

ARTEMIO LLANOS MEDINA

**EL PRINCIPIO DE LA
AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD
Y SUS LIMITACIONES**

Memoria de Prueba para optar al
grado de Licenciado en la Facultad
de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la UNIVERSIDAD DE CHILE

1944

1944

ARTEMIO LLANOS MEDINA

**EL PRINCIPIO DE LA
AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD
Y SUS LIMITACIONES**

Memoria de Prueba para optar al
grado de Licenciado en la Facultad
de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la UNIVERSIDAD DE CHILE

1944

A la memoria de mis padres

Informe de don Luis Barriga Errázuriz

Director del Seminario de Derecho Privado

SEÑOR DECANO:

Informando la memoria presentada por don Artemio Llanos Medina, titulada "El principio de la autonomía de la voluntad y sus limitaciones", puedo manifestar lo siguiente:

El principio de la autonomía de la voluntad, robustecido por el individualismo del pasado siglo, ha venido sufriendo limitaciones en razón de las nuevas modalidades impuestas por el progreso y al influjo de la tendencia socialista de nuestros tiempos, que condiciona la actividad individual al interés colectivo. El estudio de la autonomía de la voluntad, tiene, por consiguiente, interés jurídico y social, lo que justifica un trabajo como el contenido en la presente memoria.

Comienza por un Capítulo Preliminar, en que se examinan las doctrinas de la Revolución Francesa en relación con los principios que informan el derecho, destacando, principalmente la influencia que ejerció la exaltación de la personalidad del individuo en la autonomía de la voluntad y en la libertad contractual.

En el Capítulo I, dedicado a la voluntad jurídica, se comienza por un estudio psicológico de la gestación de la voluntad, elemento básico del acto jurídico. Se analiza, después, la voluntad jurídica, refiriéndose a la capacidad, a los vicios del consentimiento, al objeto, causa y solemnidades, por su vinculación directa o indirecta con la voluntad.

En el Capítulo II se trata directamente el principio de la autonomía de la voluntad, dando a conocer en el Párrafo I, de los dos en que está dividido, la evolución experimentada por ese principio, desde el Derecho Romano, en que tuvo aplicación restringida, hasta el Derecho moderno y puntualizando, también, el alcance del concepto, amplio o limitado, según la opinión de diversos autores que se citan, pero que rige sólo en la esfera del derecho privado.

En el Párrafo II se exponen las consecuencias del principio de la autonomía de la voluntad, de las cuales la principal, es la libertad para crear relaciones jurídicas, aun sin encasillarse en los moldes contractuales, de donde se derivan los contratos innominados. La obligatoriedad del contrato, su interpretación y relatividad; la facultad de extinguir derechos; la irretroactividad de la ley, figuran entre los tópicos contemplados en esta parte del trabajo.

El Capítulo III se ocupa de las limitaciones al principio de la autonomía de la voluntad en el Derecho clásico, basadas en el orden público y en las buenas costumbres, cuyo concepto se puntualiza antes de entrar en

el estudio del objeto y causa ilícitos, que son los medios empleados para asegurar su imperio.

Termina el trabajo con el Capítulo IV, relativo a las transformaciones que ha sufrido el principio de la autonomía de la voluntad en el derecho moderno. Después de aludir a las modificaciones de la economía, a la tendencia socialista, a la función social de la propiedad y a la noción objetiva del derecho, se considera la influencia en la restricción de la autonomía de la voluntad, de algunas teorías e instituciones modernas, tales como el abuso del derecho, la imprevisión, los contratos de adhesión, el contrato dirigido, etc.

Sin poder detenernos a examinar, en detalle, el contenido de este trabajo, nos hemos limitado a un breve resumen que permita dar una idea del desarrollo del tema.

Al emitir nuestro juicio sobre la memoria en informe, debemos, ante todo, dejar testimonio de que ella representa un esfuerzo serio de investigación, pues, supone prolongado estudio en abundante bibliografía y jurisprudencia, utilizadas con buen criterio y sin perder de vista la finalidad del trabajo.

Por tratarse de un tema de gran amplitud, por las repercusiones económicas, jurídicas y sociales del principio estudiado, no podía pretender el autor abarcarlo plenamente, sino contemplar, como lo ha hecho, lo más relacionado con el aspecto jurídico.

Estima el infrascrito que la memoria del señor Llanos es un trabajo de indiscutible mérito, realizado en forma adecuada y eficiente y, en consecuencia, la aprueba con amplia distinción.

Luis Barriga Errázuriz

Director del Seminario
de Derecho Privado.

Informe de don Eugenio Velasco L.

Profesor de Derecho Civil

SEÑOR DECANO:

Informando la memoria presentada por don Artemio Llanos Medina, titulada "El principio de la autonomía de la voluntad y sus limitaciones", puedo manifestar a Ud. lo que sigue:

A través de cuatro interesantes capítulos, el autor realiza un completo y metódico análisis de la autonomía de la voluntad en sí, de su evolución, consecuencias y limitaciones dentro del derecho clásico, y de las transformaciones que tal concepto ha sufrido influenciado por las nuevas tendencias económicas y las modernas doctrinas jurídicas.

Comienza por referirse en forma precisa y breve al régimen social y jurídico anterior a la Revolución Francesa, para explayarse a continuación en la filosofía que inspiró este histórico movimiento y guió el cambio ideológico que se produjo en el mundo occidental a raíz del triunfo de la Revolución. Esta filosofía proclamó la dignidad y la libertad individuales, conceptos que se divulgaron hasta ser considerados eternos e inmutables y que se exageraron al extremo de conducir a una exaltación tal de la voluntad humana, que ésta llegó a ser la esencia misma de la organización jurídica del siglo pasado.

Así planteado el origen del valor de la voluntad en el derecho, el señor Llanos hace el estudio de esta voluntad, de los modos de manifestarla y de la capacidad jurídica, que no es sino la existencia de un elemento interno fundamental de la voluntad: el discernimiento. En este mismo párrafo se refiere a las incapacidades y a los vicios de la voluntad, circunstancias que se oponen a la plena eficacia de ésta, por significar una falta o disminución del discernimiento o una desarmonía entre la voluntad psicológica y la voluntad expresada. Alude también al objeto, a la causa y a las solemnidades de los actos y contratos, conceptos íntimamente ligados a la voluntad de las partes.

En el Capítulo Segundo entra de lleno al estudio de la autonomía de la voluntad en sí, refiriéndose a su concepto y evolución en el período anterior a 1789, a través del Derecho Romano, del Derecho Francés y del Español, para aludir en seguida al concepto amplio y al concepto restringido de la autonomía, señalando y analizando algunas definiciones. Concluye

que el principio en estudio tiene fuerza y valor única y exclusivamente en el campo del derecho privado, pero no, como algunos tratadistas pretenden, en el derecho público, porque aquí domina la voluntad general y no la individual; y que “la autonomía de la voluntad es un principio de derecho, sobre cuya base se encuentra estructurado todo el derecho privado, y según el cual no solamente se le confiere a la voluntad del individuo la facultad o poder para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas en la medida que lo desee, sino que aun más, la legislación privada entera no es sino una interpretación de la voluntad probable cuando ella no se ha manifestado en forma expresa”.

Al estudio de las consecuencias de la autonomía está dedicado el párrafo segundo de este Capítulo, y se consideran entre ellas a la facultad para crear situaciones jurídicas, a la existencia de los contratos innominados, a la obligatoriedad legal de los contratos, al efecto de su incumplimiento, a las reglas de interpretación de los mismos, reglas que están encaminadas a determinar la voluntad e intención de las partes, a la facultad para no crear situaciones jurídicas; a la relatividad de los contratos, a la facultad para extinguir derechos, al carácter consensual de los actos jurídicos, a la libertad en la forma de manifestar la voluntad y a la irretroactividad de las leyes. Al tratar estas materias, expone en forma acertada todo lo relacionado con la interpretación y calificación de los contratos, analizando sus elementos esenciales y los deberes del juez ante tales problemas.

El Capítulo Tercero está destinado al examen de las limitaciones de la autonomía de la voluntad en el derecho clásico, tratándose en especial del orden público y de las buenas costumbres y de los medios que nuestro Código Civil utiliza para asegurar el respeto de tales principios: el objeto ilícito y la causa ilícita.

Por último, en el Capítulo Final, el señor Llanos se ocupa de las transformaciones económicas y jurídicas de los tiempos modernos que han influido poderosamente en el concepto de la autonomía de la voluntad; y expone también, en forma somera, algunas de las nuevas doctrinas que han afectado, asimismo, gravemente a la tradicional autonomía, como son, entre otras, la relatividad de los derechos, las teorías de la lesión, de la imprevisión y del abuso del derecho, las moratorias, la noción del contrato dirigido y la ampliación del contenido obligatorio de los contratos.

Este es; suscintamente expresado, el contenido de la memoria en informe, cuya sola relación deja ya de manifiesto que es un trabajo de mérito que abarca materias complejas y aparentemente desligadas, pero que en el fondo constituyen un conjunto de evidente interés e importancia jurídica, que no puede ser ajeno a un estudio completo de la autonomía de la voluntad. En verdad, esta institución ha sido y sigue siendo uno de los más sólidos pilares del Derecho Civil y sus proyecciones alcanzan, como lo hace notar el señor Llanos, a todas las instituciones de esta rama del

derecho. Esta amplitud de la materia es por sí sola un obstáculo que requiere capacidad de síntesis y dominio del tema, para no caer en el vicio de perderse en tanta y lejana consecuencias destruyendo la unidad y solidez del trabajo. El autor de esta memoria ha sabido salvar este inconveniente con destreza e inteligencia.

La abundante bibliografía consultada ha sido bien aprovechada y demuestra gran esfuerzo de investigación. La solución de los problemas que se plantean permite apreciar dominio del derecho y buen criterio, sin que ello signifique la aceptación por parte del suscrito, de muchas de las afirmaciones que se hacen a lo largo del trabajo. Si a todo lo anterior se agrega una redacción fácil y agradable y un correcto estilo, debe concluirse que la memoria titulada “El principio de la autonomía de la voluntad y sus limitaciones”, merece ser aprobada con distinción.

Eugenio Velasco L.
Profesor de Derecho
Civil.

CAPITULO PRELIMINAR

Nociones fundamentales de la filosofía jurídica de la Revolución Francesa

Para comprender la trascendencia y sentido de la filosofía jurídica de la Revolución Francesa es indispensable empezar por una exposición acerca de los puntos más sobresalientes de la organización jurídica y social de lo que la historia designa bajo el nombre de Antiguo Régimen, esto es, la época anterior a la Revolución Francesa.

El régimen de gobierno de aquel entonces era monárquico, y a raíz de justificársele su origen divino, degeneró en un absolutismo caracterizado por la reunión en manos de un solo individuo de las facultades gubernamentales, las que se convirtieron en un poder arbitrario por no existir otros organismos que limitasen sus atribuciones. El rey era el titular de esas atribuciones y como representante de Dios en la tierra solamente ante él respondía del ejercicio del poder supremo. Al mismo tiempo el rey era el titular de la soberanía y su voluntad constituía la ley que debían acatar los gobernados. La fórmula "lex rex" sintetiza este criterio.

El fundamento de la sociedad de aquella época era la desigualdad, traducida objetivamente en la noción de clases sociales. Se distinguían tres clases: la nobleza, el clero y el estado llano. Esta diferenciación en clases, determinaba los privilegios de que gozaban algunas de ellas y la sumisión y cargas que debían soportar los miembros de la otra, o sea, una desigualdad en la repartición de los impuestos y cargas públicas, ya que solamente era el estado llano el que las soportaba. Las prestaciones de servicios personales, diezmos, censos, terrazgos, impuestos reales, etc., recaían sobre los más débiles de la sociedad. Aparentemente los impuestos indirectos establecidos para que recayesen sobre todos, siempre constituían una carga más pesada sobre los pobres que sobre los ricos, a consecuencia de los abusos cometidos por los encargados de la recaudación.

La administración de justicia, ejercida por funcionarios que habían comprado sus cargos y que con el tiempo llegaron a ser hereditarios, estaba muy lejos de ser gratuita e imparcial. Solamente sirvió para que estos funcionarios amasaran enormes fortunas.

Por otra parte, doctrinariamente, el juez, como dice Reichel, "era sólo el ejecutor de la voluntad del señor territorial, manifestada en la ley. No podía adoptar resoluciones propias; la ley y las órdenes del servicio le decían todo lo que era necesario. Lo que hoy nosotros denominamos interpretación, no era otra cosa que la averiguación de aquello que el legislador (idéntico en esto al monarca) había querido y opinado. Si el juez tenía duda sobre el sentido de la ley, o si creía encontrar en ella una laguna,

debía dirigirse al Soberano o a su representante, para buscar allí la interpretación y resolución auténtica (1).

De libertad no podía hablarse en aquel régimen lleno de arbitrariedades y abusos. El poder ilimitado del gobierno traía como consecuencia una opresión sobre el individuo. Nadie se encontraba seguro en aquella época. Existían las famosas "lettres de cachet" que eran órdenes arbitrarias de encierro decretadas contra cualquier ciudadano, muchas veces sin causa justificada o motivos suficientes, y a menudo para satisfacer simples odios personales.

El destierro era otras de las medidas judiciales muy en boga durante el Antiguo Régimen, y el arbitrio judicial daba base para la aplicación de penas injustas. Y en seguida para sellar el carácter arbitrario de este régimen no existía el derecho para que los ciudadanos manifestaran libremente sus opiniones e hicieran ver los abusos e incorrecciones de que eran objeto.

El trabajo estaba organizado en forma corporativa, es decir, tenía como base a la corporación, institución que si en realidad tuvo una enorme importancia en cierta época y respondió en la forma más amplia a las necesidades que le dieron su origen, sin embargo, a las puertas de la Revolución se encontraba en una franca decadencia y constituía una traba principalmente a la libertad de trabajo.

La corporación llegó a ser "una asociación cerrada y obligatoria que establecía una jerarquía entre sus miembros y les imponía un reglamento que tenía fuerza legal. Era institución, y como toda institución encerraba las voluntades y las libertades individuales. Los excesos de la reglamentación la hicieron odiosa; la Revolución la suprimió a causa de sus abusos y prohibió crearla de nuevo para defender mejor la libertad de comercio, de industria y del trabajo" (2), ya que habían logrado constituir fuertes monopolios, casi en el exclusivo beneficio de los maestros o jefes de las corporaciones y de sus familias, en desmedro de los intereses de sus subordinados y de la colectividad en general.

Una reglamentación excesiva y arbitraria, en fin, en todo orden de cosas encontramos como la expresión máxima de este régimen, reglamentación que adquiere una justificación plena con la aceptación por el régimen imperante en aquel entonces, del sistema mercantilista, cuya base es precisamente la ingerencia del Estado en las actividades particulares.

Este régimen político que hemos ligeramente esbozado no satisfacía a las modalidades económicas que empezaban a aflorar a fines del siglo XVIII. En efecto, se vislumbraba el desarrollo del capitalismo y de la grande industria, impulsados por factores tales como el descubrimiento, en épocas anteriores, de nuevas vías de comunicación, nuevos mercados, desarrollo del maquinismo, etc.

En Francia, "a mediados del siglo XVIII, el ejemplo de Inglaterra y la propaganda de los fisiócratas, habían hecho nacer una corriente de opinión en favor de una transformación de la agricultura en el sentido capitalista: es preciso librar el cultivo de toda reglamentación y acordarle el derecho de vender libremente sus productos" (3).

(1) Hans Reichel. La ley y la sentencia. Citado por O. Illanes B. El Juez y la ley. R. D. y J. T. XXIX Primera Parte, p. 19.

(2) G. Ripert. Le régime démocratique et le droit civil moderne, p. 127.

(3) Sagnac y otros. Cahiers de la Revolution Française, p. 21.

El fisiocratismo que detestaba la reglamentación mercantilista fué casi exclusivamente un movimiento francés. No salió de las fronteras de Francia pero, en cambio, su criterio *laisser-faire*, *laisser-passar* al suponer la existencia de un orden natural y esencial de las sociedades humanas, sirvió de base más tarde para la concepción económica del sistema liberal, el cual reconoce que: "Este orden natural y esencial es el resultado espontáneo de las leyes instituidas por Dios y la Naturaleza, a las cuales es necesario y bastante dejar actuando libremente para producir, en una nación, el máximo de prosperidad a cambio del mínimo de esfuerzos y gastos. Tales leyes son conocidas, no por la experiencia que nos revela lo que es y lo que no debe ser, sino por las meras luces de la razón, por la evidencia racional que tienen consigo apenas se las oye" (4). Y lógicamente, de este postulado general, según el cual las sociedades humanas se encuentran regidas por un orden natural que se establece por sí mismo, se deduce el principio de la abstención del cuerpo legislativo, el Estado, en las actividades particulares.

Junto con la transformación de la economía, que hemos ligeramente analizado, aparece una efervescencia en el campo intelectual y se juzga el valor de las doctrinas que justifican la organización política del Antiguo Régimen. Surge una concepción laica que aprecia las instituciones, y se duda y discute el origen divino de los gobernantes, que les ha dado todas sus prerrogativas. Pues bien, a esta realidad que se desenvolvía había que buscarle una justificación filosófica. Porque, ¿con qué derecho se iba a solicitar una mayor libertad para que se desarrollaran la industria y el comercio? ¿No estaba acaso en manos de un solo hombre, como representante de Dios en la tierra, el derecho para oponerse a toda transformación, cualquiera que ella hubiese sido?

Y es Juan Jacobo Rousseau quien en su obra *El Contrato Social* da la plena justificación a este movimiento de renovación. Aquí nos detendremos un instante para hacer un breve análisis de los principios más importantes contenidos en este libro de Rousseau, el cual ha sido considerado como la Biblia de la Revolución. En él se parte de la premisa según la cual el hombre primitivamente vivió en el estado de naturaleza y en el cual era libre e igual a sus semejantes. La libertad y la igualdad eran exigencias absolutas de la Naturaleza. Pero, llega un momento en que los hombres a fin de atender su propia conservación y ayudarse mutuamente, convienen en echar las bases de la sociedad civil. Pero, ¿cómo hacerlo, a fin de no perder esa libertad natural que les pertenece? ¿Cómo "encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda fuerza común a la persona y los bienes de cada asociado, y por virtud de la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y quede tan libre como antes? Tal es el problema fundamental, al cual da solución el *Contrato Social*" (5). Y he aquí la solución: "la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a toda la comunidad; porque, en primer lugar, dándose cada uno por entero, la condición es la misma para todos y siendo la condición igual para todos, nadie tiene interés para hacerla onerosa a los demás" (6). Y con esto se salva, según Rousseau, la libertad natural del hombre.

La sociedad civil tiene entonces como base este contrato celebrado por los hombres en épocas remotas, y profundizando más aún, tiene por base

(4) L. Rougier. *Las místicas económicas*, p. 75.

(5) Juan J. Rousseau. *El Contrato Social*, p. 5.

(6) Juan J. Rousseau. *El Contrato Social*, p. 5.

la voluntad soberana del hombre libre, quien si en verdad pierde “su libertad natural y un derecho ilimitado a todo cuanto le apetece y puede alcanzar; lo que gana es la libertad civil y la propiedad de todo lo que posee” (7).

De esta idea básica de la obra de Rousseau, el contrato, emanan importantes consecuencias y alrededor de las cuales se teje todo el sistema de organización social que tuvo en vista el mundo entero en el siglo pasado. El contrato social “produce inmediatamente en vez de la persona particular de cada contratante, un cuerpo moral y colectivo, compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea, el cual recibe en este mismo acto su unidad, su yo común, su vida y su voluntad. Esta persona pública que así se forma, por la unión de todos los demás, tomaba en otro tiempo el nombre de ciudad y toma ahora el de república o de cuerpo político, que es llamado por sus miembros Estado, cuando es pasivo; soberano, cuando es activo; poder, al compararlo a sus semejantes; respecto de los asociados toman colectivamente el nombre de pueblo y se llaman en particular ciudadanos, en cuanto son participantes de la autoridad soberana, y súbitos, en cuanto sometidos a las leyes del Estado” (8).

El contrato social ha dado origen a un ser colectivo que tiene vida y voluntad propia. Los individuos particularmente por aquella convención contribuyen a formar parte de este cuerpo político, es decir, los ciudadanos, el pueblo, usando el tecnicismo rousseuniano, constituyen la noción de “soberano”. Ellos considerados colectivamente son los titulares de la noción de soberanía, esto es, el ejercicio de la voluntad general. “De igual modo que la Naturaleza da a cada hombre, expresa Rousseau, un poder absoluto sobre sus miembros, así el pacto social da al cuerpo político un poder absoluto sobre todo lo suyo. Este mismo poder es el que, dirigido por la voluntad general, lleva el nombre de soberanía” (9). Pero este poder soberano no puede exceder de ciertos límites. Si el fin del Contrato Social era conseguir ciertos propósitos conservando la libertad de sus miembros, mal habría hecho en no fijar una limitación. De esta manera “el poder soberano, por muy absoluto, sagrado e inviolable que sea, no excede, ni puede exceder, de los límites de las convenciones generales, y que todo hombre puede disponer plenamente de lo que por virtud de esas convenciones le han dejado de sus bienes y de su libertad” (10).

El cuerpo social nacido a raíz del pacto, necesita manifestar su voluntad y la ley viene a llenar este cometido. La ley es un acto de la voluntad general que fija todos los derechos y constituye la condición de la asociación civil. Siendo así, “el pueblo sometido a las leyes debe ser su autor; no corresponde regular las condiciones de la sociedad sino a los que se asocian” (11).

Y ésta es en sus líneas más generales la doctrina de Rousseau que sirvió de cimiento a toda la filosofía jurídica del siglo XIX. Exacta o errónea, con base científica o sin ella, la doctrina de Rousseau transformó la contextura del derecho en una forma tan integral, como movimiento ideológico alguno lo haya hecho jamás. El mundo necesitaba libertad más que nada y seguridad en los derechos del hombre para lanzarse a la lucha comercial e industrial, y Rousseau al justificar estas pretensiones recibe el nombre de padre del mundo moderno.

