

Boletín

165° Aniversario del Código Civil de Chile

Desde Bello hasta
nuestros días



IUSTA
CAUSA
Centro de
Estudios Jurídicos



tirant
lo blanch
GRUPO EDITORIAL



Estimados Lectores:

Estamos orgullosos de presentar nuestro primer trabajo de investigación. El contexto bajo el cual se publica este boletín no fue al azar, hemos querido enmarcarlo dentro de una fecha clave para nuestro sistema jurídico, como lo es el Aniversario 165° de la promulgación del Código Civil chileno.

Antes que nada, corresponde agradecer a todos los profesores y profesoras que participaron en este trabajo; gracias al aporte de calidad que realizó cada uno, realizamos este humilde pero sincero homenaje a nuestro Código Civil. Dicho lo anterior, vayan nuestro agradecimientos a: Marcela Acuña San Martín (Universidad de Talca), Rommy Álvarez Escudero (Universidad de Valparaíso), Jaime Alcalde Silva (Pontificia Universidad Católica de Chile), Carlos Amunátegui Perelló (Pontificia Universidad Católica de Chile), Claudia Bahamondes Oyarún (Universidad Diego Portales), Francisca Barrientos Camus (Universidad Adolfo Ibáñez), Maricruz Gómez de la Torre Vargas (Universidad de Chile), Patricia López Díaz (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), Gonzalo Montory Barriga (Universidad Católica de la Santísima Concepción), Ruperto Pinochet Olave (Universidad de Talca), Lucia Rizik Mulet (Universidad Central) y Gonzalo Severín Fuster (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso).

El boletín se divide en tres secciones; en la primera sección se analizan los aspectos históricos del Código Civil y el contexto histórico de su génesis; la segunda ilustra la evolución dogmática, legislativa y jurisprudencial que han tenido algunas instituciones que regula nuestro Código y finaliza el boletín con una sección dedicada a los desafíos que debe enfrentar el estudio y ejercicio de nuestra normativa privada.

No podemos concluir, sin antes agradecer al grupo editorial Tirant Lo Blanch, por el espacio y confianza que nos brindaron desde el primer momento a este proyecto. Gracias al trabajo de edición que nos han brindado desde esta Institución es que este boletín ha podido llegar vuestras manos.

Venga entonces nuestros más sinceros agradecimientos a todos y todas quienes han colaborado en este proyecto.

CENTRO DE ESTUDIOS JURÍDICOS IUSTA CAUSA



LA REAL SIGNIFICACIÓN DE LA PROMULGACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL CHILENO EN EL PROCESO DE INDEPENDENCIA Y ESTABLECIMIENTO DE LA REPÚBLICA DE CHILE

Ruperto Pinochet Olave
Universidad de Talca.

Casi toda la comunidad nacional fija como hito definitivo de la independencia de Chile la batalla de Maipú, enfrentamiento que tuvo lugar el 5 de abril de 1818 en el sector Cerrillos del Maipo, al poniente de la ciudad de Santiago, donde las fuerzas patriotas del Ejército Unido Libertador de Chile –formado por las tropas rioplatenses (actual Argentina) y chilenas del Ejército de los Andes, más el Ejército de Chile– bajo el mando del general José de San Martín, acabaron por derrotar al Ejército Real del Imperio español dirigido por el general Mariano Osorio.

Con todo, en el plano político y jurídico la idea de independencia se traducía en otro concepto, un tanto más complejo: el de soberanía. Así, entendida esta última como la capacidad de autogobernarse dándose sus propias normas y la justificación del poder político, el 5 de abril de 1818, en realidad, nada se había culminado, pues la necesidad de reemplazar la soberanía del rey por la soberanía del pueblo a través de la propuesta democrática y revolucionaria, daba luces del reciente comienzo de un largo proceso de consolidación de la independencia y del establecimiento de la nueva República.

Ante la urgencia de reemplazar el ordenamiento jurídico monárquico español por uno nacional que contuviera las ideas republicanas y, específicamente, por la necesidad de contar con un Código civil, las ideas del incipiente fenómeno codificador marcado por la dictación del Código Civil Francés en el año 1804 fueron tempranamente acogidas en Chile. En palabras de Díez-Picazo “El Código era una utopía porque en él plasmaba la utopía revolucionaria: la idea de la ilimitada racionalidad y del progreso; la idea de un Derecho realizado por todos los ciudadanos”.

Así, desde inicios del siglo XIX se manifiesta en el mundo el denominado proceso de codificación, desembocando en la promulgación de los diversos Códigos civiles en Europa y en Latinoamérica, trayendo consigo un importante y deseado efecto: el fortalecimiento del concepto de nacionalidades. En efecto, tal como ha señalado Hinestrosa “(...) Los Estados, y más ampliamente los soberanos, han tendido siempre a establecer un derecho propio, aplicable a todos los súbditos que se encuentren en su territorio. Es más, la existencia de leyes nacionales generales ha sido símbolo de soberanía, y tal tendencia se observa en los Estados europeos a partir de fines del siglo XVIII y durante el siglo XIX, como también en las repúblicas latinoamericanas a raíz de su independencia de las metrópolis peninsulares. Esas leyes fueron concebidas y redactadas sistemáticamente, como unidades sectoriales, esto es, como códigos, y como “fruto maduro de la ciencia” y, en cuanto tales, llamadas a



perdurar”.

La importancia del fortalecimiento del concepto de nacionalidad se observa nítidamente en la América del siglo XIX, en todas aquellas naciones que, habiendo obtenido la independencia por las armas, aún seguían rigiéndose por la normativa de Indias –legislación que el Reino de España daba para las naciones americanas– de manera que su independencia normativa y cultural (la verdaderamente importante, en tanto esta informa en su esencia el concepto de soberanía) no se había producido.

Es por todas las razones antes expuestas que el 8 de Julio de 1831, bajo la influencia de Juan y Mariano Egaña, el entonces Vice Presidente de la República de Chile, Fernando Errázuriz Zañartu, dirigía al Congreso Nacional un oficio en que señalaba enérgicamente: “Probablemente no se hará verosímil en la posteridad que habiendo pasado de un régimen monárquico despótico y semifeudal a constituirnos en Repúblicas representativas con división de poderes y casi democráticas, hayamos conservado por veintiún años no solamente las leyes que rigen en Castilla sino también las coloniales, dirigiendo nuestras administraciones políticas, fiscales y civiles por unos códigos que reconcentran en el monarca toda la omnipotencia humana y que su gobierno y principales magistraturas existían a tres mil leguas de nuestro suelo”. Sin perjuicio de que Errázuriz equivocara el tiempo en que se mantuvo la aplicación de las leyes españolas en Chile –pues como se sabe, no fueron veintiún años los que pasaron sin contar con un Código Civil patrio, sino cuarenta y seis– su discurso acertadamente destacaba la importancia de la tarea que debía arremeterse y la celeridad con que debía realizarse.

Lo dicho anteriormente no puede considerarse como una afirmación de que en dicho período no se hubieran promulgado algunas leyes patrias antes de la entrada en vigor del Código civil, pues así lo ha puesto de manifiesto Guzmán al identificar variadas normas promulgadas en el derecho patrio ordenadas por materias civiles, en el derecho de personas y familia; en el derecho de bienes; en el derecho de sucesiones; y en el derecho de obligaciones, aunque debe tenerse en cuenta, como advierte el mismo autor que “Este conjunto de derecho patrio en ningún caso llegó a ser un sistema completo nuevo reemplazante del anterior: Por el contrario, él estaba constituido por leyes concernientes a puntos a veces muy concretos y referidas siempre a instituciones delimitadas, todas provenientes del antiguo derecho, pero no creadas ni configuradas por el nuevo. Y, de este modo, la base del derecho de Chile continuaba formada por el tradicional de la monarquía”.

La situación anterior se debía a que la normativa general de la monarquía no había sido sustituida por otra que poseyera también el carácter de general y supletoria. En tal sentido, Alessandri ha destacado que “La importancia del Derecho Civil deriva principalmente de la generalidad de su aplicación; sus normas llegan a suplir los derechos especiales, mediata o inmediatamente, cuando éstos carecen de preceptos adecuados sobre un asunto o materia propios de su competencia. Y, como se ha subrayado, este carácter supletorio erige al Derecho Civil en el representante de la unidad del Derecho Privado que, en su diverso fraccionamiento (derecho comercial, derecho de minas, derecho del trabajo, derecho in-



dustrial) adquiere cierta cohesión unitaria a través de aquél. La importancia del Derecho Civil también se revela en la técnica de sus principios, afinada durante siglos; ella informa o sirve de pauta a la de los derechos especiales”. La generalidad del Derecho Civil además supone que cuando no existe una norma especial que aplicar para resolver un asunto, debe recurrirse a sus principios también generales, forjados a través de la actividad judicial y doctrinaria por siglos, y si aún todo eso fuera insuficiente, deben interpretarse las leyes, según señala el artículo 24 de nuestro Código civil, del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural, conceptos que como se comprenderá, nunca faltarán a la hora de la resolución de un problema jurídico.

De conformidad a lo expuesto, el reemplazo del ordenamiento jurídico monárquico español en su totalidad, por derogación tácita u orgánica de la misma, sólo se produjo con la entrada en vigor de nuestro Código civil, el 1° de enero de 1857, fecha que –como se ha explicado– podría ser considerada la que, cultural y jurídicamente, dio inicio a la verdadera independencia nacional. Así, por lo menos, debería sentirlo cada persona vinculada al Derecho civil.

El Código Civil de Bello plasmó los ideales republicanos de soberanía popular, de igualdad y no discriminación, entre otros, en su artículo 55, al disponer que “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”, en tanto el artículo 57 no reconocía diferencias entre chilenos y extranjeros respecto a la adquisición y goce de los derechos civiles, en circunstancia de que cientos de países del mundo, incluidos entre ellos algunos de los que hoy se consideran los más desarrollados, conservaron la esclavitud por varias décadas más. Estas constituyen unas de las tantas virtudes en las que puede aquilatarse, aún más la importancia de la adopción de su famoso Código civil por la República de Chile.



BELLO, SUPER HUMERES GIGAS.

Carlos Amunátegui Perelló
Universidad Católica de Chile

El Código de Bello es una de las obras más influyentes de Latinoamérica. No sólo es Derecho vigente en cinco países, sino que en aquellos en que nunca estuvo en vigor, influyó decisivamente para la redacción de sus propios códigos y, en definitiva, en las características profundas de todos los sistemas jurídicos de la región. ¿Por qué un Código civil redactado en una pequeña región del fin del mundo tuvo un destino tan brillante?

La respuesta no es evidente, pues no se puede alegar la influencia geopolítica del país, en la época inexistente, ni el prestigio del autor, que despegó a partir de su obra, ni la calidad de la doctrina jurídica chilena, país donde en el siglo XIX casi no se habían impreso libros. La respuesta parece decir relación con el delicado equilibrio alcanzado entre conservación e innovación de este cuerpo legislado. El Código de Bello fue una obra monumental que logró dar un nuevo derecho a Latinoamérica sin perder su cordón umbilical con la tradición.

El Código logra verter vino antiguo en odres nuevas, tomando el modelo racionalista expresado en el Code Napoléon, pero en lugar de seguir servilmente el modelo revolucionario, puso en su interior un derecho tradicional tomado del *ius commune* romanista. Bello construyó un sistema original que combinó tendencias filosóficas de vanguardia, como el utilitarismo y el emergente pandectismo de Savigny, con una tradición plurisecular. Para tener una visión más acabada del problema, conviene tomarnos unos minutos para valorar el proceso de redacción de su articulado.

Siguiendo el dictum de Bernardo de Chartres, Bello va super humeres gigas, a hombros de gigantes en la meticulosa redacción de su Código. Es cierto que el mismo tiene un modelo general, que no es otro que el Code Napoléon, en el sentido que sigue su orden con bastante libertad, de manera que podemos adivinar las diversas materias que tratará según la posición que ocupen en tal cuerpo legal. Ahora bien, el Code sigue, en último término, un sistema más antiguo, el *gayan*-justiniano. Este orden era profundamente familiar para todos los abogados formados en las universidades coloniales, toda vez que en ellas se seguía un primer año de instituciones donde se trataban con mayor o menor profundidad justamente las Instituciones de Justiniano. De esta manera, se logra innovar, pero manteniendo un vínculo estrecho con el pasado.

En la redacción de las disposiciones concretas del Código, Bello generalmente buscaba un modelo sobre el cual trabajar. El modelo dará el orden y la estructura del título concreto que se pretende tratar, aunque no necesariamente el contenido material de las disposiciones que lo integran. Es una suerte de punto de partida de la redacción, aunque el destino de la misma puede ser muy distinto a aquél cuyo modelo adopta. Un ejemplo de ello lo encontramos en la reivindicatoria, cuyo orden viene directamente tomado del Tratado del Dominio de Pothier, incluso en la serie de curiosas preguntas que incluye en sus



párrafos, ¿qué cosas pueden reivindicarse? ¿quién puede reivindicar?, que suenan más a manual pedagógico que a Código civil. Este modelo puede ser muy variopinto, usualmente es Pothier, pero pueden ser oscuros textos del siglo XVII -como el de Johannes Gutiérrez, Tractatus novus de tutelis de 1650-, algún texto legislado -como el Código Austríaco de 1811-, o incluso obras recientísimas a su propia época, como los tratados de Troplong o el curso de Delvincourt. Encontrar dicho modelo es, posiblemente, el trabajo clave a la hora de determinar el origen de las disposiciones del Código y, a veces, se parece a un ejercicio de adivinanza.

En las disposiciones concretas que integran el Código, la fuente suele ser tradicional, romana directamente o tomada de las Siete Partidas las más de las veces. Al contrario de lo que piensan los profesores de Derecho civil, el Código no contiene casi nada original de Bello. No hay genialidades, no hay invenciones, sólo tradición. La civilística tradicional, al comparar el Código de Bello con el texto francés, erradamente pensó que aquello en que diferían era innovación salida de la mente de un legislador de dimensiones mesiánicas, donde tomar una ouíja para comunicarse con él parece la solución más apetecida a los dilemas de interpretación. La verdad es que su trabajo se parece más al de un relojero que cuidadosamente monta piezas antiguas para formar un aparato nuevo. Es un genio, efectivamente, pero de una naturaleza distinta, parecido a los hermanos Grimm. El Código fue un éxito porque hizo crecer en un texto exuberante en una tierra nueva, usando semillas pretéritas.



EL ARRENDAMIENTO DE CRIADOS DOMÉSTICOS

Gonzalo Severin Fuster
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

La abolición del sistema de encomiendas, en 1791, y de la esclavitud, en 1823, dejó a la naciente república de Chile desprovista de toda regulación sobre el trabajo doméstico, la que quedó entregada completamente a las costumbres sociales y a los acuerdos privados. Y si bien hubo algún intento de reglamentación –Mariano Egaña, durante su último período senatorial, presentó un proyecto de ley para regular algunos aspectos del servicio doméstico– este vacío recién fue colmado por el Código civil de Bello.

Nuestro Código Civil contiene varias reglas –todas formalmente vigentes– que presuponen la existencia de una relación entre un “criado” o “sirviente” y su “amo”. Así, el artículo 73 CC (para establecer el domicilio del criado); el artículo 815 CC (que incluye a los sirvientes en la noción de familia a la que se atiende para determinar el alcance del derecho de uso y habitación); los artículos 2015 y 2018 CC (que establecen responsabilidad del acarreador y del que contrató el transporte, respectivamente, por el hecho de sus sirvientes); el artículo 2322 CC (que hace responsable al amo por el delito o cuasidelito de sus criados o sirvientes); y el artículo 2243 CC (que establece responsabilidad del posadero por el hurto o robo cometido por sus sirvientes).

Todas esas reglas presuponen, como se ha dicho, una relación entre amo y criado, relación que el Código Civil chileno reguló en el párrafo 7 del título XXVII del Libro IV (“Del arrendamiento de criados domésticos”). Para el Código civil, el contrato de criados domésticos es un tipo de arrendamiento, tal como ocurre con otros servicios [“los contratos para la confección de obra material” (art. 1996 y ss.), “el arrendamiento de servicios inmateriales” (art. 2006 y ss.) y el “arrendamiento de transporte” (art. 2013 y ss.)].

