa el orden en que han ocurrido los fallecimientos y/o su causa, y no sólo a los que se refiere la disposición.

Finalmente, esta disposición se refiere al caso de muerte real y no al de muerte presunta.

8. MUERTE PRESUNTA

8.1 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.

El juez partiendo de ciertos antecedentes, presume la muerte de la persona. Por esto también se le llama *presunción de muerte por desaparecimiento*.

Dos circunstancias conocidas dan bases a la presunción legal:

- a) La ausencia o desaparecimiento del individuo por largo tiempo del lugar de su domicilio, y
- b) La carencia de noticias de ese mismo individuo.

8.2 Objeto

El objeto de la muerte presunta es resguardar diversos intereses:

- a) El interés de la persona que ha desaparecido;
- b) El interés de terceros, principalmente el de aquellos que tengan derechos eventuales en la sucesión del desaparecido;
- c) El interés general de la sociedad de que no haya bienes y derechos abandonados.

8.3 Significados de la palabra “ausente” en el Código Civil.

Nuestro legislador toma la palabra ausente en diversos sentidos:

- a) Para los efectos del nombramiento de un curador de bienes (artículo 473).
- b) Para los efectos de la declaración de muerte presunta.
- c) Para los efectos de la apertura y publicación del testamento cerrado (artículo 1025).

8.4 Condiciones necesarias para que tenga lugar la muerte presunta.

El artículo 80 dice *“Se presume muerto al individuo que ha desaparecido, ignorándose si vive, y verificándose las condiciones que van a expresarse”*. De las disposiciones siguientes se colige que para que tenga lugar la declaración de muerte presunta deben reunirse cuatro requisitos:

- a) Que sea declarada por sentencia judicial;
- b) Que la declaración se haga en conformidad a las disposiciones legales de procedimiento;
- c) Que el individuo haya desaparecido, esto es, que se haya ausentado de su domicilio;
- d) Que no se tengas noticias de su existencia.

8.5 Períodos de desaparecimiento.

El desaparecimiento se divide en tres períodos:

- a) El de mera ausencia, al fin del cual se expide la declaración de presunción de muerte;
- b) El de la posesión provisoria de los bienes del desaparecido, y
- c) El de la posesión definitiva de los mismos bienes.

8.6 Juez competente.

Artículo 81 N° 1 *“La presunción de muerte debe declararse por el juez del último domicilio que el desaparecido haya tenido en Chile...”*.

Si el desaparecido no ha tenido domicilio en Chile, los jueces de este país son incompetentes para declarar la presunción de muerte por desaparecimiento.

8.7 ¿Quién puede solicitar la declaración de presunción de muerte?

Artículo 81 N° 3 *“La declaración podrá ser provocada por cualquiera persona que tenga interés en ella, con tal que hayan transcurridos tres meses al menos de la última citación”*.

“Persona que tiene interés en ello”. Es tal toda persona que tiene un interés “subordinado” a la muerte del desaparecido, por ejemplo, los herederos presuntivos. 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.

Además, para provocar la declaración es menester que hayan transcurrido al menos tres meses contados desde la última citación.

8.8 Formalidades que deben cumplirse para obtener la declaración de presunción de muerte.

1º Artículo 81 N° 1 *“La presunción de muerte debe declararse por el juez del último domicilio que el desaparecido haya tenido en Chile, justificándose previamente:*

- i) que se ignora el paradero del desaparecido,*
- ii) que se han hecho las posibles diligencias para averiguarlo,*
- iii) que desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de su existencia han transcurrido a los menos 5 años.*

Dichas circunstancias pueden probarse por medio de una información de testigos, sin perjuicio de que el juez, de oficio o a petición de cualquier persona interesada o del defensor de ausentes, pueda decretar las medidas que estime necesarias para el esclarecimiento de los hechos (artículo 81 N° 4, segunda parte).

2º La citación del desaparecido (artículo 81 N° 2). *“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”.*

3º Intervención del defensor de ausentes (artículo 81 N° 4, primera parte) *“Será oído, para proceder a la declaración, y en todos los trámites judiciales posteriores, el defensor de ausentes...”.*

4º Inserción de las sentencias en el Diario Oficial (artículo 81 N° 5). *“Todas las sentencias, tanto definitivas como interlocutorias, se insertarán en el periódico oficial”.*

5º Que haya transcurrido cierto plazo mínimo desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron del desaparecido. Artículo 81 N° 1 parte final *“...que desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de su existencia han transcurrido a los menos 5 años”.*

Cabe señalar que es indiferente que las últimas noticias se hayan obtenido directamente del desaparecido o por vía indirecta, porque el tenor de esta disposición es amplio (*“se tuvieron”*).

¿Desde cuándo se cuenta el plazo de 5 años?

Luis Claro Solar, señala que los 5 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 había constancia de su existencia.

Manuel Somarriva, opina que desde que se reciben las últimas noticias, porque: i) las noticias se tienen cuando llegan y no cuando se expiden; ii) porque Andrés Bello, tuvo a la vista entre otras fuentes los comentarios de Delvincourt, y éste sostenía que el plazo debía contarse desde el día en las últimas noticias fueron recibidas.

Finalmente, el plazo de 5 años basta que haya transcurrido cuando llega el momento de la declaración, no siendo necesario que dicho plazo se haya cumplido al momento de iniciar las gestiones judiciales. Esta consecuencia resulta del estudio comparativo de los artículos 81 N° 7 y 83, en consecuencia, los trámites para obtener la declaración de muerte presunta pueden ser iniciados antes de los 5 años posteriores a la fecha de las últimas noticias.

8.9 Fijación del día presuntivo de la muerte.

La regla general está contenida en el artículo 81 N° 6 primera parte) *“El juez fijará como día presuntivo de la muerte el último del primer bienio contado desde la fecha de las últimas noticias...”*

EXCEPCIONES.

a) Persona que recibió una herida grave en la guerra o le sobrevino otro peligro semejante (artículo 81 N° 7). En este caso el juez fija como día presuntivo de la muerte el de la acción de guerra o peligro, y si ese día no es enteramente determinado, adoptará un término medio entre el principio y el fin de la época en que pudo ocurrir el suceso.

b) Persona que se encontraba en una nave o aeronave reputada perdida (artículo 81 N° 8). En este caso se aplica la misma regla anterior (artículo 81 N° 7).

c) Sismo o catástrofe (artículo 81 N° 9). El juez fija como día presuntivo de la muerte el del sismo, catástrofe o fenómeno natural.

8.10 Período de mera ausencia

a) Duración del período.

Este período comienza con la fecha de las últimas noticias y dura hasta el día en que se decreta la posesión provisoria o definitiva de los bienes.

Artículo 83. *“Durante los 5 años o 6 meses prescritos en los números 6° (regla general: cinco años desde las últimas noticias), 7° (guerra: 5 años) y 8° (nave o aeronave: 3 meses) del artículo 81, se mirará el desaparecimiento como mera ausencia, y cuidarán de los intereses del desaparecido sus apoderados o representantes legales”.*

b) Característica del período

Es característico de este período que las medidas adoptadas tienden exclusivamente a preservar los derechos y el patrimonio del desaparecido, garantizándole su integridad.

c) Personas que administran los bienes del desaparecido.

Como dice la disposición cuidan de los intereses del desaparecido sus apoderados o representantes legales. Si el ausente no ha dejado representantes legales o mandatario general o el mandato ha terminado, procede el nombramiento de un curador de bienes de acuerdo con los artículos 473 y siguientes.

d) Término del período de mera ausencia:

- i) Por el decreto de posesión provisoria;
 - ii) Por el decreto de posesión definitiva;
 - iii) Por el reaparecimiento del ausente;
 - iv) Por el conocimiento de la fecha de muerte real del desaparecido.
- En estos dos últimos casos termina todo el proceso de la muerte presunta.

8.11 Período de posesión provisoria.

a) Duración del período.

Este período comienza con el decreto del juez que la concede y termina con el decreto que otorga la posesión definitiva de los bienes del desaparecido.

Y el juez dicta el decreto de posesión provisoria. Transcurridos 5 años desde la fecha de las últimas noticias, esto según el artículo 81 N° 6, que señala “...y transcurridos 5 años desde la misma fecha (últimas noticias), concederá la posesión provisoria de los bienes del desaparecido”.

b) Efectos del decreto de posesión provisoria (artículo 84).

1º Queda disuelta la sociedad conyugal o termina el régimen de participación en los gananciales, según cual hubiera habido con el desaparecido (como aún no se ha disuelto el matrimonio, el régimen matrimonial vigente entre el cónyuge y el desaparecido, debiera ser el régimen de separación de bienes).

2º Se procede a la apertura y publicación del testamento, si el desaparecido hubiere dejado alguno.

3º Se da la posesión provisoria de los bienes del desaparecido a los herederos presuntivos. Si no se presentan herederos se procederá en conformidad a lo prevenido para igual caso en el Libro III *De la apertura de la sucesión*, es decir, a declarar yacente la herencia.

Según el artículo 85 *“Se entienden por herederos presuntivos del desaparecido los testamentarios o legítimos que lo eran a la fecha de la muerte presunta. // El patrimonio en que se presume que suceden, comprenderá los bienes, derechos y acciones del desaparecido, cuales eran a la fecha de la muerte presunta”*.

4º Se efectúa la emancipación legal de los hijos que se hallaban bajo la patria potestad del desaparecido, salvo que corresponda ejercerla al otro (artículo 270 N° 2).

c) Obligaciones de los herederos presuntivos.

1º Faccionar inventario solemne. 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”*.

2º Rendir caución de conservación y restitución. Artículo 89 *“Cada uno de los poseedores provisorios prestará caución de conservación y restitución, y hará suyos los respectivos frutos e intereses”*.

d) ¿A qué título poseen los bienes los herederos presuntivos?

Claro Solar, a título de usufructo, siendo éste un tipo de usufructo legal.

Luis F. Borja, señala 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.

e) Disposición de los bienes por los herederos provisorios (artículo 88).