Los intentos de reforma que se pretendieron hacer, en el sentido de adoptar las nuevas ideologías en los actos de gobierno, dando origen al

(7) Juan J. Rousseau. El Contrato Social, p. 7.

(8) Juan J. Rousseau. Ob. cit., p. 5.

(9) Juan J. Rousseau. Ob. cit., p. 10.

(10) Juan J. Rousseau. Ob. cit., p. 11.

(11) Juan J. Rousseau. Ob. cit., p. 13.

Despotismo de Estado, no tuvieron éxito. La Revolución estaba hecha en los espíritus y una conciliación ya no era posible entre las ideas nuevas y el régimen que estaba destinado a perecer. Y vinieron entonces, los días dramáticos y heroicos para la Francia y sobre las ruinas ensangrentadas del Antiguo Régimen, aparece la democracia como una continuación de los movimientos ideológicos operados un siglo antes en Inglaterra y pocos años antes en Estados Unidos de Norteamérica y cimentada sobre sus dos postulados básicos: Libertad e Igualdad.

El sistema de organización política explicado anteriormente y que como hemos visto recibió el nombre de régimen absoluto, imperó más o menos con las mismas características en todos los países europeos y sus colonias en el resto del mundo.

Inglaterra antes que ningún otro país, logró limitar los excesos del poder monárquico por medio del reconocimiento del principio de la soberanía popular con la revolución del año 1688. También se logró en cierto modo, la libertad de culto. Los ingleses tuvieron una Declaración de derechos en la cual se consignaron las libertades reconocidas a los ciudadanos ingleses desde la Carta Magna. Pero estas transformaciones hacia un sistema de libertad en Inglaterra, no tuvieron una trascendencia mayor en forma inmediata en ninguna otra parte del mundo. Por otra parte es curioso anotar el hecho de que mientras los ciudadanos ingleses obtenían todos estos privilegios, en Francia triunfaba la monarquía absoluta con todas sus características que hemos indicado.

Estados Unidos de Norteamérica, también antes que Francia lanzó su grito de libertad y obtuvo su independencia y se anticipó en mucho, incluso en los postulados mismos que pocos años más tarde iban a adquirir un relieve sobresaliente con la Revolución Francesa. En la Convención de Virginia el 12 de Julio de 1776, se hizo una solemne Declaración de derechos.

Como vemos este movimiento ideológico no fué exclusiyo de Francia sino del mundo occidental entero, y en el cual también debémos incluir la América española. En Francia no empezaron, pues, los fermentos de la Revolución, ni Francia fué tampoco la primera en dar el ejemplo con los principios básicos que orientarían la nueva humanidad. Pero, en Francia se opera el milagro de la universalidad de los principios democráticos por los contornos sobresalientes que allí adquirieron los hechos; por la grandilocuencia de la forma en que fué efectuada; por el heroísmo de aquel pueblo que rompió sus cadenas. En Francia se verifica el coronamiento de la evolución de las ideas políticas y económicas que nacieron en Inglaterra y que determinaron la transformación de las instituciones y formas políticas que hasta entonces habían regido. Sin duda alguna, es esta la razón por la cual a este movimiento universal, ocurrido en el siglo pasado, se llama Revolución Francesa y se seguirá llamando en esta forma.

Con la Revolución Francesa surgen las formas republicanas de gobierno, o por lo menos las monarquías limitadas por constituciones, el régimen parlamentario, el principio de la separación de los poderes, la soberanía del pueblo, etc. Particularmente en Francia “proclamóse la ruptura completa con el antiguo orden social y obtuvo una victoria sin par el espíritu democrático de la época. . . . Todas las prestaciones personales fueron abolidas sin indemnización; todos los derechos reales fueron declarados redi-

mibles. La lista de los acuerdos, tomados por unanimidad, comprendía: la abolición de la servidumbre, de las gabelas, de la justicia patrimonial, de los derechos de caza, de palomar y de conejera, la redimibilidad de los derechos señoriales y de los diezmos, la anulación de todos los privilegios, la admisión de todos los ciudadanos a todos los cargos civiles y militares, la gratuidad de la justicia, la prohibición de comerciar con los cargos, la abolición de los privilegios provinciales y de clase, la prohibición de acumular beneficios y pensiones ilegalmente adquiridas, la transformación de las corporaciones" (12).

De esta manera reciben su consagración positiva los principios de libertad e igualdad por las cuales el hombre ha luchado permanentemente desde las épocas más remotas, porque si consideramos la historia universal en su esencia, ella no es sino una demostración de la lucha constante del hombre por alcanzar estos ideales en uno u otro sentido según sea la época en que se verifican. Así relacionado directamente con nuestra civilización, el cristianismo imprimió un rumbo hacia estos ideales y naturalmente como movimiento de naturaleza religiosa, logró una igualdad de todos los hombres ante Dios y cierto respeto por la personalidad humana. Después la Reforma movimiento renovador por excelencia dió a la humanidad uno de los más sagrados derechos: la libertad de conciencia.

Y así como estos ejemplos, si analizamos los grandes movimientos ideológicos de la humanidad, veremos que todos ellos tienden, cual más cual menos, hacia estos ideales: ora con un fin en que predomina la moral, como lo fueron el cristianismo y la reforma; ora con un fin en que la política o la economía preponderan, como en la Revolución Francesa e incluso en el movimiento de transformación o que asistimos en nuestros días. Como muy bien lo ha expresado Hegel en su *Filosofía de la Historia*: "la historia del mundo no es más que el desenvolvimiento de la idea de libertad".

"La Revolución Francesa, dice Le-Fur, continuó la tradición cristiana tomando como máximas fundamentales de la nueva sociedad la trilogía célebre: libertad, igualdad, fraternidad" (13), y superó al cristianismo ya que aquél reconocía la igualdad de los hombres ante Dios y ella le dió algo más terrenal: la igualdad ante la ley.

Walter Goetz expresa: "es acaso el más apasionado intento que lleva a cabo la historia humana para crear, en breve tiempo y por medio de leyes, un nuevo orden de la existencia humana. La creencia en el ideal supera, al parecer, todos los obstáculos. Y lo que finalmente se consigue es, a la postre, tanto, que en realidad el sistema político y social del siglo XVIII sucumbe y un nuevo mundo de ideas se apodera de los espíritus e informa el Estado y la sociedad del siglo XIX" (14).

Con todo esto a la Revolución Francesa no podrá desconocerle la trascendencia que ha tenido en la historia de la humanidad al dar al hombre derechos sin los cuales no podría desenvolver su personalidad. "El valor de la vida humana, la protección contra las arbitrariedades, contra las violencias, contra las muertes ilegales, el derecho del libre individuo a determinarse a sí mismo son resultados de esa época, que, con más fuerza aún que antaño el cristianismo, ha rechazado las acometidas de los poderes tiránicos, proclamando, exigiendo y aún imponiendo la ley de la humanidad para toda la vida. ¿Quién de nosotros podría respirar el aire del siglo XVI y XVII cuando el señor territorial determinaba la religión de sus súbditos, cuando el ciudadano era súbdito sin voluntad y cuando toda

(12) Walter Goetz. *Historia de la Revolución Francesa*, p. 31.

(13) Louis Le Fur. *Les grands problèmes du droit*, p. 531.

(14) Walter Goetz. *Ob. cit.*, p. 7.

la vida espiritual tropezaba de continuo contra las barreras impuestas por el Estado y por la Iglesia?" (15).

Se critica a la Revolución Francesa por estar cimentada sobre conceptos falsos y erróneos y que sus principios han provocado posteriormente muchos problemas en la vida de los pueblos. Pero en realidad, el error no es propiamente de la Revolución, sino de los que pretenden regirse por aquellos principios, sin reparar que tenemos una realidad diferente a consecuencia de las transformaciones de la vida.

Los principios proclamados por la Revolución tenían por objeto solucionar los problemas propios de los hombres de aquella época. Así ellos concibieron, por ejemplo, la doctrina de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Pero, ¿por qué? Porque era necesario oponer este concepto a la fuerza arbitraria del poder monárquico. Pero hoy día ya no sucede lo mismo y no necesitamos de estos argumentos para hacer valer y respetar nuestros derechos, y si en pleno siglo XX seguimos creyendo en el valor de la teoría de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, el error será nuestro y no de la Revolución. Pues, si nosotros tenemos nuestros problemas debemos buscarle las soluciones jurídicas que les convengan, según nuestra idiosincrasia, y no aplicarles las normas elaboradas por los hombres para sus necesidades hace ya más de siglo y medio a esta parte (16).

Es importante también advertir que tampoco debemos juzgar el espíritu de la Revolución por la legislación proveniente de aquella época. Esa legislación muchas veces no interpreta los principios revolucionarios. Si juzgamos a la Revolución por el Código Civil dictado por Napoleón, por ejemplo, seguramente caeríamos en el más lamentable de los errores. Porque, como expresa George Ripert, "lo que la Convención y el Directorio habían querido, era dar a la Francia un derecho nuevo. Brutalmente el Consulado interrumpió la obra. Al encargar a sus comisarios la redacción del Código Civil, Bonaparte les dijo que la novela de la Revolución había terminado... El Código Civil impuesto a la Francia ha sido inspirado por un sentimiento completamente hostil a la Revolución" (17).

En realidad, cualquiera que sea el punto de vista con que se considere a la Revolución Francesa y cualquiera que sean las formas políticas y sociales que adopte la humanidad en el futuro y por más reñidos que sean sus principios con los de la Gran Revolución, no podrá jamás desconocer el valor inmenso de su contenido trascendental, porque ella es la depositaria y la continuadora de los ideales de libertad, ideales que, como ya lo hemos dicho, constituyen el resorte mágico que impulsa a los hombres hacia las transformaciones sociales que han de darle mejores días.

La Revolución Francesa, como toda obra del hombre, llevó en sí el sello de la imperfección y el apasionamiento: Y si a esto añadimos el carácter revolucionario que tuvo, del cual muchas veces nos olvidamos para juzgarla, se comprenderá fácilmente el motivo de las críticas de que ha sido objeto. Como revolución que fué, no está exenta de la violencia que caracteriza a todo acto de fuerza, pero tenía que destruir los cimientos carcomidos del régimen que fenecía para construir los principios de la nueva organización social. Se reaccionaba contra un medio hostil, y el movimiento de reacción debió ser lo suficientemente fuerte para que

(15) Walter Goetz. Ob. cit., p. 12.

(16) Véase Luis D. Cruz Ocampo. El fracaso de la democracia. Rev. Atenea N.º 100, p. 418 y siguientes.

(17) G. Ripert. Ob. cit., p. 69.

podiera desplazar de su órbita el régimen despótico combatido. Los ideales debieron exagerarse hasta el extremo para conseguir que al fin de cuentas quedaran en su justo medio. Pero, a pesar de las imperfecciones, apasionamientos y exageraciones, la Revolución Francesa constituye un saldo a favor de los principios por los cuales el hombre ha luchado siempre.

La Revolución Francesa se levanta en contra de las arbitrariedades y al proclamar con caracteres indelebiles las "verdades eternas" que habían de iluminar los destinos de la humanidad por el resto de los siglos, asegura al individuo los derechos indispensables para el libre e íntegro desarrollo de su personalidad. Tales verdades eternas se encuentran contenidas en el monumento máximo de la Revolución, conocido con el nombre de Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, el cual en su articulado encierra la filosofía jurídica de la Revolución.

Es interesante el comentario que en su obra "La Revolución Francesa" hace Alberto Matthiez, respecto de este documento que hemos mencionado. Dice así: "La declaración fué, a la vez, la condenación implícita de los antiguos abusos y el catecismo filosófico del orden nuevo.

Nacida al calor de la lucha, garantizaba "la resistencia a la opresión", o sea, y dicho de otra manera, justificaba la revuelta que acababa de triunfar, sin temor a legalizar por adelantado otras posibles posteriores revueltas. Proclamó los derechos naturales e imprescriptibles: libertad, igualdad, propiedad, voto y control del impuesto y de la ley, jurado, etc. Olvidó el derecho de asociación por odio a las órdenes y a las corporaciones. Colocó la majestad del pueblo en el lugar de la majestad del rey, y el magisterio de la ley en el sitio que antes había ocupado la arbitrariedad... fué una página magnífica de Derecho Público; la fuente de todos los derechos políticos que se realizaron en el mundo durante el siglo siguiente" (18). La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano es el reconocimiento de los derechos naturales e imprescriptibles que a los hombres les pertenecen como tales desde antes de la formación de la sociedad civil (derechos del hombre) y el reconocimiento de los derechos que nacen con el contrato social, una vez que se adquiere el carácter de miembro de la sociedad (derechos del ciudadano) (19).

"En el gran movimiento que han producido las Declaraciones de derechos, dice Hauriou, hay algo más que una opinión doctrinal, hay un movimiento de fe profunda en el ideal que animó constantemente la civilización clásica. Es una reviviscencia de esa fe. El orden moral, cuya restauración por encima del orden material constituye el fin del régimen constitucional, es el orden individualista; los mecanismos constitucionales son únicamente humildes cooperadores. Y la trascendencia de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, consiste en haber sido el primer documento solemne, aunque incompleto, que ha proclamado esta verdad a la faz del mundo. Mediante la Declaración se ha hecho patrimonio de la conciencia pública dicha verdad" (20).

Por sobre todos los derechos que reconoce la Declaración, sobresalen dos principios, al mismo tiempo que derechos, los que constituyen la

(18) Albert Matthiez. La Revolución Francesa, p. 78.

(19) Véase, A. Esmein. *Eléments de Droit Constitutionnel*. T. I, p. 579. L. Duguit. *Manuel de Droit Constitutionnel*, p. 216.

(20) M. Hauriou. *Principios de Derecho Constitucional y Público*, p. 64.

esencia del pensamiento jurídico de la Revolución. Ellos son la libertad y la igualdad.

En la Declaración no se dió expresamente una definición de lo que debe entenderse por este concepto de igualdad, tal como se hizo con la libertad. Pero en cambio podemos deducirla del artículo 6 de la Declaración. Y así podemos decir que “la igualdad consiste en que la ley es la misma para todos tanto cuando protege como cuando castiga”. De este mismo concepto tal vez parece derivarse aquel otro tan vulgarmente conocido, “la ley pareja no es dura”, con lo que se quiere significar que la ley por más dura que sea, con tal que sea aplicada a todos en la misma forma y no se haga diferencias en su aplicación entre los individuos, no produce ninguna situación irritante entre los hombres.

Este principio de la igualdad no fué letra muerta, sino que recibió una aplicación la cual determinó un cambio radical en la construcción jurídica del siglo pasado. Así, v. gr., la igualdad en los impuestos; la igualdad en la justicia, suprimiéndose los fueros injustificados y aplicando igual pena a igual delito; igualdad en la admisión de empleos y cargos públicos, etc.

Pero seguramente si comparamos este concepto con su gemelo la libertad, debemos reconocer que no se tuvo una mayor preocupación por él. La igualdad fué considerada más bien como para servirle de base o plataforma a la libertad. El tratadista Hauriou, ha dicho: “Lo que se llama la igualdad ha de entenderse en el sentido de igualdad ante la ley o de igualdad de derechos legales. No es una igualdad de hecho en las condiciones materiales de la vida. El principio del orden individualista es que cada cual viva su vida, con sus riesgos y peligros; se limita a dar a cada individuo los mismos medios jurídicos de acción y a retirar los obstáculos que en el Antiguo Régimen, provenían de los privilegios de clase. No le asegura ni puede asegurarle, los resultados económicos” (21).

En cuanto a la libertad si armonizamos los artículos de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, podemos establecer el siguiente concepto: “consiste en poder hacer todo lo que no está prohibido por la ley y en no poder ser obligado a hacer lo que la ley no ordena” (art. 4 y 5).

La libertad, como también la igualdad, eran derechos que le pertenecían al hombre en el estado de naturaleza y no habiéndolos renunciado en el contrato social, los conserva íntegramente y con todas sus prerrogativas. Porque “renunciar a la libertad es renunciar a la cualidad de hombres, a los derechos de humanidad e incluso a los deberes. No hay compensación posible para quien renuncia a todo. Tal renuncia es incompatible con la naturaleza del hombre, e implica arrebatarse toda moralidad a las acciones el arrebatarse la libertad a la voluntad” (22).

Ya hemos visto anteriormente que en el Contrato Social el hombre pierde su libertad natural, pero en cambio adquiere la libertad civil y esta libertad talvez constituye el triunfo mayor obtenido por el hombre en el campo del derecho por las consecuencias enormes que de este concepto se derivan, y que más adelante explicaremos.

De no menos importancia es el carácter laico de la Revolución, con una acentuada tendencia anticlerical, lo que le permitió juzgar los problemas desentendiéndose un tanto de la fe impuesta por la religión católica, para someterlo todo al agua regia de la Razón. Las verdades eternas con-

(21) M. Hauriou. Ob. cit., p. 102.

(22) Juan J. Rousseau. Ob. cit., p. 3.

tenidas en la Declaración de derechos, eran revelaciones obtenidas por la recta razón, que al disipar el error, abre el camino que conduce a la verdad. La Razón era la suprema luz que iluminaba el intelecto del hombre, la que le permitía conocer la realidad de las cosas al mismo tiempo que constituía la fuerza reguladora de los excesos a que puede conducir la imaginación y la sensibilidad.

Esta concepción de la Razón hizo que los revolucionarios del siglo pasado constituyeran un verdadero culto en torno de ella. Y es así como la historia nos informa que el Culto de la Razón fué establecido oficialmente en París, el 20 de Brumario en una ceremonia realizada en Notre-Dame y en la cual una actriz vestida con una túnica blanca, un manto azul y un bonete rojo representaba la libertad. “Hoy día, se decía, no debe haber otro culto público y nacional que el de la Libertad y el de la Santa Igualdad”. “El Ser Supremo no quiere otro culto que el de la Razón; no prescribe otro, y en adelante será la religión nacional” (23).

La Razón sería el elemento intelectual que le permitiría al hombre y en especial al legislador, captar y constatar los principios inmutables y universales, superiores y anteriores a las leyes positivas, que constituyen el Derecho Natural y cuyo contenido se opone con energía frente a las voluntades caprichosas y déspotas de los gobernantes de aquella época (24).

El legislador al constatar por medio de la Razón la esencia del derecho natural, que era lo justo por emanar de la naturaleza de las cosas, lo revela por intermedio de la ley en una forma íntegra y exacta. En otras palabras, la Razón, permite al legislador realizar la justicia perfecta por medio de la ley, evitando las contradicciones que pudiera haber entre las disposiciones positivas y el Derecho Natural.

Para la concepción clásica del derecho todo lo legal es justo y de acuerdo con la voluntad del pueblo, por lo tanto. Por eso es que junto al culto de la Razón se constituye entre los juristas un culto de la ley. La ley ante todo para ellos.

Este es el motivo que tiene Bugnet para expresar: “Yo no conozco el derecho civil; yo no enseño sino el Código de Napoleón”. “Mi divisa, mi profesión de fe, exclama Demolombe, es ésta: los textos antes de todo”. Y Proudhon dice: “es calumniar la ley, suponer que es silenciosa, oscura e insuficiente” (25). Pero antes que estos autores, uno de los grandes precursores de la Revolución, Montesquieu, había opinado: “En el gobierno republicano es de la naturaleza de la constitución que los jueces sigan la letra de la ley” (26).

La perfección supuesta a la ley por esta concepción, determina su omnipotencia, al mismo tiempo que establece el rol que corresponde al poder judicial al aplicarla en los casos particulares. El juez para no desvirtuar la voluntad del pueblo soberano manifestada en la ley debía aplicarla mecánicamente. “Bajo el imperio de un código escrito, el juez, no tiene que resolver cual será intrínsecamente el mejor partido en el caso particular que debe decidir, sino tan sólo consultar el artículo de la ley que le es aplicable... “El método que debe seguirse es entera y exclusivamente un método de razonamiento, de silogismo” (27).

(23) Lavis y Rambaud. *Histoire générale*, p. 516.

(24) Véase: G. Ripert. *Ob. cit.*, p. 50. W. Goetz *Ob. cit.*, p. 8. A. Olguín *Las lagunas de la ley y el arbitrio judicial*, p. 59.

(25) Véase: G. Ripert. *Ob. cit.*, p. 51. J. Bonnet. *Science du droit et romantisme*, p. 9 y 10.

(26) Citado por G. Ripert. *Ob. cit.*, p. 50.

(27) Stuart Mill, citado por A. Olguín. *Ob. cit.*, p. 26.

El juez debía aplicar la ley mecánicamente cuando no cabía duda acerca del alcance y de su contenido, sin tener derecho a pronunciarse sobre el carácter justo o injusto de la ley. Su papel se limitaba sencillamente a aplicarla sin vacilación, por cuanto “*dura lex sed lex*”. “Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”, establece nuestro Código Civil que adopta esta doctrina en el artículo 19.

Si en esta aplicación surgía alguna duda, la labor del juez debía dirigirse hacia la búsqueda, por medio de la razón, de la voluntad del legislador y más que de la voluntad, de su intención. Debía realizar en estos casos una interpretación de la voluntad probable del legislador la cual podía deducirse de otros actos legislativos. “Se puede para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento, termina diciendo en el artículo 19 de nuestro Código Civil.

Del carácter mecánico que adopta el juez en la aplicación de la ley, surge su actitud pasiva en las controversias que ante él dilucidan las partes sobre todo en materia civil, es decir, en que se discuten los derechos privados de las partes. El rol activo corresponde, pues, a los propios interesados. En estos casos el juez está “sometido sólo a las pruebas que aleguen los interesados, de tal modo que su función es meramente receptiva, sin que pueda investigar por sí y revelar hechos que, aunque no alegados por las partes, puedan ejercer influencia en la resolución de la causa.

La dirección del litigio queda abandonada casi enteramente a las partes. Los jueces se hallan amarrados de brazos para aclarar y acelerar la marcha del proceso por su propia iniciativa” (28).

Para la filosofía jurídica de la Revolución Francesa el concepto de libertad en el hombre es algo tan fuertemente incorporado en la naturaleza misma de éste, algo tan inherente a la cualidad de hombre, que constituye un derecho natural e imprescriptible, es decir, que siempre ha tenido este derecho y jamás podrá dejar de tenerlo.