¿Qué es lo que explica esta aproximación adoptada por el Código Civil? En síntesis, ella obedece a la conservación de un modelo jurídico de raigambre romana, el de la *locatio conductio*, contrato bajo el cual quedaban comprendidas una serie de finalidades económicas que, al menos hoy, consideramos muy diversas: la *locatio conductio* engloba tanto la cesión temporal del uso de la cosa a cambio de dinero, como la prestación de ciertos servicios remunerados. Aunque su origen es debatido, en la doctrina romanista se ha sugerido que esa unidad conceptual, que permitió bajo un mismo contrato (*locatio conductio*) dar cabida también a la confección de obras y a la prestación de servicios en general, puede explicarse como el resultado de una proyección evolutiva, a partir de una figura inicial, que la cesión temporal de una cosa material con una finalidad precisa: usarla (*locatio conductio rei*), que se extiende a otras finalidades [como transformarla, transportarla, limpiarla, etc.



(locatio conductio operis)] y a otras cosas: la cesión de un esclavo (que es una cosa), y desde ahí, se extiende luego al trabajo del liberto y luego también al del hombre libre (que se cede a sí mismo, su esfuerzo o el producto de su trabajo en forma temporal; locatio conductio operarum). La aproximación unitaria del arrendamiento subsistió por siglos y estaba presente en las dos fuentes más importantes del Código Civil en esta materia: había sido recogida por el Code francés de 1804 y también estaba presente en Las Siete Partidas que era, por lo demás, Derecho vigente en Chile.

La consideración de esta perspectiva histórica permite sugerir que la crítica que a veces se dirige a la denominación del párrafo, de ser especialmente ignominiosa o vejatoria –el criado doméstico aparecería como “objeto” del contrato, y no como “sujeto”– no es especialmente atendible. De hecho, esa crítica puede disolverse mediante un simple recurso gramatical, pues bien puede entenderse que el arrendamiento de criados domésticos es el arrendamiento que celebran los criados domésticos. Por lo demás, el artículo que abría el párrafo, el artículo 1987 del Código Civil, dejaba en claro que el criado era una parte del contrato (“En el arrendamiento de criados domésticos una de las partes promete prestar a la otra, mediante un salario, cierto servicio, determinado por el contrato o por la costumbre del país”), por tanto, es evidentemente sujeto y no objeto.

Es posible afirmar, por tanto, que, desde el punto de vista de la estructura de la regulación, Bello no innovó, pues simplemente conservó (tal como ocurre en el Code y Las Partidas) la aproximación romana, que consideraba toda contratación de servicios, en cuanto prestación remunerada, como una forma de arrendamiento; incluyendo los servicios personales. De hecho, en el proceso de codificación civil chileno no hay ningún antecedente que permita sugerir, siquiera, que se haya considerado abordar las relaciones amo-criado desde otra perspectiva (v. gr.: normas de policía sobre el orden de las familias, o normas relativas al estado de las personas), como sí ocurrió, por ejemplo, en Colombia o en España (si bien ambos países igualmente terminaron por regular las relaciones amo-criado como formas de arrendamiento, siguiendo el modelo tradicional romano).

Por otro lado, no ha de perderse de vista que esa aproximación adoptada, consistente en tratar estas relaciones bajo una lógica contractual, esto es, entre partes que se consideran jurídicamente iguales, está igualmente en sintonía con el liberalismo chileno del siglo XIX. De hecho, el propio Bello, en un texto sobre locación de servicios, publicado póstumamente y recogido en sus Obras Completas, entiende –sin negar que es posible admitir que existen servicios socialmente considerados más honorables que otros–, que, desde el punto de vista de la naturaleza del servicio, no ha de distinguirse sustancialmente entre los que presta un abogado y los de un criado.

Obviamente, ello no quiere decir que los criados fueran socialmente considerados iguales a los amos. Es más, ni siquiera es posible predicar una igualdad jurídica entre ellos, pues, si bien la Constitución de 1833 predicaba “La igualdad ante la ley”, agregando que “En Chile no hay clase privilegiada” (art. 12 Constitución de 1833), el mismo texto establecía que los criados domésticos no eran “ciudadanos activos con derecho a sufragio”. Y la regulación del Código civil reconocía precisamente esas diferencias de clases sociales.



Con todo, y teniendo en consideración lo que hasta aquí se ha dicho, no parece, pues, que pueda criticarse excesivamente que no se usen las expresiones “arrendador” y “arrendatario”, y en cambio, se conserven las expresiones tradicionales de “amo” y “criado” para designar a las partes del contrato. Bello recogió las denominaciones usuales de la época y, sin perjuicio de la carga social que tales expresiones pudieran conllevar, es claro que el Código Civil, con la expresión “amo”, no pretendía indicar que la persona a quien se prestaran los servicios tuviera una suerte de derecho de propiedad sobre el sirviente. En efecto, si recurrimos, por ejemplo, al Diccionario de la Real Academia Española del año 1852, del que Bello disponía, podemos apreciar que “amo” es, simplemente “cabeza o señor de la casa o familia. Paterfamilias”; “sirviente” es “el o la que sirve”; “servidor” se define como “el que sirve como criado”; y “criado”, se define, primero, “como el que ha recibido de otro la primera crianza, alimento y educación”, y en otra acepción, “el que sirve por su salario”. Por último, hay que tener en cuenta que en la lengua castellana la voz “criado”, aplicada al sirviente, da cuenta de cómo, tradicionalmente, se había generado esa relación entre el servidor y el señor de casa: muchos sirvientes domésticos habían llegado a serlo, porque, siendo niños, habían sido entregados para ser “criados” (participio del verbo criar) por otra familia. En Chile, durante la colonia, y aún después de la Independencia, fue esa también una forma usual –si bien no la única– de reclutamiento de los sirvientes domésticos, situación que recién comenzó a cambiar en la segunda mitad del siglo XIX.

En síntesis, y como se puede apreciar, la aproximación del Código civil de Bello al trabajo doméstico es resultado de una combinación que puede parecer algo curiosa. Por un lado, tenemos una estructura formal de regulación que es de raigambre romana (la consideración legal de la contratación de servicios remunerados, y entre ellos los domésticos, como una forma de arrendamiento). Y, por otro lado, tenemos un contenido normativo que es reflejo a un mismo tiempo -y con no poca tensión- de la filosofía liberal del siglo XIX (que presupone libertad e igualdad formal de las partes) y de la perduración de la sociedad heril colonial. Así, si bien en el contrato de criados domésticos ambas partes entran libremente al contrato, la relación a la que el contrato da origen pone al criado doméstico (el sirviente) en una relación de clara subordinación respecto del amo (señor de la casa), a quien no sólo debe los servicios pactados (o en su caso, los determinados por la costumbre), sino que también “obediencia”, “respeto” y “lealtad”.

Para terminar. La regulación del arrendamiento de criados domésticos del Código civil fue la única regulación del trabajo doméstico hasta la entrada en vigor del primer Código del Trabajo, de 1931, que se situaba temporal y filosóficamente en otro lugar. En efecto, la aproximación del entonces “nuevo” Derecho laboral es respuesta a las demandas sociales de la segunda mitad del siglo XIX y, muy especialmente, de comienzos del siglo XX. Y, por ello, se libera de las formas contractuales tradicionales dando origen a un contrato sui generis (el “contrato de trabajo”), y lo hace asumiendo la desigualdad de las partes, precisamente para proteger a la más débil: el trabajador. Con todo, muchas de las características tradicionalmente atribuidas a la relación amo-criado seguirían marcando la regulación de los entonces denominados “empleados domésticos”. Pero, eso ya es harina de otro costal.



SOBRE EL MENSAJE DEL CÓDIGO CIVIL Y EL DERECHO DE FAMILIA

Marcela Acuña San Martín
Universidad de Talca.

En esta breve aportación en atención al 165º aniversario del Código civil chileno, quiero recordar y homenajear algunas de las principales expresiones de don Andrés Bello en el mensaje que acompañó el proyecto de Código Civil el 22 de noviembre de 1855, para lo cual me serviré, casi como excusa, de ciertas instituciones de Derecho de Familia.

La elección no ha sido azarosa, muy por el contrario, obedece deliberadamente a la lógica que guió a Bello en su cruzada codificadora: Por completo y perfecto que se suponga un cuerpo de legislación, la mudanza de costumbres, el progreso mismo de la civilización, las vicisitudes políticas, la inmigración de ideas nuevas, precursora de nuevas instituciones, los descubrimientos científicos y sus aplicaciones a las artes y a la vida práctica, los abusos que introduce la mala fe, fecunda en arbitrios para eludir las precauciones legales, provocan sin cesar providencias, que se acumulan a las anteriores, interpretándolas, adicionándolas, modificándolas, derogándolas, hasta que por fin se hace necesario refundir esta masa confusa de elementos diversos, incoherentes y contradictorios, dándoles consistencia y armonía y poniéndoles en relación con las formas vivientes del orden social. Palabras que se encarnan vivamente en la evolución del Derecho de Familia.

La mudanza de costumbres, la inmigración de nuevas ideas, los descubrimientos científicos, entre otros, explican en gran parte la evolución de un sinnúmero de instituciones familiares reguladas originalmente por el Código civil y que hoy o no existen o se encuentran completamente rediseñadas. Lo que Bello advertía es que el derecho mismo es evolución, es movimiento, es adecuación; y que su parámetro es el orden social; quizá por ello no definió familia. El orden social nacional actual ha mudado, no es el mismo del tiempo de la codificación. Nuevas realidades sociales en el ámbito familiar (en la formación y conformación de familias y en las relaciones de pareja) y nuevos principios a la luz de un derecho internacional de los derechos humanos, han modificado el modelo familiar protegido por el código de 1855; en especial, los últimos 35 años han sido en este ámbito de una turbulencia inusitada generando un nuevo marco legal.

La doctrina coincide en concluir que el derecho de familia (y habría que agregar que el derecho sucesorio en gran medida por vía de consecuencia) es la rama del derecho civil más profundamente transformada. Así por ejemplo en materias filiativas, el código de Bello estructuró las relaciones paterno-filiales con fuerte sentido patriarcal, autoritario y de



subordinación de los miembros de la familia respecto del padre, en torno a la legitimidad que solo era otorgada por el matrimonio. El padre podía corregir y castigar a sus hijos y cuando ello no alcanzare, podía imponerles la pena de detención hasta por un mes en un establecimiento correccional. El padre, y solo en su defecto la madre, podía elegir el estado o profesión futura del hijo; al padre correspondía exclusivamente la patria potestad del hijo legítimo y, en cuanto al cuidado personal, era fácil entender que los hijos estuvieran especialmente sometidos al padre, aunque el legislador contemplaba situaciones en que el cuidado se confiaba a la madre. De todo ello no quedan rastros en la actualidad.

El Código y sus normas familiares respondían bien a las circunstancias particulares de su época. Bello se esmeró por ofrecer un cuerpo normativo completo y armónico teniendo en vista la realidad reguladora castellana y la concepción del matrimonio del Código napoleónico y apartándose de ellas cuando resultaba necesario para buscar mejores respuestas en códigos como el austriaco, en ciertas materias, o en la reformulación del derecho entonces vigente. Esa forma de trabajo y disciplina, descrita en el mensaje (“no nos hallábamos en el caso de copiar a la letra ninguno de los códigos modernos. Era menester servirse de ellos sin perder de vista las circunstancias peculiares de nuestro país”) se fue perdiendo paulatinamente en las reformas al Derecho de Familia dando paso a nuestra legislación actual, contenida en textos que -además de carentes de originalidad- se encuentran dispersos y fragmentados. La falta de originalidad en la búsqueda de soluciones conforme a las circunstancias peculiares de nuestro país queda de manifiesto en varias de las normas introducidas en el año 2013 a las relaciones paterno-filiales por la Ley 20.680, que siguen casi a la letra reformas previas, entre otras, de la legislación catalana. La fragmentación reguladora bien puede ser ejemplificada con la situación del matrimonio, cuyas reglas de formación y término se encuentran en la Ley 19.947 de 2005; los efectos personales y algunos patrimoniales en el Libro Primero del Código civil a continuación de las reglas sobre segundas nupcias; y, en el Libro Cuarto, a medio camino entre la regulación de la prueba de las obligaciones y la compraventa, se regulan las capitulaciones matrimoniales, los pactos de mutación de régimen económico, la sociedad conyugal y el régimen de participación en los gananciales.

Sorprende observar la inexistencia de una idea unificadora de la legislación familiar actual. Mientras, por un lado, se debilitan ciertas instituciones tradicionales como el matrimonio (así se ha sostenido por ejemplo a propósito de la introducción del divorcio vincular en 2005, llegando a hablarse incluso de crisis) y otras se modifican repetidamente en corto tiempo, como las reglas de cuidado personal; por otro lado, se extienden las obligaciones familiares hacia personas que antes no eran objeto de protección (los hijos habidos fuera del matrimonio por la ley 19.585 de 1998; el conviviente, el adulto mayor o la persona en situación de discapacidad, en orden a la violencia intrafamiliar por la Ley 20.066 de 2007 y sus modificaciones; la pareja de igual sexo, por la Ley 20.830 de 2015, entre algunas de las más evidentes). Podríamos sostener que, al mismo tiempo que ciertos ámbitos se debilitan, otros se han revitalizado.

Un factor aglutinante en esta extensión de las obligaciones familiares puede hallarse en



los derechos fundamentales contenidos en tratados internacionales suscritos por nuestro país, que reflejan un orden mundial muy distinto al existente en la época codificadora; destacando sobremanera la influencia de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). La facultad de corrección de los hijos es una de las instituciones familiares que ha sufrido una importante y positiva evolución en adecuación de la normativa interna al cumplimiento de los compromisos asumidos con la suscripción de la CDN, razón por la cual me voy a servir de ella; aunque sus primeras modificaciones fueron muy anteriores a tal Convención. Originalmente el padre (solo él y no la madre) tenía el poder de mandar detener a su hijo con el auxilio de la justicia, es decir, un verdadero poder penal para dar lugar al arresto del hijo; en el año 1928 la Ley 4.447 dio nueva redacción a la norma en forma coincidente con la creación de los tribunales de menores, otorgándoles a estos la facultad de decidir sobre la vida futura de los hijos y eliminando el poder del padre de mandarlo detener; la Ley 18.802 de 1989 otorgó también a la madre la titularidad de la facultad de corrección y eliminó de paso la posibilidad de enviar a los hijos a un establecimiento correccional. Pese a estas reformas, se seguía incluyendo, juntamente con la corrección, el castigo moderado sin excluir expresamente la violencia física. Recién la Ley 19.585 de octubre de 1998 eliminó la alusión al castigo y trasladó la regulación del tema al art. 234, con una nueva redacción que consagraba una facultad de corrección limitada. La norma fue un avance al establecer límites a la actuación de los padres, sobre todo considerando que una mirada armónica de la reforma de 1998 da cuenta de que toda la actuación de los padres debe serlo en beneficio de los hijos conforme al criterio rector sentado en el art. 222 en concordancia con la CDN. Pese a ello, la ambigüedad de los términos del nuevo art. 234, por ejemplo, en cuanto a la dificultad de definir el contenido del “menoscabo” y por tanto determinar cuándo se menoscaba la salud o el desarrollo personal de un hijo, generaba una tolerancia jurídica del maltrato. La evolución culminó en el año 2008 cuando el art. 3º de la Ley 20.286 modificó el inciso primero y segundo del art. 234 CC y le dió su actual fisonomía. Este breve recuento en torno a la facultad de corrección permite ilustrar bien el sentido de permanencia por más de un siglo (hasta 1998, pues antes las modificaciones no habían sido esenciales) de la obra de un hombre.