Requisito común: La venta de cualquiera parte de los bienes del desaparecido debe efectuarse en pública subasta (inciso 3º)

i) Bienes muebles: los poseedores provisorios pueden vender una parte o todos los bienes muebles del desaparecido sólo si el juez lo cree conveniente y oído el defensor de ausentes (inciso 1º).

ii) Bienes raíces: la regla es que éstos no pueden enajenarse ni hipotecarse antes del decreto de posesión definitiva, sin embargo, sí puede hacerse, por causa necesaria o de utilidad

evidente, declarada por el juez con conocimiento de causa y con audiencia del defensor de ausentes.

f) 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. Como se halla dispuesta en favor del ausente sólo él puede alegarla (artículos 1682 y 1684) y el plazo en que prescribe la acción es de 4 años (artículo 1691) contados desde el reaparecimiento del desaparecido.

g) Representación judicial de la sucesión (artículo 87).

“Los poseedores provisorios representaran a la sucesión en las acciones y defensas contra terceros”.

h) Término del período posesión provisoria:

- i) Por el decreto de posesión definitiva;
- ii) Por el reaparecimiento del ausente;
- iii) Por el conocimiento de la fecha de muerte real del desaparecido.

En estos dos últimos casos termina todo el proceso de la muerte presunta.

8.12 Período de posesión definitiva.

a) Comienzo del período.

Este período se inicia con el decreto del juez de concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido, lo que ocurre en los siguientes casos:

1º Regla general. Transcurridos 10 años desde la fecha de las últimas noticias, cualquiera que fuese, a la expiración de dichos 10 años, la edad del desaparecido si viviese (artículo 82 segunda parte).

Luego el Código Civil da una serie de reglas especiales, donde se concede directamente la posesión definitiva sin haber mediado posesión provisoria.

2º Cuando cumplidos 5 años desde la fecha de las últimas noticias, se probare que han transcurrido 70 desde el nacimiento del desaparecido (artículo 82 primera parte).

3º Cuando la persona que recibió una herida grave en la guerra o le sobrevino otro peligro semejante. Transcurridos 5 años desde la fecha de la batalla o peligro (artículo 81 N° 7).

4º Persona que se encontraba en una nave o aeronave reputada perdida. Transcurridos 3 meses desde la fecha de las últimas noticias (artículo 81 N° 8).

5º Sismo o catástrofe. Después de 6 meses de ocurrido el hecho¹⁶.

b) Característica.

Este período es aquel en que las probabilidades de muerte del desaparecido prevalecen sobre las probabilidades de vida, de modo que puede conferirse a los presuntos herederos plenos derechos de goce y disposición respecto de los bienes del ausente como si en realidad éste hubiera muerto.

c) Efectos del decreto de posesión definitiva.

1º Disolución del matrimonio. El artículo 43 de la Ley de Matrimonio Civil señala:

“El matrimonio termina por la muerte presunta de uno de los cónyuges, cuando hayan transcurrido diez años desde la fecha de las últimas noticias, fijada en la sentencia que declara la presunción de muerte.

El matrimonio también se termina si, cumplidos cinco años desde la fecha de las últimas noticias, se probare que han transcurrido setenta años desde el nacimiento del desaparecido. El mismo plazo de cinco años desde la fecha de las últimas noticias se aplicará cuando la presunción de muerte se haya declarado en virtud del número 7 del artículo 81 del Código Civil.

En el caso de los números 8 y 9 del artículo 81 del Código Civil, el matrimonio se termina transcurrido un año desde el día presuntivo de la muerte.

El posterior matrimonio que haya contraído el cónyuge del desaparecido con un tercero, conservará su validez aun cuando llegare a probarse que el desaparecido murió realmente después de la fecha en que dicho matrimonio se contrajo”.

2º Artículo 90 inciso 1º y 2º. Se cancelan las cauciones y cesan las restricciones impuestas por el artículo 88 (enajenación de los bienes).

3º Apertura de la sucesión, según las reglas generales, siempre que no hubiere precedido a la posesión definitiva, decreto de posesión provisoria (artículo 90 inciso 3º).

¹⁶ Los plazos de los numerales 8 y 9 del artículo 81 fueron modificados por la Ley 20.577, publicada en el D.O el 8 de febrero de 2012.

4º Todos los que tuvieren derechos subordinados a la condición de muerte del desaparecido, pueden hacerlos valer como en el caso de verdadera muerte (artículo 91). *“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”.*

5º Se procede a la partición de los bienes de acuerdo a las reglas generales.

d) Prueba contraria a la presunción de muerte.

El artículo 92 señala que 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 esa fecha, estará obligado a probarlo; y sin esa prueba no podrá impedir que el derecho reclamado pase a otros, ni exigirles responsabilidad alguna.

e) Rescisión del decreto de posesión definitiva (artículos 93 y 94).

i) Mal empleo de la palabra rescisión. El Código Civil habla de rescisión, término que es sinónimo de nulidad relativa, lo que supondría la existencia de un vicio que permite la anulación del decreto de posesión definitiva. Esto es absurdo, por cuanto, las causales que se señalan para dejar sin efecto el decreto en cuestión, no son causales de nulidad (ni vicios) sino causales de revocación. Además, demuestra que tampoco se trata de una verdadera rescisión el hecho de que no se aplican o tienen lugar los efectos de la nulidad: retrotraer sus efectos a una fecha anterior.

ii) Casos en que tiene lugar la rescisión del decreto de posesión definitiva: si se tuvieren noticias exactas de la existencia del desaparecido; si se tuvieren noticias exactas de la muerte real del mismo; y si el presunto muerto reapareciere.

iii) Personas a favor de las cuales puede rescindirse y plazo (artículo 93 y 94).

* Desaparecido. El puede pedir la rescisión en cualquier momento que se presente o haga constar su existencia (artículo 94 N° 1).

* Legitimarios habidos durante el desaparecimiento. Son legitimarios los hijos personalmente o representados por su descendencia; los ascendientes; el cónyuge.

* Cónyuge por matrimonio contraído en la misma época (desaparecimiento).

En los dos últimos casos debe pedirse la rescisión dentro de los respectivos plazos de prescripción contados desde la fecha de la verdadera muerte, los que serán 5 o 10 años, según la posesión sea regular o irregular.

Cabe señalar que este beneficio (rescisión) aprovechará solamente a las personas que por sentencia judicial lo obtuvieren (artículo 94 N° 3).

iv) Efectos de la rescisión del decreto de posesión definitiva. Se recobran los bienes en el estado en que se hallaren, subsistiendo las enajenaciones, las hipotecas y demás derechos reales constituidos legalmente en ellos (artículo 94 N° 4).

Para estos efectos (restitución) serán considerados los demandados como poseedores de buena fe, a menos de prueba contraria (artículo 94 N° 5). Acto seguido, el legislador establece una presunción de mala fe: el haber sabido y ocultado la verdadera muerte del desaparecido, o su existencia, constituye mala fe. En consecuencia, pueden devolver los bienes sensiblemente deteriorados, sin que por ello tengan que responder, a menos que se les pruebe dolo. Además, 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.

8.13 Inscripciones.

a) La sentencia ejecutoriada que declare la muerte presunta debe inscribirse en el registro de defunciones del Registro Civil, correspondiente a la comuna del tribunal que hizo la declaración. Si no se inscribe, no puede hacerse valer en juicio.

b) El decreto que confiere la posesión definitiva de los bienes del desaparecido debe inscribirse en el registro correspondiente del Conservador de Bienes Raíces (comuna del último domicilio del desaparecido). Si no se inscribe, es inoponible a terceros.

c) La sentencia que rescinde la declaración de muerte presunta debe anotarse como subinscripción al margen de la partida correspondiente. De lo contrario no puede hacerse valer en juicio.

COMPROBACIÓN JUDICIAL DE LA MUERTE

A partir de la entrada en vigencia de la ley 20.577 de 8 de febrero de 2012, ha nacido en nuestra legislación, denominada “comprobación judicial de la muerte”, regulada a partir del artículo 95 del Código Civil.

La comprobación judicial de la muerte, debe verificarse cuando la desaparición de una persona se ha producido en circunstancias tales, que la muerte pueda ser tenida como cierta, aun cuando su cadáver no fuere hallado. El juez competente para conocer de la solicitud de declaración de muerte, es aquel del último domicilio que el difunto haya tenido en Chile. Una vez declarada la muerte por el mencionado tribunal, éste puede disponer la inscripción de la resolución correspondiente, en el Servicio de Registro Civil e Identificación.

Se requiere además, la publicación de un extracto de la sentencia que declara la muerte, en el Diario Oficial, dentro del término de 60 días desde que se encontrare firme y ejecutoriada.

Para dejar sin efecto la resolución que declara judicialmente la muerte de una persona, se aplica la misma regla contenida en el artículo 94 del Código Civil.

ATRIBUTOS DE LAS PERSONAS NATURALES

1. 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*.

Estos atributos son propios de las personas naturales como de las jurídicas, con ciertas salvedades. Se reducen a los siguientes:

1. La capacidad de goce.
2. La nacionalidad.
3. El nombre.
4. El estado civil.
5. El domicilio.
6. El patrimonio.

2. CAPACIDAD DE GOCE

Capacidad es la *aptitud de una persona para adquirir derechos y poderlos ejercer por sí misma*. De esta definición se desprende que la capacidad puede ser de goce o adquisitiva y de ejercicio.

La capacidad de goce (también llamada capacidad jurídica) es la aptitud de una persona para adquirir derechos.

La capacidad de ejercicio (también llamada capacidad de obrar), es la aptitud para ejercer los derechos por sí mismo, o como dice el Código Civil en el artículo 1445 inciso 2º *“La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o autorización de otra”*.

Los conceptos de personalidad y capacidad de goce se implican recíprocamente: no hay persona sin capacidad de goce y no hay capacidad de goce sin persona. Además, no existen seres humanos desprovistos en absoluto de capacidad de goce.

3. NACIONALIDAD

El Código Civil no reglamenta la nacionalidad, sino que ésta se encuentra regulada en la Constitución Política de la República.

3.1 Concepto

La nacionalidad es el *vínculo jurídico que liga a una persona a un Estado determinado*.

3.2 Nacionalidad y ciudadanía

No deben confundirse estos conceptos. La ciudadanía es la que habilita para ejercer los derechos políticos y, especialmente, el derecho a sufragio. La Constitución señala que la calidad de ciudadano otorga los derechos de sufragio, de optar a cargos de elección popular y los demás que la misma Constitución o la ley confieran (artículo 13).