Pero esta libertad no es solamente propia de los reyes y príncipes, sino que ella pertenece a todos los individuos de la especie humana, es decir, a todo hijo de mujer, sin que haya que tomarse en consideración ni la edad, el sexo, la estirpe, ni la condición (29). De otra manera la igualdad, por la que también luchó valientemente la Revolución, no habría sido sino una vana ilusión.

La Revolución Francesa cobra especial importancia en este aspecto, porque llega a hacer idénticos dos conceptos que no siempre han sido considerados como tales: el concepto hombre y el concepto persona. Así, por ejemplo, para “los romanos, fundándose en la legislación especial que los rige, establecen diferencias entre hombre y persona. Llaman hombre al ser que tiene mente racional en cuerpo humano, y persona, al hombre libre (*homo liber*). Los esclavos (*homines servi*) son hombres, pero no personas, porque carecen del *status libertatis*, y entran en la categoría de cosas: pueden comprarse y venderse como un mueble” (30). Y esto que se dice de los romanos debemos hacerlo extensivo también a todos aquellos pueblos que con posterioridad a los romanos tuvieron un sistema de organización basado en la esclavitud.

El reconocimiento de la libertad civil de todos los hombres, es talvez uno de los triunfos mayores obtenidos con el movimiento de renovación

(28) A. Olguín. Ob. cit., p. 30.

(29) Código Civil Chileno, artículo 55.

(30) Alessandri y Somarriva. Curso de derecho civil. T. II, p. 8.

de la Revolución Francesa, porque el elemento libertad es lo que determina la categoría de persona. Gracias a ella en nuestros días decir hombre equivale a decir persona o vice-versa y no como acontecía en épocas anteriores en que el concepto persona era una especie del concepto hombre, es decir, no todos los hombres por el hecho de ser tales eran personas, sino que única y exclusivamente los hombres libres lo eran.

La persona es “una substancia individual completa, de naturaleza intelectual y dueña de sus acciones, sui géneris, autónoma en el sentido auténtico de esta palabra. Así el nombre de persona queda reservado a las substancias que poseen esa cosa divina, el espíritu, y que, por esta razón, cada una es por sí sola un mundo superior a todo el orden de los cuerpos, un mundo espiritual y moral que, hablando con propiedad, no es una parte de este universo, y cuyo secreto es inviolable aún a la mirada de los ángeles; el nombre de persona queda reservado a las substancias que eligiendo su fin, son capaces de determinarse ellas mismas a los medios, e introducir en el universo, por su libertad serie de acontecimientos nuevos, a las substancias que pueden decir a su manera: fiat, y eso se hace” (31).

Este hermoso párrafo que hemos reproducido de la filosofía cristiana, nos muestra la forma en que concibieron los hombres del siglo pasado la idea de persona. Vemos que todo el pensamiento se concentra en lo que podemos llamar un verdadero núcleo central, en cuyo contorno se concibe todo un sistema jurídico, el que no hace más que reconocer la potencia creadora del alma humana por intermedio de la voluntad que es susceptible de manifestaciones externas (32).

A todos los hombres, al ser elevados por el derecho de la Revolución Francesa a la categoría de personas, se les reconocen ciertos atributos o derechos inherentes a ellos y que determinan la diferencia específica entre un individuo y otro, lo que constituye la personalidad. Podemos decir entonces, que la personalidad es el conjunto de derechos o atributos inherentes a la persona, es decir, que no puede desprenderse de ellos, y que la individualizan, permitiéndole actuar en la vida de sociedad en forma independiente.

“Sólo porque vive jurídicamente, y desde que la ley reconoce su existencia, el individuo debe poseer todos los derechos necesarios para asegurar su respeto como entidad especial, con las aptitudes necesarias a su vida en el medio en que se encuentra, y las cualidades con que creen deber adornarse los miembros de ese medio según su estado de civilización más o menos avanzada”, dice Perreau (33).

Estos atributos inherentes a las personas y que constituyen su personalidad y su dignidad, son numerosos. Algunos de ellos tienden a fortalecer el respeto de la persona humana, o sea, su integridad moral, como el derecho al honor, el derecho a la consideración, el derecho a la libertad. Otros tienden a conservar la integridad física de la persona, como el derecho a la vida, el derecho a la integridad del cuerpo, el derecho a la salud, etc. (34).

Pero sobre todos estos derechos enunciados, que integran la personalidad, hay otros de una trascendencia jurídica especial: el nombre, el estado civil, la nacionalidad, el domicilio, y la capacidad de goce. De todos

(31) Jacques Maritain. *Tres reformadores*, p. 30.

(32) Véase L. Miraglia. *Filosofía del derecho*, p. 157 y sigts.; 359 y sigts.

(33) E. H. Perreau. *Des droits de la personnalité*. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1909, p. 503.

(34) Véase: Perreau. *Trabajo citado*; Alessandri y Somarriva. *Ob. cit.* T. II, p. 70 y siguientes.

ellos se ha preocupado más en detalle el derecho positivo, reglamentándolos en forma más completa. No nos preocuparemos mayormente de ellos a fin de seguir adelante con nuestra materia.

La Revolución Francesa salvó al individuo de la opresión del Antiguo Régimen y hemos visto que su afán se convirtió en el más grande de los intentos, que registra la humanidad, de exaltación de la personalidad humana.

El derecho influenciado por esta tendencia tornóse individualista, es decir, reconoció en el individuo la esencia de la sociedad y su fin debió propender al afianzamiento del respeto y protección del individuo por sobre todas las cosas.

El hombre es un fin en sí mismo había dicho Kant, uno de los grandes propulsores del individualismo desde el campo filosófico; y Portalis, uno de los redactores del Código de Napoleón agrega después: "Las personas son el principio y el fin del derecho, pues las cosas nada son para el legislador sin la utilidad que de ellas sacan las personas" ⁽³⁵⁾.

El hombre había formado voluntariamente con el Contrato Social, la sociedad, es decir, el medio para alcanzar sus fines y este pensamiento quedó consignado en el artículo 2 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano: "El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre". Y esto se explica, porque el hombre posee derechos superiores a la sociedad y anteriores a ella, de acuerdo con esta concepción.

Pasó a ser el individuo, el átomo de la sociedad, es decir, la sociedad iba a ser formada por la suma de los individuos específicamente considerados. "Dada tal noción de la sociedad, se deduce que el individuo es la única realidad verdadera, que el único fin es el individuo, que no hay fines de la sociedad distintos de los individuales, que la sociedad es un medio y existe simplemente para el bien del individuo. De ahí las aplicaciones consiguientes del derecho. Este no debe hacer otra cosa que garantizar el único fin realmente existente, o sea el fin individual, asegurar la conservación y desarrollo del individuo, su autonomía y libertad" ⁽³⁶⁾.

Este concepto individualista, que dominó totalmente en el siglo pasado, relega a segundo término la acción del Estado, en la vida de la sociedad. El Estado solamente debe preocuparse de asegurar, como un fiel guardián, la libre actividad de los hombres, sin tener el más mínimo derecho para intervenir en la economía. Las leyes y principios de la naturaleza se encargarían de poner en orden las cosas.

Los individuos deben, según este concepto, preocuparse de dirigir sus actividades en pro de un beneficio particular propio, en la forma que lo deseen según su temperamento, inclinaciones y necesidades sin importarle las repercusiones de sus actos en las actividades de los demás individuos o del Estado, que por lo demás son muy reducidas. Esta es, dicha en pocas palabras, la consecuencia del individualismo desbordante del siglo pasado en el campo de la economía, que recibe el nombre de economía liberal o individualista y la cual como ciencia "estudia las leyes del equilibrio, estático y dinámico, de un mercado hipotéticamente regido por la única ley de la oferta y la demanda, ejercitándose entre sujetos económicos absolutamente independientes los unos de los otros e independientes del

(35) Citado por J. Bonnetcase. *Supplément au Traité de droit civil de Baudry-Lacantinerie*. T. I, N.º 309.

(36) I. Vanni. *Filosofía del derecho*, p. 523.

Estado, preocupados exclusivamente de asegurar el máximum de provecho personal” (37).

La libertad otorga al hombre la calidad de persona, y como hemos visto, hace idénticos ambos conceptos. Los atributos inherentes a la persona constituyen su personalidad y este concepto le asegura los elementos necesarios para afianzar su categoría de ser dotado de razón, inteligencia y sentimientos. Pero con razón se ha dicho, que el hombre no solamente, “piensa y siente”, no solamente está dotado de razón, inteligencia y sentimientos. El hombre también “quiere” y es este querer el elemento esencial, que impulsa y pone en actividad la voluntad que es otra de las cualidades de la cual está dotado el hombre y que contribuye también a integrar su personalidad. Pero el querer del hombre no se basta a sí mismo, necesita traducirse en un acto de voluntad para alcanzar su finalidad, esto es, la posesión de las cosas queridas o deseadas para que satisfagan sus necesidades. Esto es lo que hace expresar a Hegel: “el campo del derecho es, en general, la espiritualidad y su próximo lugar y punto de partida es la voluntad, que es libre, de suerte que la libertad constituye su substancia y su determinación; y el sistema de derecho es el reino de la libertad realizada, el mundo del espíritu, expresado en sí mismo, como en su segunda naturaleza” (38).

Como bien podemos notar esta tendencia espiritualista del derecho “ve la esencia de la persona en el alma humana, de la que a su vez la característica es una voluntad libre y que obra guiada por la inteligencia y la razón, es decir, por una clara visión de las cosas” (39).

El derecho clásico o tradicional, como se llama también el, emanado de la Revolución Francesa, encuentra en este nuevo elemento, la voluntad, como manifestación del yo razonable y consciente de la personalidad del hombre, la base para construir la noción de sujeto de derecho o titular de ellos. Como muy bien expresa Josserand, “los derechos se establecen en razón de las personas; las cosas, aunque se agrupen en masa compacta, no podrían tener prerrogativas jurídicas: es el hombre, considerado individualmente o en agrupaciones que constituyen las personas jurídicas, el que constituye la razón de ser y el fin de todas las reglas de derecho; las cosas carecen de voluntad propia y por eso no pueden jugar sino un papel subalterno en una organización esencialmente humana” (40).

Como vemos, solamente al hombre y en razón de ser capaz de tener voliciones se le reconoce la cualidad de sujeto o titular de derechos, porque la voluntad es el elemento sine qua non de esta concepción jurídica. Por este motivo a esta teoría sobre el sujeto de derecho se le ha llamado teoría “sujeto voluntad” o como la llaman los alemanes “willensdogma” o “willenstheorie”.

Y este nuevo aspecto de la concepción de la filosofía jurídica de la Revolución Francesa nos hace encontrarnos ante el individuo a quien ya no solamente se le reconoce derechos naturales e imprescriptibles a fin de librarlo de la tiranía de los regímenes despóticos, y que nos había dado la impresión de timidez y mansedumbre. Nos encontramos ahora frente al individuo libre, considerado como un fin en sí mismo, y no como medio para otros fines, y más aún, considerado como único sujeto de derechos en virtud de su capacidad de tener voliciones.

(37) Louis Rougier. Ob. cit., p. 61.

(38) Guillermo Federico Hegel. Filosofía del Derecho, p. 45.

(39) J. Bonnetcase. Ob. cit. T. I, p. 508.

(40) Citado por Alessandri y Somarriva. Ob. cit. T. I, p. 509.

Sin duda alguna el derecho tradicional de buena gana hubiera considerado única y exclusivamente al hombre como sujeto de derecho. Pero la necesidad hizo que se reconociera también como tales, a ciertos seres desprovistos de existencia física, que derivan su existencia de una ficción del legislador quien les concede el privilegio de existir. El legislador “fundado en razones de interés general, supone, finge la existencia de estas personas, carentes de realidad, haciéndolas jugar un papel análogo al de las personas humanas” (41).

Y es en razón de esta ficción que se hace de algo que no tiene una existencia real, que se limita su existencia misma y sus atribuciones, porque “toda ficción es de derecho estricto, que supone pues una voluntad de la autoridad para personificar y dura solamente tanto como esta voluntad” (42).

Colin y Capitant refiriéndose al concepto tradicional sobre las personas jurídicas, expresan: “No hay más personas verdaderas, se decía, que los hombres mismos. Los derechos son prerrogativas reconocidas al hombre respecto de sus semejantes, y el uso de estas prerrogativas supone necesariamente una voluntad pensante y operante. Para poder, hace falta querer. Además no se comprendería que los derechos pudieran pertenecer a seres distintos de los hombres. Por lo tanto reconocer personalidad a abstracciones es suponer que son capaces de querer, es decir, crear una ficción” (43).

El concepto subjetivo del derecho dice relación íntima con el concepto anteriormente expuesto, o sea, el sujeto de derecho, el cual nos da la clave para comprender la noción de derecho subjetivo. Subjetivo es lo perteneciente o relativo al sujeto (44).

Ya hemos visto que el derecho clásico, para construir la noción de sujeto de derecho se ha valido del elemento voluntad. Esta es la que determina la cualidad en el hombre, de sujeto de derecho. Por medio de ella es que el hombre manifiesta su querer. Y es tal la fuerza que concentra en sí el elemento voluntad, que a menudo desplaza de nuestra imaginación el concepto mismo de sujeto de derecho que indiscutiblemente es del cual se deriva la noción de derecho subjetivo, o derecho relativo al sujeto. Ocurre que cuando hablamos de “subjetivo”, por una especie de asociación de ideas, se agolpa a nuestra imaginación la idea de algo íntimo, o mejor dicho algo interno, que ocurre dentro de nosotros mismos. Esto se debe sin duda alguna a que nuestra mente se asocia con lo inmediato, con lo más próximo, en todo este orden de cosas que analizamos. Y lo inmediato es en este caso, la voluntad, que es un fenómeno psicológico por excelencia cuya gestación y desarrollo tiene lugar en el interior del hombre, por decirlo así. De ahí entonces que cada vez que hablamos de subjetivo irrumpe de inmediato la idea que ya hemos expresado. Pero al final de cuentas ahondando más la cuestión tenemos que llegar forzosamente al concepto de sujeto de derecho que lo es también de la voluntad. Pues como expresa Valverde: “es necesario en todo derecho subjetivo partir de la existencia de un sujeto que tenga personalidad” (45).

(41) Alessandri y Somarriva. Ob. cit. T. II, p. 140.

(42) René Demogue. La notion de sujet de droit. Rv. Trim. 1909, p. 614.

(43) Colin y Capitant. Curso de derecho civil, T. II, p. 432.

Véase: Raoul Brugges. Le droit et l'obligation. Rev. Trim. 1909, p. 301 y siguientes; Alexandre Gorovtseff. Nouvelles recherches sur le problème du sujet de droit. Rev. Trim. 1927.

(44) Espasa. Diccionario enciclopédico.

(45) C. Valverde. Derecho civil español. T. I, p. 198.

Analizado ya lo que podemos llamar el aspecto etimológico del concepto subjetivo del derecho, entraremos a ver su aspecto jurídico. Primeramente surge la cuestión de saber por qué el derecho clásico dió al derecho subjetivo una importancia tal, que se convierte en preeminencia sobre el derecho objetivo. Con los antecedentes ya expuestos en este trabajo, estamos en condiciones de darnos cuenta del por qué planteado.

En efecto, resumiendo lo dicho hasta ahora y adaptándolo al caso presente, podemos ver que la filosofía jurídica de la Revolución Francesa concentra toda su atención en el hombre, considerado individualmente y muchas de cuyas consecuencias ya hemos expuesto. La base de la construcción jurídica de los derechos radica en el Contrato Social y debemos volver nuevamente a él para comprender la razón que tuvieron los clásicos para dar tanta preeminencia al concepto subjetivo del derecho.

Con el Contrato Social se forma “inmediatamente en vez de la persona particular de cada contratante, un cuerpo moral y colectivo... que se llama Estado, cuando es pasivo; soberano, cuando es activo; poder, al compararlo a sus semejantes”. Este cuerpo colectivo, comunmente va a recibir el nombre de Estado en razón de su carácter pasivo que generalmente va a tener frente a la actividad individual. Pero a fin de realizar el cometido que le corresponde y para el cual fué creado, el Estado asume un rol activo y manifiesta su voluntad por intermedio de la ley.

La voluntad del Estado fija todos los derechos pero “sin que pueda exceder de los límites de las convenciones generales” a fin de que “todo hombre pueda disponer plenamente de lo que por virtud de esas convenciones generales le han dejado de sus bienes y de su libertad”. En pocas palabras el poder de acción del Estado se encuentra limitado por la reserva de los derechos que en el pacto social hicieron los hombres.

Es probable que suceda, como expresa Rousseau, que un “individuo puede como hombre tener una voluntad particular contraria o disconforme con la voluntad general que tiene como ciudadano; su interés particular puede hablarle de un modo completamente distinto de como lo hace el interés común; su existencia, absoluta y naturalmente independiente le puede llevar a considerar lo que debe a la causa común, como una contribución gratuita, cuya pérdida será menos perjudicial a los demás que oneroso es para él el pago, y considerando la persona moral que constituye el Estado como un ser de razón, ya que no es un hombre, gozaría de los derechos del ciudadano sin querer llenar los deberes del súbdito, injusticia cuyo progreso causaría la ruina del cuerpo político.

Por tanto, a fin de que este pacto social no sea una vana fórmula, encierra tácitamente este compromiso: que sólo por sí puede dar fuerza a los demás, y que quienquiera se niegue a obedecer la voluntad general, será obligado a ello por todo el cuerpo” (46). Nace entonces el carácter coercitivo de la voluntad general, de la ley.

Este derecho que tiene el Estado, subjetivo con respecto a él, porque es el sujeto, de dictar leyes para el perfecto desarrollo de la vida civil del hombre, constituye respecto de este último una regla que debe respetar, una norma de obrar (norma agendi) que organiza jurídicamente la sociedad que el mismo ha formado. El derecho subjetivo del Estado es lo que constituye según la doctrina el derecho objetivo para el hombre.

Pero el ser colectivo llamado Estado, en razón como ya lo hemos visto, de su carácter pasivo, tiene muy poca ingerencia en el dinamismo de la vida colectiva, en la concepción individualista del derecho. Los hombres

(46) Juan J. Rousseau. El Contrato Social, p. 6.

en la convención que dió origen a la vida civil se reservaron la facultad, el derecho de “disponer plenamente de lo que por virtud de esas convenciones le han dejado de sus bienes y de su libertad”.

El hombre no había renunciado, en el pacto social, por entero al “poder absoluto” que tiene sobre su libertad y sus bienes, sino “solamente la parte de todo aquello cuyo uso importa a la comunidad”. Porque como hemos expresado, renunciar totalmente a la libertad y a los bienes “es incompatible con la naturaleza del hombre e implica arrebatar toda moralidad a las acciones el arrebatar la libertad a la voluntad”; según la ideología de la Revolución Francesa.

Ya hemos visto también, cómo la Revolución Francesa concibe al hombre como un ente superior a todo lo que existe en el universo y dueño de la naturaleza misma, de las cosas y animales. El hombre, tomándose en consideración únicamente él, concurre a celebrar el Contrato Social con los demás hombres, haciendo caso omiso de todo lo que existe en el mundo, por cuanto todo eso le pertenece. El es la única realidad que existe como fin, todo lo demás son los medios para su propio fin.

El hombre no deriva sus derechos de la sociedad, ni mucho menos del Estado. Ha sido él quien ha dado existencia a éste y lo ha dotado de la fuerza y el poder necesarios para que cumpla con su misión de proteger al individuo como fiel gendarme. Ha sido el hombre quien ha dado origen voluntariamente con el Contrato Social, a la facultad del Estado para dictar las normas que constituyen el ordenamiento jurídico o derecho objetivo.

De suerte que los derechos pertenecientes al hombre, al sujeto, o sea los derechos subjetivos son anteriores y superiores a los derechos objetivos, representados por la norma de derecho, por la ley. Este razonamiento hace que los juristas clásicos, funden el derecho objetivo, la regla de derecho, la ley, sobre los derechos subjetivos naturales e imprescriptibles del hombre.

De manera que frente al poder del Estado para dictar las normas de derecho objetivo, encontramos el poder o la facultad de obrar (facultas agendi) del hombre para constituir vínculos de derecho con una fuerza obligatoria de tanta eficacia como la ley misma. Poder este último que constituye, en síntesis, la noción de derecho subjetivo según el concepto clásico.

Debemos advertir que la palabra “poder” que usamos cuando nos referimos al derecho subjetivo, no es la forma verbal que indica contingencia o probabilidades, sino más bien el sustantivo que indica fuerza. Es el “señorío del querer”, según la expresión que usan los clásicos. También puede usarse en reemplazo de la palabra poder, la expresión “facultad” para referirse al carácter del derecho subjetivo. Y este término supone arbitrio en el individuo, esto es, sólo el sujeto de derecho puede apreciar la conveniencia de ejercer o no ejercer un derecho determinado del cual es su titular, sin que a nadie tenga que rendir cuenta de ello. En pocas palabras, facultad indica por sí misma, discrecional, facultativo.

El pandectista Windscheid explica en la forma siguiente el concepto subjetivo del derecho: “el ordenamiento prescribe una norma, ordena una determinada conducta, poniendo este precepto a la libre disposición de aquel en cuyo favor lo ha dictado. De la norma así surgida puede valerse el particular con plena libertad para la consecución de sus fines, y si se vale de ella, el ordenamiento jurídico le proporciona los medios adecuados para constreñir a los demás a la observancia de aquel precepto. Pero lo decisivo es la voluntad del individuo: el ordenamiento jurídico, dicta el precepto, se desprende de él a favor del particular; la norma abstracta se concreta

en una particular protección del sujeto por determinación de su voluntad, que es decisiva para el nacimiento del derecho" (47).

Ruggiero comentando el mismo párrafo de Windscheid que hemos transcrito expresa con precisión admirable: "derecho subjetivo es, pues, un poder de la voluntad, una facultad de obrar dentro de los límites señalados por el derecho objetivo; poder que resulta tutelado y protegido por éste" (48).

Por su parte O. Ionescu al comentar la filosofía de León Duguit expresa: "la norma no es sino un cuadro abstracto. La iniciativa de la voluntad rellena ese cuadro de realidades haciendo aparecer ciertas relaciones jurídicas que se llaman derechos subjetivos" (49).