La labor de don Andrés Bello fue colosal y digna de admiración, que duda cabe; su prosa quedó como evidencia de su carácter de literato y poeta; y los ejemplos y colorarios que acompañan las reglas abstractas y que prefirió no omitir porque Los ejemplos ponen a la vista el verdadero sentido y espíritu de una ley en sus aplicaciones; los colorarios demuestran lo que está encerrado en ella, y que a ojos menos perspicaces pudiera escaparse, son elementos valiosos que aclaran y facilitan la interpretación no solo de magistrados y jurisconsultos, sino también -durante mas de un siglo- de estudiantes en las escuelas de Derecho del país facilitando la labor docente. No obstante, con la sencillez que caracteriza a un verdadero maestro, Bello no presumió de su trabajo, mas bien reconoció que no era perfecto: Yo no presumo ofrecer bajo estos respectos una obra perfecta; ninguna tal ha salido hasta ahora de las manos del hombre.

A las generaciones presentes y futuras toca reconocer su obra, e intentando mantener el rigor, perfección, estilo, elegancia, armonía y completitud, ponerla en relación con las formas vivientes del orden social actual, como reza el mensaje.



LA FAMILIA Y LAS RELACIONES FAMILIARES EN EL CÓDIGO DE BELLO

Maricruz Gómez de la Torre Vargas
Universidad de Chile.

En este artículo analizaré la evolución de lo que entendió por familia y las relaciones jurídicas de sus integrantes el Código Civil de Bello, para finalizar con la situación actual. De partida, podemos señalar que el Código de 1855 no dispuso de un libro para regular exclusivamente a la familia. Su regulación se encuentra dentro del Libro I “De las personas” junto a otras materias.

En su origen, los principios informadores del Código Civil chileno (CC) eran: matrimonio religioso, sistema jerarquizado de relaciones entre los cónyuges, incapacidad relativa de la mujer casada, inmutabilidad del régimen de bienes, potestad exclusiva del padre (con poderes absolutos) y un sistema discriminatorio de derechos para los hijos que nacen fuera del matrimonio.

Con respecto al primero de estos principios, el CC incorporó la doctrina canónica en materia de matrimonio y familia (que ya estaba reconocida en la vieja legislación española),¹ homologando así ambos términos. En otras palabras, la única familia que se protegía era la constituida por el matrimonio. De ahí que, para Pedro Lira, “el matrimonio, a los ojos de los chilenos de ese tiempo era, y con justicia, la piedra angular del edificio social y había que defenderlo y protegerlo en sí y en todas sus consecuencias”.² A partir de esa base y de manera casi explícita, el matrimonio era un sacramento: “el matrimonio que es válido a los ojos de la Iglesia, lo es también ante la ley civil”, señala el Mensaje del Código.

Desde esa lógica, el mismo Mensaje proclama que, en materia de matrimonio, corresponde a la autoridad eclesiástica el derecho de decisión sobre su validez, reconociéndose como impedimentos para contraerlo los que han sido declarados por la Iglesia Católica. La misma autoridad eclesiástica estaba encargada de verificar el cumplimiento de las solemnidades del matrimonio, que eran las mismas de la Iglesia (art.117). Igualmente, la disolución pronunciada por la autoridad eclesiástica también tenía efecto civil y los matrimonios entre personas no católicas eran celebrados por un sacerdote ejerciendo como autoridad civil.

De esta manera, el Código establecía un sistema de organización patriarcal y jerarquizado en las relaciones de familia. La autoridad radicaba en el marido como jefe con amplios poderes respecto de la mujer y los hijos. Esta subordinación se explicaba porque la mujer era relativamente incapaz y estaba sometida a la potestad marital.

Los juristas españoles Díez-Picazo y Gullón definen a la familia patriarcal y jerárquica como aquella en que el jefe de la familia segrega su propio Derecho, el que se crea por la vía de las órdenes o de los mandatos. El jefe es, asimismo, el juez que juzga y sanciona los hechos que ocurren dentro del ámbito familiar, entre sus miembros, y que no deben trascender. Esta familia opera en un ámbito privado, en el sentido de que en ella están ausentes el Derecho exterior o público y se considera como un error el sometimiento de sus problemas a los órganos jurisdiccionales del Estado.³

Por lo señalado, el CC “es tributario de una concepción que considera al hombre superior y por

* Abogada. Doctora en Derecho por la Universidad Complutense. Profesora Titular de Derecho Civil del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago de Chile.

¹ LIRA URQUIETA, Pedro. El Código Civil Chileno y su época, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1956 p.65.

² *Ibíd.*

³ DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, 9ª ed., vol. IV, Madrid, Tecnos, p.33.

consiguiente es el jefe, el que decide, el dueño de la mujer”.⁴ Se considera que la mujer es un ser naturalmente débil y debe apoyarse en la autoridad del marido, por lo que este le debe protección y ella le debe obediencia. Asimismo, el marido es el proveedor de la familia y quién fija la residencia. La mujer debe seguirlo a donde él vaya. Por su parte, el régimen de bienes estaba regulado en el Libro IV. La sociedad conyugal era el régimen de bienes exclusivo y legal del matrimonio, aunque se admitía la separación parcial de bienes en determinados casos y la separación total cuando era dictaminada por una sentencia judicial.

El marido como jefe de la sociedad conyugal, representaba a su mujer y administraba con amplios poderes la sociedad conyugal. No se permitía ninguna injerencia de la mujer en la administración de sus bienes propios ni en los sociales. Como una forma de protección a la familia, el CC establecía una regulación discriminatoria para los hijos que nacían fuera del matrimonio. Los hijos se dividían en legítimos e ilegítimos y estos, a su vez, en naturales —situados en un lugar más favorable que los restantes—, simplemente ilegítimos y de dañado ayuntamiento. Formaban esta última categoría los adulterinos, sacrílegos e incestuosos. A los hijos ilegítimos y de dañado ayuntamiento se les otorgaba el derecho de solicitar alimentos a su padre, pero solo se admitía como prueba la citación a confesar del padre. El reconocimiento del hijo dependía únicamente de la buena voluntad del padre: era un “acto de gracia”.

Como señala Bello en el Mensaje del CC, esta es una “condición dura”, considerada por la experiencia de todos los países, sin exceptuar el nuestro. La justificaba agregando que “más severos han sido todavía el Código francés y otros modernos, pues han prohibido absolutamente la indagación de la paternidad”. En derecho sucesorio, la suerte de los hijos naturales y de los ilegítimos quedaba ligada a la obligación alimenticia y en el resto, a la buena voluntad del testador.⁵ Si la sucesión era intestada y no había hijos legítimos, podían heredar los hijos naturales. Tal menoscabo de la filiación ilegítima se justificaba con la finalidad de incentivar a las personas a contraer matrimonio y como una forma de protección a la institución.

Cabe agregar que Bello separó la patria potestad de la autoridad paterna. El padre legítimo tenía, por el solo ministerio de la ley, la patria potestad sobre los hijos no emancipados y en virtud de ella gozaba del usufructo de todos los bienes del hijo, administraba sus bienes y tenía la representación legal de este. Ni a falta de padre la madre gozaba de los derechos de patria potestad. Los hijos alcanzaban la mayoría de edad a los 25 años y el padre tenía la autoridad paterna sobre ellos hasta ese límite. Los hijos le debían respeto y obediencia, y en caso de desobediencia continua, el padre los podía recluir por un mes en un establecimiento correccional (art. 233).

Ante una separación del matrimonio se otorgaba a la madre el cuidado de los hijos menores de cinco años e hijas de toda edad, y al padre, el cuidado de los hijos mayores de cinco años. Según esta separación con base en el género, los hermanos no se criaban juntos y, en cierta medida, los lazos fraternales disminuían, provocando muchas veces distanciamientos entre hijos, hermanas y madres.

Haciendo una síntesis de lo que fue el CC de Bello, Pedro Lira señala que “el concepto tradicional y cristiano de la familia fue rigurosamente respetado por el Código Civil (...) el principio de

4 VELOSO VALENZUELA, Paulina. “Nuevos principios del Derecho de Familia en función, principalmente, de la normativa internacional que emana de los Tratados de Derechos Humanos”, Revista de Derecho de la U. Católica de Valparaíso, XIX, 1998, p.37.

5 LIRA URQUIETA, Pedro. “El Código Civil y su época”, en Doctrina civil chilena en el bicentenario, VII Jornadas de Derecho Civil, Olmué, 5-7 de agosto 2010, publicado por el Departamento de Derecho Privado Facultad de Derecho Universidad de Chile, p.150.

autoridad fue asimismo mantenido y vigorizado; y los preceptos que los consagraron estuvieron en consonancia con las ideas y con las costumbres que imperaban a la sazón”.⁶ Obviamente, los principios y reglas que regulaban la familia en el Código correspondían a los valores imperantes en el siglo XIX, cuando a la mujer no se la veía como igual al marido, era discriminada y se la consideraba como una persona débil que necesitaba protección. ¿Qué ha ocurrido desde la dictación del Código hasta nuestros días?

Durante un siglo no hubo cambios significativos, salvo la ley de 1884 que estableció el matrimonio civil indisoluble, despojando a la Iglesia Católica del conocimiento y decisión de las cuestiones matrimoniales. El matrimonio civil pasó a ser la única forma válida de celebrar un matrimonio.⁷ Ese mismo año se creó el Registro Civil, con lo que se puso término a la intervención de los párrocos como ministros de fe. Estos registraban en libros parroquiales los hechos constitutivos del estado civil de las personas.

Posteriormente, se introduce “el patrimonio reservado de la mujer casada” que modificó las disposiciones relativas a la capacidad legal de la mujer. Se le reconoció plena capacidad para recibir directamente y administrar su sueldo, por trabajos realizados separadamente de su marido.⁸ También se suprimieron los hijos de dañado ayuntamiento, los que pudieron ser reconocidos y legitimados por posterior matrimonio de sus padres y se admitió por primera vez la investigación de la paternidad y maternidad ilegítima. Además, se permitió a los hijos simplemente ilegítimos fundamentar su petición de alimentos en otras pruebas, distintas a la de confesión del padre.⁹

Por su parte, la ley 10.271 mejoró significativamente la condición de los hijos naturales, aunque cuidándose de no otorgarles un status familiae,¹⁰ y amplió los derechos de estos hijos en materia sucesoria. La misma ley realizó significativas reformas en el régimen de sociedad conyugal, introduciendo limitaciones a las facultades del marido en la administración de la sociedad conyugal.¹¹

Por su parte, la ley 18.802 también introdujo importantes cambios. Derogó la potestad marital y la mujer casada bajo sociedad conyugal pasó a ser absolutamente capaz. No obstante, es una capacidad vacía, pues bajo tal régimen, la mujer casada no puede administrar sus bienes propios y durante la vigencia de la sociedad conyugal no tiene ningún derecho sobre los bienes sociales. Hubo una especie de contrapeso, en cuanto aumentaron las limitaciones del marido respecto a la administración de la sociedad conyugal, pero él continúa siendo el jefe de esta, quién administra los bienes sociales y los bienes propios de la mujer. Además, se modificaron los efectos personales del matrimonio: se admitió, tíbicamente, el principio de igualdad entre los cónyuges, pero se mantuvo el delito de adulterio para la mujer y de amancebamiento para el marido.¹²

Dado que, como dice el aforismo, “los hechos preceden al Derecho”, el tiempo fue imponiendo y normalizando cambios de mentalidad. Los criterios jerárquicos comenzaron a ser reemplazados por criterios igualitarios y asociativos.

Así fue como a partir al regreso a la democracia, comenzaron a formalizarse profundos cambios en materia de familia. Se impuso una nueva filosofía jurídica, con fundamento en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Estado

6 LIRA URQUIETA, Pedro. “El Código Civil y su época”..., ob.cit., p.151. 7 Ley de Matrimonio Civil, 10.01.1884. 8 Ley N° 5.521, 19.12.1934. 9 Ley N° 5.750, 02.12.1935. 10 GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. Sistema Filiativo. Filiación biológica, Valencia-España, Tirant lo blanch, 2017, p.34. 11 Ley N° 10.271, 02.04.1952. 12 Ley N°18.802, 09.06.1989.



chileno (art.5°, inc.2° Constitución). Estos cambios incidieron en las principales reformas al CC introducidas en el Libro I “De las personas”. Sin embargo, también hubo modificaciones trascendentales en leyes especiales como: la ley de matrimonio civil (LMC), que derogó la anterior e introdujo el divorcio con disolución de vínculo; la ley sobre adopción de menores; la ley sobre violencia familiar; y la ley que crea el Acuerdo de Unión Civil.¹³

De este modo, podemos decir que los modelos familiares cambiaron y que hoy no solo el matrimonio constituye familia. Es cierto que el CC no define lo que se entiende por familia, pero la LMC en su art.1° dispone que “es el núcleo fundamental de la sociedad” y que “el matrimonio es la base principal de la familia”. Así, actualmente se considera al matrimonio como la base principal de la familia, pero no la única. Esto implica reconocer también a otros tipos de familia como objetos de protección del Estado. Entre ellas, la convivencia civil hetero y homosexual, las uniones de hecho, la familia monoparental y las ensambladas. A su vez, la ley 20.830, creó el Acuerdo de Unión Civil (AUC) que reconoce, protege y otorga a los convivientes hetero y homosexuales casi los mismos derechos que a los cónyuges. La ley define al AUC como un contrato celebrado entre dos personas que comparten un hogar con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, de carácter estable y permanente (art.1°). No exige heterosexualidad y confiere el estado civil de conviviente civil y equiparado al de cónyuge respecto a diversos efectos jurídicos.

Por su parte, la ley 19.535, derogó la regulación sobre filiación en el CC, provocando un cambio total en la normativa. Esta se aleja definitivamente del sistema establecido en el CC de Bello, pues separa matrimonio de filiación.

La nueva filosofía que inspira el sistema pone fin al trato discriminatorio entre los hijos. Hoy día, todos los hijos de filiación determinada tienen iguales derechos. En cuanto a la determinación de la filiación, se establece la verdad biológica frente a la verdad formal anterior, haciendo prevalecer el derecho de identidad del hijo/a. La regulación está informada por tres principios: el de igualdad, el del interés superior del niño y el de libre investigación de la paternidad y maternidad, mediante el cual se concretiza el derecho a la identidad. Para investigar la paternidad y maternidad, se permite recurrir a toda clase de pruebas, especialmente la del ADN y la negativa injustificada a someterse a la prueba por dos veces, da lugar a la presunción de paternidad.

Por último, la ley 20.680 incorpora la corresponsabilidad de los padres en el cuidado personal de los hijos. Establece que, cuando los padres se separen, corresponde a ellos la decisión de con quién se queden los hijos, sea con la madre, el padre o bien de manera compartida mediante el cuidado personal compartido, figura incorporada por esta misma ley. A falta de acuerdo, los hijos permanecerán con el padre con quien viven, reservando la ley la posibilidad de mutar esta situación si el otro padre lo solicita al tribunal de familia. En la adjudicación del cuidado personal siempre debe velarse por lo que sea más conveniente para el hijo/a, es decir, por su interés superior.

En conclusión, los principios que informaron al CC han sido reemplazados por los de igualdad, autonomía y protección al más débil. La visión del Código de Bello, “unívoca y normativa”, ha sido sustituida por una regulación que permite abrir espacios para diferentes proyectos de vida y convicciones morales, sin establecer un modelo de relaciones de familia.¹⁴

13 Ley N°19.335, 23.09.1994; Ley N°19.585, 26.10.199; Ley N°19.947, 17.05.2004; Ley N°19.968, 30.08.2004; Ley N°20.030, 05.07.2005; Ley N°20.680, 21.06.2013; Ley N°20.830, 21.04.2015.

14 TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. “Del Derecho de Familia Hacia un Derecho de las Familias”, en Estudios de Derecho Civil III. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Valparaíso, Abeledo-Perrot, 2008.



LA FILIACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO. BREVES NOTAS SOBRE SU EVOLUCIÓN Y DESAFÍOS PENDIENTES

Rommy Alvarez Escudero
Universidad de Valparaíso.