3.3 Extranjeros

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. No se consideran extranjeros aquellos que se naturalizan o nacionalizan en el país en que están, esto es, que adoptan formalmente la nacionalidad de éste.

3.4 Reglas de Derecho Internacional en cuanto a la nacionalidad

Tres son las reglas que consagra el derecho internacional en esta materia:

a) La nacionalidad no se impone. Un Estado no puede prohibir a sus nacionales la renuncia de la nacionalidad. Llenando las condiciones legales, cualquier individuo puede renunciar a su nacionalidad.

b) Todo individuo debe tener una nacionalidad. Sin embargo, hay personas que legalmente carecen de patria, por ejemplo, los que han perdido su nacionalidad sin adquirir una nueva. A estas personas se les llama apátridas.

c) Nadie puede tener más de una nacionalidad. Esta regla se fundamenta diciendo que la nacionalidad impone ciertos deberes, y como los intereses de los Estados pueden entre sí; y en el supuesto de admitirse que un mismo individuo pueda ser nacional de dos o más Estados

se llegaría a la conclusión de que aquél estaría obligado al cumplimiento de deberes contradictorios e incompatibles.

No obstante esta regla, puede una persona tener más de una nacionalidad, por ejemplo, un hijo que nace en Chile, es alemán porque de acuerdo a la legislación de ese país los hijos de padres alemanes siguen la nacionalidad de éstos, y también es chileno, porque salvo las excepciones legales, lo es todo individuo que nazca en el territorio de Chile (artículo 10 N° 1). 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, las que señalan las normas de Derecho Internacional. Esta tesis ha sido apoyada por nuestra jurisprudencia.

3.5 Nacionalidad de origen y nacionalidad de elección.

Nacionalidad de origen, *es aquella que se adquiere por el hecho de nacer*, y a ella permanece ligada la persona mientras no se adquiriera otra.

Nacionalidad de elección, *es la que obtiene un individuo mediante la nacionalización*.

3.6 Sistemas para determinar la nacionalidad de origen.

Las diversas legislaciones siguen tres sistemas para determinar la nacionalidad de origen: ius sanguinis, ius solis, sistema mixto.

a) Sistema del ius sanguinis. En virtud de este sistema es nacional de un estado la persona cuyos padres son nacionales de ese Estado, aunque haya nacido en el extranjero.

b) Sistema de ius solis. Es nacional de un Estado todo individuo que haya nacido dentro del territorio de ese Estado, aun cuando los padres sean extranjeros.

c) Sistema mixto. Es una combinación de los dos anteriores, aunque en unos Estados prevalece el ius sanguinis (países europeos) y en otros el ius solis (países americanos).

3.7 Adquisición de la nacionalidad chilena (artículo 10).

Artículo 10. *“Son chilenos:*

1° Los nacidos en el territorio de Chile, 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 lo que, sin embargo, podrán optar por la nacionalidad chilena;

En este caso, la palabra territorio está tomada en el sentido que le da el Derecho Internacional, por lo tanto, son chilenos, los que nacen:

- a) En el territorio que materialmente comprende la República de Chile;
- b) En Buques o aeronaves de guerra chilenos;

- c) En naves mercantes extranjeros surtas en aguas de la República o en altamar;
- d) En buques mercantes extranjeros surtos en aguas territoriales chilenas;
- e) En aeronaves mercantes chilenas o extranjeras que navegaren en el espacio atmosférico que cubre el territorio que materialmente comprende la República y sus aguas territoriales;
- f) En aeronaves mercantes chilenas que naveguen en el espacio atmosférico que cubre alta mar;
- g) En la casa de un agente diplomático chileno, residente en el extranjero, o en la legislación chilena existente en el extranjero, gozaren de este derecho con arreglo a los principios del Derecho Internacional.

En el N° 1 del artículo 10, luego de establecer la regla general, contiene dos excepciones: i) los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su Gobierno, y ii) los hijos de extranjeros transeúntes. En todo caso, ambos pueden optar por la nacionalidad chilena.

2º *Los hijos de padre o madre chilenos, nacidos en territorio extranjero. Con todo, se requerirá que alguno de sus ascendientes en línea recta de primer o segundo grado, haya adquirido la nacionalidad chilena en virtud de lo establecido en los números 1º, 3º ó 4º;*

3º *Los extranjeros que obtuvieren carta de nacionalización en conformidad a la ley;*

4º *Los que obtuvieren especial gracia de nacionalización por ley.*

3.8 Pérdida de la nacionalidad chilena (artículo 11 CPR).

Artículo 11. *La nacionalidad chilena se pierde:*

1º *Por renuncia voluntaria manifestada ante autoridad chilena competente. Esta renuncia sólo producirá efectos si la persona, previamente, se ha nacionalizado en país extranjero;*

2º *Por decreto supremos, en caso de prestación de servicios durante una guerra exterior a enemigos de Chile o de sus aliados;*

3º *Por cancelación de la carta de nacionalización;*

4º *Por ley que revoque la nacionalización concedida por gracia.*

Cabe señalar que los que hubieren perdido la nacionalidad chilena por cualquiera de las causales establecidas en el artículo 11, sólo podrán ser rehabilitados por ley. Sin embargo, el artículo 12 dispone un recurso en contra de la autoridad administrativa: *“la persona afectada por acto o resolución de autoridad administrativa que la prive de su nacionalidad chilena o se la desconozca, podrá recurrir, por sí o por cualquiera a su nombre dentro del plazo de treinta días, ante la Corte Suprema,*

la que conocerá como jurado y en tribunal pleno. La interposición del recurso suspenderá los efectos del acto o resolución recurridos”.

Recordar principio de igualdad entre chilenos y extranjeros en relación a los derechos privados o civiles: artículo 57.

4. EL NOMBRE

4.1 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.*

4.2 Composición del nombre

El nombre comprende dos elementos:

- a) Nombre propiamente dicho, nombre de familia, patronímico o apellido.
- b) Nombre propio individual o de pila.

4.3 Nombre de familia o patronímico (apellido).

El nombre de familia o patronímico es revelador de la familia, de los orígenes del individuo que lo lleva, y en principio esta subordinado a la filiación.

El Reglamento Orgánico del Registro Civil dispone que al inscribir un nacimiento se designara al inscrito por el nombre que indique la persona que requiera la inscripción, luego hay que distinguir:

- a) Si se trata de hijos de filiación matrimonial, luego del nombre se le pondrá el apellido del padre y en seguida el de la madre.
- b) Tratándose de hijos de filiación no matrimonial, luego del nombre se le pondrá, el apellido del padre o de la madre que hubiere pedido se deje constancia de su paternidad o maternidad, y si ambos los hubieren solicitado, primero el apellido del padre y luego el de la madre. El hecho de consignarse el nombre del padre o la madre, a petición de ellos, en la inscripción de nacimiento, es suficiente reconocimiento de la filiación no matrimonial.
- c) Filiación adoptiva. El artículo 26 N° 2 de la ley 19.620 señala que la sentencia que acoja la adopción debe ordenar que se remita el expediente al Registro Civil del domicilio de los adoptantes, a fin de que se practique una nueva inscripción del nacimiento del adoptado como hijo de los adoptantes.

4.4 Nombre propio individual o de pila (nombre).

A diferencia del nombre patronímico o de familia que revela por regla general la filiación, los nombres propios o de pila, tienen un carácter individual. El niño lleva el o los nombres propios que le han sido dados en la inscripción de nacimiento señalados por la persona que requiere la inscripción.

Puede darse a una persona todos los nombres propios que se quieran, y su elección es enteramente libre, sin embargo, el artículo 31 de la ley 4.808 sobre Registro Civil dispone que no podrá imponerse al nacido un nombre extravagante, ridículo, impropio de personas, equivoco respecto del sexo o contrario al buen lenguaje. Si el Oficial del Registro Civil se opusiere a la inscripción de un nombre y el que lo solicita insiste, entonces debe enviar los antecedentes al juez de letras quien resuelve sin forma de juicio con audiencia de las partes.

4.5 Cambio de nombre

El nombre no tiene un carácter inmutable, definitivo, pues puede 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. Este procedimiento que autoriza el cambio de nombres y apellidos será previsto en la ley 17.344 de 1970.

El cambio por vía de consecuencia o indirecta es el que se produce como consecuencia del cambio de una situación jurídica dada, ejemplo, reconocimiento de un hijo de filiación no matrimonial.

4.6 Ley 17.344 que autoriza el cambio de nombre.

Cabe señalar que las inscripciones del Registro Civil no pueden ser alteradas ni modificadas sino en virtud de sentencia judicial ejecutoriada.

El Director General del RCI sólo puede ordenar por 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 puede ordenar de oficio la rectificación de una inscripción en que aparezca subinscrita un reconocimiento con el solo objeto de asignar al inscrito el o los apellidos que le correspondan (padre o madre que le haya reconocido).

a) Casos en que procede el cambio de nombre y/o apellidos (artículo 1). Señala el artículo 1º que, sin perjuicio de los casos en que las leyes autorizan la rectificación de inscripciones del Registro Civil, cualquier persona puede solicitar, por una sola vez, que se la autorice para cambiar sus nombres y/o apellidos, en los siguientes casos:

i) Cuando unos u otros sean ridículos, risibles o menoscaben moral o materialmente a la personas.

ii) Cuando el solicitante haya sido conocido durante más de 5 años, por motivos plausibles, con nombres o apellidos, o ambos, diferentes de los propios.

iii) En los casos de filiación no matrimonial o en que no se encuentra determinada la filiación, para agregar un apellido cuando la persona hubiera sido inscrita con uno solo o para cambiar uno de los que se hubieren impuesto al nacido, cuando fueren iguales.