Como podemos ver hasta aquí, la voluntad del hombre es la base fundamental de la construcción jurídica de la noción de derecho subjetivo y a su iniciativa se debe el dinamismo del derecho en la vida social.

La Revolución Francesa no solamente se limitó a proclamar principios de caracteres generales y abstractos, sino que también concretó en forma positiva la realidad de aquellos principios. No solamente liberó y aseguró la libertad personal del hombre, aboliendo las prestaciones de carácter personal, sino que también liberó y aseguró la libertad de los derechos de carácter patrimonial, declarando la redimibilidad de todos los derechos reales con lo cual se levantan todos los gravámenes impuestos a la propiedad por el régimen feudal.

La demostración más palpable de esta liberación de que hablamos, de los derechos patrimoniales y la adquisición del carácter absoluto de los mismos, la encontramos en la Declaración de derechos al referirse a la propiedad que es el más completo de los derechos patrimoniales del hombre.

En primer término se reconoce a la propiedad, en el documento a que nos hemos referido, como uno de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre (art. 2). Y en seguida en el artículo 17 afirma en una forma categórica su naturaleza absoluta al expresar que: "siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, sino cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija evidentemente y bajo la condición de una justa y previa indemnización".

Y como si aun fuera poco, el Código de Napoleón acentuó en una forma mucho más contundente el carácter a que nos estamos refiriendo: "la propiedad es el derecho de gozar de una cosa de la manera más absoluta" (art. 544).

Nuestro Código Civil que también es de corte clásico establece un concepto análogo a los ya señalados: "el dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra el derecho ajeno" (art. 582).

En realidad, a pesar de que los textos positivos que hemos transcrito, que representan la filosofía jurídica de la Revolución Francesa, señalan a la ley principalmente, como restricción o límite de los derechos reconocidos al hombre, sucede que son tan pocas las leyes que se preocupaban en aquella época de limitar los derechos, que éstos conservaron una gran independencia, la que les dió un carácter absoluto. Como muy bien expresa George

(47) Citado por Ruggiero. Instituciones de derecho civil. T. I, p. 206.

(48) Ruggiero. Ob. cit., p. 207.

(49) O. Ionescu. León Duguit et le droit subjectif. (Archives de Philosophie de droit et de sociologie juridique. 1932).

Ripert en su interesante obra *Le régime démocratique et le droit civil moderne*: “la mayor parte de las restricciones en el ejercicio del derecho de propiedad, dictadas por el código civil, están únicamente en el interés de los vecinos, es decir, en el interés de la propiedad misma y son llamadas *servidumbres*, para remarcar que son contrarias a la libertad natural de los fundos” (50).

La propiedad con su carácter absoluto e intangible no es ni más ni menos que una de las condiciones esenciales de la libertad individual. Es por eso que propiedad privada intangible e individualismo son dos conceptos inseparables que marchan siempre unidos, sirviéndose mutuamente de apoyo el uno al otro.

Para asegurar la intangibilidad de la propiedad, no encontraron suficientes los legisladores clásicos, las definiciones que sobre ella habían dado. Además de eso, numerosas leyes aumentaron la garantía del propietario, afianzando en forma sistemática su carácter tanto absoluto como intangible.

Esta fisonomía de absolutismo que encontramos en el derecho de propiedad como manifestación palpable del concepto subjetivo del derecho, le permite al propietario sacar el máximo de provecho de la cosa sobre la que ejerce su derecho, en su exclusivo interés personal. Esto ni siquiera se discutía en aquella época y, como consecuencia de ello, no es posible imaginarse que alguien hubiera concebido al propietario sujeto a alguna obligación que no fuera en beneficio de otras propiedades.

En virtud de los principios generales que informan la filosofía jurídica de la Revolución Francesa, el propietario no estaba obligado a rendirle a nadie cuenta del uso, goce o disposición que hacía de su derecho. En la explotación de éste no tenía para qué considerar si ella era útil o no a la colectividad. El propietario veía solamente su conveniencia personal. Las leyes de la naturaleza eran las que se encargaban de ajustar la vida social. Mucho menos podía el propietario ser obligado a que su propiedad produjera lo que la colectividad necesitaba tanto en la calidad como en la cantidad. Esto habría sido un atropello a la libertad individual.

Y todo lo que hemos expresado del derecho de propiedad se hace extensivo, en su esencia, a los demás derechos en general tanto patrimoniales como extra-patrimoniales, caracterizados todos, por su sello de independencia y la falta casi absoluta de restricciones que vulneren el carácter absoluto que los distingue.

Pero los derechos son absolutos, no solamente bajo el aspecto de su goce, dentro de lo cual podemos incluir su estatismo, reposo o inacción. Los derechos, para la filosofía clásica, también son absolutos bajo el aspecto dinámico, o sea, desde el punto de vista de su ejercicio.

Si existe algún vínculo de derecho, un contrato por ejemplo, el acreedor puede ejercer su derecho contra su deudor sin ninguna limitación, para que se realice la prestación de lo que se le debe. Aún cuando el ejercicio de este derecho cause un daño enorme en el patrimonio de su deudor sin ninguna o con muy poca ventaja para el suyo y aún más, a pesar de que haya una manifiesta intención dolosa de su parte, es decir, que ejerza su derecho con el ánimo preconcebido de dañar a la persona contra la cual ejerce su derecho. “El acreedor provisto de su derecho, dice Ripert, trata de agotar sus prerrogativas; él ha adquirido regularmente un poder sobre el deudor; y hace sentir su fuerza. Poco importa que en la explotación regular de un derecho llegue a lesionar a otro. Tiene para sí la autoridad de las máximas: *neminem laedit qui suo jure utitur*; La ley no se ocupa

(50) G. Ripert. Ob. cit. N.º 108.

de esa lesión, no tiene por qué ocuparse de ella: nullus dolo videtur facere, él no es culpable" (51).

El absolutismo en el ejercicio de los derechos, también se manifiesta nítidamente en el concepto de lo que conocemos hoy día con el nombre de responsabilidad extracontractual basada en la culpa y que los códigos de corte clásico reglamentan bajo el título de los delitos y cuasidelitos. En efecto, si el sujeto en el ejercicio de un derecho, ocasiona un daño a otro, por regla general no es responsable de ese daño y en consecuencia no tiene obligación de reparar nada. Únicamente es responsable del daño causado, cuando dicho daño se ha producido a consecuencia de un hecho culpable del sujeto, siempre que le sea imputable el mismo, esto es, que se haya obrado con discernimiento, facultad que lo habilita para comprender el alcance de sus actos.

Sin duda alguna para el derecho clásico, el hecho de que un individuo tenga que responder por los daños causados a otros, es una excepción. En primer lugar, porque para que opere esta responsabilidad debe haber culpa, cuya existencia debe probarla la víctima o sujeto que ha recibido el daño en su persona o en su patrimonio. Se nos ocurre que si el legislador hubiera querido establecer como regla general la responsabilidad que estudiamos, habría establecido como presunción que todo daño causado a un tercero se reputa culpable, y en este caso habría correspondido al autor del daño, probar que éste ocurrió sin que haya habido culpa de su parte, a fin de poder librarse de la responsabilidad. Pero, como vemos, sucede todo lo contrario.

Además, si consideramos que de la existencia del hecho culpable nace una obligación, cual es la de indemnizar o reparar el daño causado, podemos concluir con toda lógica que habría habido una manifiesta contradicción con los principios generales del derecho, los cuales pretendían ante todo dar el máximo de libertades al hombre. Habría sido una negación del principio de la libertad individual el haberle supuesto al hombre obligaciones de las que para librarse tendría que haber probado incluso su inculpabilidad.

Es interesante coordinar esta materia de la responsabilidad por culpa, con lo anteriormente expuesto. En realidad, cuando hablamos de culpa no hacemos sino referirnos a la voluntad, porque el hecho de ser más o menos diligentes en nuestros actos, que es lo que determina la culpabilidad, no es sino un acto de voluntad. Como expresa Claro Solar: "la ley toma en cuenta la voluntad del deudor, su manera de proceder y como consecuencia hace depender de su actitud la obligación de indemnizar el mal causado" (52).

Como vemos en esta teoría, la consideración del sujeto es un elemento esencial. No basta el daño causado para reparar a la víctima. Hay que comprobar si el sujeto autor del acto dañoso obró culpablemente. Por esta razón se ha llamado esta teoría, de la responsabilidad subjetiva, porque más que el daño causado, se toma en cuenta el elemento sujeto para determinar la responsabilidad.

La tendencia subjetiva del derecho no solamente se acentuó en los derechos reales con su carácter absoluto, sino también en los derechos de las obligaciones o derechos personales.

(51) G. Ripert. *La règle morale dans les obligations civiles*, p. 133.

(52) L. Claro Solar. *Derecho civil chileno comparado*. T. X, p. 598.

Sabemos que el derecho personal supone necesariamente la existencia de tres elementos que jamás pueden faltar. Ellos son el acreedor o sujeto activo, el deudor o sujeto pasivo y la cosa debida. Para la concepción clásica la determinación del elemento sujeto tanto activo como pasivo, es indispensable.

Pero, en esta parte, creemos necesario hacer una pequeña reseña histórica de la evolución que ha experimentado el concepto de obligación, para ver en qué estado de esta evolución la encuentra la concepción clásica del derecho.

Debemos remontarnos al derecho romano. En efecto, primitivamente, en la época en que comienza a formarse el concepto de obligación entre los romanos, ésta tiene un carácter subjetivo extremado. El concepto de sujeto estaba tan íntimamente ligado al de obligación que necesitaba una determinación material precisa de las personas que las contraían. La mentalidad materialista de aquellos hombres los hacía concebir que el acreedor tenía sobre la persona de su deudor un vínculo semejante al que tiene el dueño sobre la cosa de su dominio, "sin duda porque el prototipo de la vida jurídica de aquella época era el concepto del derecho real, y todos los derechos se concebían entonces como derechos reales" (53).

"De tal modo ligaba este vínculo, expresa Valverde, que la inejecución de él constituía un delito" (54), y aparece entonces el poder físico del acreedor sobre el cuerpo del deudor para reducirlo a esclavitud o darle muerte y repartirse sus pedazos si eran varios los acreedores.

Posteriormente este concepto materialista transformóse en un concepto intelectualizado y el vínculo fué más bien un concepto moral, pero sin dejar de tener un carácter personalísimo e intransferible.

Esta manera de ver las cosas que tenían los romanos primitivos fué una consecuencia de la economía agraria y familiar que tuvieron por base, la que les permitía subsistir con el sólo cultivo de la tierra que les pertenecía, sin necesidad de tener que recurrir a los servicios o prestaciones de otros individuos. Cada familia vivía con lo que sus miembros producían. De manera que los vínculos obligatorios eran muy escasos y la vez que llegaban a producirse eran juzgados con la mentalidad materialista de aquella época. El deudor estaba unido al acreedor por un vínculo semejante al del propietario sobre la cosa que le pertenece, como lo hemos dicho anteriormente.

Solamente cuando la base económica de los romanos de agraria y familiar transformóse en mercantil, entonces también evolucionó el concepto de obligación. En razón de esta transformación hubo una mayor interdependencia entre los hombres. Sus relaciones económicas aumentaron y fueron más estrechas y continuas. La noción primitiva de la obligación se ajustaba a las necesidades impuestas por la transformación económica de aquel pueblo.

Esta pequeña explicación nos hará comprender la razón que tuvieron los romanos primitivos para concebir a la obligación como un vínculo esencialmente personal, es decir, en que la persona misma quedaba afectada al cumplimiento de la obligación y nadie más que esa persona determinada que concurrió al acto generador de la obligación podía exigir su cumplimiento o ser obligada a cumplir según se tratara de acreedor o deudor.

Por otra parte, estos vínculos que ocasionalmente se generaban entre las personas eran, como expresa Salvat, "créditos destinados a extinguirse en plazos más o menos breves" (55), de manera que entre los romanos pri-

(53) Alessandri y Somarriva. Ob. cit. T. III, p. 16.

(54) C. Valverde. Ob. cit. T. I, p. 11.

(55) R. Salvat. Tratado de derecho civil argentino, p. 823.

mitivos no hubo obligaciones para cumplirse a largo plazo y con ello no se les presentó el problema de saber a quién correspondería el cumplimiento de la obligación o el derecho de exigir su cumplimiento si fallecía alguno de los contratantes que materialmente concurrió al acto.

Dicho en otros términos, los romanos primitivos no concibieron la transmisión de la obligación, ni en su aspecto activo (crédito) ni en su aspecto pasivo (deuda). La obligación entre ellos tenía un carácter subjetivo extremado.

Pero la transformación de la economía agraria en mercantil hizo aparecer el crédito y las obligaciones a largo plazo que muchas veces eran exigibles en épocas en que no podían participar los mismos que la generaron y la "transmisión de las obligaciones por causa de muerte llegó a ser admitida en el derecho romano, primero en lo que toca a los créditos y después para las deudas" ⁽⁵⁶⁾. Pero como todavía se conservaba el concepto subjetivo de la obligación, recurrieron a una ficción para explicar la traslación del crédito o la deuda, de la persona del acreedor o deudor a sus herederos. Dijeron, entonces, que el heredero era una continuación de la persona del difunto de manera que con esto si en realidad había una verdadera traslación, jurídicamente, en virtud de esta ficción, la obligación continuaba siendo un vínculo esencialmente personal.

Con todo, los romanos dieron un paso enorme en la estructuración del derecho al aceptar la transmisibilidad de la obligación por causa de muerte.

Pero el dinamismo de una economía a base del comercio, los coloca ante la necesidad de reconocer la validez de la transmisión de los créditos por actos entre vivos. Más, como todavía no han logrado desprenderse del criterio subjetivo que los domina, respecto no sólo de la obligación, se ven forzados a justificar una norma de derecho por medio de una nueva ficción. Ella es la "procuratio in rem suam", que consiste en un mandato otorgado por el cedente para que el mandatario (cesionario) cobre el crédito a nombre de su mandante, con relevación del mandatario de rendir cuenta al mandante.

"Pero hasta allí llegó la evolución del derecho romano; aceptó el derecho romano la transmisibilidad de créditos y deudas por causa de muerte, aceptó la cesión de créditos, es decir, la obligación considerada desde su aspecto activo, pero no aceptó nunca la transmisión de deudas, o mejor la cesión de deudas" ⁽⁵⁷⁾.

El derecho de la Revolución Francesa, subjetivo e individualista como el derecho romano, adoptó sencillamente los principios jurídicos de los romanos, porque encontró que se ajustaban perfectamente a su filosofía jurídica. La obligación del derecho clásico es una supervivencia de la obligación subjetiva de los romanos. De manera que este resabio del criterio subjetivo de la obligación no permite que pueda operarse la transmisión o cesión de deudas, es decir, que pueda el sujeto pasivo de la obligación ser reemplazado por otra persona, sin que se modifique de manera alguna la obligación misma por este cambio de sujetos.

Según las reglas del derecho clásico si tal cosa llega a ocurrir, o sea, si se opera el cambio de deudor, la primitiva obligación se extingue y es una nueva la que aparece. Hay entonces una novación por cambio de deudor. Nuestro C. C. aceptó este mismo temperamento en su artículo 1698. Pero en ningún caso se concibe que la misma obligación subsista, dado el concepto subjetivo del derecho, en el que el sujeto no puede substituirse por otro.

⁽⁵⁶⁾ R. Salvat. Ob. cit., p. 822.

⁽⁵⁷⁾ A. Alessandri. Teoría de las obligaciones (apuntes), p. 274.

Si hacemos un resumen de lo dicho hasta aquí, reproduciendo en su esencia fundamental los principios de la filosofía jurídica de la Revolución Francesa, tenemos que llegar forzosamente a una consecuencia como síntesis: LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD, expresión la más perfecta del individualismo que informa a esa filosofía jurídica. Todo en ella converge hacia la exaltación más apasionada de la personalidad humana del individuo.

La persona es para ella, un verdadero universo de naturaleza espiritual, independiente con respecto a lo demás que existe en el mundo, libre para determinarse en su acción y capacitada para regirse por sus propias leyes dictadas por su conciencia, es decir, es autónoma en el sentido etimológico de la palabra.

Este individualismo jurídico, con profunda tendencia espiritualista, reconoce que la esencia de la persona se encuentra en el alma humana, cuya expresión máxima es a su vez una voluntad libre que constituye el punto de partida de todos los actos del hombre.

El tratadista Laurent, uno de los representantes más genuinos de la filosofía jurídica que informa el criterio clásico, se expresa en la siguiente forma del criterio espiritualista de las convenciones: “el hombre no vive solamente por su cuerpo, el cuerpo no es sino el instrumento del alma: la verdadera vida es la vida intelectual y moral: las convenciones nos los procuran. De ahí su infinita variedad. De ahí también el principio de libertad que allí preside. El legislador establece reglas, pero sin imponerlas a las partes contratantes, no quiere encadenar: el apremio y las convenciones son incompatibles” (58).



(58) Laurent. Principes de droit civil français. T. XV, p. 482.

CAPITULO I

La voluntad jurídica, base de la autonomía de la voluntad

PARRAFO PRIMERO

La voluntad psicológica

1.—LOS HECHOS Y EL DERECHO.—Los hechos son sucesos o acontecimientos que ocurren en el mundo de los fenómenos y cuya existencia es susceptible de ser percibida por nuestros sentidos. El origen o causa de los hechos podemos encontrarlo en los fenómenos de la naturaleza o en la actividad del hombre y “lo esencial es que el fenómeno sea perceptible o percibido, que sea externo, material, que el hombre lo perciba o lo pueda percibir mediante los sentidos, ya que no se puede establecer relaciones con los demás hombres ni conocer los hechos si no es por su mediación” (59).

Nos interesa preocuparnos de los hechos, porque ellos constituyen la base misma del derecho. “Si los derechos nacen, si los derechos se modifican, si pasan de una persona a otra, si se extinguen, es siempre por consecuencia o por medio de un hecho: no hay derecho que no provenga de un hecho y, precisamente de la variedad de los hechos proviene la variedad de los derechos” (60).

2.—HECHOS SIMPLES O MATERIALES.—Los hechos sea que provengan de la naturaleza o de la actividad del hombre pueden o no influir en el derecho, pueden o no producir consecuencias jurídicas. En aquellos casos en que los hechos no tienen ninguna concomitancia con el derecho, reciben el nombre de hechos simples o materiales. Por ejemplo, la existencia y movimiento de ciertos astros, que nada le interesan al hombre en su vida.

3.—HECHOS JURIDICOS.—Pero no ocurre lo mismo cuando los hechos, sea que provengan de la naturaleza o de la actividad del hombre, influyen o producen consecuencias en el derecho. En este caso, cuando el hecho influye en el derecho, recibe la denominación de hecho jurídico.

Sin embargo, para el derecho no es lo mismo que el hecho provenga de la naturaleza o derive de la actividad del hombre. Se hace a este respecto una distinción interesante. Si el hecho que va a tener consecuencias

(59) H. D. Aguiar. La voluntad jurídica, p. 10.

(60) Ortolán. Citado por Aguiar. Ob. cit., p. 9.

en el derecho emana de la naturaleza, sin que intervenga en forma principal la actividad del hombre, recibe el calificativo de hecho jurídico propiamente tal. Estos hechos independientes de la voluntad humana, como los llama M. Capitant, comprende todos los acontecimientos naturales o accidentales que entrañan consecuencias jurídicas. Veamos algunos ejemplos: el nacimiento de una persona, con sus numerosas e interesantes consecuencias; la muerte, el transcurso del tiempo, un accidente, la contigüedad de los inmuebles, etc.

En los hechos jurídicos propiamente tales, no es que haya una exclusión absoluta de la actividad del hombre, sino más bien un predominio del factor naturaleza en la realización misma del hecho, sin entrar a establecer los antecedentes del mismo en los cuales puede haber intervenido la actividad del hombre.

Ahora bien, aquellos hechos jurídicos que son una consecuencia de la actividad humana, pueden haberse realizado voluntaria o involuntariamente. En los casos en que no ha intervenido la voluntad humana, en la producción de un hecho, nos encontramos más bien frente a una circunstancia semejante a los casos en que la naturaleza determina ciertos hechos que pueden o no tener influencia en el campo jurídico. Los actos involuntarios no producen efectos jurídicos respecto de las personas que los realizan, sin perjuicio de las consecuencias que pueden tener respecto de terceros. Tal sería el caso de un impúber o un demente que ejecuta un hecho que causa perjuicio, un incendio, por ejemplo. En este caso para el que ejecutó el acto no hay consecuencias jurídicas, en cambio puede haberlo para terceros. El dueño puede ver extinguido su derecho de propiedad, el asegurador puede verse obligado a pagar el seguro o el guardador puede verse obligado a responder por el hecho de su pupilo.

Respecto de los hechos jurídicos voluntarios, estos pueden realizarse sin la intención por parte del actor de producir efectos jurídicos con ellos. Pero no obstante eso, la ley haciendo caso omiso de esa intención atribuye a ese acto determinados efectos jurídicos. En el caso que nos preocupa en realidad hay voluntad, es decir, el sujeto obra con discernimiento, libertad y a sabiendas de lo que hace, al realizar el hecho, pero los efectos jurídicos no derivan de su voluntad sino de la ley. El acto o hecho realizado por el sujeto es voluntario, pero su voluntad no ha sido la de producir efectos jurídicos, como ya lo hemos dicho, los que se producen independientemente de ella.

Como ejemplo típico de hecho voluntario realizado sin la intención de producir efectos jurídicos, podemos citar los delitos y cuasidelitos, en los cuales los resultados que de ellos provienen no son el fin buscado por el autor del hecho. Como muy bien lo expresa Aguiar, en estos hechos jurídicos "la voluntad no existe relativamente a las consecuencias necesarias o posibles del hecho, en cuanto el agente no las previó o no las pudo prever, la voluntad existe en cuanto al hecho mismo ejecutado" ⁽⁶¹⁾.

4.—LOS ACTOS JURIDICOS.—Nos queda aún por ver aquellos hechos jurídicos voluntarios realizados con la intención de producir efectos jurídicos y que en la ciencia del derecho reciben el nombre de actos jurídicos.