Así como la sociedad ha evolucionado haciéndonos partícipes y espectadores de sus progresos en las más diversas áreas, su estructura mas esencial, la familia, también lo ha hecho. En lo que a ésta última se refiere, desde mediados del siglo pasado, producto de variados factores, hemos venido constatando esta transformación, la que en el mundo del Derecho ha trascendido en un cambio de paradigma respecto su noción jurídica, desde esta concepción contemporánea, centrada en el respeto y satisfacción de los derechos de la personalidad de sus miembros y en el reconocimiento de sus variadas formas, la que ha visto su proyección en las instituciones que constituyen las relaciones familiares, tanto en el plano que podríamos denominar horizontal, como en el matrimonio o, en el acuerdo de unión civil en la legislación nacional; como en el de los vínculos paterno y materno filiales. Tópicos que han debido adecuarse a principios y valores constitucionales y de derechos humanos, contenidos en los Tratados Internacionales que, ratificados por los Estados, los han comprometido a armonizar sus ordenamientos jurídicos. En este contexto, las máximas de igualdad, no discriminación e interés superior del hijo o hija, de la mano de los reconocimientos contenidos en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, han propiciado en los últimos años el surgimiento o la adaptación de normativa especial; y, una pluralidad de modificaciones operadas en el Código Civil chileno, entre las que podemos mencionar aquellas introducidas por la Ley N°19.585, de 26 de octubre de 1998; la Ley N° 20.680, de 21 de junio de 2013; la Ley N° 20.830, de 21 de abril de 2015; y, más recientemente, la Ley N° 21.264, de 11 de septiembre de 2020.

La Ley N° 19.585 antes mencionada, que modificó el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación, significó un hito en nuestro sistema jurídico, instaurando el principio de igualdad de todos los hijos que incorpora en el Art. 33, superando con ello, en principio, la discriminatoria tipología entre los hijos/as, hasta ese momento presente en el código de Bello, posicionando al hijo o hija, su interés superior y la satisfacción de sus derechos esenciales como centro y guía de la relación parental concretada en el actual Art. 222. Igualdad que trasunta en que determinada jurídicamente la filiación, sea por asignación legal; por aplicación de presunciones; por el acto voluntario -mas no potestativo- del reconocimiento; o, por el ejercicio de una acción de filiación, surte ésta sus efectos, con independencia de su fuente biológica; legal, en la adopción; o voluntaria, en el caso de la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida. Manteniendo sí una diferenciación radicada en el status matrimonial de los padres, distinguiendo entre filiación matrimonial y no matrimonial. La reforma al Código Civil chileno que hemos venido comentando, se suma a otras modificaciones legales anteriormente experimentadas en la materia, a las que resulta preciso referirnos, tanto para destacar la trascendencia de la ley dictada en el año 1998, como para divisar la evolución del panorama legal y plantearnos frente a nuevas proyecciones.



En su versión original el Código Civil chileno establecía la distinción entre los hijos en los artículos 35 a 39 del Título Preliminar, diferenciando entre hijos legítimos e ilegítimos, subclasificando estos últimos en naturales, de dañado ayuntamiento – categoría que comprendía los hijos adulterinos, incestuosos y sacrílegos- e, ilegítimos propiamente tales. En una breve revisión de esta normativa fundante podemos apuntar que, siguiendo al Código Civil francés, no aceptaba la investigación de la paternidad, restringiéndola sólo al supuesto de citación judicial del padre por parte del hijo ilegítimo, con el objeto de declarar al efecto bajo juramento (Art. 284, en relación con los Arts. 282 y 283); y, que lejos de los avances biomédicos alcanzados desde el siglo XX en adelante, la base de determinación de la filiación encontraba su único y tendríamos que decir, irrefutable sustento en el hecho del parto y la presunción de paternidad, que trasuntan los brocardos latinos *mater semper certa est* y *pater is est quem nuptiae demonstrant*, vigentes hasta nuestros días en los actuales Arts. 183 y 184 respectivamente, los que se han visto relativizados producto de la aplicación de la prueba pericial biológica en los casos de incertidumbre. Históricamente, el interés prevalente radicaba en la familia, teniendo como eje articulador al marido-padre, dejando al hijo ilegítimo sólo la posibilidad de obtener alimentos necesarios del padre, los que en subsidio podía demandar de la madre, siempre que no se tratara de una mujer casada, conforme la disposición contenida en el inicial Art. 288.

La denominación de dañado ayuntamiento y su desfavorable categorización, fue suprimida en el año 1935, con la dictación de la Ley N° 5.750, manteniendo en el resto básicamente la misma distinción. El citado cuerpo normativo reemplazó el original Art. 284, permitiendo la investigación de la paternidad para obtener la calidad de hijo ilegítimo pero limitándolo en este último caso a los efectos de la obtención de alimentos necesarios y sólo para las hipótesis que expresamente contemplaba. Esta tipología de hijos e hijas es la que se mantuvo vigente en el Código Civil chileno hasta la reforma operada en el año 1998. En materia de investigación de paternidad, la ley N° 10.271 del año 1952, sustituyó nuevamente el Art. 284, ampliándola a la obtención de la calidad de hijo natural a través de reconocimiento provocado judicialmente, causal contemplada en el numeral 2° del Art. 271. Fue en definitiva la Ley N° 19.585 la que introdujo el principio de la libre investigación de la paternidad y la maternidad que se desprende del actual Art. 195.

Habiendo efectuado este sucinto análisis, hemos de plantearnos si con estos progresos introducidos en el Código Civil chileno es posible alcanzar la máxima de igualdad declarada en materia de filiación, concluimos preliminarmente que el camino sigue siendo perfectible. Una cuestión que resulta de especial relevancia y que vincula la efectiva igualdad de los hijos y su interés superior, a la luz de su derecho a vivir en familia -su concreta familia- con la reproducción mediante la utilización de técnicas médicamente asistidas, es el sentido y alcance que, desde una perspectiva actual, adquiere esa igualdad en los diversos proyectos parentales y que nos sitúa frente a una realidad impensada para nuestro legislador decimonónico.

En efecto, la posibilidad de que personas del mismo sexo puedan unirse en relaciones afectivas jurídicamente reconocidas que generen descendencia, se nos presenta hoy con existencia concreta. Hijos e hijas a quienes se reconocen prerrogativas inherentes sus-



tentadas en su dignidad humana y, en principio, en igualdad jurídica respecto de aquellos nacidos de relaciones afectivas de parejas heterosexuales, cualquiera sea la forma que éstos elijan para su proyecto familiar, premisa que en el sistema chileno amerita ciertas observaciones. En un análisis de las reglas legales vigentes relativas a la atribución de paternidad y maternidad contenidas en el Código Civil, la filiación se orienta básicamente en un sistema binario y heterosexual, es decir, un hijo o hija sólo puede tener un padre y una madre, tal y como lo ha advertido la ltima. Corte de Apelaciones de Santiago en su fallo de fecha 28 de diciembre de 2017, pronunciado en la causa rol N°74.926-2017. La maternidad queda determinada por el parto, aun cuando exista aporte genético de la otra miembro de la pareja, a través del método de recepción de óvulos de la pareja y, por supuesto, contando con el aporte de gametos masculinos provenientes de donante, en aplicación de una técnica de reproducción humana asistida heteróloga. El actual Art. 182, también introducido por la Ley N° 19.585, y no obstante el alcance que a su alero se busque asignar a la voluntad procreacional como fuente de filiación, surge limitado al hombre y la mujer que se han sometido a la utilización de la técnica, cuestión superada en la práctica con la proliferación de casos de co-maternidad que instan a su reconocimiento y que han supuesto un trato desigual para hijos e hijas en orden al establecimiento de su filiación. La trascendencia de las técnicas de reproducción humana ha superado su concepción primigenia radicada en el padecimiento de patologías reproductivas por uno o ambos miembros de la pareja heterosexual, para convertirse en un medio idóneo de concretar la paternidad y maternidad en general y, lo más relevante, hacer nacer hijos e hijas en nuestra sociedad. Centrándonos por ahora en la hipótesis que comentamos es que apreciamos uno de los importantes desafíos en la materia que debe ser abordado en armonía con las prerrogativas esenciales de niños, niñas y adolescentes; la declaración de igualdad de los hijos contenida en el Art. 33; y, el principio de no discriminación, consagrado en el Art. 2 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. En la actualidad esos hijos e hijas carecen de la seguridad jurídica de contar con filiación legalmente determinada respecto sus dos progenitoras, resultando así vedado o vedada de los importantes efectos de la filiación respecto una de ellas; de la otra parte, una de las madres, queda sin reconocimiento legal de un proyecto familiar conjunto que le priva de todo derecho-deber en relación con su hijo o hija. Este cuestionamiento que en el sistema chileno puede predicarse de todo vínculo jurídico filial que pretenda establecerse respecto de dos personas del mismo sexo, en el caso de una pareja conformada por dos hombres, salvo que provenga de una adopción homoparental constituida en el extranjero, involucra además otra técnica de reproducción humana, la gestación por sustitución.

Inciientemente todas estas hipótesis, tan ajenas a la realidad del siglo XIX, han comenzado a ventilarse en nuestros tribunales, arribando en algunas causas a su resolución por la vía de la aplicación de normas constitucionales y convencionales. El gran desafío en aras de la certeza jurídica, el valor de la dignidad humana, el principio de igualdad y la protección de los derechos de todos los miembros del grupo familiar, se presenta en materia civil, buscando una integración sistemática y coherente, que supere la visión parcial e inorgánica que, por ahora, puede apreciarse entre las iniciativas legales surgidas en



los últimos años y que buscan incidir en sendas modificaciones al Código Civil. Menester también es tener presente que siendo el Código Civil el aglutinador de nuestro sistema de filiación, puede éste complementarse por medio de cuerpos normativos especiales, como parece ser la tónica, por ejemplo, en la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en ordenamientos jurídicos extranjeros.

Los desafíos, sin embargo no se agotan aquí, pues en respeto de los derechos de la personas y la efectividad del ejercicio de los roles parentales, comienza a plantearse la necesidad de dar reconocimiento a paternidades y maternidades desbiologizadas, sustentadas únicamente en la afectividad que trasciende en una concreta realidad familiar, de la que el Código Civil chileno no es completamente ajeno, pues la ha recogido desde su origen en la institución de la posesión notoria, la que también merece atención desde una nueva perspectiva en la revisión sistemática que consideramos debe comprender la filiación dentro de nuestro sistema.

En conclusión, enfrentamos en la actualidad un nuevo paradigma en materia de filiación que, desde los derechos de las personas miembros de las familias y, especialmente desde las prerrogativas de hijos e hijas, precisan ser abordadas, constituyendo un nuevo desafío para nuestra normativa civil de cara al siglo XXI.



LA POSESIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL

Jaime Alcalde Silva
Pontificia Universidad Católica de Chile.

El 14 de diciembre de 2020 se celebró el 165° aniversario de la promulgación del Código Civil chileno. Esta efeméride resulta una buena ocasión para volver sobre su texto y revisar algunas de sus instituciones de mayor abolengo con una perspectiva crítica, histórica y analítica.

Uno de los aspectos donde la discusión parece detenida es en torno a la posesión, a diferencia de lo que ha sucedido con los conceptos estructurales del derecho de contratos o la ordenación legal de la familia. Su estudio por parte de la doctrina chilena ha seguido un método puramente conceptual, donde el acento está en las definiciones, clasificaciones y derivaciones silogísticas, que siguen la disposición de materias del Título VII del Libro II del Código Civil. El riesgo de esta aproximación es que “el cielo de los conceptos jurídicos” hace olvidar que el derecho es una ciencia práctica que está destinada a solucionar problemas reales, con incidencia sobre unas controversias que afectan a personas concretas. Las definiciones son útiles porque ayudan aproximarse a las figuras, pero muchas veces son insuficientes para describir todos sus aspectos debido a la necesaria abstracción que reclama su formulación. Contra una ciencia jurídica de corte conceptualista, ya desde Ihering se ha propuesto un acercamiento pragmático al fenómeno jurídico que atiende a los intereses en juego. Como decía este último autor, no existe ninguna norma jurídica que no responda a un motivo práctico, lo que reclama atender a las necesidades sociales o económicas que las explican. Llevada a la materia que aquí interesa, esta aproximación exige indagar en la función que desempeña la posesión dentro del ordenamiento.

Para el Código Civil chileno, la función social y la función jurídica de la posesión parecen ser diversas. La primera designa el ejercicio por parte de un sujeto del poder físico sobre una cosa, para usar y gozar de ella con exclusión de otros, sin que importe demasiado el fundamento que se esgrime para ese comportamiento. Sobre la segunda cabe decir que se trata de un concepto normativo que, como también sucede en el derecho comparado, muestra ser polisémico. La posesión designa así diversas situaciones no demasiado homogéneas, que permiten demandar una cierta protección y que se benefician de unos determinados efectos jurídicos. De esto se sigue que sus tres principales efectos son la tutela judicial, la función legitimadora y el hecho de servir como presupuesto a la prescripción adquisitiva. Sin embargo, ellos no se encuentran en un plano de igualdad, sino que hay un efecto primario y dos que son consecuencias o derivaciones de éste. Ese efecto primario es el que configura la posesión desde el punto de vista jurídico, asignándole su función característica dentro del régimen de las cosas.



Para el sistema diseñado por Bello, la función primordial de la posesión es la legitimación. Esto significa que la regulación que se hace de ella está destinada a fijar las condiciones necesarias para que un sujeto pueda presentarse frente a otros como titular de un derecho y ejercerlo, invirtiendo la prueba sobre su efectiva existencia. De esta manera, la tutela judicial, que en el derecho chileno no queda limitada sólo a los bienes raíces (art. 916 CC) por haberse conservado la acción publiciana (art. 894 CC), y la posibilidad de adquirir el respectivo derecho por prescripción (arts. 2493 y 2498 CC), son efectos asociados a esa posición ostensible que concede a una persona el control económico sobre una cosa y que le permite realizar respecto de ella ciertas actividades materiales características (art. 925 CC). Detrás subyace la necesidad de garantizar la conservación de la autoridad del ordenamiento jurídico, rebajando el estándar probatorio y permitiendo la consolidación de situaciones aparentes.

La codificación impuso un cambio significativo respecto de la comprensión de la legitimidad de ese poder físico sobre una cosa. La razón provino de la nueva ordenación del sistema jurídico, ya no basado en la idea de posiciones justas, sino en la titularidad de derechos subjetivos. De ahí que la posesión haya dejado de ser una situación meramente material sobre una cosa, para reflejar la dimensión sensible de las prerrogativas o facultades que el ordenamiento reconoce a una persona. Esta contraposición queda reflejada en las teorías de Savigny y Ihering, que no se explican sólo por la preponderancia que confieren al elemento subjetivo u objetivo de la posesión: ellas son consecuencia de dos modos distintos de concebir el derecho, en un caso con énfasis en la realidad y en otro en la construcción dogmática y abstracta. Llevado al plano jurídico, es la permanente pugna entre realismo e idealismo.

La codificación prestó así un servicio crucial a las ideas del naciente capitalismo, que confiere a la propiedad un sentido puramente economicista y desligado de sus fundamentos antropológicos. Esto proviene de que silencia la función social que ella tiene y que es intrínseca a su estructura, dado que sus límites se sitúan en el exterior de ese señorío pleno que se reconoce a una persona sobre una cosa: la propiedad se extiende hasta donde la ley o el derecho ajeno lo impidan (art. 582 CC). De igual manera, la posesión dejó de reflejar la tenencia física sobre una cosa para usarla y excluir a otros, que resulta posible incluso fuera del ámbito humano (como sucede con un perro y su hueso), para designar en adelante la proyección hacia el mundo de una titularidad que se tiene o se cree tener respecto de una de aquellas realidades que el derecho concibe como cosas (art. 565 CC). De esto se sigue que ella no es “una realidad directamente aprehensible”, ya que no puede ser explicada mediante un juicio fenomenológico, sino que requiere de ciertos parámetros normativos al igual que sucede con la propiedad o con el resto de las titularidades configuradas por detracción a su imagen y semejanza. Por consiguiente, la posesión adquiere sentido a partir de las reglas que el Código Civil le dispensa, sin que se pueda concebir una “posesión en sí”, basada en el solo hecho de poseer, puesto que ella queda indis-



lublemente ligada al diseño de la propiedad y ésta expresa “una cierta relación normativa entre un individuo y los restantes”. Esto significa que no se puede concebir una posesión que sea autónoma de un derecho o se encuentre desligada de un título que la justifique: ella siempre refleja una titularidad y reclama un fundamento jurídico que la explique.