Se puede también solicitar la supresión de nombres propios cuando se cuenta con más de uno.

b) Traducción o cambio de nombres y apellidos que no son de origen español (artículo 1 inciso penúltimo). La persona cuyos nombres o apellidos, o ambos, no sean de origen español, puede solicitar se la autorice para traducirlos al idioma castellano, o puede solicitar cambiarlos si la pronunciación o escrituración de los mismos es manifiestamente difícil.

c) Peticiones entabladas por los menores de edad (artículo 1 inciso final). Si se trata de un menor de edad que carece de representante legal, o si teniéndolo éste se halla impedido o se niega a autorizar al menor para solicitar el cambio de nombre, el juez debe resolver con audiencia del menor a petición de cualquier consanguíneo de éste o del Defensor de Menores o de Oficio.

d) Competencia y publicación (artículo 2). Es juez competente el juez de letras en lo civil del domicilio del solicitante, y la solicitud debe publicarse en el D.O. en extracto, el día 1º o 15 de cada mes.

e) Oposición, prueba, necesidad de oír a la Dirección General del RCI (artículo 2). Cualquier persona interesada puede, justificadamente, oponerse a la solicitud de cambio de nombre (no supresión), dentro del plazo de 30 días contados desde la respectiva publicación, caso en el cual el juez resuelve sin forma de juicio, aprecia la prueba en conciencia y con el mérito de las diligencias que ordene practicar. Si no hay oposición, el tribunal debe proceder con conocimiento de causa, previa información sumaria. En todo caso es obligatorio oír a la Dirección General del RCI.

f) Casos en que debe denegarse la solicitud (artículo 2). No debe autorizarse el cambio o supresión de nombre, si del respectivo extracto aparece que el solicitante se encuentra procesado o ha sido condenado por crimen o delito que merezca peca aflictiva, a menos que en este último caso hubieren transcurrido mas de 10 años contados desde la fecha en que quedó ejecutoriada la sentencia de condena y se encuentre cumplida la pena.

g) Inscripción de la sentencia (artículo 3). La sentencia que acoja el cambio o supresión de nombre, debe inscribirse en el RCI, y sólo surte efectos legales una vez que se extienda la nueva inscripción. Si se trata de personas nacidas en el extranjero, será necesario

proceder antes a la inscripción del nacimiento en el registro de la Primera Sección de la comuna de Santiago.

h) Obligación de usar el nuevo nombre o apellido (artículo 4 y 5). Una vez modificada la partida de nacimiento, la persona puede usar en todas sus actuaciones su nuevo nombre propio o apellido. El uso malicioso de los primitivos nombres o apellidos o la utilización fraudulenta del nuevo nombre o apellido para eximirse del cumplimiento de obligaciones contraídas con anterioridad al cambio, traen aparejada una sanción penal.

i) Personas a las cuales alcanza el cambio de apellido (artículo 4). El cambio de apellido no se hace extensivo a los padres del solicitante y no altera la filiación, pero alcanza a sus descendientes sujetos a patria potestad y a los demás descendientes que consientan en ello. Si el solicitante es casado o tienen descendientes menores de edad, debe pedir también en la solicitud, la modificación respectiva en su partida de matrimonio y en las partidas de nacimiento de sus hijos.

4.7 Naturaleza jurídica del nombre.

a) Teoría de la propiedad (Aubry y Rau).

Ellos consideran que el nombre constituye un derecho de propiedad, lo que ha sido avalado por la jurisprudencia francesa, por lo tanto, a la persona que lo lleva le es permitido, en principio, gozar y disponer de su nombre.

CRITICA. La mayoría de la doctrina señala que la naturaleza del nombre no se aviene con los caracteres de la propiedad:

i) Una propiedad es, por lo general, enajenable y prescriptible, en cambio, el nombre no puede ser objeto de cesión ni prescripción.

ii) La propiedad es de orden patrimonial y susceptible de valuación pecuniaria, no el nombre.

iii) La propiedad es natural o esencialmente exclusiva, en cambio, los nombres de familia y los nombres propios son llevados por miles de individuos.

b) Teoría de la marca distintiva de la filiación (Colin y Capitant).

Ellos ven el nombre la marca distintiva de la filiación, prueba de ello sería que el nombre se determina generalmente por la filiación.

CRITICA: se señala que en principio esta afirmación es verdadera, pero hay ciertos casos en que ello no ocurre, por ejemplo, en ciertos países el nombre es atribuido por decreto de la

autoridad administrativa; en otros casos, la mujer casada toma el nombre de su marido perdiendo o no el suyo; y finalmente, los niños abandonados adquieren el nombre que les den.

c) Teoría del nombre institución de policía civil.

Para Planiol el derecho al nombre no existe, sólo se trata de una reglamentación administrativa para procurar la identificación de los individuos, como dice él “el nombre es una institución de policía civil; es la forma obligatoria de la designación de las personas”.

d) Teoría del nombre atributo de la personalidad (Salecilles, Perreau, Josserand).

Ellos ven en el nombre el signo distintivo y revelador de la personalidad. Como atributo de la personalidad el nombre presenta las siguientes características: no es comerciable; no es susceptible de una cesión entre vivos, no transmisible por causa de muerte; es inembargable; es imprescriptible; por lo general, inmutable; y uno e indivisible.

4.8 Protección del nombre.

El derecho al nombre está garantido con sanción penal, en efecto, el artículo 215 del Código Penal castiga al que *usurpe el nombre de otro*. Para que exista este delito es necesario que el nombre usurpado sea de una persona que exista actualmente. El que toma un nombre supuesto no usurpa nombre ajeno y no comete delito, sino la falta prevista en el artículo 496 N° 5.

Cabe señalar que la usurpación de nombre está prevista en el título de las falsificaciones y falsedades, de lo que se colige que para nuestro legislador el derecho al nombre no es un derecho de propiedad, sino un derecho del individuo digno de protección.

Si la usurpación del nombre irroga perjuicios o daños, el afectado puede hacer efectiva en contra del usurpador la responsabilidad civil que le cupiese.

Otra manifestación de la protección al nombre en nuestro ordenamiento jurídico, lo constituye la prohibición de registrar como marca comercial el nombre, seudónimo o el retrato de una persona natural, salvo consentimiento dado por ella o por sus herederos.

Estudiar por cuenta propia:

- 1) Cambio del nombre propio en los transexuales.
- 2) El sobrenombre y el seudónimo.

5. ESTADO CIVIL

5.1 Concepto.

a) **Concepto doctrinario:** en un sentido amplio el estado civil es la *cualidad o posición jurídica de los individuos*. Estos pueden ser considerados en si mismos, entonces hablamos de *estados individuales*, o bien, en relación a los grupos humanos de que forman parte, y entonces se habla de *estados sociales*.

b) **Concepto legal:** el artículo 304 dispone “*el estado civil es la calidad de un individuo en cuanto le habilita para ejercer derechos o contraer obligaciones civiles*”.

CRITICA: este concepto tan amplio y general, donde caben muchas situaciones jurídicas, como la capacidad, la nacionalidad, etc., no se condice con el contenido del título dentro del cual esta ubicado (XVII del Libro I, *De las Pruebas del Estado Civil*, como tampoco en el sentido que le toman otras leyes, pues en ambos casos se considera al estado civil en forma restringida: mirando al individuo en sus relaciones de familia.

En virtud de lo anteriormente expuesto, es mas acertado definir al estado civil como “*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*”.

Demás esta señalar que el estado civil es propio de las personas naturales, porque las personas jurídicas no tienen relaciones de familia.

5.2 Consecuencias del estado civil

a) Da origen a derechos y obligaciones, v.gr., entre cónyuges, padres e hijos, etc.

b) Puede influir en la capacidad de las personas. Ejemplos, artículos 170 y 173. Es menester señalar que capacidad y estado civil tienen diferencias sustanciales: i) la capacidad depende de l individuo considerado en si mismo, en cambio, el estado civil depende de las relaciones de familia; ii) el estado civil es un vínculo que une al individuo con la familia, en cambio, la capacidad es la aptitud para adquirir y ejercer derechos; iii) todas las personas tienen estado civil, pero no todas son capaces (de ejercicio).

c) Da origen al parentesco.

5.3 Fuentes del estado civil

a) La ley, por ejemplo, el nacimiento dentro del matrimonio determina que el hijo sea de filiación matrimonial.

b) Hechos ajenos a la voluntad humana, por ejemplo la muerte de uno de los cónyuges atribuye al sobreviviente el estado civil de viudo(a).

c) De la voluntad humana por la realización de hechos jurídicos, por ejemplo el matrimonio, el reconocimiento de un hijo de filiación no matrimonial.

5.4 Características del estado civil

a) Todo individuo tiene estado civil.

b) El estado civil es uno e indivisible. Un individuo puede tener más de un estado civil, pero éstos derivan de hechos diferentes, por ejemplo, casado e hijo de filiación matrimonial. En consecuencia, la unidad e indivisibilidad se relaciona con un mismo hecho de origen. Emanación de este principio es el artículo 315, que señala que las sentencias que se dictan en materia de estado civil, producen *efectos absolutos*, con lo que se hace excepción al artículo 3 (efecto relativo de las sentencias judiciales).

c) Las leyes sobre estado civil son de orden público. El estado civil está fuera del comercio humano y, por ende, no puede renunciarse, transferirse ni transmitirse, ni adquirirse por prescripción. El artículo 2450 dice expresamente que no se puede transigir sobre el estado civil de las personas.

d) El estado civil es permanente. El estado civil no se pierde mientras no se adquiera otro.

5.5 El parentesco¹⁷.

a) Concepto

El parentesco es la relación de familia que existe entre dos personas.

b) Clases de parentesco

i) Natural o de consanguinidad. *Es aquel que existe entre dos personas que descienden una de la otra o de un mismo progenitor, en cualquiera de sus grados (artículo 28).*

ii) Legal o de afinidad. *Es aquel que existe entre una persona que está o ha estado casado y los consanguíneos de su marido o mujer (artículo 31).* Este parentesco subsiste aun después del fallecimiento de una de las personas que lo determinan.

¹⁷ Estudiar por cuenta propia: a) concepto de familia (se relaciona con el parentesco); b) Registro Civil.

iii) De adopción. Este es el parentesco que resulta de la adopción, debemos tener presente que la adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo respecto del o los adoptantes (artículo 1º inciso 2º ley 19.620).

c) La línea y el grado en el parentesco.

i) Línea: es la serie de parientes que descienden los unos de los otros o de un ascendiente común. Cuando una de las dos personas es ascendiente de la otra, en este caso la consanguinidad es en *línea recta*. Cuando las dos personas proceden de un ascendiente común, y una de ellas no es ascendiente de la otra, la consanguinidad es en *línea colateral o transversal* (artículo 27 inc 2).

ii) Grados: es el número de generaciones que separan a los parientes. El artículo 27 inc 1º dispone que los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones, así el nieto está en segundo grado de consanguinidad con el abuelo, y dos primos hermanos en cuarto grado de consanguinidad entre sí.