El acto jurídico, que es una especie de los hechos jurídicos, tiene un fondo común con ellos, como es de suponer: la voluntad. Pero mientras en estos últimos la voluntad existe en cuanto a la realización del hecho al que la ley atribuye efectos jurídicos, en el acto jurídico la voluntad existe no

(61) H. D. Aguiar. Ob. cit., p. 28.

solamente en cuanto al hecho, sino también en cuanto a los efectos o consecuencias que del hecho voluntario se derivan. De manera que en los actos jurídicos, tan voluntario es el hecho realizado, como los efectos que emanan de él y que son deseados por el actor.

La diferencia que existe entre el hecho jurídico y el acto jurídico, es pues, que en este último la voluntad se dirige conscientemente por el sujeto hacia un fin determinado, para obtener la consecuencia o resultado que él desea. Y esto es lo que se conoce con el nombre de intención, la cual en definitiva constituye la naturaleza específica del acto jurídico. De ahí entonces que la voluntad no sea una cosa distinta de la intención. La intención es la determinación de la voluntad en orden a un fin, o como expresa Jossierand, “la intención nos aleja ya del acto realizado, ya es la voluntad aplicada a las consecuencias que se derivan directamente de este acto, ya que es una adaptación de esta voluntad a fines exteriores al acto y con relación a las cuales este acto llega a ser un simple medio” (62).

“Los actos jurídicos son pues, una especie de hechos jurídicos cuya característica substantiva, aparte de su voluntariedad y de su licitud, común a múltiples hechos jurídicos humanos es el propósito que los determina, o sea, su causa final, el ánimo del agente de establecer con su acto una relación de derechos determinada, ya con una persona o personas individualizadas o no, ya sobre una cosa; de tal manera que las consecuencias jurídicas aparecen como el resultado esperado, conforme al fin perseguido por el autor del acto, del ánimo que inspiró la manifestación de voluntad” (63).

El elemento esencial en el acto jurídico es la manifestación de la voluntad dirigida hacia un fin determinado que se desea. Es por eso que el acto jurídico se define como “una manifestación de la voluntad que se hace con la intención de engendrar, modificar o extinguir un derecho” (64).

Los demás elementos del acto jurídico que la doctrina señala, lejos de ser independientes o extraños a la voluntad están íntimamente ligados con ella, casi bajo su dependencia. Todos ellos convergen hacia la voluntad determinando con mayor fuerza su eficacia en la creación de vínculos jurídicos. Y ésta es seguramente la razón que ha tenido el señor Somarriva para expresar que: “en los actos jurídicos la voluntad es el elemento de mayor importancia, tanto es así, que si consideramos las diversas condiciones, que, según la doctrina, son esenciales para su existencia, veremos que en definitiva estrechando el círculo, todas ellas pueden reducirse a la voluntad. En efecto, la causa, ya se considere de acuerdo con la doctrina clásica, como el motivo jurídico que induce a celebrar el acto, o, que, conforme a la idea de Capitant, veamos en ella el fin del acto o contrato, no puede separarse de la voluntad, porque es absurdo pretender la existencia de la voluntad sin que haya un motivo que nos induzca a prestarla, o sin que nos guíe una finalidad al hacer esta manifestación. Otro tanto puede decirse del objeto. Una declaración de voluntad para ser tal, necesariamente debe recaer sobre un objeto. Finalmente, las solemnidades no son un elemento diverso de la voluntad, ya que ellas no constituyen, sino una forma especial de esta manifestación cuando el legislador por la gravedad, importancia o trascendencia del acto ha creído necesario exigir las” (65).

(62) L. Jossierand. *Les mobiles dans les actes juridiques*, p. 17.

(63) H. D. Aguiar. *Ob. cit.*, p. 26.

(64) Colin y Capitant. *Curso elemental de derecho civil*. T. I, p. 151.

(65) M. Somarriva U. *Algunas consideraciones sobre el principio de la autonomía de la voluntad*. R. D. y J. T. XXXI 1.ª p., p. 37. Véase: M. Durma. *La notification de la volonté*, p. 8; L. Duguít, *Traité de droit constitutionnel*, T. I, p. 316 y siguientes.

5.—**LA VOLUNTAD, ELEMENTO BASICO DEL ACTO JURIDICO.**
—Siendo que la voluntad es el elemento principal del acto jurídico, el que a su vez es la piedra angular de todo el derecho, nos corresponde ahora hacer el estudio acerca de lo que se entiende por este término voluntad, en la forma más breve posible. Así comprenderemos bien este concepto que para los clásicos constituyó la síntesis y máxima expresión de la personalidad del hombre y sobre la cual cimentaron gran parte del derecho mismo, al darle a la voluntad una enorme capacidad creadora de relaciones jurídicas, por intermedio del acto jurídico.

En esta oportunidad, es la ciencia de la psicología la que nos proporciona los datos necesarios para comprender este concepto, ya que la voluntad es un fenómeno de naturaleza psicológica por excelencia.

En efecto, a fin de poder ubicar con más o menos precisión, el lugar que ocupa la voluntad dentro de la clasificación general de los fenómenos psicológicos, diremos que todos estos se acostumbra clasificarlos, en hechos o fenómenos conscientes, subconscientes e inconscientes. A su vez, los hechos o fenómenos conscientes se clasifican en representativos, afectivos y activos, siendo entre estos últimos donde encuentra cabida la voluntad. Por consiguiente, la voluntad es en primer término, un fenómeno psicológico de la vida consciente; y en seguida también, de la vida activa, es el fenómeno más complejo.

Necesita pues, el acto voluntario como base para su desarrollo, una conciencia completamente formada, apta para la reflexión y sobre esta base se elaboran las distintas fases o períodos que se advierten en el desarrollo del complejo fenómeno de la voluntad, el cual es integrado por otros fenómenos de orden psicológico más simples y de diversa naturaleza.

6.—**DIVERSAS FASES DEL ACTO VOLUNTARIO.**— a) **Concepción.**—La voluntad es un verdadero proceso de fenómenos psicológicos, y generalmente los psicólogos aceptan el siguiente desarrollo de formación del acto voluntario. En primer término, encontramos la concepción de una idea que puede determinar nuestra acción, bajo el influjo de un deseo. Esta primera fase del acto voluntario se caracteriza por el conocimiento que tiene el sujeto, del objeto cuya idea concibe, conocimiento éste que determina la diferencia específica del acto voluntario y los actos reflejos e instintivos.

b) **Deliberación.**—A la concepción de la idea sigue una nueva fase, en la que la idea concebida se somete a un verdadero examen de las razones que asisten al sujeto para dar a la actividad que se propone una u otra dirección. Esta fase denominada deliberación comienza en el momento en que se produce la vacilación en el sujeto acerca de la realización o no realización de la idea concebida, o las condiciones o formas en que se va a llevar a cabo la acción, y consiste en la elección que el sujeto hace entre el pro y el contra de la idea concebida.

En esta elección entran a jugar un importantísimo papel los motivos o estados psicológicos de orden representativo, como las ideas, juicios, razonamientos, en general operaciones intelectuales, y también los móviles que son estados de orden afectivo, como los sentimientos, las pasiones y las inclinaciones, etc. En los primeros predomina lo intelectual, la razón; en los segundos, la sensibilidad.

El predominio de los motivos o estados de orden representativo sobre los móviles o estados de orden afectivo, da origen a la voluntad reflexionada, que es la que a nosotros nos interesa en el campo del derecho. El predominio de los móviles o estados de orden afectivo determina la voluntad

intuitiva, aquélla que nace muchas veces sin un mayor examen y lejos del sentido crítico en que intervienen el juicio y el buen sentido del hombre.

Como expresa Jossierand: “los móviles nos aparecen como los diversos sentimientos, los diversos intereses, las innumerables pasiones por las que el alma humana es susceptible de ser agitada; con ellos penetramos verdaderamente en el fuero interno de las partes; tocamos a la finalidad de sus actos y de su determinación” (66).

La deliberación, que materialmente podemos imaginarla como una verdadera lucha o batalla entre los diversos motivos o móviles, termina con el predominio o el triunfo de algunos de ellos, influenciados por otros factores de no menos importancia: lo intelectual, lo razonable; ya que según la concepción clásica, la voluntad es la facultad de obrar según las luces de la razón.

c) **Decisión.**—Una nueva fase aparece en el acto voluntario cuando se conocen los motivos o móviles que han adquirido una preponderancia sobre los demás. Es la decisión, es decir, la fase en que aparece claramente la voluntad, lo que deseamos, lo que queremos. En una palabra aparece el poder que tiene el espíritu para ejecutar con conciencia y reflexión un acto elegido.

“La decisión, la determinación, dice Lahr, son propiamente el acto formal de la voluntad. Este acto es esencialmente simple, indivisible; consiste precisamente en la elección, es decir, en la ruptura de la indeterminación en que se encontraba la voluntad en presencia de los diferentes bienes propuestos por la inteligencia. Esto es lo que no siempre ha sido comprendido, y la volición ha sido sucesivamente confundida, sea con el deseo o juicio que la preceden, sea con la ejecución que la sigue” (67).

La decisión pone fin al proceso interno de formación del acto voluntario, a la parte netamente psicológica, o subjetiva, es decir, aquella fase que se desenvuelve dentro del sujeto, por así decirlo. Psicológicamente considerado el proceso de formación de la voluntad, con la decisión adquiere una existencia plena y no necesita de nada más para que se le considere como voluntad enteramente formada.

d) **Ejecución.**—No obstante, a pesar de lo dicho, los psicólogos reconocen otra etapa o fase del acto voluntario, pero que sin duda tiene un carácter accesorio mirado desde un punto netamente psicológico, por cuanto la voluntad ya está completamente formada. Esta fase es la ejecución, que no es otra cosa sino la realización de la voluntad o por lo menos la mantención del propósito de realizarla. Dicho en otras palabras, es la voluntad llevada a la práctica, la manifestación de ésta al mundo exterior.

Naturalmente, esta fase no es indispensable, desde un punto de vista psicológico, para que exista la voluntad. Esta existe sin necesidad de ella y aún puede darse el caso que no exista ejecución sencillamente y esto sin embargo, no nos autorizaría para decir que no ha habido voluntad. La voluntad, ya lo hemos dicho, está completamente formada en el periodo de la decisión (68).

Pero esta voluntad psicológica no es apta por sí sola para que se le tome en cuenta en el campo del derecho. Ella no trasciende más allá del fuero interno del individuo y los efectos jurídicos que puede producir no se realizan mientras no concurren otros requisitos que el derecho ha creído indispensable exigir para la validez jurídica de la voluntad.

(66) L. Jossierand. *Les mobiles dans les actes juridiques*, p. 18.

(67) Citado por J. Bonnecase. *Supplement*, T. II, p. 433.

(68) Véase, L. Duguit. *Traité de droit constitutionnel*, T. I, p. 316.

Tales requisitos se encuentran señalados en forma precisa en nuestro derecho en el artículo 1445 del C. C.: “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1º que sea legalmente capaz; 2º que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3º que recaiga sobre un objeto lícito; 4º que tenga una causa lícita”.

Aparentemente parece que el legislador exigiera solamente como requisitos para la validez jurídica de la voluntad los señalados dentro de la enumeración que hemos visto. Pero en realidad no es así, porque esos cuatro requisitos se exigen, si nos fijamos bien, para la eficacia de los actos o declaraciones de voluntad, lo que nos está indicando claramente que el requisito básico para que la voluntad pueda ser tomada en cuenta por el derecho, es que ésta sea declarada. Esta afirmación encuentra aún mayor fuerza si tomamos en consideración la denominación que el legislador ha dado al título II del Libro IV del C. C. Ella dice: “De los actos y declaraciones de voluntad”.

PARRAFO SEGUNDO

La voluntad jurídica

7.—LA MANIFESTACION DE LA VOLUNTAD.—Como ya lo hemos visto, si en realidad la voluntad psicológica adquiere su desarrollo íntegro dentro del sujeto y no le es necesario para su existencia ningún elemento externo, el derecho, no obstante, para tomarla en consideración, necesita una demostración palpable de su existencia.

Sabemos que el derecho como ciencia sociológica, en uno de sus más amplios conceptos, tiene por objeto regir las relaciones externas de los hombres en la sociedad y una de sus características es que no se preocupa mayormente del fuero interno del individuo, campo que queda entregado más bien a la moral.

Con esta explicación se comprenderá que el derecho para darle eficacia jurídica a la voluntad (elemento de orden interno o subjetivo) necesita que ésta se exteriorice, es decir, que se revele al mundo exterior y no solamente permanezca estable como una reserva en el sujeto, pues mientras esto suceda esa voluntad será solamente parte del sujeto y no adquiere una existencia independiente de él.

“El fenómeno de decisión, dice Aguiar, no interesa al derecho mientras es la conciencia sola quien lo presencia; pero cuando siguiendo el proceso ordinario y lógico de su evolución, de interno y subjetivo, pasa a su realización práctica, eminentemente externa y objetiva, la voluntad puede producir el hecho jurídico; y así mientras la filosofía la estudia en sus factores íntimos, cuando solamente es un estado de conciencia incapaz de influir en el ambiente social, donde vive y se desenvuelve el derecho, éste espera que se corporalice en el hecho, que se socialice por su manifestación para incorporarla a su imperio” (69).

Para el derecho clásico, la exteriorización, si en verdad es indispensable y necesaria a fin de dar eficacia jurídica a la voluntad, no quiere decir que vaya a tener un predominio sobre la voluntad interna, o sea, aquélla que ha adquirido su total desarrollo en el período de la decisión. Por el contrario es la voluntad interna, la no manifestada, la verdadera voluntad, la expresión más perfecta del alma humana y a la cual en lo posible hay

(69) H. D. Aguiar, Ob. cit., p. 42.

que tratar de descubrir de cualquier manera para poder determinar con precisión su contenido.

El legislador ante la imposibilidad de encontrar una fórmula que permita el reconocimiento de la voluntad interna, acepta la manifestación o exteriorización como algo secundario. La voluntad interna es la que tiene importancia, la manifestación es accesorio, un elemento de prueba solamente ⁽⁷⁰⁾.

Valverde expresa que: “La voluntad verdadera es la interna, es el propósito, es la intención, puesto que la externa no es más que una manifestación o expresión de aquélla, y por consiguiente “la primera es la voluntad real, que debe siempre prevalecer” ⁽⁷¹⁾.

Pero esta exteriorización de la voluntad ha de reunir como requisito indispensable, la seriedad, es decir, debe haber una manifiesta intención de querer producir efectos jurídicos. Y decimos esto, porque en muchas oportunidades se realizan actos y manifestaciones de voluntad que no significan la intención que hemos indicado. Son actos de cortesía, de buena voluntad en los cuales no ha habido la intención de crear un vínculo jurídico.

8.—LA CAPACIDAD JURIDICA.—Aparte del requisito ya señalado y que se refiere al aspecto externo de la voluntad, deben concurrir otros que dicen relación con los elementos internos del sujeto y que constituyen los requisitos de fondo para la existencia de la voluntad jurídica.

En primer término, debemos considerar entre estos requisitos de fondo, a la inteligencia o discernimiento, facultad que le permite al hombre conocer exactamente el objeto que desea, conocer los medios que puede emplear para alcanzar lo deseado, conocer, en fin, o por lo menos vislumbrar las consecuencias a que pueden conducirlos sus actos. “El discernimiento es un estado de conciencia determinado por el desarrollo intelectual del individuo, que invistiéndolo de la facultad de conocer en general, lo coloca en condiciones de formar un juicio por cuyo medio percibe y declara la diferencia que existe entre varias cosas; de apreciar y de juzgar de sus actos y de los ajenos o, en términos más simples, por él distingue los diversos actos en sus diferentes categorías” ⁽⁷²⁾.

Cuando existe el discernimiento se dice que la persona tiene capacidad jurídica, es decir, tiene aptitud legal para ejercer derechos, para realizar actos jurídicos, o como mejor lo expresa el artículo 1445 de nuestro C. C.: “La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra”. Advertimos desde luego la forma cómo el legislador asegura al hombre con este artículo, cierta independencia que lo conduce a la autonomía de la voluntad.

A propósito nos hemos referido únicamente a la capacidad de ejercicio y no a la capacidad de goce, porque es la primera la que nos interesa por ahora, y de la segunda ya nos hemos ocupado al referirnos al concepto de sujeto de derecho.

La capacidad es una exigencia, que expresamente la establece el legislador en el artículo 1445 de nuestro Código Civil, que debe concurrir en los actos jurídicos: “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1º que sea legalmente capaz”,

(70) Véase: Planiol y Ripert. Tratado práctico de derecho civil francés. T. VI, p. 129; R. Demogue. Traité des obligations en général, T. II, p. 132; M. Durma. La notification de la volonté, p. 17 y sgtes.; Gorphe. Le principe de la bonne foi, p. 20; Savigny. Sistema de Derecho Romano. T. II, p. 310-320.

(71) C. Valverde. Tratado de derecho civil español. T. I, p. 443.

(72) H. D. Aguiar. Ob. cit., p. 52.

establece el ya citado artículo. De manera que el acto jurídico ejecutado por una persona a quien la ley le reconoce capacidad, tiene plena eficacia jurídica, concurriendo naturalmente los demás requisitos que hemos señalado y que señalaremos. Pero no sucede lo mismo con los actos realizados por las personas que no están dotadas de capacidad legal, o sea, aquellas personas que son incapaces.

Tratándose de una materia tan importante como ésta, el legislador ha debido preocuparse en forma muy especial al establecer los principios jurídicos que deben regirla. La existencia del discernimiento en una persona es una cuestión de hecho que para determinarla en cada caso particular presenta ciertos inconvenientes, los cuales fueron subsanados por el legislador sabiamente, al establecer como regla general la capacidad legal de toda persona (art. 1446 del C. C.) es decir, de todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición. (art. 55 del C. C.) Al mismo tiempo estableció verdaderas presunciones de derecho, que no admiten prueba en contrario, en lo que se refiere a ciertos casos en que se supone que hay ausencia de voluntad en algunas personas. Ellas son: los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito (art. 1447 del C. C.)

9.—LAS INCAPACIDADES ABSOLUTAS O NATURALES.—Naturalmente si no existe la inteligencia o discernimiento, la capacidad o aptitud de conocer, de formar juicios, juzgar y distinguir, no podrá haber concepción de una idea, ni deliberación, las cuales son las fases primarias y fundamentales del acto voluntario.

Es por eso que el legislador, basándose en la existencia indispensable de este elemento de la voluntad para que ella sea sana, ha establecido lo que en derecho se conoce con el nombre de incapacidades absolutas, que recaen en aquellas personas en las cuales se supone que hay carencia del elemento a que nos estamos refiriendo. Así sucede en nuestra legislación, como ya lo hemos señalado, con los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, quienes son absolutamente incapaces. El señor Alessandri dice que: “la incapacidad de todas estas personas se funda en razones naturales, y habrían existido aunque la ley no las hubiera establecido; la ley presume que estas personas carecen de voluntad, y por eso sus actos son nulos de nulidad absoluta... Por las mismas razones los actos de estas personas no pueden ser ratificados y no producen ni siquiera obligación natural, ni pueden caucionarse... Tampoco admiten novación, porque para que haya novación es menester que la obligación sea válida a lo menos naturalmente” (73).

En el caso del impúber, la falta de discernimiento proviene de la insuficiencia del desarrollo intelectual. El individuo no ha alcanzado aún a la madurez necesaria para comprender la trascendencia de los actos que puede realizar. En el demente, la causa que determina la ausencia de discernimiento es distinta a la anterior. Se trata aquí de un individuo que a pesar de haber llegado a la edad en que normalmente debía estar dotado de razón, sin embargo, debido a una enfermedad permanente o transitoria, se encuentra privado de inteligencia. Respecto al sordomudo que no puede darse a entender por escrito, el legislador prefirió incluirlo entre los absolutamente incapaces, ante la duda que surge de saber si tiene o no discernimiento por la falta de medios que tiene para dar a conocer o manifestar su voluntad. En este caso, más que por la falta de discernimiento, la incapacidad parece estar establecida en razón de la falta material

(73) A. Alessandri R. Los contratos (apuntes de sus clases), p. 39.

que existe de medio para exteriorizar la voluntad. Y esta afirmación corroboraría el principio según el cual para que tenga eficacia la voluntad interna es necesario que se manifieste al exterior, o, usando un término más moderno, es necesario que se socialice la voluntad.

De manera que las personas a que nos hemos referido son sencillamente incapaces de tener voluntad, o mejor dicho personas sin voluntad, que generalmente no saben lo que sienten ni lo que quieren. Y la ley considera plenamente capaces, en la vida del derecho, a aquellos individuos que mirados intelectualmente saben considerar las cosas y apreciar sus consecuencias más que nada. Es decir, tienen conciencia de lo que hacen o se proponen hacer.

10.—INCAPACIDADES RELATIVAS O LEGALES.—Aparte de las incapacidades que ya hemos indicado y que tienen el carácter de absolutas, las legislaciones contemplan otra clase de incapacidad, pero ella no está establecida en razón de la voluntad, como sucede con la incapacidad absoluta, sino que obedecen a otras razones de muy diverso orden y que en el fondo están destinadas a proteger los intereses de las personas a quienes se declara incluidos en esta especie de incapacidad, denominada relativa.

El inciso tercero del ya mencionado artículo 1447 del C. C. nuestro, establece las incapacidades relativas: "Son también incapaces los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad; los disipadores que se hallan bajo la interdicción de administrar lo suyo; las mujeres casadas; los religiosos, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos, determinados por las leyes".

El tratadista Jossierand, agrupa la incapacidad relativa entre los vicios del consentimiento, o de la voluntad hablando particularmente. "Pues, si el legislador anula los actos de estas personas cuando se ejecutan sin los requisitos legales, lo hace teniendo en consideración que su estado no les permite medir las consecuencias y efectos del acto que celebra" (74).

Por nuestra parte creemos que en este asunto de las incapacidades relativas, no podemos hacer generalizaciones, ya que como hemos dicho, las causas a que obedece su establecimiento, difieren entre unas y otras y a veces profundamente.