Si esto es verdad, el concepto genérico de posesión no puede ser el que proporciona el art. 700 CC, porque éste remite a una situación fáctica de configuración paralela al ámbito de la normatividad. Ahí lo que importa es la relación física con una cosa (su tenencia) de acuerdo con el modo en que una persona se comporta a su respecto (el ánimo de señor o dueño). La búsqueda de un concepto de posesión de alcance general no resulta estéril gracias al Mensaje que precede al Código Civil, donde ella viene caracterizada como la investidura real o aparente de un derecho (§ 24). Esta formulación quiere expresar que tal es el signo, imagen o visibilidad puramente exterior de un derecho, con el cual se hace ostensible a otros una apariencia de poder sobre las cosas del mundo exterior. Esto explica que la posesión pueda corresponder por igual al titular efectivo o al que se da por tal, y que ella pueda ser ejercida por éste o por un tercero que se aprovecha de la cosa en lugar y a nombre de aquél, pues el elemento central es el aprovechamiento económico, sin importar quién se apropie de manera inmediata de esos beneficios. Si la clave de la propiedad es el poder de excluir, también debe serlo de la posesión que viene configurada como el reflejo material (investidura) de un derecho, de suerte que ella reclama para sí un fundamento jurídico que la justifique y permita justificar la exclusión de otros, como se evidencia en el conflicto del que da cuenta la acción publiciana (art. 894 CC) o los interdictos posesorios (arts. 916, 918 y 927 CC).

Por eso, todo el que reconoce dominio ajeno sobre una cosa no es poseedor de ella, sino mero tenedor (art. 714 CC). La razón es que carece de la posibilidad de excluir, porque admite que la titularidad plena corresponde a otro. El adjetivo con que se califica esta situación jurídica respecto de una cosa refleja que en ella no importa más que la dimensión puramente física, pues el grado de aprovechamiento de la cosa puede ser muy diverso, como se desprende de los ejemplos que brinda el art. 714 CC. Este carácter hace que el título no sea un elemento relevante, porque la nota jurídica está dada por el reconocimiento de la titularidad ajena. De ahí que pueda existir un supuesto de tenencia que se reputa “precaria”, porque ella no procede de un título y sólo depende de la ignorancia o mera tolerancia del dueño respecto de la situación de la cosa que le pertenece (art. 2195 II CC). En cambio, la posesión siempre reclama un título, aunque éste sea injusto (art. 704 CC).

Pero más importante todavía, el concepto genérico de posesión que da el Mensaje permite articular de una manera coherente los distintos tipos de posesión que regula el código, y también aquellos de los que tratan otras leyes especiales, los cuales aportan algunas diferencias específicas.

El Código Civil particulariza el concepto de posesión para configurar tres situaciones di-



versas. La primera se refiere a las cosas corporales muebles, donde ella representa la tenencia acompañada del ánimo de señor o dueño (art. 700 CC). La segunda aplicación es aquella relativa a los inmuebles, donde el concepto normativo se funde de manera inexorable con la inscripción conservatoria (art. 696, 724 y 728 CC). El tercer y último caso de posesión regulado por el código atañe a las cosas incorpóreas (art. 715 CC), que resulta menos amplio que la formulación que se emplea para establecerlo.

De la posesión sobre las cosas corporales muebles no hay mucho que agregar: ella consiste en tener una cosa y conducirse respecto de ella con plenitud de señorío (art. 700 CC). El único aspecto relevante, y quizá no suficientemente considerado, es la aplicación que a su respecto tiene la regla según la cual “la posesión equivale a título”, que resulta implícita en el sistema del Código Civil.

Respecto de los bienes raíces, el concepto de posesión del art. 700 CC no resulta aplicable. La razón es de índole histórica y proviene de los cambios introducidos por la Comisión Revisora al sistema posesorio del Proyecto de 1853, el cual no hacía obligatoria la inscripción conservatoria como mecanismo para transferir el dominio de un inmueble (art. 826) y preveía dos clases de tradición, una dominical (art. 806) y otra puramente posesoria (art. 841). Desde el Proyecto Inédito, dicha Comisión hizo obligatoria la inscripción en el Conservador respectivo como medio de efectuar la tradición de un bien raíz (art. 686 CC), la cual tiene un carácter constitutivo, vale decir, la titularidad se radica en el adquirente por efecto del respectivo asiento registral, el cual confiere además la posesión efectiva sobre ese inmueble (arts. 696, 724 y 728 CC). Por su parte, la tradición quedó configurada como un modo de adquirir el dominio (art. 670 CC), de suerte que es un requisito esencial que el tradente sea dueño (art. 682 CC); cuando no lo es, sólo se transfieren por ella los derechos que aquél tenía sobre la cosa (art. 682 CC), pudiendo el adquirente ganar su dominio por prescripción en los casos y del modo que las leyes señalan (art. 683 CC).

La posesión de las cosas incorpóreas supone un aprovechamiento de hecho coincidente con el ejercicio del contenido típico de los derechos reales distinto del dominio, que cobra importancia cuando proviene de una titularidad aparente (por ejemplo, cuando el arrendatario de una cosa mueble la da en usufructo a un tercero, o el de un predio constituye sobre él una servidumbre). Este supuesto no resulta aplicable a los derechos personales, porque ellos no se ejercen directamente sobre una cosa (art. 578 CC) y requieren el concurso de una persona para su satisfacción (arts. 1567 y 1572 CC). Entre las referencias que parecen admitir un concepto amplio de posesión sobre las cosas incorpóreas (arts. 715, 1907, 1576 II y 2546 III CC), el art. 1576 CC es la regla más categórica. Sin embargo, ella se refiere una situación que se explica por el mecanismo de cesión de créditos previsto en el código, que distingue entre los efectos internos (entre cedente y cesionario) y externos (entre el cesionario y el deudor cedido y terceros). Mientras la tradición del crédito se consuma por la entrega del título (arts. 699 y 1901 CC), la oponibilidad respecto de terceros requiere que la cesión haya sido notificada o aceptada por el deudor (art. 1902 CC), puesto que



éste no es parte del negocio traslativo y permanece obligado hacia el cedente, incluso por intermedio del embargo de sus acreedores (art. 1905 CC). Sin embargo, para el código hay aceptación cuando interviene cualquier “hecho que la suponga”, entre los que se encuentra el pago (art. 1904 CC). De esto se sigue que el deudor paga (y lo hace válidamente) cuando cumple con la obligación respecto de quien tiene el título de la deuda en su poder, con la sola condición de que lo haga con la creencia de que la cesión ha estado exenta de vicio o fraude. En rigor, entonces, los únicos casos donde resulta posible una posesión de derechos personales son el referido a los títulos de crédito y los valores, y cuando ellos forman parte del acervo hereditario, pero en ambos se trata de una cuestión refleja. Fuera del Código Civil hay dos supuestos que resultan de interés: el concepto de posesión material y aquella que se predica de los valores desmaterializados.

La posesión material se refiere a aquellos casos donde una persona se conduce respecto de un bien raíz como señor o dueño, pero sin que exista la correspondiente inscripción conservatoria que justifique la titularidad que dice tener. Esta posesión admite la clasificación de útil o inútil, vale decir, puede o no conducir la adquisición efectiva de la cosa por prescripción (por ejemplo, arts. 7° DL 1939/1977 y 13 de la Ley 19.253). El caso más conocido donde se recoge esta categoría se encuentra en el sistema de saneamiento de la pequeña propiedad raíz (DL 2695/1979), aunque el ordenamiento contempla también otros regímenes de regularización territorial. Dicha posesión debe ser continua y exclusiva, sea por el propio solicitante o por otro a su nombre, y ejercida sin violencia o clandestinidad por cinco años, sin que ella esté siendo discutida en juicio (art. 2° DL 2695/1979). El pago del impuesto territorial constituye plena prueba de esta posesión (art. 4° II DL 2695/1979). Por el contrario, la existencia de una inscripción conservatoria vigente no significa que el poseedor material reconozca dominio ajeno (art. 4° III DL 2695/1979), y tampoco impide el inicio del expediente de regularización (art. 2° II DL 2695/1979).

Queda considerar la posesión sobre los valores desmaterializados. Está aceptado que no cabe la restitución de los derechos personales, porque ellos no admiten posesión. En el caso de los títulos de crédito, y con independencia de su causa, el extravío da lugar a un procedimiento especial destinado a que se declare ese hecho y se autorice al portador para ejercer los derechos que le correspondan en su calidad de tal (arts. 88 y 121 de la Ley 18.092 y 27 DFL 707/1982, del Ministerio de Justicia). Para los valores anotados en cuenta, y dado el reconocimiento de la titularidad contable (art. 5° de la Ley 18.876), Caballero admite la existencia de una acción rectificatoria, “sólo lejanamente emparentada con la acción reivindicatoria clásica”, cuyo objetivo es que el tribunal reconozca a favor del demandante esa titularidad (sea plena o limitada) sobre unos valores, ordenando a la entidad privada de depósito y custodia de valores que efectúe el abono, adeudo, bloqueo o desbloqueo en una cuenta de valores del demandado. Sin embargo, esta acción tiene un campo de aplicación harto limitado, correspondiendo por regla general al extitular contable sólo una acción de enriquecimiento injustificado destinada a conseguir, hasta donde sea posible, una restitución en especie. En realidad, el titular de los valores anotados obtiene



protección como titular de un crédito, y no a través de la posesión: ella sólo puede existir respecto de los créditos documentados, por la existencia de un soporte físico donde consta la deuda y que justifica la legitimación del portador.

Así pues, aunque hayan pasado 165 años desde su promulgación, el Código Civil chileno sigue proporcionando mucho material para la reflexión. La historia y el contexto permiten aproximarse a sus reglas e instituciones con una mirada nueva, permitiéndole seguir cumpliendo con una función angular dentro del derecho privado. Vayan estas breves notas sobre la posesión en su homenaje, con la esperanza de que alienten el debate en torno al régimen de las cosas.



ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DEL CENSO Y SU RECEPCIÓN EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL

Gonzalo Montory Barriga
Universidad Católica de la Santísima Concepción.

1.- Antecedentes generales.

Etimológicamente el verbo latino censere significa valorar o tasar. En el ámbito administrativo el término se usa, ya como equivalente de padrón general de los individuos de una agrupación social cualquiera; ya como un registro valorado de la propiedad; ya como sinónimo de tributo. En el campo del Derecho civil, en cambio, el censo se encuentra asociado a un canon o rédito que adeuda una persona, para cuyo cumplimiento queda gravado un inmueble, lo que le concede una doble faz: como derecho real y como derecho personal. El inmueble gravado se llama cosa censuada; el precio periódico (rédito), generalmente anual, se llama censo o canon; quién lo debe censuario y su acreedor censalista.

Ahora bien, se distinguen tres tipos de censo: El enfiteútico, el consignativo y el reservativo. Esta es la división clásica y a partir de ella se pueden construir otras clasificaciones. Así, por ejemplo, según el plazo de duración pueden ser perpetuos, vitalicios o temporales; según puedan o no ser redimidos, se clasifican en redimibles e irredimibles; y según si el canon se paga en especies o frutos, o en dinero, se clasifican en fructuarios y pecuniarios. Me centraré en los tres primeros.

El censo enfiteútico es aquel en que el censalista (acreedor) cede el dominio útil de un inmueble, reteniendo el dominio directo, a cambio de una prestación periódica (censo), que grava a su favor el dominio cedido. En Roma se aplicó sólo a las tierras públicas a través del arrendamiento de los agri vectigalis que conformaban una parte del ager publicus. Esto permitió que aquellas tierras desiertas, sobre todo las situadas en las fronteras del imperio, fueran pobladas a través de una figura que le otorgaba al colono mejores derechos que un arrendamiento común, ya que era más barato y además podía ser perpetuo. A partir del siglo V esta figura no se circunscribió sólo a las tierras de la administración imperial, sino también a la propiedad particular.

Al lado de los censos enfiteúticos se desarrollaron en la Edad Media los censos consignativos, que fueron utilizados por los comerciantes como un instrumento de crédito, para garantizar préstamos. Por lo mismo esta clase de censos tiene semejanzas con el mutuo y la hipoteca. Podían combinarse con un censo enfiteútico. En efecto, era normal que los comerciantes invirtieran sus capitales adquiriendo bienes inmuebles urbanos, los que eran arrendados o cedidos utilizando el censo enfiteútico. Luego si los ocupantes de esos predios necesitaban un crédito constituían un censo consignativo sobre sus construcciones. De esta forma, era posible que un censo consignativo fuera impuesto sobre una propiedad que ya se encontraba cargada con un censo enfiteútico, convirtiéndose el propietario en deudor por dos vías. Además, una propiedad podía estar gravada con una gran cantidad de censos consignativos, en la medida que la tasación del bien inmueble lo permitiera.



Finalmente, el censo reservativo es un derecho real constituido sobre un inmueble afecto al pago de una pensión anual, por la transmisión del dominio pleno (útil) de dicho inmueble. Toma el nombre de reservativo porque es una verdadera enajenación del dominio útil y directo de la finca censuada, reservándose a cambio el transmitente la percepción de un canon cuyo pago se garantizaba con el inmueble. Se parece al censo enfiteúutico en que en ambos hay enajenación a cambio de un canon garantizado con la finca acensuada, pero se diferencian en que en el enfiteúutico se transfiere sólo el dominio útil, mientras que en el reservativo se transfiere el dominio pleno, pudiendo, por tanto, el censuario enajenar la finca y realizar todos los derechos dominicales, sin necesidad de consultar al censalista. Su utilidad se refleja en que permite adquirir la propiedad en virtud de pequeños desembolsos por personas que, de otra manera, no podrían hacerlo. Se asocia al contrato de compraventa.

El censo fue incorporado en las Partidas, en la Novísima Recopilación y en las Leyes de Toro. De España los censos pasaron a América en las tres especies (enfiteúutico, consignativo y reservativo). Sobre todo, estos últimos se utilizaron como una forma de venta de las tierras de la corona. La ley 15, Título XII, libro IV de la Recopilación de Leyes de Indias, del año 1680, así lo dispone. De esta forma el censo se incorporó a los Códigos Civiles de los países hispanoamericanos, entre ellos el chileno. La forma como esto sucedió, se explicará a continuación. En Francia, en cambio, no se incluyeron en el Code, debido a que tras la revolución fueron considerados como un resabio feudal.

2.- La utilización del censo en la naciente república.

Hasta antes de la Constitución de 1828, la propiedad inmueble en Chile estaba vinculada. Los poseedores de la tierra sólo ostentaban el dominio útil. El dominio directo pertenecía a los sucesores, a través de la imposición de los mayorazgos. Por lo tanto, los propietarios del dominio útil sólo podían hacer suyos los frutos que dichos inmuebles producían, fueran naturales o civiles. Pero respecto del inmueble mismo, no tenían facultad de disposición, por lo que no podían enajenarlo ni dividirlo. Sin embargo, las ideas liberales provenientes de la Revolución francesa no tardaron en asentarse en Chile, lo que motivó una tendencia legislativa en orden a limitar los efectos de estas instituciones, y en ciertos casos a derogarlas definitivamente. En esa línea, la Constitución de 1828 dispuso en su artículo 126 que quedaban abolidos para siempre los mayorazgos, y todas las vinculaciones que impidan “el enajenamiento libre de los fundos”, reservándose a los sucesores más próximos (beneficiarios de las vinculaciones), la tercera parte de su valor. En lo demás, el actual poseedor del inmueble podía disponer libremente de él.