Para computar el grado de parentesco en la línea colateral 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 cuentan descendiendo desde el tronco hasta el otro pariente.

En el caso de parentesco por afinidad, la línea y el grado de una persona con un consanguíneo de su marido o mujer, se califican por la línea y grado de consanguinidad de dicho marido o mujer con el dicho consanguíneo. Así, un varón está en primer grado de afinidad, en línea recta, con los hijos habidos por su mujer en anterior matrimonio; y en segundo grado de afinidad, en la línea transversal, con los hermanos de su mujer (artículo 31 inciso 2º).

d) Parentesco de doble conjunción y de simple conjunción (artículo 41).

Los hermanos pueden serlo por parte de padre y de madre, y se llaman entonces Hermanos carnales (doble conjunción); o sólo por parte de padre, y se llaman hermanos paternos; o sólo por parte de la madre, y se llaman entonces hermanos maternos (simple conjunción).

6. EL DOMICILIO

6.1 Concepto y función.

El artículo 58 señala “las personas se dividen, además, en domiciliadas y transeúntes”. Acto seguido, en el artículo 59 define el domicilio “El domicilio consiste en la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella”.

El domicilio precisa el lugar en que el individuo es considerado siempre presente, para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, siendo su función permitir ubicar a la persona de una manera regular, para todos los efectos jurídicos en un determinado territorio.

6.2 Concepciones sobre domicilio.

a) **Teoría clásica:** para ellos el domicilio es una noción ficticia y abstracta. Es la *relación jurídica entre una persona y un lugar*, donde aquella se considera siempre presente para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

b) **Teoría del domicilio noción concreta:** señalan que si bien el domicilio es una relación entre la persona y un lugar determinado, no puede afirmarse que el domicilio es una relación en sí misma, sino que *es una noción concreta, es un lugar en que la ley supone siempre presente a una persona para los efectos jurídicos*. Apoyan su tesis señalando que el D.R.A.E. concuerda con esta idea, por cuanto, en una de las acepciones señala que domicilio es el lugar en que legalmente se considera establecida una persona para el cumplimiento de sus obligaciones y ejercicio de sus derechos.

Nuestro Código Civil acoge la teoría del domicilio noción concreta (lugar y no relación), porque se baso en fuentes que aceptaban esta teoría (Savigny y Merlin).

6.3 Residencia y Habitación

En oposición al asiento de derecho (domicilio) está el asiento de hecho de una persona, que es la *residencia*, esto es, *el lugar donde habitualmente vive una persona*. La residencia puede ser la misma o distinta del domicilio.

La *habitación*, es el asiento ocasional y esencialmente transitorio de una persona.

6.4 Importancia del domicilio, residencia y habitación.

a) Domicilio.

i) El pago de una cosa que sea cuerpo cierto, si no se ha estipulado un lugar determinado, debe hacerse en el domicilio del deudor (artículo 1588).

ii) Por regla general, es juez competente para conocer de una demanda civil o para intervenir en un acto no contencioso el del domicilio del demandado o del interesado, respectivamente.

iii) Es juez 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.

b) Residencia.

i) La mera residencia hace las veces de domicilio civil respecto de las personas que no tienen domicilio civil en otra parte (artículo 68).

c) Habitación.

i) Las leyes obligan a todos los habitantes de la República, sean nacionales o extranjeros, domiciliados o transeúntes.

ii) 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 estos términos están tomados en sentido amplio, comprensivo de residencia propiamente tal y de habitación.

6.5 Clasificación del domicilio.

a) El domicilio puede ser político y civil (artículo 59 inciso 2º).

b) El domicilio civil puede ser general y especial, los que a su vez, pueden ser legales o voluntarios.

c) Finalmente, y atendiendo a la naturaleza de las relaciones de que se trata, el domicilio puede ser de Derecho Público o de Derecho Privado (civil). Ejemplo de domicilio de Derecho Público es el que se tiene en cuenta para el empadronamiento en los registros electorales, el que se considera para las inscripciones del servicio militar.

6.6 Domicilio político

A juicio de autores extranjeros domicilio político es 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.

En nuestro ordenamiento jurídico el domicilio está definido en el artículo 60 que señala: *“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 distinta de la extranjera. La palabra político se usa en el sentido de nacional; de modo que este domicilio podría llamarse también “domicilio nacional”.

6.7 Domicilio civil

El artículo 59 señala que el domicilio *consiste en la residencia, acompañada real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella.*

Por su parte, el artículo 61 dispone que el *domicilio civil es relativo a una parte determinada del territorio del Estado*.

Coordinando ambas disposiciones podemos definir al domicilio civil como *la residencia en una parte determinada del territorio del Estado, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella*.

a) Críticas al artículo 59

i) Se dice que el domicilio depende no sólo de la residencia y el ánimo, sino también de otros factores, por ejemplo, el estado civil o todos los casos de domicilio legal, en que la ley considera como asiento de derecho a una persona el mismo de otra de la cual depende no cabrían en la definición del artículo 59.

ii) Hay domicilios reconocidos por el Código Civil en que no concurren copulativamente los dos requisitos aludidos, pues la mera residencia hace las veces de domicilio civil respecto de las personas que no tienen domicilio civil en otra parte (artículo 68). Sin embargo, se señala que esta objeción no tiene fundamento, porque la mera residencia no es domicilio sino que se asimila a éste, y siendo así no tiene por qué caber dentro de la definición de domicilio.

b) Prueba del domicilio.

Nuestra jurisprudencia ha señalado que el domicilio es un concepto jurídico (no un mero y simple hecho), por consiguiente 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.

c) Elementos constitutivos del domicilio.

Son dos:

i) La residencia en una parte determinada del territorio del Estado. Este elemento es fácil determinarlo, pues se trata de un hecho material, puesto que la residencia es susceptible de ser conocida por medio de los sentidos.

ii) El ánimo de permanecer en esa residencia (*animus manendi*) El ánimo es un elemento moral, mental o psicológico y no puede ser conocido sino por manifestaciones externas que lo revela o suponen. El ánimo puede ser real y verdadero o presunto. El ánimo es real y verdadero cuando tiene una existencia cierta y efectiva. Es presunto, cuando se deduce de ciertos hechos o circunstancias.

Ambos elementos, residencia y ánimo, son necesarios para determinar el domicilio, pues 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 cambio de residencia. En todo caso, el solo ánimo basta para conservar el domicilio, así 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.

d) Caracteres del domicilio.

De acuerdo con la teoría clásica el domicilio es fijo, necesario u obligatorio y único.

i) Fijeza del domicilio: significa que el domicilio no cambia por el simple hecho de que una persona se traslade a vivir a otro lugar, pues mientras la nueva residencia no responda a la definición del artículo 59 quedará en simple residencia y no constituirá domicilio.

ii) Necesidad u obligatoriedad del domicilio: este carácter está íntimamente ligado con la personalidad, pues la ésta (personalidad) atribuye sus caracteres a todas las instituciones que la afectan, así del hecho de existir la persona se colige que necesariamente tiene un domicilio.

iii) Unidad del domicilio: La teoría clásica dice que como la persona es una, también el domicilio debe ser uno. Sin embargo, se sostiene por otros autores que el domicilio único no se adapta a las condiciones de la vida moderna, pues el mismo Código Civil acepta la pluralidad de domicilios.

6.8 Domicilio legal.

a) Concepto y generalidades

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 (en oposición al domicilio adquirido), que es el que tiene el hijo al momento de nacer (el del padre).

El domicilio legal es un verdadero imperativo de la ley. De ahí que tenga siempre carácter *forzoso* y que en algunos casos concretos sea *ficticio*. Finalmente hay que señalar que sólo existen los domicilios legales expresamente establecidos por la ley, no pudiendo extenderse por analogía o por otro principio de hermenéutica legal, en consecuencia, su interpretación deber ser restrictiva.

b) Personas sometidas a domicilio legal podemos señalar las siguientes:

- i) Los menores; artículo 72.
- ii) Los interdictos: éstos siguen el domicilio de sus curadores.
- iii) Los criados y dependientes: artículo 73.
- iv) Ciertos funcionarios: artículo 66.

6.9 Domicilio voluntario, real o verdadero.

a) Generalidades

Este domicilio es el que eligen las personas a su arbitrio. Es *libre o voluntario*, porque depende de la voluntad de la persona; es *real*, porque aquí se encuentra efectivamente el asiento jurídico de la persona; y *de hecho*, para distinguirlo del domicilio legal o de derecho.

b) Condiciones necesarias para que se efectúe el cambio de domicilio.

- i) La residencia de una persona en un lugar distinto del anterior.
- ii) La intención de permanecer o establecerse en el lugar de la nueva residencia.

c) Ánimo de permanecer

El cambio de residencia es un hecho fácil de comprobar, pero no sucede lo mismo con el ánimo de avecindarse en ella, de ahí que para determinar el ánimo la ley se haya visto en la necesidad de recurrir a presunciones.

- i) Presunciones positivas: artículo 62 y 64.

Artículo 62. *“El lugar donde un individuo está de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio, determina su domicilio civil o vecindad”.*

Artículo 64. *“Al contrario 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”.*

- ii) Presunciones negativas: artículos 63 y 65.

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 a 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”.*

Artículo 65. *“El domicilio civil no se muda por el hecho de residir un 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”.*

Demás está señalar que estas presunciones son simplemente legales, y por lo tanto, pueden destruirse demostrando lo contrario.

6.10 Domicilio especial

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.

- a) Domicilio parroquial: artículo 70.
- b) Domicilio especial constituido por la voluntad de las partes (convencional). Este es el domicilio que fijan las partes libremente para determinados efectos, puede crearse en los actos unilaterales o en las convenciones (domicilio convencional o contractual). Pues bien, el Código Civil 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 contrato (artículo 69).