La afirmación que hace Jossierand, en nuestra opinión, tal vez tenga razón en lo que se refiere a alguno de los casos de los relativamente incapaces, pero no a todos. Es probable que el legislador, al declarar relativamente incapaces a los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad, lo ha hecho tomando en consideración a la voluntad. En realidad, el caso del menor adulto, es una transición entre el estado en que la ley supone que el individuo carece absolutamente de voluntad, y la época en que en razón de su desarrollo la ley considera que la voluntad también ha alcanzado su pleno desarrollo, o sea, la mayor edad, que determina la plena capacidad jurídica.

Algo semejante sucede con el caso de los disipadores que se hallan bajo la interdicción de administrar lo suyo. El disipador tiene su voluntad enferma, considerado psicológicamente.

Pero, tratándose ya de los otros casos de incapaces relativamente, la afirmación hecha por el maestro Jossierand no prospera en igual forma como en los casos ya mencionados. Así sucede con la incapacidad relativa de las mujeres casadas, de los religiosos y de las personas jurídicas,

(74) M. Somarriva U. Trabajo citado. R. D. y J. T. XXXI, p. 38.

estas últimas que son entes cuya voluntad es una creación ficticia del legislador. Parece que ni siquiera necesita demostración, la afirmación que hacemos de que los tres últimos casos de incapacidad relativa señalados, no están establecidos, ni en su más leve parte, en razón de la voluntad, por cualquiera circunstancia (*).

11.—INCAPACIDADES ESPECIALES.—Además de las incapacidades absolutas y relativas que hemos señalado, el legislador ha establecido en el inciso 4º del ya citado artículo 1447 del C. C., otras incapacidades de carácter particular, que consisten “en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos”, como expresamente lo indica la ley. Y a través del Código Civil y otras leyes encontramos disposiciones que establecen en forma precisa una prohibición dada. Pero, tomándolas en consideración en su conjunto, podemos llegar a la conclusión de que ellas no han sido establecidas tomando como base a la voluntad, como sucede muy principalmente con las incapacidades absolutas. La razón que se ha tenido para su establecimiento obedece a hechos de otra naturaleza, sobre todo para proteger intereses de ciertas personas. Por eso no haremos mayor hincapié sobre ellas.

12.—VOLUNTAD EXENTA DE VICIOS.—La voluntad psicológica, que hemos analizado anteriormente, para que sea jurídica, en primer lugar, debe manifestarse al exterior, debe haber una declaración de voluntad, siempre, naturalmente, como ya lo hemos podido ver, que esa voluntad provenga de una persona que tenga capacidad jurídica, es decir, que esté autorizada por la ley para hacer declaraciones de voluntad con efectos jurídicos.

De manera entonces, que la voluntad psicológica, como necesita de una manifestación para recibir la categoría de jurídica, llegamos a la conclusión de que son dos los elementos que deben concurrir para la formación de la voluntad jurídica: uno interno, la voluntad psicológica y otro externo, la declaración de esa voluntad. Entre estos dos elementos, el interno y el externo, debe haber una íntima concordancia y armonía, de manera que el segundo sea la prolongación del primero y éste, la base sobre que descansa aquél.

(*) Debemos observar que todo lo relacionado con las incapacidades relativas ha experimentado una profunda transformación con la reforma introducida en el Código Civil por la Ley N.º 7,612, de 21 de Octubre de 1943. El inciso 3.º del artículo 1,447 del Código Civil ha quedado redactado en la siguiente forma: “Son también incapaces los menores adultos; los disipadores que se hallen bajo interdicción de administrar lo suyo, y las mujeres casadas no divorciadas a perpetuidad ni separadas totalmente de bienes. Las separadas parcialmente de bienes son también incapaces en cuanto a los bienes no comprendidos en la separación. Pero la incapacidad de las personas a que se refiere este inciso no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos, determinados por las leyes”.

Como vemos, este artículo actualmente en vigencia no se refiere a los menores adultos “no habilitados de edad”, como lo hacía la antigua legislación, sino que solamente legisla sobre los menores adultos. Esto se debe a que se ha suprimido el privilegio de la habilitación de edad en nuestro derecho positivo, lo cual a su vez es una consecuencia de haberse reducido a los 21 años la mayor edad.

Ha cesado también la incapacidad relativa del religioso como una consecuencia de haberse suprimido también en nuestra legislación la institución de la muerte civil por ser una “institución arcaica que no responde a ninguna necesidad social”.

Además, “el enorme incremento que han adquirido las personas jurídicas, unido a la experiencia suministrada por su funcionamiento, han movido a los autores del proyecto a hacer desaparecer la incapacidad relativa que hoy afecta a tales personas y que nada justifica”, según lo expresa el Presidente del Instituto Chileno de Estudios Legislativos en el oficio dirigido al Ministro de Justicia, acompañándole el proyecto de reformas al Código Civil.

Cuando se rompe la unidad indispensable que debe existir entre el elemento interno y el externo de la voluntad, el derecho considera que esa voluntad no es apta para que produzca efectos jurídicos, esa voluntad está viciada, como igualmente puede estarlo cuando el sujeto no tiene el pleno dominio de su voluntad por estar alterada por factores extraños a sí mismo.

No se trata aquí, como en el caso de las incapacidades absolutas en las que la voluntad no existe. Por el contrario, la voluntad tiene una existencia real, pero su existencia se ha debido a factores que han destruido la continuidad y armonía que debe existir en la voluntad desde su origen hasta su manifestación al exterior. En una palabra, esa voluntad no es sana, como es la que exige el derecho para que sea jurídica; no se manifiesta en ella el dominio que sobre su voluntad debe tener el sujeto.

Por estas consideraciones, el legislador ha reglamentado, las situaciones que pueden presentarse en los casos en que la voluntad se encuentra alterada por factores extraños y ha establecido los vicios de que puede adolecer.

Esta reglamentación de los vicios de la voluntad, tiene por objeto restablecer el equilibrio que se ha perdido en el proceso de formación de la voluntad jurídica, a consecuencia de causas ajenas al sujeto, que han modificado su discernimiento y su libertad. El derecho con la institución de los vicios de la voluntad, tiende hacia el propósito de dar a la voluntad interna o psicológica del individuo, un predominio sobre la declaración de la misma. Porque sencillamente, se trata, por intermedio de esta institución a que nos estamos refiriendo, de dejar sin efecto una declaración de voluntad cuando ésta en su formación ha sido alterada por factores extraños e inducida a manifestarse en una forma y sentido en que el sujeto no lo habría hecho, a no mediar esos factores.

“La teoría de los vicios del consentimiento, dice George Ripert, se encuentra hoy día construída sobre el plano de la doctrina llamada de la autonomía de la voluntad. Se trata, según los juriconsultos clásicos, de analizar el grado de la voluntad. Entré la que existe en el corazón de los contratantes y la que no se afirma sino en sus labios, faltando totalmente el consentimiento interno, hay una voluntad de calidad inferior, viciada en su elemento de libertad por la violencia, en su elemento de conciencia por el error y el dolo” (75).

La voluntad únicamente puede ser sana y ser la expresión fiel de lo que el hombre desea, cuando está exenta de vicios. El derecho así lo considera y otorga las armas necesarias para limpiarla de toda impureza por medio de la conocida institución de los vicios de la voluntad. Sin embargo, el legislador velando por la tranquilidad social que debe existir en la vida jurídica y previendo que muchas veces las buenas instituciones son usadas para las malas causas, ha debido reglamentar la institución de los vicios de la voluntad. Se presentaron ante él los dos elementos que se encuentran siempre en lucha: el individuo y la sociedad. El primero, reclamando para sí, en el caso presente, la protección del derecho para que su voluntad sea respetada, tal cual es y le convenga a sus intereses; la segunda, solicitando el orden y la tranquilidad de todos. Frente a estos dos elementos en lucha, el legislador ha establecido que: “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: . . . 2º que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio”. (art. 1445 del C. C.) Y más adelante, que: “los vicios de que puede adolecer el consentimiento son el error, la fuerza y el dolo. (art.

(75) G. Ripert. *La règle morale dans les obligations civiles*, p. 79.

1451 del C. C.) La lesión, que también es un vicio de la voluntad, no la agrupó el legislador junto a esta enumeración que hizo, porque no tiene un carácter general como los demás. La lesión tiene cabida en ciertos contratos y bajo ciertas condiciones, que más adelante veremos.

Con esto el legislador ha satisfecho el interés individual. Y cuando más adelante reglamenta cada uno de los vicios de la voluntad o consentimiento, satisface también el interés colectivo, al no permitir que cualquier clase de error, fuerza o dolo, aún el más insignificante, pueda dejar sin efecto un acto jurídico. En el error, la fuerza y el dolo ha de haber como condición básica cierto carácter de gravedad para que el derecho lo tome en cuenta como factor que vicia la voluntad, como podremos notar en el estudio que de cada uno de ellos haremos a continuación. Pero antes que otra cosa debemos hacer una ligera observación. Nosotros nos hemos referido hasta aquí a los vicios de la voluntad que el legislador ha reglamentado en el C. C., cuando en realidad el término que se usa para referirse a esta materia no es voluntad sino consentimiento. Podría preguntarse, entonces ¿no son acaso distintos los significados de estas expresiones? Veámoslo.

Ya hemos fijado el concepto del término voluntad y en cuanto al consentimiento podemos decir que tiene dos acepciones distintas. Etimológicamente (*cum sentire*) significa “el acuerdo de las voluntades de las partes en cuanto al contrato proyectado” (76). Según esta acepción el consentimiento es, pues, el acuerdo de las voluntades en cuya virtud se genera el contrato.

En una segunda acepción, consentimiento significa “el asentimiento dado por cada una de las partes a las condiciones del contrato proyectado, con la voluntad de hacerla producir efectos jurídicos” (77). Dicho en otras palabras, consentimiento en esta segunda acepción significa, no ya acuerdo de voluntades, como en el caso anterior, sino que significa sencillamente: voluntad, y nada más. O lo que es lo mismo, podemos decir que en esta segunda acepción, consentimiento significa, o mejor, es sinónimo de voluntad.

Ahora, cuando el legislador se refiere al vicio del consentimiento, en ¿cuál de estos dos sentidos usa ese término? Indudablemente que lo usa en el segundo significado que se le ha dado a esta expresión, es decir, lo usa como sinónimo de voluntad. De manera que con esta explicación se comprenderá que cuando hemos hablado de vicios de la voluntad y no de vicios del consentimiento, como lo hace el legislador, no hemos cometido ningún error. Y como el tema de nuestro trabajo gira alrededor de la voluntad, será éste el término que seguiremos usando.

13.—EL ERROR.—El discernimiento supone la facultad de conocer las cosas y formarse un concepto cabal respecto de ellas, al analizar sus cualidades y defectos. Y el ideal hacia el cual aspira el hombre es tener respecto de todo un concepto tal, que le permita no sufrir equivocaciones.

Hemos visto, que la ausencia total de conocimiento determina la incapacidad en el individuo para ser sujeto de voluntad, que pueda producir efectos jurídicos. Ahora, cuando una persona con plena capacidad jurídica sufre una equivocación en el conocimiento de una cosa particularmente determinada, esa persona experimenta un error, o sea, tiene un falso concepto sobre la realidad.

Si con esta anomalía alguien dirige su voluntad hacia un objeto o fin determinado que él cree verdadero pero que en realidad no lo es, el resul-

(76) Planiol y Ripert. *Tratado práctico de derecho civil francés*. T. VI, p. 121.

(77) Planiol y Ripert. *Ob. cit.* T. VI, p. 121.

tado que obtendrá será distinto de aquél que se derivaría de una voluntad sana, por cuanto el error ha producido un desacuerdo entre la declaración de la voluntad y la voluntad real.

a) **El error de derecho.**—Dentro de nuestra legislación debemos hacer la distinción entre el error de hecho y el error de derecho, por cuanto está expresamente contemplado en ella.

El error de derecho es el falso concepto o ignorancia que se tiene de las disposiciones legales, y nuestra legislación establece que dicho error no vicia el consentimiento, en el artículo 1452 del C. C., en armonía con lo que dispone el artículo 8 del mismo cuerpo de leyes. Este último artículo establece la presunción del conocimiento que todos los ciudadanos deben tener de la ley, después que han transcurrido los plazos correspondientes. De manera que entre nosotros, el error de derecho no es vicio del consentimiento y aún más, el legislador ha ido más lejos al establecer, con motivo de la posesión, que el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe que no admite prueba en contrario (art. 706 inc. 4 del C. C.). La Corte Suprema, basándose en las disposiciones pertinentes, ha declarado que “el error de derecho, como la ignorancia de las reglas de la sucesión intestada, no vicia el consentimiento” (78).

Pero a pesar de lo dicho, la regla que el error de derecho no vicia el consentimiento, tiene sus excepciones. Se dice, que si el que pretende alegar el error de derecho lo hace con el fin de beneficiarse o lucrarse, al eludir el cumplimiento de una obligación, la regla ya enunciada se aplica con todo rigor. Sin embargo, si se alega el error de derecho con el fin de evitar un daño mayor, entonces la ley admite una excepción al principio general señalado. Naturalmente, como no hay regla sin excepción, en virtud de que frente a un principio suele haber otro de no menos importancia, la afirmación que se hace de que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, admite ciertas derogaciones por el hecho de existir otro principio de una gran importancia, como es el enriquecimiento sin causa. En ciertos casos expresamente determinados por nuestro C. C., aún cuando se trata de error en materia de derecho, el legislador en vista de la injusticia que puede derivarse al aceptarse rígidamente el principio ya enunciado, ha considerado conveniente evitar el aprovechamiento injusto de una persona con detrimento del patrimonio de otra, es decir, ha evitado el enriquecimiento injusto o sin causa justificada. Es por eso que puede repetirse “aún lo que se ha pagado por error de derecho, cuando el pago no tenía por fundamento ni aún una obligación puramente natural”, (art. 2297). Igualmente, “del que da lo que no debe, no se presume que lo dona, a menos de probarse que tuvo perfecto conocimiento de lo que hacía, tanto en el hecho como en el derecho” (art. 2299 del C. C.)

El legislador chileno, al adoptar el criterio que hemos visto respecto al error de derecho, hizo una innovación, en cuanto no siguió los pasos del Código de Napoleón que era su modelo. En efecto, en la legislación francesa nada se dice sobre el error de derecho y ante este silencio se ha estimado en Francia que “el error de derecho, como el error de hecho, vicia el consentimiento del que lo comete. No cabe establecer diferencias entre sus efectos. El que se ha equivocado merece en ambos casos la porteción de la ley” (79).

Es curioso anotar sin embargo, que el Código de las Obligaciones y Contratos de la República Libanesa contiene una disposición diametralmen-

(78) Rev. Der. y Jurisp. T. XXIII 2.^a parte. Sec. 1.^{ra}, p. 669.

(79) Colin y Capitant. Ob. cit. T. III, p. 565; en el mismo sentido se pronuncian los autores Planiol y Ripert. Ob. cit. T. VI, p. 245.

te opuesta a la de nuestro C. C. y las legislaciones que han seguido su ejemplo como la argentina, colombiana y uruguaya. Dicho código ha establecido expresamente que el error de derecho vicia el consentimiento.

Por fin hay otras legislaciones que han adoptado respecto del error de derecho una tendencia semejante a la que establece nuestro C. C. en lo relativo al dolo. Así sucede con el Código Civil italiano y otros, los que consideran que “el error de derecho produce la nulidad del contrato sólo cuando es una causa única y principal” (80).

b) **Error esencial.**—Tratándose de un error, ya no de derecho o de la ley, sino sobre un punto de hecho, entonces los efectos cambian completamente y para su estudio hay que distinguir diversas situaciones.

En conformidad al artículo 1453 de nuestro C. C. “el error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie del acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra”.

Nos encontramos frente al caso que la doctrina designa con el nombre de error esencial, error obstativo o error obstáculo, como lo llaman otros.

El error esencial se presenta solamente en las oportunidades claramente señaladas por la ley y ellas son: primero, cuando recae sobre la naturaleza del acto que se ejecuta o celebra y en segundo lugar, cuando recae sobre la identidad de la cosa específica de que se trata.

Cuando existe error esencial, legalmente la voluntad o el consentimiento están viciados, pero doctrinariamente se considera que en este caso hay ausencia total de voluntad y el acto jurídico celebrado en esta forma es sencillamente inexistente. Por eso es que cuando se estudian los requisitos que deben concurrir para que la voluntad tenga efectos jurídicos, el error esencial se coloca junto a la incapacidad absoluta, porque en ambos casos hay ausencia de voluntad. En un caso no la hay, porque el individuo fisiológicamente está incapacitado para ser sujeto de voluntad, y en el otro, a pesar de estar dotado de todos los elementos fisiológicos para tenerla, sin embargo, la disconformidad entre lo que ha manifestado querer y la realidad subjetiva u objetiva, no permite suponer que en ese caso haya habido siquiera asomo de voluntad. Para que las voluntades de las partes produzcan sus efectos es necesario que haya congruencia y conformidad entre ellas y no divergencia o desacuerdo, como sucede en el caso del error esencial.

Dentro de nuestro derecho positivo han creído algunos que la existencia del error esencial determina la nulidad absoluta del acto o contrato. Llegan a esta conclusión haciendo la siguiente argumentación, porque la ley no ha establecido expresamente la sanción que indicamos. Cuando el error recae sobre la naturaleza del acto o contrato que se ejecuta o celebra, se dice que el error recae sobre la causa del contrato, y siendo la causa del contrato uno de los requisitos que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, la omisión de ese requisito produce la nulidad absoluta, en conformidad con lo que prescribe el artículo 1682 del C. C. Igual cosa puede decirse del caso en que el error recaiga sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si el comprador entendiese comprar un buey y el vendedor entendiese vender un caballo. El error recae sobre el objeto del acto o contrato, y el objeto también es, junto con la causa, uno de los requisitos que las leyes señalan para la validez de los actos o contratos en consideración a la natu-

(80) Artículo 1109 del Código Civil Italiano.

raleza de ellos. Y la omisión de este requisito esencial acarrea la nulidad absoluta, también en conformidad al artículo 1682 del C. C.

Sin embargo, creemos que la teoría que encuentra más asidero dentro de nuestra legislación, es aquélla que considera que el error esencial solamente produce nulidad relativa, por las siguientes razones:

a) el artículo 1451 que establece los vicios del consentimiento, señala el error como uno de esos vicios en términos generales y no hace ninguna distinción respecto de él;

b) los artículos 1453 y 1454 del C. C. analizan el error como un vicio del consentimiento, estableciendo el primero de ellos, que el error esencial “vicia el consentimiento” y agregando el segundo, que “el error de hecho vicia asimismo el consentimiento”, y en seguida señala los casos de error substancial que producen nulidad relativa según la opinión de todos los autores. La expresión “asimismo”, usada en el artículo 1454, nos está indicando que en concepto del legislador, el error, tanto cuando es esencial como cuando es substancial, produce los mismos efectos;

c) el artículo 1691, tampoco ha hecho ninguna distinción entre el error esencial y el error substancial, y por el contrario, constituye un argumento poderoso para sostener que el error esencial produce nulidad relativa, ante los términos muy claros empleados en él por el legislador. Establece este artículo que “el plazo para pedir la rescisión (nulidad relativa) durará cuatro años. Este cuadrienio se contará, . . . en el caso de error o de dolo, desde el día de la celebración del acto o contrato”. Como vemos la claridad no puede ser mayor en este artículo;

d) el artículo 1682 inciso final, establece que la nulidad relativa es la regla general, constituyendo por tanto la excepción, los casos de nulidad absoluta que están expresamente señalados por la ley;

e) el fundamento de la nulidad absoluta es el resguardo del orden público, y el error esencial ni en su más mínima parte altera dicho orden. Únicamente afecta los intereses particulares de los contratantes y es natural que ellos puedan subsanar este vicio por medio de la ratificación, lo que no podrían hacer si se tratara de nulidad absoluta ⁽⁸¹⁾.

c) Error substancial.—Aparte del error esencial existen otras clases de errores, pero de menos gravedad que el ya señalado. Con el error esencial sencillamente la voluntad no existe y por consecuencia ni siquiera puede dar nacimiento al acto jurídico, hablando en doctrina.

El error a que ahora nos vamos a referir no recae sobre la especie de acto o contrato ni sobre la identidad de la cosa específica de que se trata. Este error que genéricamente se le llama error substancial, puede recaer en primer lugar sobre la substancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, es decir, este error ocurre cuando la substancia o calidad esencial de la cosa es diversa de lo que se cree; como si alguna de las partes supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es alguna masa de un metal semejante (art. 1454).

La substancia es la materia de que la cosa se compone y las calidades esenciales a que también se refiere el artículo, son aquéllas que le dan una individualidad propia a una cosa que la hacen distinguirse de las demás de su especie.

En segundo lugar, el error puede recaer sobre cualquiera otra calidad de la cosa, o, como se dice corrientemente, sobre una cualidad accidental de la cosa. Esta clase de error, generalmente, no vicia la voluntad sino

⁽⁸¹⁾ Véase: Planiol y Ripert. Ob. cit. T. VI, p. 238; M. Somarriva U. Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia, p. 136; Alessandri y Somarriva. Derecho civil. T. IV, p. 116.

solamente en aquellos casos en que el motivo principal que induce a una de las partes a contratar está constituido por estas cualidades accidentales y dichos motivos han sido conocidos por el otro contratante. Se dice que en este caso, la cualidad accidental de la cosa ha sido elevada a la categoría de calidad esencial por la sola declaración que hace uno de los contratantes al otro.

En forma muy clara establece el principio explicado anteriormente el artículo 1454 inc. 2 del C. C. "El error, establece, acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y ese motivo ha sido conocido de la otra parte".

Por último, el error también puede viciar la voluntad, impidiéndole producir efectos jurídicos, cuando recae sobre la persona con quien se contrata y esta persona es la causa principal del contrato, como lo da a entender claramente el artículo 1455 del C. C.

En verdad, la mayoría de los actos jurídicos no darían lugar para dejar sin efecto la voluntad que sufriera algún error en cuanto a la persona de la otra parte con quien se celebra un acto cualquiera, pero hay algunos que no se realizan sino en consideración a la persona, y reciben el nombre de contratos "intuitu personae". Podemos citar como ejemplo el matrimonio, la adopción, la transacción, el mandato, etc.

d) **Error accidental.**—Aparte de los ya enunciados, pueden haber otras especies de errores, pero que por su escasa importancia no tienen mayor influencia en el derecho. Reciben el nombre de errores accidentales y no son causales que vicien el consentimiento.