Una disposición como ésta no estuvo exenta de dificultades en su interpretación y en su aplicación. De hecho, fue considerada injusta por aquellos sucesores que tenían la expectativa de llegar a ser favorecidos con las vinculaciones, quienes se sintieron privados de sus derechos. Las presiones para concretar la libre circulación de los bienes, de tendencia liberal, contrastaban con la de la aristocracia que veía, principalmente en los mayorazgos, una forma de proteger y fortalecer el patrimonio familiar. Como una manera de conciliar estos intereses la Constitución de 1833 dispuso en su artículo 162 que: “Las vinculaciones de



cualquier clase que sean, tanto las establecidas hasta aquí como las que en adelante se establecieren no impedirán la libre enajenación de las propiedades sobre que descansan, asegurándose a los sucesores por la respectiva institución, el valor de las que se enajenaren. Una ley particular reglará el modo de hacer efectiva esa disposición”. En cumplimiento del mandato constitucional, se dictaron las leyes de 14 de Julio de 1852 y de 21 de Julio de 1857, leyes que reglamentaron las exvinculaciones.

Estas dispusieron, en lo medular, que las propiedades afectadas por vinculaciones, mayorazgos o fideicomisos perpetuos, o cualquiera otra institución que impidiera su libre enajenación, podían ser exoneradas del gravamen y entregadas al libre comercio, constituyéndose sobre ellas un censo en favor de los beneficiarios de las vinculaciones. El valor del censo se calculaba en relación al valor de tasación del inmueble, tasación que era efectuada por tres peritos elegidos, uno por el actual poseedor, otro por el inmediato sucesor y el tercero por la Corte de Apelaciones. El valor del rédito o canon era anual y cada cuota no podía superar el 4% del valor del censo. También podía constituirse un censo sobre otra propiedad que ofreciera igual garantía.

Como se puede apreciar, el censo fue utilizado en Chile como una fórmula transicional entre el antiguo régimen de la tierra, fuertemente vinculada, y las nuevas ideas de libertad en la circulación de los bienes. Estos censos, impuestos por la ley, eran una especie de censo reservativo, ya que un inmueble quedaba afecto al pago de una pensión anual, pero no a consecuencia de su enajenación, sino como consecuencia de su liberalización, que lo transformaba en un bien comerciable, reservándose los sucesores inmediatos (antiguos titulares de la vinculación) la percepción de un canon cuyo pago se garantiza con el inmueble. Posteriormente, se dictó la ley de 24 de Septiembre de 1865, complementada por la ley de 21 de Octubre de 1866, en las que se autorizó a los particulares que tenían gravadas sus propiedades con censos para redimirlos, depositando en arcas fiscales un porcentaje del capital, y haciéndose cargo e Fisco del pago anual del rédito a los beneficiarios. El principal objetivo de esta ley fue atraer recursos frescos a las arcas fiscales en el contexto de la guerra con España, que en esa época estaba en sus inicios. De esta forma se produjo la traslación de los censos desde las propiedades particulares al Estado, quién asumió la obligación de pagarlos.

3.- El censo en el Código Civil Chileno.

En armonía con la tendencia legislativa de su época, el Código Civil chileno dispuso en su artículo 747 que: “Los inmuebles actualmente sujetos al gravamen de fideicomisos, mayorazgos o vinculaciones, se convertirán en capitales acensuados, según la ley o leyes especiales que se hayan dictado o se dicten al efecto”. Al parecer, el mantenimiento del censo en el Código Civil, fue el resultado de una transacción entre las ideas de Bello y las ideas tradicionales imperantes, apegadas a los mayorazgos y vinculaciones. De hecho, expresiones del Mensaje nos dan a entender que Andrés Bello no fue partidario de esta institución. Además, el Código reglamenta un solo tipo de censo. Así lo advierte el Mensaje: “Las varias especies de censo se han reducido a una sola y se sujetan por consiguiente a reglas idénticas”.



Ahora bien, de lo prevenido en el artículo 2.022 se desprende claramente que el Código reglamenta el censo como un mecanismo crediticio, por lo que responde a la figura del censo consignativo. Señala el precepto que “se constituye un censo cuando una persona contrae la obligación de pagar a otra un rédito anual, reconociendo el capital correspondiente, y gravando una finca suya con la responsabilidad del rédito y del capital”. Y luego señala: “este rédito se llama censo o canon; la persona que lo debe censuario, y su acreedor, censualista”. En consecuencia, la sujeción de una finca al pago del censo o canon se debe, en el Código Civil, al reconocimiento o entrega de un capital en dinero, lo que es propio de un censo consignativo. En este sentido, el censo es un derecho personal, y así lo manifiesta el Código en el artículo 579: “el derecho de censo es personal en cuanto puede dirigirse contra el censuario.” Pero también es un derecho real por cuanto la finca queda gravada o vinculada al pago de la renta o canon al censualista o beneficiario, obligación que pesa sobre cualquiera que sea dueño de la finca. La figura del censo vitalicio está ligada a la renta vitalicia, contrato aleatorio que el Código reglamenta en el artículo 2264. La renta vitalicia se llama censo vitalicio, cuando se constituye sobre una finca, que haya de pasar con esta carga a todo el que la posea. (art. 2279).

Como se puede concluir de estas líneas, en sus orígenes, la circulación y la divisibilidad de la propiedad raíz se encontraba fuertemente limitada por una serie de vinculaciones de origen feudal, situación que cambió definitivamente en Chile con la entrada en vigencia de la Constitución de 1833, que abolió todas las vinculaciones. El Código Civil, por su parte ordenó su transformación en capitales acensuados. (art. 747), declarando, además, que todo censo es redimible. (art. 2029) Sin embargo, al parecer se mantienen ciertos vestigios de vinculación, no para el censuario y la finca acensuada, sino para el censualista, que es el acreedor del canon, ya que una vez que éste decide destinar un capital a la constitución de un censo, ya nunca podrá dejar de hacerlo, desde que el capital consignado, al ser redimido por el deudor, permanecerá vinculado a la obligación de constituir uno nuevo. Es decir, para el censuario la redención del censo constituye un verdadero rescate de la finca censuada, pero no así para el censualista ya que de acuerdo al artículo 2038, éste no puede hacer suyo el capital consignado, olvidándose de sus sucesores, sino que tiene la obligación de destinarlo a la constitución de un nuevo censo. Para este sólo efecto, el juez pondrá a su disposición el capital consignado a su orden. Se aprecia aquí la intención del legislador, de conciliar los intereses de los sucesores que se ven afectados en sus expectativas de adquirir un censo, con los intereses liberales de la época, que daban prioridad a la libre circulación de los bienes.

SÁNCHEZ, Felipe, Estudios de Derecho Civil, t. III, Ediciones Sucesores de Rivadeneira, Madrid, 1899-1912, 2º edic., T III., p. 667.

Artículo 2022 del Código Civil chileno.

Enciclopedia Jurídica Omeba, t. II, ed. Driskill S.A., Buenos Aires, año 1993, p. 944

Los juristas medievales aplicaron la figura del dominio dividido, atribuyendo a uno la “propiedad superior” y relegándose al otro a una “propiedad inferior”, pero reconociendo a ambos como propietarios. La división no se hacía idealmente o por cuotas, sino a través de las facultades que a uno y otro le correspondían. La propiedad superior era el “dominio directo” y la inferior el “dominio útil”. Se refieren a este tema HEDEMANN Justus Wilhelm,



Tratado de Derecho Civil, v. II Derechos Reales, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, p. 146; también DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, Instituciones de Derecho Civil, ob. cit. p. 330.

ARIAS, José, Derecho romano, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1958, p. 298

LAFAILLE, Héctor, Tratado de los derechos reales, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1944, t. IV, vol. II, p. 366

ARIAS, José, Derecho romano, ob. cit., p. 299

Un estudio práctico acerca de las diferencias entre la hipoteca y el censo en DE LA MAZA, Lorenzo, “Estudio sobre el censo y el censo vitalicio, particularmente en la relación que pueden tener con hipotecas constituidas sobre la finca acensuada”, en Revista Chilena de Derecho, vol. 10, año 1983, N° 2, pp. 474-492; también, ROSAS, Fernando, “La purga del censo vitalicio y de la hipoteca de una renta vitalicia”, en Revista Chilena de Derecho, vol. 13, año 1986, N° 3, pg. 499-502; también, GAETE, Sergio, “Si la venta de un inmueble en pública subasta ordenada por el juez a instancias de un acreedor hipotecario, libera o no al inmueble del censo vitalicio que lo grava”, en Revista Chilena de Derecho, vol. 9, año 1982, pg. 547-555; también ICARTE, María Antonieta, “La purga de la hipoteca y el censo en general y en caso de quiebra del deudor”, Memoria Universidad Católica de Chile, Santiago, año 1986.

SÁNCHEZ, Felipe, Estudios de Derecho Civil, ob. cit., pp. 680-681. En cita a pie de página sostiene el autor que esta definición aparece tomada de la Novísima Recopilación. También lo define el artículo 1607 del Código Civil español.

DE LA MAZA, Lorenzo, “Estudio sobre el censo y el censo vitalicio, particularmente en la relación que pueden tener con hipotecas constituidas sobre la finca acensuada”, ob. cit., p. 476

Enciclopedia Jurídica Omeba, t. II, ed. Driskill S.A., Buenos Aires, año 1993, p. 943

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, Instituciones de Derecho Civil, v. II/1, Derechos Reales, edit. Tecnos S.A., 2ª edición, Madrid 1998, p. 329

BILBAO, Manuel, “Los mayorazgos están disueltos” memoria de prueba para obtener el grado de licenciado en leyes y ciencias políticas, Universidad de Chile, Imprenta del Progreso, Santiago, año 1850, p. 8-9.

Un análisis de las primeras leyes relativas a los censos en FRÍAS DE MENDOZA, Osvaldo, “Del Censo y su abolición”, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 1931.

GONZÁLEZ, Bernardo, “Entre tradición y Modernidad (1558-1928): Las familias de notables y sus vínculos patrimoniales en la ciudad de Santiago de Chile”, tesis para optar al grado de magister en historia, Universidad de Chile, Santiago, 2005, p. 15 y siguientes. También, ALESSANDRI, Arturo, “De los contratos”, edit. Jurídica Ediar-Conosur Ltda., Santiago, 1988, p. 193. Estas leyes permitieron redimir la casi totalidad de los censos que afectaban a inmuebles vinculados. Sin embargo, no fueron las últimas leyes dictadas en esta materia: El 30 de Octubre de 1928 se dictó la ley 4.448 que vino a limitar los plazos para que los interesados cobrasen los réditos o cánones redimidos en arcas fiscales, transcurridos los cuales se autorizaba al Presidente de la República para hacer ingresar esos dineros a fondos generales de la Nación. Frías de Mendoza, ob. cit., pg. 21



DE LA MAZA, Lorenzo, “Estudio sobre el censo y el censo vitalicio, particularmente en la relación que pueden tener con hipotecas constituidas sobre la finca acensuada”, ob. cit., p 477.



LA IMPOSIBILIDAD Y EL CUMPLIMIENTO EN EL CÓDIGO CIVIL

Claudia Bahamondes Oyarzún
Universidad Diego Portales.

El pasado 14 de diciembre se conmemoró la promulgación del Código Civil chileno. Muchos aniversarios han pasado, pero el grueso de sus normas no ha variado a lo largo del tiempo. Sin embargo, esto no ha sido óbice para que la gran obra jurídica y literaria de Bello haya sido interpretada y releída para adaptar sus preceptos a los distintos cambios sociales y culturales, tan propios de cada país. La prístina redacción de las reglas originales que se encuentran en este cuerpo normativo ha tenido la virtud de ser rigurosa, pero con la apertura suficiente como para que ellas hayan logrado ser aplicadas durante 165 años de historia en Chile.

El libro IV del Código Civil ha sido uno de los acápite que ha experimentado mínimas modificaciones. Con todo, la doctrina y jurisprudencia se han encargado de dotar de un nuevo contenido a los aspectos contractuales que le conciernen, en una tarea laboriosa y paulatina, pero que ha resultado necesaria para que el vetusto Código logre sortear las dificultades que presenta su disonancia con un mercado y tráfico distintos a los del siglo XIX. Uno de estos aspectos es el de la imposibilidad, y en especial hoy, la sobrevenida.

Probablemente, el primer acercamiento a esta institución en el estudio del derecho civil se produce en la revisión del objeto del contrato, a propósito de la formación del mismo. No obstante, de manera progresiva se ha traspasado su examen a la etapa de ejecución, incluyendo el análisis de la imposibilidad originaria también en esta sede. Así, la perspectiva que ha considerado el arribo de un “nuevo derecho de la contratación” en Chile, ha modificado este enfoque y la ha introducido dentro del concepto amplio de incumplimiento. De esta forma, la imposibilidad originaria daría lugar a los remedios contractuales, principalmente, a la resolución o la indemnización, si proceden. Pero, aun cuando no se discuta la eficacia del acto, no podrá exigirse su cumplimiento, puesto que la prestación no podrá consumarse.

Por este motivo y pese a que se trata de una óptica que no se encuentra del todo asentada en el país, no deja de ser cierto que la imposibilidad ya no es un concepto general del derecho de obligaciones, sino que su verdadero rol es el de “servir de fundamento a la exclusión del deber de cumplimiento en forma específica”.

En efecto, el derecho al cumplimiento específico de los contratos no sólo supone la simple inobservancia de este último, sino que requiere que su verificación posterior sea posible. Y si bien la comprensión de la imposibilidad suele ser una labor sencilla, basta que la realidad tome un curso distinto e inesperado para que se vuelva más compleja y haga que la natural aplicación de una norma ya no proceda mediante la subsunción de los hechos, sino que deba recurrirse a una interpretación más profunda, coordinada con el resto del ordenamiento y coherente con los fundamentos que subyacen a las instituciones involucradas. Por ejemplo, resulta de toda lógica comprender el adagio “el género no perece”, a propósito del artículo 1510 del Código Civil. Pero ¿qué ha ocurrido con la pandemia de Covid-19



que ha enfrentado al mundo a un virus no visible, únicamente vulnerable a ciertos artículos de aseo y eludible sólo con protecciones físicas externas? El resultado fueron estanterías vacías en supermercados y farmacias donde elementos genéricos como alcohol líquido o en gel, jabones bactericidas, rociadores de elementos químicos desinfectantes, mascarillas y guantes desechables desaparecieron por un tiempo del mercado. Incluso hoy existen algunos de estos elementos reservados para quienes enfrentan la enfermedad en primera línea y ciertas restricciones para la adquisición de los mismos. El género, entonces, puede llegar a perecer o, al menos, a tornarse exiguo o de transacciones limitadas.

Aun asumiendo que esto podría llegar a ocurrir, es decir, que un evento materialmente transforme géneros en elementos escasos, las complejidades en el entendimiento de la imposibilidad podrían hacerse extensivas también a acontecimientos que representen una imposibilidad física, pero que sobrevengan por un acto jurídicamente impeditivo anterior. Piénsese en la orden emanada de la autoridad sanitaria por la cual se requisaron las vacunas contra el virus de la influenza, impidiendo su comercialización a particulares para ser reservadas a los grupos definidos como prioritarios por el Estado. O en aquella normativa de coordinación entre los sistemas públicos y privados de salud, que obligaba a destinar camas críticas para las necesidades derivadas de la pandemia y a postergar cirugías electivas que no implicaran riesgo para el o la paciente. En ambas situaciones, la presencia de períodos específicos de inoculación de vacunas o posibles plazos esenciales para determinadas cirugías, pueden convertir un caso de imposibilidad temporal en una genuina hipótesis de “irrealizabilidad”, manteniéndose la interrogante sobre si ella es física o jurídica. Probablemente otras circunstancias, como los confinamientos obligatorios, también tornen el escenario en algo complejo. Dentro de las obligaciones de hacer, la interrumpida actividad de la construcción avizora problemas que la lectura estricta de las reglas codificadas no podrá solucionar. A las características técnicas de estos procesos, el cumplimiento de protocolos y tiempos específicos en que la utilización de los materiales es segura y recomendable, se sumará la necesidad de respetar plazos dentro de los cuales podría verse satisfecho el interés del acreedor y la dificultad para que estos se prorroguen tratándose de contrataciones con entidades públicas.