6.11 Pluralidad de domicilios

Nuestro ordenamiento jurídico lo contempla en el artículo 67 que señala *“Cuando concurren en varias secciones territoriales, con respecto a un mismo individuo, circunstancias constitutivas de domicilio civil, se entenderá que en todas ellas lo tiene; pero si se trata de cosas que dicen relación especial a una de dichas secciones exclusivamente, ella sola será para tales casos el domicilio civil del individuo”.*

7. EL PATRIMONIO

La palabra patrimonio proviene del latín *“patrimonium”* que significa lo que se hereda de los padres.

La noción de patrimonio ya existió en el Derecho Romano, pero sus juristas comprendieron en ella sólo los elementos activos (bienes pertenecientes al sujeto) y no las deudas, como sí ocurre en la concepción actual.

7.1 Concepto

Desde el punto de vista jurídico se define tradicionalmente al patrimonio como “*el conjunto de derechos y obligaciones de una persona avaluables en dinero*”.

Del concepto se desprende que al patrimonio no sólo ingresan los derechos, bienes y créditos, sino que también las deudas, y cuando éstas son más que las relaciones activas, se dice que el patrimonio tiene un pasivo mayor que el activo. Sin embargo, hay autores como los juristas romanos, o Zacharie que consideran que el patrimonio lo forman sólo los derechos subjetivos pecuniarios, excluyendo las deudas u obligaciones.

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 los derechos de la personalidad, los derechos políticos, los derechos de familia, todos los que carecen de valor pecuniario en sí mismos considerados. 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*, así por ejemplo, el derecho de propiedad está en el patrimonio y en la esfera 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.

7.2 Carácter virtual del patrimonio

El patrimonio es algo distinto de los bienes que lo integran o componen en un momento dado, 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 los bienes raíces o muebles del deudor, sean *presentes o futuros*, exceptuándose solamente los que la ley declara inembargables (artículo 2465 del Código Civil). El patrimonio es un continente, una bolsa que puede estar vacía, o incluso tener un contenido negativo, como cuando existen más deudas que bienes.

7.3 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*.

7.4 Teoría clásica del patrimonio.

La noción de patrimonio existió ya en el Derecho Romano, 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 chileno, no formula en ningún título o párrafo una teoría general sobre el patrimonio, aunque hay muchas normas diseminadas en uno y otro cuerpo legal y le aplican principios que la doctrina ha sistematizado. Nuestro Código habla, por ejemplo, del patrimonio del desaparecido (artículo 85), de la separación de patrimonios (artículos 1170 y 1382).

a) 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 juristas romanos, consideran que el patrimonio lo forman sólo los derechos pecuniarios, los bienes, los créditos; excluyen las deudas u obligaciones miradas desde el lado pasivo.

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.

b) Características del patrimonio según la teoría clásica.

Para la teoría clásica, el patrimonio es una *emanación de la personalidad*, como dicen Aubry y Rau “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: i) toda persona, sea física o jurídica, tiene un patrimonio; ii) el patrimonio no es transferible, aunque, sí, es transmisible por sucesión, a la muerte de su titular; iii) sólo las personas pueden tener un patrimonio y iv) 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*.

7.5 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.

7.6 ¿Es una universalidad de derecho el patrimonio general?

Afirman muchos autores 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”.

La *universalidad de hecho* es un conjunto 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 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”.

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.

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.

7.7 Patrimonios separados.

Hay patrimonios separados cuando dos o más núcleos patrimoniales, mutuamente independientes entre sí, tienen por titular a un mismo sujeto. 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. Ejemplos: i) sociedad conyugal, ii) peculio profesional o industrial (arts. 243 N° 1 y 246), iii) beneficio de separación (artículo 1378), iv) beneficio de inventario (artículo 1247).

La Corte de Casación italiana, declara que la aceptación de la herencia con beneficio de inventario, “*comporta la separazione dei patrimoni del defunto e dell’erede*”.

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”.

Los llamados patrimonios separados sólo puede establecerlos la ley. No podrá un particular separar un grupo de sus bienes y declara 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.

7.8 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. Ejemplo: i) herencia yacente, ii) la asignación que tiene por objeto crear una nueva corporación, mientras se aprueba la personalidad jurídica los bienes de la asignación constituyen un patrimonio autónomo.

Entre el patrimonio separado y el autónomo la diferencia es notoria. 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.

PARTE CUARTA

PERSONAS JURÍDICAS

1. 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 que hoy llamamos personas jurídicas o morales. Se trata de conjuntos de hombres o bienes jurídicamente organizados y elevados por dicho ordenamiento a la categoría de sujetos de derecho.

2. CONCEPTO

Nuestro Código Civil expresa 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).

CRITICA Esta definición no precisa la esencia de las personas jurídicas; indica más bien sus atributos.

Podría decirse que persona jurídica *es todo entre abstracto que persigue fines de utilidad colectiva y al cual, como medio para la consecución de éstos, la ley le reconoce capacidad de goce y 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 (esa unidad orgánica), para la consecución de un fin social durable y permanente, se le reconoce por el ordenamiento jurídico una capacidad propia de adquirir y ejercer derechos*”.

3. CORPORACIONES Y FUNDACIONES.

Atendiendo a su estructura, las personas jurídicas de derecho privado 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. A las corporaciones de derecho privado se les llama también *asociaciones*.

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*, ellas forman 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.

4. REQUISITOS ESENCIALES PARA LA EXISTENCIA DE UNA PERSONA JURÍDICA

Son dos:

- a) Que la persona jurídica surja como una entidad distinta e independiente de las personas que la componen o dirigen, y
- b) 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 las reglas que el mismo señala (artículos 548 y siguientes).

5. NATURALEZA JURÍDICA

- a) Teoría de la ficción doctrinal
- b) Teoría de la ficción legal
- c) Teoría de la personalidad jurídica realidad técnica
- d) Teoría de la realidad objetiva
- e) Teoría normativa de Kelsen
- f) Teoría ecléctica de tipo realista

5.1 Teoría de la ficción doctrinal

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 jurídica.

5.2 Teoría de la ficción legal

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, haciéndolas jugar un papel análogo al de las personas humanas.

Nuestro Código Civil acepta esta teoría, según se desprende:

- a) De la definición del artículo 545, que dice “Se llama persona jurídica a una persona ficticia...”.
- b) De la historia de la ley, antecedentes del Código, a Pothier y a Savigny, que era el gran sostenedor de la teoría de la ficción legal.

6. CLASIFICACION

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*.

7. PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO

7.1 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. La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados (artículo 2053).

b) *Las personas jurídicas que no tienen por objeto el lucro*. Estas se dividen en corporaciones y fundaciones de beneficencia pública.

7.2 Personas jurídicas de derecho privado no regidas por el título XXXIII del Libro I del Código 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 (artículo 2059).

Las sociedades industriales se rigen, no por el título del Código Civil, 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.

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.

7.3 Personas jurídicas de derecho privado regidas por el título XXXIII del Libro I del Código 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.

8. LAS PERSONAS JURIDICAS DE DERECHO PRIVADO SIN FINES DE LUCRO.

8.1 Aspectos generales

Tradicionalmente, se dividen en Corporaciones y Fundaciones de beneficencia pública, clasificación del autor alemán Heise que la propuso en 1807 y posteriormente la adoptó Savigny. La ley chilena, denomina también a las corporaciones de derecho privado como *“asociaciones”* (artículo 545, inciso 2º, del Código Civil).

LA CORPORACION o ASOCIACIÓN, es la unión estable de un conjunto de personas que pretenden fines ideales y no lucrativos.

LA FUNDACION, se compone de una masa o conjunto de bienes destinados por la voluntad del fundador o fundadores a un fin determinado de interés general.

El artículo 545 del Código Civil, en su inciso 3º, las define de la siguiente manera:

- a) Corporaciones o asociaciones: *“Una asociación se forma por una reunión de personas en torno a objetivos de interés común a los asociados.”*
- b) Fundaciones: *“Una fundación (se forma) mediante la afectación de bienes a un fin determinado de interés general.”*

La diferencia fundamental entre corporaciones o asociaciones y fundaciones no está entonces en sus fines, que pueden ser similares, sino que reside en que las primeras tienen como elemento básico un conjunto de personas, mientras que en las fundaciones el elemento básico es la existencia de un patrimonio o conjunto de bienes destinados a la obtención de un fin.

Lo anterior implica que tratándose de las Corporaciones o Asociaciones es fundamental la existencia de las personas y no de bienes, mientras que en las fundaciones, lo importante es que se disponga de bienes requiriéndose un número mínimo de personas necesario para su administración.

Aunque señalábamos que no es el fin el aspecto que distingue a una corporación o asociación de una fundación, si cabe precisar que los sujetos a quienes en definitiva beneficiarán suelen ser distintos. Las corporaciones o asociaciones tienen asociados y el fin común perseguido puede incluso beneficiarlos, como acontece con una corporación deportiva y de recreación, que beneficia a sus asociados exclusivamente. Por ello, el artículo 545 indica que las personas se reúnen en torno a objetivos *“de interés común a los asociados”*.

En cambio, las fundaciones tienen destinatarios, es decir, aquellos beneficiarios señalados por el fundador, y que son ajenos, usualmente, a los integrantes de la fundación. Pero el fin de la fundación ha de ser, según expresa el artículo 545, *“de interés general”*, es decir, que sea socialmente significativo para la comunidad. Por lo demás, reiteradamente el Código Civil alude a las fundaciones agregándoles la expresión *“de beneficencia pública”* (artículo 545) o simplemente *“de beneficencia”* (artículos 562 y 563). Ello denota que el *“interés general”* de que habla la ley dice relación con el interés de un sector relevante de la sociedad.