De manera entonces y para terminar esta materia, debemos decir que la voluntad para que produzca plena eficacia jurídica, y a veces incluso para que nazca a la vida jurídica, debe ser sana, es decir, estar exenta de vicios, uno de los cuales es el error ⁽⁸²⁾.

Relacionado con el error se presenta el problema interesante de saber si el error para que vicie el consentimiento es necesario que haya sido sufrido por las dos partes que celebran un acto, es decir, que haya sido común, o basta que lo haya experimentado una de las partes.

Entre los autores franceses se encuentra dividida la opinión a este respecto y mientras unos dicen que "es evidentemente más racional admitir que basta con el error cometido por una de las partes" ⁽⁸³⁾, otros como Larombière estiman que el error vicia el consentimiento cuando las dos partes han sido víctimas de él.

Esta discusión no se presenta entre nosotros, gracias a la claridad con que toca este tema nuestra legislación positiva. Todos los autores están de acuerdo en aceptar que nuestra legislación establece que basta el error unilateral para que vicie la voluntad, sin que sea necesario, por tanto, que éste sea común. La demostración la encontramos en la sola lectura de los artículos de nuestro C. C. que se refieren al error, los cuales usan los términos "una" o "alguna", con lo que no deja margen a ninguna duda a este respecto ⁽⁸⁴⁾.

14.—LA FUERZA.—Desde la génesis del acto voluntario hasta obtener su completa formación, e incluso hasta su aparición en el mundo exte-

⁽⁸²⁾ Véase: L. Josserand. *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, p. 45 y sgtes.; Colin y Capitant. *Curso elemental de derecho civil*. T. I, p. 161 y sgtes.; H. Capitant. *Introduction à l'étude du droit civil*, p. 217.

⁽⁸³⁾ Colin y Capitant. *Ob. cit.* T. III, p. 572.

⁽⁸⁴⁾ L. Claro S. *Derecho civil chileno y comparado*. T. XI, p. 182.

rior, ha de existir una independencia completa de los factores psíquicos, de todo elemento extraño que puede influir, sobre todo en una elección forzada, entre los móviles y motivos en la fase de la deliberación. Es aquí donde debe existir libertad para que pueda considerarse a la voluntad como una manifestación de la capacidad del hombre para determinarse a sí mismo y como manifestación también de su espíritu libre.

El tratadista Freitas define esta libertad que debe concurrir en la voluntad "como el imperio de sí, que expresa la posibilidad de elección entre los motivos, la determinación propia, la independencia de la voluntad" ⁽⁸⁵⁾.

La voluntad debe desarrollarse y manifestarse en una forma libre y espontánea para que de esta manera constituya el fiel reflejo de la personalidad del hombre y pueda apreciarse así, con la mayor exactitud, lo que realmente desea, y no haya lugar a dudas acerca de lo que efectivamente pretende.

La exigencia de este requisito, para que se produzca una voluntad sana en el sujeto, se refiere tanto a la libertad física o material como a la libertad moral o intelectual. En ambos casos el sujeto se encuentra privado de la libertad necesaria para determinarse en forma espontánea.

El elemento que generalmente se opone a la libertad es la fuerza y es por eso que el legislador expresamente la ha considerado como una de las causas que vicia a la voluntad.

Este caso, en que no hay libertad a consecuencia de la fuerza es distinto de aquel otro en que falta discernimiento, pues entonces, lisa y llanamente, no hay voluntad. Como ya lo hemos visto, la falta de discernimiento se refiere a la incapacidad para tener voluntad. En cambio, cuando hay fuerza la voluntad existe, el sujeto es capaz de tener voliciones, pero esa voluntad está viciada, no tiene una existencia sana: En la fase de la deliberación del acto voluntario, el individuo ha debido ceder ante el influjo ejercido por la fuerza, y es así como, a consecuencia de ello, no solamente se producen actos no deseados por el individuo; sino que aún más, se producen precisamente actos contra la voluntad ⁽⁸⁶⁾.

Ya hemos visto que nuestro derecho positivo, en el artículo 1451 del C. C., establece que la fuerza es uno de los vicios del consentimiento, junto con el error y el dolo. Y el artículo 1456 del mismo código establece el principio general según el cual la fuerza vicia el consentimiento "cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunda a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave".

El derecho positivo no ha definido la fuerza, como tampoco el error, pero en cambio señala los elementos que deben concurrir para que se le tome en consideración como vicio de la voluntad. Se acostumbra a definir la fuerza como "la presión ejercida sobre la voluntad de una persona por medio de amenazas o violencia material para determinarla a contratar" ⁽⁸⁷⁾.

"Cuando hay fuerza, dice el señor Alessandri, el vicio del consentimiento no está en el acto mismo, sino en el efecto que produce la fuerza; es decir, el consentimiento está viciado por el temor o miedo que la fuerza infunde en la persona sobre quien se ejerce; a la persona se le da a elegir

⁽⁸⁵⁾ Citado por Aguiar. Ob. cit., p. 23.

⁽⁸⁶⁾ Véase: G. Ripert. La règle morale dans les obligations civiles, p. 79; H. D. Aguiar. La voluntad jurídica, p. 127 y siguientes.

⁽⁸⁷⁾ A. Alessandri R. Los contratos, p. 27.

entre contratar o sufrir un daño y ella es libre para elegir; pero su elección es el resultado del temor y la ley no puede reconocer eficacia a un contrato celebrado en estas condiciones. Por otra parte la fuerza es atentatoria y perturbadora del orden público” (88).

De la definición dada más arriba sobre la fuerza se desprende que esta puede ser de dos clases: física, en la que los métodos empleados son actos materiales de violencia, y moral, en la que el sistema empleado es la amenaza, donde se advierte a la víctima que debe obrar en una determinada forma si no quiere verse envuelta en un mal grave e irreparable.

Se dice que en el primer caso, es decir, tratándose de la fuerza física no puede hablarse de vicio de la voluntad, sino que sencillamente no hay voluntad, el individuo es un autómatas en este caso. Sólo obedece a la fuerza material que lo impulsa en un sentido determinado y su voluntad no existe, ella ha desaparecido por completo. Tal sería el caso del individuo a quien se le coloca un puñal en la mano, estando tomada ésta por un tercero, y en esta situación comete un acto punible, un homicidio, por ejemplo. O bien, la persona que firma un documento, teniéndole un tercero sujeta la mano.

En cambio, tratándose de fuerza moral, en la que sólo interviene la amenaza o la intimidación, aquí sí que puede hablarse de vicio de la voluntad. El individuo puede elegir y pesar el pro y el contra en la deliberación del acto voluntario. Naturalmente si elige el camino señalado por la fuerza a fin de evitar sus consecuencias, su voluntad está viciada, esa voluntad no es la misma, porque al no haber existido tales condiciones externas y ajenas al sujeto, habría sido distinta.

En razón de que la fuerza o la coacción es también un elemento que coadyuva al derecho en la consecución de sus fines, debemos establecer las características que deben concurrir para que pueda ser considerada como vicio de la voluntad. En primer lugar, debe ser injusta o ilegítima, es decir, contraria a la ley, porque la fuerza que se emplea conforme a ella, no es causal que vicie la voluntad. En segundo lugar, debe ser grave, con lo cual se quiere significar que la fuerza debe ser de tal naturaleza que sea “capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición”, tal como lo establece el artículo 1456 del C. C. Y “se mira como una fuerza de este género, continúa el mismo artículo, todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave”. Por último, se requiere que sea actual, es decir, que se ejecute en el momento mismo en que se hace la declaración de la voluntad.

Para terminar lo relativo a la fuerza como vicio de la voluntad, diremos, que es indiferente que ella provenga de una de las partes o de un tercero, porque el que quiere influir con la fuerza puede valerse de un tercero, y sería injusto que quedara sin sanción la fuerza producida por un tercero, cuando los resultados obtenidos son los mismos. Así lo establece el artículo 1457 C. C. (89).

15.—EL DOLO.—El dolo es una institución que en el derecho reviste diversos matices y por lo cual se le considera desde diversos puntos de vista, admitiendo al mismo tiempo numerosas clasificaciones.

(88) A. Alessandri R. Los contratos, p. 27.

(89) Véase: L. Jossierand. Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé, p. 93 y siguientes; Colin y Capitant. Curso elemental de derecho civil, p. 165 y siguientes; H. Capitant. Introduction a l'étude du droit civil, p. 228.

Es así como el dolo puede considerarse, en primer lugar, como el elemento subjetivo de los delitos, (art. 2284 inc. 3) cuando en la ejecución misma del acto ha habido “la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro” (art. 44 del C. C.) Hay en este caso la conciencia de dañar (dolo) por medio de un acto al cual la ley, precisamente en razón de este propósito de perjudicar, ha dado el carácter de ilícito. Pero esta clase de dolo, como expresa Aguiar, “no ejerce ninguna influencia sobre la voluntad del que sufre sus consecuencias, la cual permanece completamente extraña a él” (90).

El dolo puede también ser considerado como “los actos u omisiones intencionadas del deudor para eludir el cumplimiento de la obligación” (91). En el presente caso se trata de una obligación preexistente y a la cual se encuentra sujeto el deudor, quien en vez de dar cumplimiento exacto, íntegro y oportuno, de lo que ha prometido, pretende conscientemente dañar a su acreedor no cumpliendo con su obligación en la forma convenida. Es decir, el dolo en este caso incide en el cumplimiento de la obligación y cuya consecuencia entraña la agravación de la responsabilidad del deudor, porque si existe, el deudor “es responsable de todos los perjuicios que fueren una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento” (art. 1558 del C. C.)

Pero a pesar de la enorme importancia que reviste el estudio del dolo, bajo los aspectos que hemos indicado, no nos extenderemos más sobre él por no ser materia de nuestro estudio.

El dolo para nosotros tiene importancia, en el trabajo en que nos encontramos empeñados, considerándolo como vicio de la voluntad, que es un tercer aspecto bajo el cual lo estudia el derecho. Cuando reviste esta forma su característica consiste en una “maquinación fraudulenta ejecutada con el fin de que otra persona preste su consentimiento para celebrar un acto o contrato”.

No obstante, hay quienes creen ver en esta forma que puede revestir el dolo, es decir, vicio de la voluntad, únicamente un aspecto o forma especial del dolo elemento básico del delito, en razón de que el que ejecuta la maquinación fraudulenta, para obtener el consentimiento de la otra parte en un determinado sentido que lo beneficie a él en perjuicio del que consiente en esa forma, está demostrando ni más ni menos su “intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro” (92).

Adoptando el temperamento señalado, pierde su independencia el dolo vicio de la voluntad, pasando a ser una forma especial del mismo, en el aspecto delictual.

Pero esta asimilación que se pretende entre estas dos formas del dolo, no tiene cabida dentro de nuestra legislación, la cual reglamenta en forma diversa el dolo vicio de la voluntad y el dolo elemento de los delitos o dolo fuente de obligaciones. Pues mientras el dolo que vicia la voluntad produce la nulidad del acto, el dolo fuente de obligaciones da lugar únicamente a la indemnización, en conformidad al artículo 2314 del C. C.

Pero el dolo para que sea causal que vicie el consentimiento ha de reunir las siguientes condiciones establecidas en el artículo 1458 del C. C. En primer término, es necesario que el dolo sea la obra de una de las par-

(90) H. D. Aguiar. Ob. cit., p. 179.

(91) A. Alessandri R. Obligaciones (apuntes), p. 76.

(92) Véase: Alessandri y Somarriva. Ob. cit. T. III, p. 198.

tes, con lo que se excluye la posibilidad de que el dolo de un tercero pueda dar base para viciar la voluntad. En segundo lugar, el dolo ha de ser de aquellos que aparezca claramente que sin él no se habría contratado, o sea, debe ser la circunstancia determinante de la celebración del acto.

Cuando se reúnen los dos requisitos señalados anteriormente, se denomina doctrinariamente al dolo como principal o inductivo, y únicamente éste es el que es capaz de viciar la voluntad de los que celebran un determinado acto.

En los casos en que no concurren copulativamente los dos requisitos indicados anteriormente, el dolo recibe el nombre de incidental o accidental, dando "lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios, y contra las segundas hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo" (art. 1458 del C. C.)

En realidad esta distinción que hace nuestra legislación, en lo que ha seguido a la legislación francesa, entre el dolo principal y el incidental, carece de un fundamento de peso, no obstante haberse pretendido encontrar su origen en el Digesto ⁽⁹³⁾.

Como expresan Colin y Capitant "el dolo se emplea siempre para pesar sobre la voluntad del contratante, ya con el fin de impulsarle a celebrar el contrato, ya para hacerle aceptar condiciones distintas de las que hubiese aceptado si no hubiese sido engañado. Por consiguiente, en ambos casos, la verdadera reparación debiera consistir en permitir a la parte perjudicada pedir la nulidad" ⁽⁹⁴⁾.

Pero tanto la legislación positiva francesa como la nuestra, han hecho este distinción, y siendo una cuestión de hecho queda entregada al juez la facultad de determinar si el dolo ha sido el determinante del acto, único caso en que la voluntad es viciada. Porque si el dolo solamente ha modificado las condiciones normales del acto, sin tener una consecuencia mayor en la determinación del mismo, la legislación concede el derecho para ser indemnizado, nada más.

Es indudable que aquel dolo cometido por una de las partes en el acto jurídico, y que ha influido en una forma determinante en la voluntad de la víctima, es mucho más grave y pernicioso que aquel otro dolo cometido por un tercero, y que no ha influido en una forma tan decisiva en la conclusión del negocio. Esta es seguramente la razón que el legislador ha considerado para establecer que, únicamente el dolo principal vicia la voluntad, mientras que el dolo incidental sólo sirve de base para ser indemnizado, porque considerado el problema desde el punto de vista de la voluntad exclusivamente, podemos establecer que tanto tratándose del dolo principal como del incidental, la voluntad está alterada, en ambos casos está viciada.

El legislador viendo que la gravedad entre las dos clases de dolo es distinta, quiso también darles una sanción diferente, como es lógico, y eligió la técnica que ya hemos visto: al dolo principal, como es más grave, le aplicó la nulidad relativa y para llegar a esta conclusión dijo que era un vicio del consentimiento. El dolo incidental que tiene menos trascendencia, lo sanciona con la indemnización de perjuicios correspondiente.

Los autores Colin y Capitant justifican este temperamento de la legislación francesa, que podemos aplicarlo a la nuestra, diciendo que: "cuando el autor del dolo es uno de los contratantes, es justo y equitativo que la otra parte, víctima de esas maniobras pueda conseguir que se anule la convención. Pero si el autor del dolo es un tercero, la víctima no

⁽⁹³⁾ Colin y Capitant. Ob. cit. T. III, p. 579.

⁽⁹⁴⁾ Colin y Capitant. Ob. cit. T. III, p. 579.

tiene nada que reprochar al co-contratante, el cual es inocente de toda falta, y, por consiguiente, no debe sufrir por la anulación del contrato las consecuencias de los actos dolosos a los cuales él es absolutamente extraño” (95).

Para terminar lo relacionado con el dolo, diremos algo sobre la influencia de éste sobre los actos jurídicos unilaterales, o sea, aquéllos en que solamente hay una voluntad. Pudiera creerse que en los actos unilaterales el dolo no puede ser causal que vicia la voluntad, porque faltando la otra parte que cometa el dolo no podemos hablar de dolo principal o inductivo. Sin embargo, tratándose de los actos jurídicos unilaterales en que hay solamente una parte, no se hace distinción entre el dolo principal y el incidental, y los actos se anulan únicamente por ser el dolo el determinante del acto (96).

16.—LA LESION.—Voluntad viciada es aquélla que no tiene la espontaneidad y libertad que el derecho considera necesarias para que pueda tomarse en cuenta jurídicamente. De manera que así como la voluntad puede encontrarse viciada a consecuencia del falso concepto que se tiene de la realidad (error); de la maquinación fraudulenta que pueda inducirlo a engaño (dolo); o de la violencia o intimidación que pretenda arrancarle una falsa voluntad para un determinado acto (fuerza), también puede estar viciada a consecuencia de las necesidades materiales en que puede encontrarse un hombre. Quién se encuentra acosado por las necesidades materiales impostergables, y que necesita satisfacerlas por cualquier medio, no se encuentra en condiciones de poder elegir libremente las formas como satisfacerlas, sin que signifique un detrimento para su persona o para su patrimonio. En ese momento la voluntad del individuo no puede ser libre y sana, ella está viciada.

Debemos situarnos en el caso de los actos onerosos y conmutativos en donde se produce exclusivamente la situación que analizamos. En los actos que hemos indicado “una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez”, conforme textualmente lo indica el artículo 1441 de nuestro Código Civil. Lo que caracteriza estos actos es la equivalencia de las prestaciones que normalmente debiera haber. Pero, cuando, como ya lo hemos indicado, una persona a consecuencia del apremio de sus necesidades materiales recibe menos de lo que ha dado, es decir, cuando se ha roto la relación de equivalencia, se dice que esta persona ha sido lesionada en su patrimonio.

En verdad, la lesión es una consecuencia y no una causa. La causa en este caso es la necesidad en que se encuentra una persona. Por eso es que nos parece impropio decir que la lesión es un vicio de la voluntad. Más propiamente debiera decirse que la voluntad se encuentra viciada por la necesidad y a consecuencia de la cual el patrimonio puede ser lesionado.

El Código alemán de 1900 parece darnos la razón en lo que estamos diciendo, por cuanto ni siquiera menciona a la lesión, lo cual ha hecho pensar a muchos que esta institución se encuentra totalmente suprimida en dicho código. Pero lo que hay en verdad es que el Código alemán, tal como lo hemos explicado, no considera a la lesión como causa que vicie la voluntad, sino que seguramente debe tomarla como consecuencia, ya que

(95) Colin y Capitant. Ob. cit. T. I, p. 164.

(96) Véase: Colin y Capitant. Ob. cit., p. 163 y siguientes; H. Capitant. Introduction a l'étude du droit civil, p. 224 y siguientes; L. Josserand. Les mobiles dans les actes juridiques de droit privé; Alessandri y Somarriva. Ob. cit. T. I, p. 375.

ni la menciona; en cambio en el artículo 138 establece: "Es nulo en particular, el acto jurídico por el cual explotando cualquiera la desgracia, la ligereza o la inexperiencia de otro, se hace prometer o dar por él o por un tercero en cambio de una prestación, ventajas patrimoniales que excedan al valor de estas prestaciones, de tal modo que, según las circunstancias, las ventajas estén en enorme discordancia con ellas".

Como claramente podemos observar en este artículo que hemos transcrito, ni siquiera se menciona la palabra lesión; pero en cambio se hace expresa alusión a la desgracia, ligereza o inexperiencia, que en realidad son las causas que vician la voluntad y determinan la lesión en el patrimonio de una persona.

A nosotros hoy día nos parece muy atendibles las razones que se dan para considerar a la lesión, (así continuaremos llamando a esta institución) como una causal para dejar sin efecto los actos cuando a consecuencia de ellos el patrimonio de alguien sufre una pérdida en las condiciones que ya hemos visto. Pero en la época de la Revolución, bajo cuyas ideas se redactaron la mayoría de los códigos del mundo en el siglo pasado, las cosas eran apreciadas de muy diferente manera. Así es como en plena Revolución, la lesión fué abolida por una ley de 14 de fructidor del año III, ya que a causa de las fluctuaciones del papel moneda existente en esa época, no podía conocerse exactamente el valor de las cosas, lo que la hacía impracticable.

Posteriormente, cuando se redactó el Código de Napoleón fué muy combatida y se mantuvo gracias al mismo Napoleón. Esto tiene una explicación muy natural si se consideran las ideas básicas que tenían los hombres en aquel entonces, en que todo respiraba libertad e igualdad. Se suponía, conforme a las ideas que indicamos, que con la Revolución triunfante se había terminado con todas las situaciones de desigualdad y en adelante no habría nadie que no estuviese en un plano de igualdad frente a otro. La ley había colocado a los hombres en aquel plano, siempre que demostraran las mismas condiciones de capacidad, y únicamente el derecho debía proteger a aquéllos que efectivamente eran incapaces y podían ser burlados por los más audaces.

Los legisladores de la Revolución consideraron que la voluntad generalmente podía estar viciada únicamente por el error, la fuerza y el dolo y por ninguna otra circunstancia más. Fuera de estos casos la ley no debía intervenir, porque todos los ciudadanos estaban en el mismo plano de igualdad y habría sido una violación a este principio si la ley se hubiera colocado al lado de alguno de los contratantes cuando fuere lesionado en circunstancias como éstas. Además, se suponía que ella significaba un atentado a la libertad contractual y constituía una falta de seguridad en las transacciones, porque de aceptarla, se habría tenido que rescindir el contrato después de celebrado, cada vez que concurrieran los requisitos para que la lesión prosperara, lo que significaba un detrimento para el libre juego de las libertades particulares.

Como puede verse, las ideas de aquella época eran completamente contrarias a la lesión, pero a pesar de eso no pudo desconocérsele en una forma completa, y se le acepta, pero con muchas restricciones, en todos los códigos de carácter individualista.

En la legislación francesa se dice expresamente que: "la lesión no vicia las convenciones sino en ciertos contratos y con respecto de ciertas personas" (art. 1118). En primer término, la legislación francesa acepta, pero no toda especie de lesión, sino únicamente cuando es enorme, y para esa legislación lo es cuando el vendedor pierde más de las siete doceavas partes del precio. Además la acción por lesión en esa legislación está úni-

camente reservada al vendedor. El comprador no tiene este derecho. Solamente puede ejercerse tratándose del contrato de venta y sólo cuando recae sobre inmuebles. El plazo que se tiene para reclamar de la lesión es de dos años.

En la historia de nuestra legislación civil debemos advertir que el Proyecto de Código Civil de 1853 consultaba la lesión como un vicio general de la voluntad, lo cual no fué conservado en el proyecto que recibió la sanción del legislador y que constituye nuestro actual Código Civil.