Y, por cierto, las obligaciones de hacer personalísimas generarán conflictos en hipótesis de incumplimiento. Aunque el análisis se hará a posteriori, la imposibilidad física para deudores contagiados y sintomáticos, o la jurídica para aquellos que debían permanecer en cuarentena, se verá superada cuando quien estaba obligado a realizar una prestación simplemente alegue haber sido parte del grupo de riesgo o, bien, convivir con personas que pertenecen a él.

En todos estos contextos, el remedio que se verá en entredicho es el del cumplimiento específico del contrato. Lo anterior traerá como consecuencia que los limitados casos que lo excluían, porque quedaban comprendidos en el tradicional concepto de imposibilidad física o jurídica, aumenten y ya no sea tan claro que en ellos surja siquiera el derecho a reclamarlo para el acreedor. Se presentarán otras vías, entonces, apropiadas y eficientes que darán solución a las infracciones que se produzcan en estos escenarios. La resolución, la suspensión del propio cumplimiento, la rebaja del precio o la indemnización –si el hecho es imputable– pondrán un genuino remedio al interés insatisfecho del acreedor.



De este modo, dos instituciones clásicas del derecho civil en estos días deben asumir una fisonomía más flexible, que permita dar una correcta aplicación de las normas que las contienen en el Código. Fenómenos como el que actualmente se experimenta, representan un desafío para sus reglas; incluso para aquellas que no han mutado en el tiempo, manteniendo su redacción original y que han tenido una aplicación y desarrollo medianamente constante.

Artículos como el 1489, 1510, 1553, 1670 o 1672, aparentemente pétreos e inmutables, requerirán una relectura. Ciertamente, como parte del derecho de contratos, no han sido estructurados para regular situaciones de emergencia o de excepcionalidad. Pero, seguramente, ello no será un impedimento para que quien los interprete, pueda extraer de sus principios y finalidades una aplicación razonable, que demuestre, una vez más, la plasticidad del Código de Bello. Una obra cuya antigüedad ha demandado de la academia y la judicatura sus mayores esfuerzos, obteniendo resultados positivos en su puesta al día, adaptación constante y readecuación a las distintas sociedades que le ha correspondido reglamentar en sus 165 años de historia.

Bibliografía

- Bahamondes Oyarzún, Claudia, El cumplimiento específico de los contratos, DER ediciones, Santiago, 2018.
- Barrientos Grandon, Javier, El Código Civil. Su jurisprudencia e historia. Edición crítica, concordada, comentada y anotada, Thomson Reuters-La Ley, Santiago, 2016, tomo II.
- Brantt Zumarán, María Graciela, El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad civil contractual. Concepto y función del caso fortuito en el Código Civil chileno, Abeledo Perrot, Santiago, 2010.
- Barros Bourie, Enrique, "Finalidad y alcance de las acciones y los remedios contractuales", en Guzmán Brito, Alejandro (editor científico), Estudios de derecho civil III, Legal Publishing, Santiago, 2008.
- Castilla Barea, Margarita, La imposibilidad de cumplir los contratos, Dykinson, Madrid, 2000.
- De la Maza Gazmuri, Iñigo, Vidal Olivares, Álvaro, "Propósito práctico, incumplimiento contractual y remedios del acreedor. Con ocasión de tres recientes sentencias de la Corte Suprema", Ius et Praxis, 2014, N° 1, vol. XX.
- Del Olmo Guarido, Natalia, El caso fortuito: su incidencia en la ejecución de las obligaciones. Doctrina y jurisprudencia, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor-Navarra, 2004.
- Domínguez Águila, Ramón, Teoría general del negocio jurídico, Editorial Prolibros, Valparaíso, 3ª edición, 2020.
- Fenoy Picón, Nieves, "La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: aspectos generales. El incumplimiento", Anuario de Derecho Civil, 2010, N° 1, vol. LXIII.
- Gordley, James, Foundations of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment, Oxford University Press, New York, 2007.
- Morales Moreno, Antonio Manuel, "Claves de modernización del derecho de contratos",



en Consejo General del Notariado, La autonomía de la voluntad en el derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado, N° 1, Consejo General del Notariado, Madrid, 2013, vol. III.

- Morales Moreno, Antonio Manuel, “El efecto de la pandemia en los contratos: es el derecho ordinario de contratos la solución”, Anuario de Derecho Civil, 2020, fasc. 2, tomo LXXIII.

- Peñailillo Arévalo, Daniel, Las obligaciones: teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2003.

- Vidal Olivares, Álvaro, “La pretensión de cumplimiento específico y su inserción en el sistema de remedios por incumplimiento en el Código Civil”, en Corral Talciani, Hernán, Rodríguez Pinto, María Sara (coord.), Estudios de Derecho Civil II: Código Civil y principios generales, nuevos problemas, nuevas soluciones, LegalPublishing, Santiago, segunda edición, 2007.

- Vidal Olivares, Álvaro, “Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista”, Revista Chilena de Derecho, 2007, N° 1, vol., XXXIV.



POR EL RECONOCIMIENTO DE LA INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL

Francisca Barrientos Camus
Universidad Adolfo Ibáñez

Ana Sofía Pérez-Toril Bravo
Universidad Adolfo Ibáñez

Sabemos que lo arbitrario es aquello que depende meramente de la voluntad de quien realiza la acción, aquel “acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes dictado por solo voluntad o capricho de su autor, sin un razonamiento suficiente y sin explicación bastante de las razones en que se basa o careciendo estas de cualquier fundamento serio”.

La interdicción de la arbitrariedad, en materia contractual, consiste en que una de las partes no puede hacer depender el cumplimiento del contrato, y la forma en que se cumpla de su mera voluntad. Como lo expresa Abeliuk, “(...) si se está a la sola voluntad de quien dice obligarse, en realidad él no se obliga a nada, porque cumplirá si se le antoja”.

Es cierto que en otros sistemas la regla se encuentra consagrada de forma expresa. Así por ejemplo el Código Civil español señala de forma expresa, en los artículos 1256 y 1115, que “La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes” (Código Civil Español, 1889), y que “(c)uando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula. (...)” (Código Civil Español, 1889).

No obstante lo anterior, Bello no prohibió la interdicción de la arbitrariedad de forma expresa en su obra, aunque consideramos que sí tuvo la voluntad de prohibirla a través de los artículos 1478, 1809 y 1461 de nuestro Código Civil.

¿Por qué está prohibida?

El fundamento doctrinario de esta prohibición ha sido justificado por Díez-Picazo, al sostener que lo prohibido corresponde a las “condiciones meramente potestativas”, distinguiéndolas, con ello, de otras condiciones que puedan pactarse en el contrato y que dependan de la voluntad del deudor, pero siempre que esta voluntad no sea arbitraria. De esta manera, al referirse a la regulación del artículo 1115 del Código Civil español, el citado autor sostiene que aquel que se obliga bajo el supuesto exclusivo de su mera voluntad como condición para cumplir, en realidad no se está obligando.

La misma idea puede extraerse de la regulación de las condiciones de querer o meramente potestativas que penden de la persona que se obliga, ex artículo 1478 de nuestro Código



Civil. Así es posible justificar que faltaría seriedad en el compromiso del que se obliga; y como es posible inferir, se trata además de un elemento de la esencia del negocio jurídico. Esto último es importante, sobre todo si consideramos el fundamento basal de los contratos: los contratos están para cumplirse. En este sentido, López Santa María y Elorriaga revisan diversas corrientes que explicarían el fundamento de la fuerza obligatoria de los contratos pero que, en definitiva, cualquiera sea, nos lleva a concluir que, independientemente si el fundamento de la obligatoriedad de los contratos sea la voluntad de las partes o no, los contratos obligan y deben cumplirse.

Entonces, en Chile... ¿está regulada la interdicción de la arbitrariedad?

Volviendo al tema que nos convoca, no podemos dejar de mencionar que, en materia de interdicción de la arbitrariedad contractual, nada se ha escrito o publicado, pero sí hay autores que se han referido a los límites del ejercicio unilateral de la voluntad en la determinación del precio, la modificación del contrato y la resolución del mismo. De esta manera, nosotras consideramos que, gracias reglas citadas (artículos 1478, 1809 y 1461) más esas opiniones, sería posible configurar el principio referido.

Para comenzar, el artículo 1478 CC, en su primer inciso, declara nulas las obligaciones que se contraen bajo condición de que el deudor cumplirá si es que quiere. A este respecto, Abeliuk explica que estas son las únicas obligaciones sujetas a la voluntad de alguna de las partes que está prohibida, ya que si depende del acreedor o de algún otro hecho, esta obligación no será declarada nula.

En segundo lugar, el artículo 1809 CC prohíbe que el precio quede al arbitrio de alguno de los contratantes. La expresión que emplea esta disposición ayuda mucho, pues se ha habla de forma expresa de arbitrariedad, prohibiendo a una de las partes, que de forma caprichosa, sin razón o fundamento alguno, determine el precio en un contrato bilateral, típico fuente de la regulación del derecho de obligaciones y mayoría de los contratos, como es la compraventa.

Finalmente, consideramos que la exigencia de la determinación de la obligación contenida en el artículo 1461 del Código Civil, también favorece la construcción del principio. De esta forma si, por ejemplo, A y B celebran una compraventa pero no determinan cuál será el objeto de esta, tras su suscripción B podría determinar que este corresponde a 10 kilos de pan, exigiéndoselos a A, mientras que A suscribió el contrato pensando en entregar 2 kilos de harina. En relación a nuestro ejemplo, Peñailillo y Claro Solar considerarían que es importante que ambas partes sepan cuáles son sus obligaciones en el contrato, y que el hecho de intentar modificar el objeto del contrato una vez suscrito, correspondería a un actuar arbitrario de la parte que lo intentara realizar.

Reflexiones conclusivas



Como hemos podido observar, la interdicción de la arbitrariedad corresponde a la prohibición que las partes determinen, después de haber celebrado el contrato, si van a cumplir o cómo van a cumplir, bajo la única condición de su mera voluntad.

Si bien no está recogida en nuestro ordenamiento jurídico, nosotras consideramos que existen bases legales y fuentes doctrinarias expuestas en estas páginas, que colaboran con tal interpretación.

De esta manera, si bien Bello no le otorgó un reconocimiento expreso a esta institución, sí determinó que la arbitrariedad en el cumplimiento contractual (en si cumplir y cómo cumplir) está prohibido en nuestro ordenamiento jurídico.

De lege ferendae, a nuestro parecer no basta con su reconocimiento en las tres disposiciones citados, sino que consideramos importante un reconocimiento expreso de esta prohibición, que prescriba, en términos generales, que los contratos no puedan cumplirse en la forma que solo una de las partes determine, y cuyo fundamento sea su mero capricho.



LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES

Lucía Rizik Mulet
Universidad Central

El presente texto, tiene como objetivo abordar algunos de los desafíos en torno a la responsabilidad civil de los padres en el ordenamiento jurídico chileno. En términos generales, este tipo de responsabilidad civil comprende aquella obligación que recae sobre los padres del agente material del daño, de indemnizar los perjuicios ocasionados a la víctima por el hijo menor de edad. Se trata de un tema de reciente actualidad en Chile y por ello, su estudio dogmático es también incipiente. Su interés inicial radica en la particular conexión que existe entre el deber de cuidado de los padres, establecido en los artículos 2.320 y 2.321 del código civil y las reglas sobre corresponsabilidad parental, cuidado personal y relación directa y regular establecidas en el Libro I del título IX del código civil. Al respecto, los profundos cambios que ha experimentado el derecho de familia, las reformas legales en materia de filiación y cuidado personal y, la evolución de la jurisprudencia nacional, han afectado la coherencia y regulación sistemática de la responsabilidad civil de los padres. Durante mucho tiempo, el tratamiento jurídico hacia la niñez se basó en el otorgamiento de potestades a los padres para el cuidado y protección de sus hijos, con exclusión de cualquier injerencia pública en el ejercicio de dicha autoridad. El niño carecía de personalidad jurídica, y por ello, estaba sometido a la voluntad irrestricta de sus padres para el ejercicio de sus derechos personales y patrimoniales. En la actualidad, se han esgrimido razones de moralidad política que justifican el reconocimiento de la condición de los niños como sujetos de derechos merecedores de una especial protección. Dicha protección especial se encuentra establecida en la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual ha contribuido a afirmar la autonomía progresiva del niño y la consideración de su interés superior, otorgándole a los padres, un rol proteccional y no tutelar frente a sus hijos. Ahora bien. Asignar de manera inicial el cuidado de los hijos a los padres otorga ciertas ventajas a la sociedad. Todas aquellas cuestiones relativas al afecto y los costos económicos vinculados al cuidado del niño, son asumidos íntegramente por los padres, mientras la sociedad y el Estado se benefician de la incorporación de nuevos individuos al mercado de bienes y servicios. Los mecanismos que tienen los padres para librarse de sus obligaciones de cuidado son limitadas, al igual que las ayudas estatales para el desarrollo de habilidades parentales adecuadas. Así las cosas, las funciones parentales reconocidas para la protección y beneficio del interés del niño justifica que sean los padres quienes velen por las conductas y actuaciones de sus hijos. Para ello, la edad y la madurez del niño son dos factores que de manera progresiva, se han ido incorporado a la legislación, con el propósito de evaluar su autonomía para la satisfacción de sus necesidades básicas, el ejercicio de sus derechos y el libre desarrollo de su personalidad. Reconocida la condición del niño como un sujeto de derechos, éste podrá realizar su plan de vida y su proceso de socialización con espacios de libertad y autonomía progresiva, ejerciendo sus derechos y asumiendo las responsabilidades derivadas de su conducta. La autonomía de los hijos menores de edad, así como su interés superior, justifican reducir las



posibilidades de los padres, tanto para controlar la conducta del niño, como para dirigir de manera exclusiva su formación y educación.

Teniendo en cuenta lo anterior, la búsqueda del fundamento de la responsabilidad civil de los padres por los daños ocasionados por sus hijos menores busca explicar quién es el sujeto que responde cuando es un niño el autor material del daño. Este supuesto se aleja de los elementos clásicos de la justicia correctiva, la cual, si bien articula la estructura de la responsabilidad civil de los padres, no necesariamente explica sus fines. En este sentido, el distanciamiento de los fines correctivos se justifica en última instancia, en una decisión del legislador por relevar el interés de reparación de la víctima, y proteger al niño, a quien por su condición la indemnización de perjuicios puede resultarle excesivamente gravosa, perjudicando sus posibilidades de planificar o desarrollar una vida normal hacia el futuro.

Al respecto, las relaciones entre padres e hijos son hoy más flexibles que en el pasado. Los hijos son menos formales frente a sus padres, si bien estos se encuentran en una situación de superioridad, derivada del especial deber de cuidado que el ordenamiento jurídico les reconoce respecto de sus hijos. Así las cosas, atribuciones que se reconocían a los padres como el castigo, la corrección o la vigilancia han dado paso a la educación, la crianza, el interés superior y el libre desarrollo de la personalidad de los hijos. Además, existen otras instituciones a las que el ordenamiento jurídico también les reconoce atribuciones de cuidado y protección de los hijos, derivado de los requerimientos de socialización de los niños, la autonomía e igualdad entre cada uno de los integrantes de la familia y los requerimientos de conciliación de la vida laboral y familiar. De este modo, la esfera de atribución de los padres en relación con el cuidado de los hijos se ha reducido, ampliándose las facultades de cuidado de grupos intermedios, la sociedad y el Estado, incrementando, de este modo, las dificultades de los padres para acreditar en juicio su actuación prudente y razonable en el cuidado de los hijos frente a un daño ocasionado por estos últimos. De ahí entonces que lo relevante en la responsabilidad civil de los padres, con la culpa como criterio de atribución de responsabilidad sea su comportamiento en el ejercicio de las atribuciones que la ley le reconoce a los progenitores.