8.2 Constitución de las corporaciones o asociaciones y fundaciones

Lo que sin duda constituye un cambio sustancial en la obtención de personalidad jurídica por corporaciones y fundaciones, la Ley número 20.500, publicada en el Diario Oficial con fecha 16 de febrero de 2011 y vigente a partir del 17 de febrero de 2012, introdujo numerosas modificaciones al Título XXXIII del Libro I del Código Civil. Ahora, en lugar del antiguo régimen en que se solicitaba al Presidente de la República la concesión de la personalidad jurídica, se pasa a un régimen de registro, en el que la petición para constituir la asociación o la fundación se tramita ante el municipio y ésta se constituye como tal, por el solo ministerio de la ley, mediante su inscripción en el Registro Nacional de Personas Jurídicas sin Fines de Lucro a cargo del Servicio de Registro Civil e Identificación. De esta manera, en la constitución de estas entidades deja de intervenir el Presidente de la República (en la práctica, el trámite se realizaba a

través del Ministerio de Justicia), optándose por centralizar en los municipios su tramitación. Lo anterior obedece a la constatación de que la formación de una corporación o fundación es una manifestación del derecho de asociación, reconocido en nuestra Constitución Política (artículo 19 número 15), y no un acto de concesión de la autoridad central. En todo caso, el Ministerio de Justicia conserva un rol importante, cual es fiscalizar las corporaciones y fundaciones, para que no se aparten de sus fines propios.

8.2.1 Formalidades del acto constitutivo.

El acto constitutivo es solemne, debiendo constar en escritura pública o en escritura privada, y en este último caso siempre que sea suscrita ante notario, oficial del Registro Civil o funcionario municipal autorizado por el alcalde (artículo 548, inciso 1º, del Código Civil).

En el acto constitutivo, será necesario (artículo 548-1 del Código Civil):

- a) Individualizar a quienes comparezcan otorgándolo.
- b) Expresar la voluntad de constituir una persona jurídica.
- c) Reproducir y Aprobar los estatutos.
- d) Designar las autoridades inicialmente encargadas de dirigir la persona jurídica.

8.2.2 Contenido de los estatutos

La materia se encuentra regulada en el artículo 548-2 del Código Civil. Nos referiremos primero a las menciones generales o comunes para ambas clases de personas jurídicas, y después aludiremos a ciertas menciones especiales que deben contener los estatutos de las corporaciones o asociaciones, y aquellas que sólo deben contener los estatutos de las fundaciones.

Los estatutos tanto de las corporaciones o asociaciones como de las fundaciones, deberán referirse a las siguientes materias:

a) El nombre y domicilio de la persona jurídica. Dispone el artículo 548-3, que el nombre deberá hacer referencia a la naturaleza, objeto o finalidad de la persona jurídica. No podrá coincidir o tener similitud susceptible de provocar confusión con ninguna otra persona jurídica u organización vigente, sea pública o privada, ni con personas naturales, salvo con el consentimiento expreso del interesado o sus sucesores, o salvo si hubieren transcurrido veinte años desde su muerte.

El domicilio es relevante, pues determina el municipio ante el cual debe practicarse el depósito de los estatutos.

b) La duración, a menos que la persona jurídica que constituya por tiempo indefinido, lo que habrá que declarar.

- c) La indicación de los fines a que estará destinada la persona jurídica.
- d) Los bienes que forman al patrimonio inicial, si los hubiere (en realidad, esto sólo podría ocurrir tratándose de una corporación o asociación, pues una fundación no puede constituirse sin bienes), y la forma en que se aporten.
- e) Las disposiciones que establezcan los órganos de administración, cómo serán integrados y las atribuciones que les correspondan.
- f) Las disposiciones relativas a la reforma de estatutos y a la extinción de la persona jurídica, indicándose la institución sin fines de lucro a la cual pasarán sus bienes en este último evento.

En lo que se refiere a los estatutos de las corporaciones o asociaciones, éstos deberán contener también:

- * La determinación de los derechos y obligaciones de los asociados.
- * Las condiciones de incorporación de los asociados.
- * La forma y motivos de la exclusión de los asociados.
- * Los aportes ordinarios o extraordinarios que deban efectuar los asociados, materia que deberá fijar la asamblea (se trata del pago de las cuotas respectivas).

A su vez, los estatutos de las fundaciones deben precisar:

- * Los bienes o derechos que aporte el fundador a su patrimonio.
- * Las reglas básicas para la aplicación de los recursos al cumplimiento de los fines fundacionales.
- * Las reglas básicas para la determinación de los beneficiarios.

El artículo 548-4, dispone por su parte que todos aquellos a quienes los estatutos de la corporación irrogaren perjuicio podrán recurrir a la justicia, en procedimiento breve y sumario, con dos eventuales fines:

- i) Para que los estatutos se corrijan; y
- ii) Para que se repare toda lesión o perjuicio que de la aplicación de dichos estatutos les haya resultado o pueda resultarles.

El precepto es similar al antiguo inciso 2º del artículo 548, pero con la diferencia que decía éste que el afectado podía recurrir al Presidente de la República (entiéndase Ministerio de Justicia) para obtener la corrección de los estatutos, sin perjuicio de recurrir después a la justicia para el resarcimiento de los perjuicios.

8.2.3 Depósito del acto constitutivo. Objeción o aprobación por el secretario del municipio.

Establece el inciso 2º del artículo 548 que una copia del acto constitutivo, autorizada por el ministro de fe o funcionario ante el cual fue otorgado, deberá depositarse en la secretaría municipal del domicilio de la persona jurídica en formación.

El plazo para efectuar el depósito será de 30 días, contado desde el otorgamiento del acto constitutivo. Con todo, este plazo no regirá para las fundaciones que se constituyan conforme a disposiciones testamentarias. Es razonable la salvedad, pues lo usual será que en este caso, el acto constitutivo de la fundación se realice después de transcurridos 30 días desde el fallecimiento del testador.

Nada dice la ley para el caso que no se pida el depósito del acto constitutivo dentro del plazo mencionado. Entendemos que habría que volver a realizar el acto constitutivo, y que el primero ya no podría generar efectos jurídicos.

Del estudio de los antecedentes por el secretario municipal, y en particular si se cumplieron o no los requisitos que la ley o el reglamento señalen, puede resultar que éste formule una objeción o que apruebe el acto constitutivo:

a) Objeción al acto constitutivo

Deberá ser fundada y realizarse dentro de los 30 días siguientes a la fecha del depósito. Advierte la ley que no se podrán objetar las cláusulas de los estatutos que reproduzcan los modelos aprobados por el Ministerio de Justicia. La objeción será notificada al solicitante por carta certificada (inciso 3º del artículo 548). Sin perjuicio de las reclamaciones administrativas y judiciales procedentes, la persona jurídica en formación deberá subsanar las observaciones formuladas, dentro del plazo de 30 días, contado desde su notificación. Los nuevos antecedentes se depositarán en la secretaría municipal, procediéndose conforme al inciso 2º del artículo 548. El órgano directivo de la persona jurídica en formación, se entenderá facultado para introducir en los estatutos las modificaciones que se requieran para estos efectos (inciso 4º del artículo 548).

b) Aprobación del acto constitutivo

Si transcurriere el plazo de 30 días contado desde el depósito del acto constitutivo sin que el secretario municipal hubiere notificado observación alguna, se entenderá por el solo ministerio de la ley que no objeta la constitución de la organización. Lo mismo ocurrirá cuando se hubieren presentado nuevamente y en forma oportuna los antecedentes subsanando las objeciones planteadas por el secretario municipal. En ambos casos, el secretario municipal, de oficio y dentro de quinto día, archivará copia de los antecedentes de la persona jurídica y los remitirá al Servicio de Registro Civil e Identificación, a menos que el interesado solicitare

formalmente hacer la inscripción (en realidad, debió decir la ley “*pedir que se haga la inscripción*”), en forma directa (incisos 3º y 5º del artículo 548).

8.2.4 Inscripción del acto constitutivo y obtención de personalidad jurídica.

Recibidos los antecedentes por el Servicio de Registro Civil e Identificación, éste procederá a realizar la pertinente inscripción en el Registro Nacional de Personas Jurídicas sin Fines de Lucro. Cabe señalar que el mencionado Servicio carece de la facultad para objetar el acto constituido, debiendo limitarse a llevar a cabo la citada inscripción. La asociación o fundación gozará de personalidad jurídica a partir de esta inscripción.

8.3 Modificación de los estatutos de una corporación o fundación

Conforme al artículo 558, cabe distinguir según se trata de corporaciones o asociaciones y fundaciones:

a) Respetto de las corporaciones o asociaciones

La modificación de los estatutos de una asociación o corporación deberá hacerse por acuerdo de la Asamblea, citada especialmente con ese propósito. Se trata por ende de una reunión extraordinaria (así por lo demás lo señala el artículo 559, letra b). El quórum será el que se indique en los estatutos, pero en dos casos, la modificación deberá ser aprobada por dos tercios de los asociados que asistan a la respectiva asamblea:

- i) Cuando se acuerde la disolución de la asociación.
- ii) Cuando se acuerde la fusión con otra asociación o corporación (inciso 1º).

b) Respetto de las fundaciones

Deben cumplirse los siguientes requisitos para modificar los estatutos de una fundación:

- i) Acuerdo del directorio de la fundación en tal sentido.
- ii) Informe previo favorable del Ministerio de Justicia. Para tal efecto, el Ministerio emitirá un informe respecto del objeto de la fundación; del órgano de administración y de dirección; respecto a la generación de dicho órgano; y también en cuanto a su integración y atribuciones.
- iii) Que la modificación resulte conveniente al interés fundacional.
- iv) Que el fundador no hubiere prohibido la modificación de los estatutos.

c) Requisitos comunes para la modificación de los estatutos de corporaciones o asociaciones y fundaciones

Agrega el inciso 4º del artículo 558 que “En todo caso deberá cumplirse con las formalidades establecidas en el artículo 548”. Nos remitimos a lo que expresamos acerca de la constitución de las corporaciones y fundaciones.

8.4 Voluntad, dirección y administración de una corporación o asociación y de una fundación: la asamblea y el directorio

8.4.1 Voluntad de la corporación o asociación.

La voluntad de la corporación se manifiesta en la asamblea respectiva. De conformidad con el artículo 550, la mayoría de los miembros de una corporación, que tengan según sus estatutos voto deliberativo, será considerada como una asamblea o reunión legal de la corporación entera (inciso 1º). La asamblea se reunirá ordinariamente una vez al año, y extraordinariamente cuando lo exijan las necesidades de la asociación (inciso 2º). La voluntad de la mayoría de la asamblea es la voluntad de la corporación (inciso 3º). Todo lo cual se entiende sin perjuicio de las modificaciones que los estatutos de la corporación prescribieren a este respecto (inciso 4º). Generalmente, para ciertas materias de mayor trascendencia (como por ejemplo, modificaciones de los estatutos o enajenación de bienes inmuebles), los estatutos suelen exigir mayorías especiales (por ejemplo, la aprobación de a lo menos 2/3 de los asociados).