Los distintos modelos de responsabilidad civil de los padres buscan ofrecer un equilibrio entre los intereses de los involucrados. Por un lado, los modelos de responsabilidad civil objetivo, se centran en la reparación integral de la víctima y propende a una mayor protección del dañado injustamente, con una política legislativa centrada en la concreción de fines preventivos y en la seguridad jurídica, concibiendo al niño como un creador de riesgos o peligros, los que, sin embargo, no reportan utilidad o beneficio económico, cuestión que dificulta justificar este modelo. Por otro lado, los modelos basados en la culpa, presunta o no, otorgan mayor espacio para el reconocimiento de la responsabilidad parental como un conjunto de atribuciones que aun cuando están radicadas en los padres, benefician a toda la sociedad. Por medio de la culpa, la carga impuesta a los padres es moderada por criterios de razonabilidad, autonomía y prudencia en el ejercicio del cuidado.

El estudio positivo de la responsabilidad civil de los padres en Chile, revela que este supuesto de responsabilidad tiene por finalidad proteger a la víctima de los daños ocasionados por niños menores de edad, considerados generalmente insolventes. Los padres



responden por la culpa o negligencia derivada de la infracción de los deberes de cuidado asociados a las reglas sobre responsabilidad parental o cuidado personal. En este sentido, el daño ocasionado por el agente material, el hijo menor de edad, a la víctima, es atribuido a los padres una vez determinado que la conducta del hijo es ilícita. Sobre ello, si bien algunas sentencias desarrollan interpretaciones más bien objetivas, lo cierto es que las decisiones de los tribunales en esta materia no son uniformes. El criterio de imputación atribuido a los supuestos de responsabilidad de los padres de los artículos 2320 y 2321 del c.c., son la culpa in vigilando y la culpa in educando, agravándose el supuesto de responsabilidad incorporando una presunción de culpa o negligencia, con el objeto de resguardar el resarcimiento de la víctima. Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre en otras jurisdicciones, en Chile este resguardo no se ha transformado en una garantía que haya llevado a los padres a convertirse en aseguradores de los daños de sus hijos. Se observa de los antecedentes históricos y la construcción dogmática en la materia, que la doble regulación de la responsabilidad civil de los padres así como la aplicación e interpretación de las reglas sobre capacidad delictual no resulta apropiada, el artículo 2321 es innecesario a la luz del artículo 2320, y el artículo 2319 nada aporta ni a fines preventivos ni a fines resarcitorios de la responsabilidad civil, pero todo este debate requiere de un estudio muchísimo más amplio que estas páginas.

En síntesis, el estatuto jurídico sobre responsabilidad civil extracontractual del código civil, basado en la culpa, resulta adecuado para equilibrar los fines resarcitorios del derecho de daños con otras exigencias de moralidad política, como el libre desarrollo de la personalidad de los niños, la corresponsabilidad parental, el derecho y deber preferente de los padres de educar y criar a los hijos, el interés superior del niño, y la igualdad, pues permite construir un estándar de cuidado que tenga en cuenta las subjetividades del niño, como su edad, madurez o capacidades, así como de su entorno familiar (condición social, económica, cultural de sus padres, por ejemplo). Al respecto, entregado a los padres el cuidado preferente de sus hijos, estos son quienes mejor preparados están para supervisar su comportamiento y prevenir hechos dañosos. Sin embargo, esta supervisión o cuidado no es equivalente al que podría exigirse, por ejemplo, al empresario.

En concreto, el fundamento actual de responsabilidad, es armónico con las disposiciones sobre responsabilidad parental y los derechos del niño, pues autorizan al juez a evaluar la actuación de los padres en el cuidado del niño conforme a la edad y el desarrollo de la personalidad del hijo, la cual conforme pasan los años, demanda de los padres otorgarle mayor independencia y autonomía al hijo, reduciéndose sus facultades de vigilancia y protección sobre las acciones del niño y, como consecuencia de ello, también se reduce la posibilidad de los padres de evitar los daños que su hijo ocasione.

Ahora bien, es evidente la falta de coherencia entre las reglas de cuidado personal, crianza y educación de los hijos y la responsabilidad civil de los padres. Unas y otras no dialogan. Los cambios sociales en el entorno familiar, transformaron la configuración de las relaciones paterno-filiales cuestión que hoy la legislación también recoge. En este sentido, el actual estatuto normativo mandata a los padres para reconocer la autonomía de sus hijos



menores conforme a su edad y madurez y a tener en cuenta su interés superior. Al mismo tiempo, la autoridad paterna fue reemplazada por la corresponsabilidad entre los padres dirigida a resguardar y proteger los derechos del niño, con participación equitativa de los padres, resultando irrelevante cuestiones como la falta de residencia o habitación con los hijos menores para el ejercicio de las atribuciones legales de crianza y educación. Sin embargo, el estatuto de responsabilidad civil de los padres parece infringir la igual distribución del cuidado y las responsabilidades entre los padres, en la medida que el texto legal mantiene una preferencia por aquel de los padres que habita con el hijo para determinar cuál de ellos responde, incrementando aún más la pesada carga asociada al cuidado, despojando de la obligación de responder a aquel padre que no tiene atribuido el cuidado personal y por la sola falta de cohabitación, desconociendo la corresponsabilidad en la crianza más allá de la atribución del cuidado personal.



LA VULNERACIÓN DE LA CONFIANZA RAZONABLE COMO CRITERIO DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL: UN DESAFÍO PENDIENTE EN EL DERECHO CHILENO

Patricia Verónica López Díaz
Universidad Diego Portales.

Una revisión de nuestra dogmática revela que a los criterios de atribución de responsabilidad subjetivos (culpa o dolo) se han contrapuestos aquellos objetivos, cuales son el riesgo creado y el riesgo beneficio y más tímidamente el comportamiento alternativo ajustado a derecho, a diferencia de lo que ha ocurrido en la doctrina comparada en que se han utilizado la prohibición de regreso, la competencia de la víctima y, en lo que aquí interesa, el principio de confianza o confianza razonable.

Claro está que la expresión “confianza razonable” no está recogida expresamente en nuestro derecho, sino que ha sido a través de la detenida lectura de ciertas normas o figuras que se erigen sobre ella que se ha sostenido su existencia como un criterio jurídico. Así, la profesora Lilian San Martín en un acucioso trabajo sobre las funciones de la razonabilidad en el derecho privado chileno ha señalado que ella se utiliza como criterio para determinar la legitimidad de la confianza o de las expectativas que una persona depositó en determinadas circunstancias, destacando su incidencia (i) en la determinación de una eventual responsabilidad precontractual y (ii) en la calificación de la excusabilidad o inexcusabilidad del error, (iii) así como su vinculación con la doctrina de la apariencia, de los actos propios y con la noción de vicio de la construcción del artículo 2003 del Código Civil. Siguiendo una orientación similar, nosotros hemos recurrido a la confianza razonable como criterio fundante de ciertas anomalías precontractuales y contractuales, específicamente tratándose (i) de la indemnización de daños por ruptura injustificada de las tratativas preliminares, (ii) de la subsistencia del contrato derivada de la asignación del riesgo de la información defectuosa al errans y (iii) de la integración publicitaria. Lo propio ha hecho el profesor Iñigo de la Maza en sede de consumo a propósito del artículo 16 letra g) de la LPC y de la publicidad engañosa, utilizando la expresión creación de expectativas razonables del consumidor, premisa que también ha sido acuñada por el profesor Jorge Baraona para erigir la confianza razonable como un principio del derecho de consumo, a partir de la constatación que la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores (LPC) no pretende proteger la libertad contractual, sino garantizar a los consumidores que se respetarán las condiciones y calidad en que se ofrecieron los bienes y servicios, tutelando así la expectativa de un consumo libre y seguro como consecuencia de la confianza razonable suscitada en el consumidor y del cual serían una manifestación evidente la garantía legal, la publicidad engañosa y la integración publicitaria reguladas en la LPC.

Pero nada se ha dicho, hasta ahora, de su posible calificación como criterio de imputación de responsabilidad, probablemente porque ella se reconduce a un criterio objetivo cuya procedencia está descartada en materia contractual (dado que la mayoría de



nuestros autores han señalado que el régimen de responsabilidad es subjetivo a partir de lo preceptuado en el inciso tercero del artículo 1547 del Código Civil), requiriendo en sede extracontractual una norma expresa que la contemple.

Sin embargo, una reflexión más detenida revela que efectivamente puede devenir en un criterio de imputación. De hecho al menos existiría un caso indiscutido en sede civil en que la defraudación de la confianza razonable no sólo configuraría una anomalía precontractual sino que también constituiría el fundamento de la indemnización. Se trata de la ruptura injustificada de las tratativas preliminares, figura que nuestro Código Civil no recoge, pero que la doctrina y jurisprudencia nacional han admitido contundentemente en las últimas décadas a partir de la experiencia comparada, estableciendo determinados requisitos de procedencia. Tales son: a) la creación de una confianza razonable en la conclusión del contrato, b) el carácter injustificado de la ruptura de las negociaciones o tratativas, c) la producción de un daño en el patrimonio de quien debe soportarla y d) la relación de causalidad entre el daño y la confianza creada.

Y es que si bien inicialmente ella se asentó en la cláusula general de la buena fe, transitando por manifestaciones específicas como el abuso del derecho, la doctrina de los actos propios y el deber de lealtad precontractual, actualmente se ha arribado a la vulneración de la confianza razonable como fundamento de tal indemnización. Así lo revelan al menos cuatro sentencias pronunciadas por la Corte Suprema en la última década.

La primera de ella es Jiménez Mira con Armijo Cerda en que se estimó injustificada la ruptura atendido que el estado avanzado de las negociaciones creó en el demandante la confianza que se celebraría el contrato, pues se inventariaron las mercaderías del establecimiento comercial que este último compraría, auditándose además la proyección de las ganancias que obtendría con tal contrato y acordándose que se concurriría a la notaría a celebrarlo, accediendo el tribunal a la indemnización demandada. El fundamento se contiene en el considerando tercero de la sentencia y si bien es la primera oportunidad en que se acuña este criterio se le amalgama con la buena fe y el deber de lealtad en los siguientes términos: “Que entre los deberes precontractuales de quienes participan de las tratativas preliminares está el deber de lealtad, que exige llevar adelante las negociaciones de buena fe, esto es, con el propósito efectivo de celebrar un contrato; y que también suponen deberes de cuidado al terminar la negociación, cuando se ha creado en la contraparte la confianza de que se celebrará el contrato”.

Un razonamiento similar se advierte en Frutícola Aromo S.A con Camposano, pues se sostuvo que a la época del retiro de las negociaciones no existía un acuerdo en aspectos relevantes y esenciales del contrato que se pretendía celebrar, siendo insensato suponer que los negociantes puedan mantenerse indisolublemente vinculados si no existe consenso ni siquiera en el precio a pagar. Y el considerando sexto de la sentencia agrega que no podría existir confianza alguna en la celebración del contrato, de modo que no se verifica una ruptura injustificada y, por consiguiente, no procede la indemnización de daños.

Otro tanto acontece en Agrícola Maitén Sagrado S.A. y otros con South Cone S.A.G.R., dado que se desestima la indemnización recurriendo a un argumento similar. En efecto, el considerando tercero de la sentencia señala que aquella “supone el quebrantamiento de la confianza razonable, no pudiendo comprenderse en esta última el desistimiento unilateral



de las tratativas, fundado en la insuficiencia de la contra garantía ofrecida por el actor”. De otro lado, no refuta el argumento de la Corte de Apelaciones de Santiago según el cual “el perjuicio está dado por haber puesto la confianza en la diligencia y buena fe de la contraparte”, perfilándola como un criterio subjetivo.

Finalmente, destaca Sociedad Timbre Timbres con Banco Itaú Chile en que se acoge la indemnización precontractual por ruptura de las tratativas preliminares, invocándose en el considerando octavo la vulneración de la confianza creada en el otro negociante y del principio de la buena fe, subsumiendo en esta última el deber de información y de actuar de manera correcta, leal y veraz.

Pues bien, de tales sentencias se desprende que la vulneración de la confianza razonable no sólo se ha perfilado como un criterio desprovisto de autonomía sino que también se le ha otorgado un carácter subjetivo, enfoque que resulta doblemente inadecuado. Y es que en todos los casos señalados no se alude a la sola defraudación de la confianza sino que se le amalgama con la buena fe, el deber de lealtad o la diligencia del otro negociante, asociándose en este último caso a la culpa. Es más, incluso en aquellos supuestos en que no se le vincula a la culpa se sentencia con cargo al artículo 2314 del Código Civil, fórmula que exige imputabilidad subjetiva del otro negociante.

Miradas las cosas desde esta perspectiva el recurso a la vulneración de la confianza se desluce y deviene en innecesario porque basta que concurra alguno de tales factores para que proceda la indemnización de daños. Para que tal recurso se justifique ella debe perfilarse como un criterio autónomo y objetivo de responsabilidad. Pero ¿es posible y conveniente otorgarle este carácter desde una perspectiva dogmática? A nuestro juicio la respuesta debe ser afirmativa, pero requiere efectuar ciertas precisiones que intentaremos condensar en estas líneas.

En lo que concierne a su carácter autónomo resulta necesario contraponer la confianza razonable a la buena fe y al deber de lealtad que emana de ella, toda vez que como hemos apuntado en otro sitio, esta última constituye una categoría conceptual más técnica y amplia que la cláusula general de la buena fe, dado que no sólo obedece a consideraciones morales o subjetivas sino también a económicas o utilitaristas, excediéndola y desbordándola, encontrando su fundamento, más que en la obligación del emisor de actuar leal y correctamente, en el hecho que su actuación ha generado expectativas razonables en su destinatario que deben ser tuteladas, porque existió una apariencia que determinó el surgimiento de una confianza digna de protección.

En lo que refiere a su carácter objetivo debe entenderse que la indemnización procede si las negociaciones han alcanzado un estado tal que ellas han creado objetivamente en el otro la confianza razonable que el contrato llegaría a perfeccionarse, dado que sólo falta su celebración o la discusión de cuestiones menores. Dicho de otra forma, ella se activa por la sola defraudación de la confianza, prescindiendo de la culpa o dolo del negociante que genera tal expectativa.

Y es que en la fase precontractual resulta esperable que se forjen expectativas o que se cree una confianza razonable en el otro de que las negociaciones concluirán con la celebración del contrato, expectativa que no se genera en fase de ejecución del contrato (pues la defraudación de la confianza se traducirá en un incumplimiento contractual que faculta a



solicitar la resolución) ni tampoco en sede extracontractual, en que la figura más próxima es la creación de un riesgo. Podría pensarse que se trata de una variante del riesgo creado, pero constituye un criterio diverso porque no se crea un riesgo o peligro, sino que se forja la expectativa de celebrar el contrato que, si es razonable y no se materializa, puede resultar perjudicial para el otro negociante, surgiendo así la indemnización de daños.

El problema es que a falta de estatuto especial que regule la fase precontractual la doctrina y jurisprudencia mayoritaria han abogado por aplicar el estatuto de responsabilidad extracontractual contenido en el Título XXXV del Libro IV del Código Civil que exige culpa o dolo del agente del daño, de modo que a pesar que el razonamiento indicado precedentemente es dogmáticamente correcto, deviene en ilusorio. De allí que sea necesario introducir en el Código Civil un artículo que no solamente discipline el fenómeno de las tratativas preliminares y su ruptura injustificada sino que acuñe un criterio de imputación objetiva para determinar la procedencia de la indemnización de daños derivada de ella, aproximándose a la creación de expectativas razonables del consumidor -por cuya procedencia e incorporación ya se ha clamado en la dogmática comparada-, que permita desincentivar una práctica cada vez más frecuente y tutelar más adecuadamente al negociante defraudado frente a un fenómeno ética y jurídicamente reprochable.





**tirant
lo blanch**
GRUPO EDITORIAL



**IUSTA
CAUSA**
Centro de
Estudios Jurídicos