Le corresponde a la asamblea, entre otras funciones:

- a) Fijar el monto de los aportes ordinarios y extraordinarios de los asociados.
- b) Elegir el directorio de la asociación.
- c) Conocer y aprobar la rendición de cuenta del directorio.
- d) Conocer y aprobar el pago a directores o personas relacionadas con éstos.
- e) Aprobar el balance anual de la corporación.
- f) Designar a los auditores externos independientes, en el caso del artículo 557-1.
- g) Aprobar la modificación de los estatutos de la corporación.
- h) Aprobar la fusión de la corporación con otra asociación.
- i) Acordar la disolución de la corporación.

8.4.2 Dirección y administración de la corporación o asociación o de una fundación

La ley sólo reguló lo concerniente a las corporaciones o asociaciones, salvo una referencia a las fundaciones, según veremos seguidamente. Con todo, se mantuvo la vigencia del artículo 563 del Código Civil, que hace aplicables a las fundaciones y a los individuos que las administran, todo lo que se dispone en los artículos 549 hasta el 561, acerca de las corporaciones

y de los miembros que las componen. Por ende, lo que sigue se ha de entender que también rige para las dirección y administración de las fundaciones.

Conforme al artículo 551, la dirección y administración de una asociación o corporación, recaerá en un **directorio**, de al menos tres miembros, cuyo mandato podrá extenderse hasta por cinco años (inciso 1º del artículo 551). Se entiende por ende que los estatutos podrían establecer un número mayor de directores (pero siempre número impar, para poder tomar decisiones), pero nunca uno menor a tres. A su vez, también podrían fijar un plazo menor de duración del directorio, pero en ningún caso mayor a 5 años.

No señala la ley cómo se elige al directorio de una corporación, cuestión que deberá establecerse en los estatutos. De cualquier manera, se entiende que será la asamblea quien lo elija. En el caso de una fundación, el directorio será elegido por el fundador.

No podrán integrar el directorio personas que hayan sido condenadas a pena aflictiva (inciso 2º del artículo 551).

Si uno de los directores fuere condenado por crimen o simple delito, o incurriere en cualquier otro impedimento o causa de inhabilidad o incompatibilidad establecida por la ley o los estatutos, cesará en sus funciones, debiendo ser reemplazado por quien el directorio nombre, para completar el período (inciso 3º del artículo 551).

El presidente del directorio lo será también de la corporación o asociación, la representará judicial y extrajudicialmente y tendrá las demás atribuciones que los estatutos señalen (inciso 4º del artículo 551).

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 presida (inciso 5º del artículo 551).

El directorio rendirá cuenta ante la asamblea de la inversión de los fondos y de la marcha de la asociación o corporación durante el período en que ejerza sus funciones. Cualquiera de los asociados podrá pedir información acerca de las cuentas de la asociación o corporación, así como de sus actividades y programas (inciso 6º del artículo 551).

Los directores ejercerán su cargo gratuitamente, pero tendrán derecho a ser reembolsados de los gastos, autorizados por el directorio, que justificaren haber efectuado en el ejercicio de su función (inciso 1º del artículo 551-1).

Con todo, el directorio podrá fijar una retribución adecuada a aquellos directores que presten a la corporación o a la fundación servicios distintos de sus funciones como directores. En tal caso, de toda remuneración o retribución que reciban los directores (o las personas naturales relacionadas por parentesco o convivencia o las personas jurídicas relacionadas por interés o propiedad), deberá darse cuenta detallada a la asamblea, en el caso de las corporaciones, o al directorio, en el caso de las fundaciones. Sin embargo, ninguna retribución o remuneración podrá ser pagada a directores, aún por trabajos distintos al que corresponda por su rol de directores, si los estatutos lo prohibieren (inciso 2º del artículo 551-1). Lo expuesto, se aplicará también respecto de todo asociado de una corporación a quien la asociación encomiende alguna función remunerada (inciso 3º del artículo 551-1).

En el ejercicio de sus funciones los directores responderán solidariamente hasta de la culpa leve por los perjuicios que causaren a la asociación (inciso 1º del artículo 551-2).

El director que quiera salvar su responsabilidad por algún acto o acuerdo del directorio, deberá hacer constar su oposición, debiendo darse cuenta de ello en la próxima asamblea (inciso 2º del artículo 551-2).

Los actos del representante de la corporación obligarán a ésta, siempre y cuando se hayan realizado en el marco de las facultades que los estatutos confieran al primero. Los demás, le serán inoponibles a la corporación, obligando exclusivamente al representante. Al efecto, dispone 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”*.

8.5 Sanciones a los integrantes de una corporación o asociación.

Dispone el inciso 1º del artículo 553 que los estatutos de una corporación tienen fuerza obligatoria sobre toda ella, y sus miembros están obligados a obedecerlos bajo las sanciones que los mismos estatutos impongan.

El inciso 2º del mismo artículo regula lo concerniente al órgano llamado a imponer las sanciones, disponiendo que la potestad disciplinaria que le corresponde a una asociación sobre sus asociados se ejercerá a través de una comisión de ética, tribunal de honor u otro organismo de similar naturaleza, que tendrá facultades disciplinarias respecto de los integrantes de la respectiva asociación, las que ejercerá mediante un procedimiento racional y justo, con respeto de los derechos que la Constitución, las leyes y los estatutos confieran a sus asociados. En todo caso, advierte el precepto que el cargo en el órgano de administración es incompatible con el cargo en el órgano disciplinario. Por ende, un integrante del directorio de la corporación, no puede al mismo tiempo formar parte del órgano disciplinario.

Por su parte, el artículo 555 establece 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. Se puede entender que la primera parte del artículo alude a la sanción disciplinaria que podría imponerse, una vez que se acredite ante la justicia penal, la comisión de un delito en perjuicio de la corporación.

9. RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

En nuestro derecho esta materia, por regla general, debe circunscribirse a la Responsabilidad Civil, puesto que la Responsabilidad Penal solo puede hacerse efectiva en las personas naturales, únicas capaces de cometer delitos. No obstante, una persona jurídica sí podrá responder civilmente por aquellos hechos punibles cometidos por aquellos que hubiesen actuado a nombre de la primera. Dispone al efecto el artículo 58 del Código Procesal Penal: *“Responsabilidad penal. La acción penal, fuere pública o privada, no puede entablarse sino contra las personas responsables del delito. / La responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que hubieren intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que las afectare.”*

Excepcionalmente, las personas jurídicas pueden tener responsabilidad penal, conforme a lo dispuesto por la Ley número 20.393, publicada en el Diario Oficial de fecha 2 de diciembre de 2009. Esta responsabilidad sólo puede originarse por la comisión de los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y cohecho a funcionario público nacional e internacional. Afecta a las personas jurídicas de derecho privado, con y sin fines de lucro, y a empresas del Estado. Esta responsabilidad se configurará cuando una de las personas naturales con facultad de dirección al interior de la empresa, algún subordinado de ella o algún funcionario que tenga facultades de administración y supervisión, cometa alguno de los delitos mencionados en interés o provecho directo de la empresa, y ésta no haya adoptado o implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir estos delitos, o aviniéndolos implementado, estos hayan sido insuficientes. Las penas aplicables a la persona jurídica pueden ser, principalmente, las siguientes:

- i) Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica.
- ii) Prohibición temporal o perpetua de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado.
- iii) Pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de los mismos por un período determinado.
- iv) Multa a beneficio fiscal de 200 UTM a 20.000 UTM.

En cuanto a la **Responsabilidad Civil**, se debe distinguir en Responsabilidad Contractual o Extracontractual.

Tratándose de la Responsabilidad Contractual, deben concurrir dos requisitos fundamentales para que la persona jurídica sea responsable:

- a) Que se contraiga una obligación a nombre de la persona jurídica.
- b) Que la o las personas que contraigan la obligación actúen con personería suficiente, es decir no excedan los límites de su mandato, artículos 545 y 552.

Concurriendo estos requisitos, las personas jurídicas deberán responder civilmente pagando la indemnización de perjuicios que en derecho proceda.

A su vez, para que se disponga por el juez el pago de indemnización de perjuicios se requiere acreditar:

- a) Incumplimiento de una obligación;
- b) Incumplimiento imputable, vale decir culpa o dolo del deudor (el incumplimiento no obedece a casos fortuitos o fuerza mayor);
- c) Que el deudor se encuentre en mora;
- d) Que el incumplimiento ocasione perjuicios al acreedor, esto es daño material o moral.

En cuanto a la **Responsabilidad Extracontractual** de las personas jurídicas, distinguimos según se trate de daños ocasionados por delitos o cuasidelitos que son al mismo tiempo penales y civiles o por delitos o cuasidelitos exclusivamente civiles.

En cuanto a la **responsabilidad civil que pueda derivar de la comisión de delitos o cuasidelitos penales y civiles**, debemos atenernos a la regla contemplada en el inciso 2º del

artículo 58 del Código Procesal Penal, ya citada, en relación con los artículos 2314 y siguientes del Código Civil.

Respecto de **delitos o cuasidelitos exclusivamente civiles**, la responsabilidad de las personas jurídicas se funda en las normas contempladas en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil.

Para Carlos Ducci, se incurre en esta responsabilidad por los daños que produzca la actividad de una persona jurídica realizada por intermedio de cualquiera de las personas que la integran, tengan o no representación. Como fuente de la obligación se cita el artículo 2320 del Código Civil, uno de cuyos ejemplos alude a los empresarios y dependientes bajo el cuidado de los primeros.

Alessandri, sin embargo, siguiendo a los autores franceses, señala que el delito o cuasidelito civil que origina la responsabilidad extracontractual, debe haberse cometido por el órgano a través del cual se manifiesta la voluntad de la persona jurídica, o sea la mayoría del directorio o la asamblea según el caso y además actuando en el ejercicio de sus funciones.

Se refuta lo anterior, señalándose que para contraer responsabilidad civil extracontractual no se requiere poseer capacidad para ejecutar o celebrar actos jurídicos considerando que dicha responsabilidad se origina por hechos jurídicos y no por actos jurídicos.