Nuestro C. C. a diferencia de lo que hizo el francés, en ninguna parte revela la intención de darle a la lesión el carácter de vicio de la voluntad, y se le considera como causal para rescindir el acto únicamente. Sin embargo, comparando los casos a que se hace extensiva la lesión en nuestro derecho, son muchos más que en aquél, demostrando con esto que la lesión en nuestro derecho ha tenido una acogida mayor que en el francés.

También entre nosotros la lesión debe ser enorme y se establece como límite para determinarla en la compraventa, la mitad del justo precio a la época del acto (art. 1889 del C. C.)

En nuestra legislación la lesión tiene cabida en el contrato de compraventa y gozan de ella tanto el comprador como el vendedor (art. 1888 y 1889); en la permuta en conformidad a lo establecido en el artículo 1900; en la aceptación de una asignación (art. 1234); en la partición de bienes (art. 1348) en el mutuo cuando se establece un interés superior al que permiten las leyes (art. 2206 y ley N^o 4694); en la anticresis (art. 2443) y en la cláusula penal enorme (art. 1544).

En conformidad a lo que dispone el artículo 1891 del C. C. “no habrá lugar a la acción rescisoria por lesión enorme en la venta de bienes inmuebles, ni en las que se hubieren hecho por el ministerio de la justicia”, y en conformidad al artículo 77 del Código de Minería tampoco “hay rescisión por causa de lesión enorme en los contratos de compraventa y de permuta de pertenencia o de una parte alicuota de ella.

En la legislación española la lesión ha tenido aún menos cabida que en las ya señaladas. Se acepta únicamente en los contratos sobre bienes del pupilo, celebrados por el tutor sin autorización del consejo de familia y en los celebrados en representación de los ausentes, salvo cuando se celebran con autorización judicial. (Artículos 1291, 1293 y 1296 del C. C. español).

A pesar que la lesión es producida a consecuencia de elementos que indiscutiblemente producen una alteración de la voluntad del autor de un acto jurídico, que los conduce a manifestar una voluntad que no es sana, por las razones que hemos expuesto más arriba, no se consideró a la lesión como vicio de la voluntad junto con el error, la fuerza y el dolo, aún cuando la voluntad con la lesión se encuentra más manifiestamente viciada que en alguno de estos últimos casos. Este mismo criterio ha hecho que a la lesión se le considere bajo un punto de vista objetivo, es decir, como una consecuencia de un daño material que ha recibido el patrimonio y no desde un punto de vista subjetivo como debiera serlo por cuanto se trata de un vicio de la voluntad como cualquier otro ⁽⁹⁷⁾.

17.—EL OBJETO.—“Los actos jurídicos tienen por objeto crear, modificar, transmitir o extinguir derechos: tal es su objeto propio”, expresa Henry Capitant ⁽⁹⁸⁾. De manera entonces, que el objeto en los actos

(97) Véase: L. Josserand. *Les mobiles dans les actes juridiques*, p. 124 y siguientes; H. Capitant. *Introduction a l'étude du droit civil*, p. 231; Colin y Capitant. *Ob. cit.* T. I, p. 167.

(98) H. Capitant. *Introduction a l'étude du droit civil*, p. 239.

jurídicos es el derecho que el mismo acto crea, modifica, transmite o extingue. No es algo material, como pudiera creerse, sino que consiste en un vínculo jurídico, en un derecho.

Si tomamos por ejemplo un contrato, que es un acto jurídico bilateral, podemos ver que el objeto de este acto consiste en los derechos que de él emanan. En la compraventa, entre otros, se crea principalmente para el comprador el derecho para exigir la entrega de la cosa y para el vendedor el derecho para que le sea entregado el precio. Como vemos el objeto en este acto jurídico no lo constituyen ni la cosa misma ni el precio sino el derecho que sobre ellos recae.

No debemos confundir el objeto del acto jurídico que, como ya lo hemos dicho, es el derecho que crea, con el objeto o materialidad sobre la cual ha de recaer el derecho a que ha dado nacimiento el acto jurídico. Esta distinción y separación que hacemos en el campo del derecho entre estos dos conceptos, el objeto del acto jurídico y el objeto del derecho, no la podemos hacer en la práctica. Materialmente no puede haber acto jurídico si no hay objeto sobre el cual recaiga el derecho a que va a dar nacimiento el acto. De ahí proviene entonces la confusión que se hace a menudo entre estos conceptos que hemos indicado.

Pero en definitiva, como expresa el señor Alessandri: “lo que en los actos jurídicos se persigue en último término es la materialidad misma sobre que recae el derecho por él creado. Así, en la donación, el objeto del acto es el derecho donado, y el objeto de este derecho es la cosa donada; pero, en último término, el objeto de la donación es la cosa donada, y ésta es la que debe existir para que haya un acto jurídico; pero el derecho sin la cosa donada no existe, y sin el derecho no existe el acto jurídico, o sea, es menester que exista no sólo el objeto del acto jurídico, sino también el objeto del derecho”⁽⁹⁹⁾.

De manera que para que haya acto jurídico es indispensable que haya objeto. Jurídicamente considerando, la ausencia del objeto determina la inexistencia del acto. Pero, en cuanto a la legislación positiva, se exige además que el objeto sea lícito, sin lo cual el acto no será válido. Así lo establece nuestro Código Civil en el artículo 1445 N° 3.

Los actos jurídicos que tienen un objeto lícito son aquéllos que guardan conformidad con el ordenamiento jurídico, única forma por la cual merecerán el reconocimiento y protección de las leyes. Las leyes tienen por objeto establecer una determinada norma de conducta en la convivencia social y formulan los principios, que los hombres han de tener en vista en la realización de sus actos, de acuerdo con las modalidades y maneras de ser de cada época y cada conglomerado social.

Los actos que ejecutan los hombres han de conformarse necesariamente a los preceptos dictados en conformidad al ordenamiento jurídico, para que puedan recibir, en primer término, la aprobación y en seguida, la protección del derecho. Volvemos a repetir que la conformidad del objeto con los preceptos legales constituye la licitud del objeto.

18.—LA CAUSA.—Cuando estudiamos las diversas fases en el proceso psicológico de la voluntad dijimos que en la fase de la deliberación entraban a jugar su rol los motivos y los móviles, que son estados de orden afectivo y representativo respectivamente. De todos estos motivos y móviles el derecho clásico tomó en consideración únicamente el motivo más próximo que determina en forma definitiva la decisión de la voluntad, constituyendo la razón determinante del acto jurídico, y dando lugar a la cau-

⁽⁹⁹⁾ A. Alessandri R. Derecho Civil (apuntes). T. I, p. 110.

sa que es otro de los elementos indispensables para la existencia de los actos jurídicos, lo mismo que el objeto que ya hemos visto.

Siendo la causa el motivo próximo o inmediato, en una misma categoría de actos jurídicos ésta no varía, es siempre la misma. Así es como en todos los actos a título gratuito, la causa es en todos ellos siempre la intención de hacer un beneficio, ejercer una liberalidad por parte de la persona que se obliga en el acto de beneficencia. En los contratos bilaterales o sinalagmáticos la causa del acto es la obligación correlativa que contrae la otra parte, y en los actos unilaterales a título oneroso la causa reside en el hecho o la promesa de la otra parte.

La causa está constituida por el motivo que es susceptible de ser conocido por la otra parte, por el motivo próximo o inmediato, como ya lo hemos dicho, y no por aquellos otros motivos contingentes y más remotos que varían hasta el infinito en cada sujeto. Esto justifica la razón de ser del inciso final del artículo 1467, cuando establece: "Así la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita". En estos ejemplos, expresa don Luis Claro Solar, no se expresa un motivo personal, subjetivo, que sirva de fundamento a la promesa, sino el hecho objetivo de una deuda que no existe, y cuyo pago, por lo mismo carecería de causa o el hecho objetivo de un crimen o de un acto inmoral que sería una causa ilícita para la promesa de recompensa" ⁽¹⁰⁰⁾.

La causa en conformidad a lo que establece el artículo 1467 del C. C., debe ser real. Con esto se quiere significar que ella no debe ser falsa o simulada, es decir, no debe darse por los contratantes como existente una causa que en realidad no existe, ni atribuirse una causa diversa a la que efectivamente es ⁽¹⁰¹⁾.

La causa además debe ser lícita, como también lo exige la ley en el artículo 1467, después de haberlo exigido ya en el artículo 1445 del C. C. La ilicitud de la causa está señalada en el artículo 1467 inc. 2: "es causa ilícita la prohibida por las leyes, o contraria a las buenas costumbres o al orden público".

19.—LAS SOLEMNIDADES.—Ya hemos tenido ocasión de ver que la voluntad para que tenga eficacia jurídica, debe manifestarse al exterior, y como más adelante lo veremos, esta manifestación puede hacerse, por regla general, en cualquier forma ostensible en que se revele de manera manifiesta, sin que el derecho haya reglamentado alguna fórmula especial en conformidad a la cual debe hacerse esta manifestación. En conformidad a este principio general, las partes en un acto jurídico únicamente necesitan ponerse de acuerdo en los elementos esenciales del mismo, y en seguida, hacer la manifestación de voluntad en la forma que encuentren más conveniente, sin que sea necesario acompañar a esa manifestación de otros elementos. Con la sola manifestación de la voluntad se perfecciona el acto.

No obstante, hay ciertos y determinados casos, en que por su importancia y trascendencia, la voluntad debe manifestarse sujetándose a ciertas formas externas especiales que el legislador indica y las cuales si no se cumplen producen el efecto de no dar lugar al nacimiento a la vida jurídica del acto que se pretende, por cuanto dichas formas externas el legislador las impone en razón de la naturaleza del acto. Estas fórmulas exter-

⁽¹⁰⁰⁾ L. Claro Solar. Ob. cit. T. XI, p. 309.

⁽¹⁰¹⁾ Véase: L. Claro S. Ob. cit. T. XI, p. 344; Planiol y Ripert. Ob. cit. T. VI, p. 347; L. Jossierand, Cours de droit civil. T. II, p. 57; Colin y Capitant. Ob. cit. T. III, p. 595; R. Demogue. Traité des obligations en général. T. II, p. 594; J. E. Mera. Exposición de la doctrina de la causa.

nas especiales que deben acompañar a la voluntad para que se perfeccione el acto y nazca a la vida del derecho se denominan solemnidades.

De manera que no todas las formas externas que pueden rodear al acto son solemnidades. Únicamente reciben esta denominación, aquellas formas externas que el derecho requiere en razón a la naturaleza del acto y no en consideración a la calidad o estado de las partes, o cuando sólo se trata de simples medios de prueba de que las partes quieren proveerse. Con lo anteriormente expuesto se ve que las solemnidades son una especie de las formas externas de que puede estar revestido un acto jurídico, y cuyo fin esencial es dar nacimiento al acto. Su ausencia determina la inexistencia jurídica del acto y en conformidad a nuestra legislación positiva, "la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos", produce nulidad absoluta ⁽¹⁰²⁾.

En realidad, si consideramos que la manifestación exterior de la voluntad psicológica es un elemento esencial de la voluntad jurídica y que las solemnidades son una forma especial exigida por la ley para que se efectúe esa manifestación, tendremos que convencernos que el señor Somarriva tiene toda la razón cuando expresa: "Las solemnidades no son un elemento diverso de la voluntad, ya que ellas no constituyen, sino una forma especial de esta manifestación cuando el legislador por la gravedad, importancia o trascendencia del acto ha creído necesario exigir las" ⁽¹⁰³⁾.

Creemos necesario dejar bien claramente establecido, que las solemnidades son única y exclusivamente aquellas formas materiales exigidas por la ley para manifestar la voluntad en consideración a la naturaleza del acto, porque también hay casos en que la manifestación de voluntad va acompañada de formas externas, pero que no jueguen el rol de solemnidad.

Hay también formas externas que no se exigen en consideración a la naturaleza del acto, sino en razón de la calidad o estado de las partes, y entonces no nos encontramos frente a un acto solemne, sino ante una formalidad habilitante, como se ha dado en llamarlas. Las formalidades habilitantes son pues, ciertos requisitos indispensables para completar la voluntad de un incapaz ó para protegerlo y que aún cuando falten, siempre el contrato existe ⁽¹⁰⁴⁾.

La omisión de alguna de estas formalidades habilitantes nada tiene que ver con la existencia misma del acto y por lo tanto la sanción en ningún caso es la nulidad absoluta, sino que ella es la nulidad relativa.

Otras formalidades que tampoco entran en la categoría de las solemnidades son aquellas que están destinadas a proteger los derechos de terceros y que se conocen con el nombre de medidas de publicidad. La celebración de algunos actos debe ser comunicada a los terceros a quienes puedan afectar los efectos del acto celebrado. Cuando se omite esta formalidad el legislador sanciona a los infractores privándolos de ciertos derechos que de haber cumplido con las exigencias legales habrían podido hacer valer. Entre nosotros las capitulaciones matrimoniales deben inscribirse en el Registro de Matrimonio y cuando no se da cumplimiento a ese mandato de la ley, el legislador priva a las partes del derecho de hacer valer en juicio el instrumento en que se contienen las expresadas capitulaciones, (artículo 8 de la ley 4808).

Finalmente hay otras formalidades que el legislador exige, no tampoco como solemnidad, sino por vía de prueba y cuando no se cumple con ellas el legislador priva a las partes de un determinado medio de prueba, como

(102) Art. 1682 del Código Civil.

(103) M. Somarriva U. Trabajo citado. R. D. y J. T. XXXI, p. 37.

(104) Véase: Alessandri y Somarriva. Ob. cit. T. IV, p. 213 y siguientes.

sucede con lo que dispone el artículo 1709 del C. C.: “Deberán constar por escrito, establece este artículo, los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de doscientos pesos”. Y cuando no se cumple con este requisito de la ley el acto es sancionado con la privación de la prueba de testigos en conformidad al artículo 1708 del Código Civil.

Diremos además, aun cuando no sea de la incumbencia del presente trabajo, que la solemnidad que en ciertos casos exige la ley, no solamente es la que determina la existencia misma del acto, sino que también ella constituye el único medio de prueba, por regla general, en conformidad al principio establecido en el C. C. por el artículo 1701: “La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados aún cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal: esta cláusula no tendrá efecto alguno”.

Como expresa el señor Alessandri “las solemnidades en los actos jurídicos no son solamente la manera de generarlos, sino muchas veces la única manera de probarlos en juicio” ⁽¹⁰⁵⁾.

Las solemnidades constituyen una excepción en el derecho moderno, como tendremos oportunidad de verlo con más detalles más adelante, ya que la regla general en el carácter consensual de los actos. De esto se deduce que no existen más solemnidades que las que expresamente establece la ley y en los casos precisamente determinados, no pudiendo aplicarse a otros por muy análogos que sean, es decir, su aplicación debe ser restringida a los casos expresamente establecidos por la ley ⁽¹⁰⁶⁾.

Hemos terminado el estudio de la voluntad jurídica, voluntad a la que el derecho reconoce el poderío para establecer relaciones de derecho y que sirve de base al principio de la autonomía de la voluntad. Porque en realidad no es cualquiera voluntad la que puede ser autónoma en el campo jurídico, sino que única y exclusivamente puede serlo, la voluntad jurídica, cuyos caracteres ya hemos conocido.

La voluntad no puede apreciarse en su aspecto autónomo sin un previo análisis de su condición jurídica, lo que nos mueve a decir que en el asunto que estudiamos la voluntad psicológica, para ser autónoma en el campo del derecho, necesita ser primeramente voluntad jurídica. Sobre esta base haremos el estudio del principio de la autonomía de la voluntad.

⁽¹⁰⁵⁾ A. Alessandri R. Derecho Civil. T. I (apuntes), p. 127.

⁽¹⁰⁶⁾ Véase: L. Claro Solar. Ob. cit. T. XI, p. 14, 109 y siguientes; Bonnecase. Supplément. T. II, p. 448 y siguientes; H. Capitant. Ob. cit. p. 243 y sgtes.

C A P I T U L O I I

El principio de la autonomía de la voluntad

PARRAFO PRIMERO

Evolución y concepto del principio de la autonomía de la voluntad

20.—DERECHO ROMANO.—No siempre ha ocupado la voluntad del hombre el lugar que le ha asignado el derecho moderno. Gradualmente se ha ido admitiéndola en el campo del derecho, primero como excepción, y por último como principio que domina por entero todo el derecho privado. Pero para llegar al grado de desarrollo que supone la autonomía de la voluntad, ha necesitado la obra de siglos y su proceso de formación se encuentra íntimamente ligado al desarrollo y formación de la cultura en general.

Nosotros tendremos que remontarnos al Derecho Romano para desde ahí empezar el estudio sobre el rol que le ha correspondido a la voluntad humana en el derecho. Pues bien, cuando estudiamos anteriormente el concepto de la obligación, nos referimos ligeramente al carácter del Derecho Romano primitivo, es decir, a aquel derecho basado en una economía agraria y familiar, en que cada familia vivía con lo que sus miembros producían, cultivando la tierra y cuidando sus rebaños. No había intercambio de productos y por consiguiente tampoco había relaciones de derecho ya que nadie necesitaba nada de lo que otro producía ⁽¹⁰⁷⁾.

Las pocas relaciones jurídicas hicieron que se mantuviera en aquel pueblo su mentalidad primitiva materialista y práctica, privada del don de las abstracciones de que sólo el hombre civilizado es capaz.

Pero este estado de aislamiento económico y por ende aislamiento jurídico, poco a poco fué desapareciendo y empezaron a aparecer los primeros intercambios, las primeras prestaciones y las primeras relaciones jurídicas de carácter personal. Sin embargo, de inmediato esta interdependencia a que entraron los romanos entre sí, no hace que varíe en forma fundamental la mentalidad que tenían para apreciar y comprender las cosas. Conservaron aún su mentalidad materialista y la aplicaron a las relaciones jurídicas que empezaban a tener, resultando con esto un carácter riguroso y formulista del incipiente Derecho Romano. "La voluntad, por sí sola, es una cosa demasiado abstracta, que expone a incertidumbres. Ella no puede producir efectos, sino cuando se concreta en hechos mate-

(107) Véase: Valentín Letelier. Génesis del derecho y de sus instituciones fundamentales, p. 194 y siguientes.

riales sensibles. Es solamente entonces cuando ella presenta bastante certidumbre. Así se exige que sea manifestada por figuras sensibles, sorprendentes, determinadas o por lo menos que sea acompañada por actos materiales que caigan bajo los sentidos" (108).

El Nexum que era un préstamo de dinero, es el primer contrato que se conoce en la historia del Derecho Romano. Dicho contrato era celebrado en medio de numerosas solemnidades. "Se pesaba simbólicamente el dinero en una balanza sostenida por el librepens a presencia de cinco ciudadanos romanos, y seguía después la nuncupatio, o sea, la expresión de las convenciones verbales, en las que se contenían las disposiciones accesorias posteriores, por ejemplo, sobre el tiempo y lugar del pago, tasa de los intereses y otras semejantes" (109).

Tal vez tan antiguo como el nexum, encontramos otro contrato recargado de formulismo, en el Derecho Romano primitivo: la sponcio. La mayoría de los autores están de acuerdo en suponer que este contrato tenía un carácter religioso y era celebrado en el ara máxima de Hércules, en donde el deudor parecía prestar su juramento, y en donde se formulaba la pregunta sacramental que debía ser seguida de su correspondiente respuesta también solemne.

Posteriormente, en el derecho de la república en Roma, encontramos una especie de contrato desprovisto de las numerosas solemnidades que hemos visto en los contratos anteriores. Eran los contratos literales que consistían en inscribir una partida de crédito en el libro de caja de un padre de familia. Esto bastaba para que con el consentimiento del deudor naciera la respectiva obligación (110).

Como vemos, a medida que avanza el tiempo y lo exigen las necesidades, todas aquellas numerosas fórmulas que rodeaban al primitivo contrato, desaparecen y los actos jurídicos empiezan a revestirse de una mayor sencillez. Pero el derecho aún no le reconoce a la voluntad de las partes la autoridad suficiente para que por sí sola pueda dar lugar al perfeccionamiento, con fuerza obligatoria, de determinados contratos. En el hecho las partes celebraban contratos que producían sus efectos con el solo consentimiento, pero esta manera de obligarse no estaba sancionada por el derecho, el cual solamente en el siglo VI de Roma sancionó como contratos consensuales a la compraventa, el arrendamiento, la sociedad y el mandato, marcando con ellos el comienzo de la carrera triunfal de la voluntad a través del derecho. Pero este primer y único paso dado por el Derecho Romano después de varios siglos de existencia fué muy reducido y como expresa Gaudemet "el derecho romano se detuvo ahí. Pero ofrece el germen de una idea fecunda" (111).

Con lo que hemos dicho, creemos que el Derecho Romano no tuvo como principio de derecho privado a la autonomía de la voluntad. Apenas alcanzó a sancionar a cuatro contratos de carácter consensual, lo que dista mucho de ser una regla general, la cual es la base para establecer un principio. Y si además agregamos, que los romanos no tuvieron una independencia espiritual suficiente o libertad, por cuanto estaban siempre bajo la omnipotencia del Estado, (112) se podrá comprender que no están en la razón quienes pretenden encontrar en el Derecho Romano el reconocimiento de la autonomía de la voluntad (113).

(108) E. Gaudemet. *Théorie des obligations*, p. 27.

(109) F. Serafini. *Instituciones de Derecho Romano*. T. II, p. 112.

(110) F. Serafini. *Ob. cit.*, T. II, p. 119.

(111) E. Gaudemet. *Ob. cit.*, p. 27.

(112) Fustel de Coulanges. *La cité antique*, p. 265 y siguientes.

(113) C. Pavón. *Teoría general de los contratos*, p. 354.

Después de la caída del Imperio Romano, en los siglos V y VI, a consecuencia de las invasiones de los bárbaros, el derecho como toda la civilización romana sufrió una estagnación, y la evolución de la voluntad en el derecho hacia una autonomía, también sufrió una paralización, a consecuencia del carácter formalista que tenía el derecho de los invasores ⁽¹¹⁴⁾.

21.—DERECHO FRANCES.—En Francia, solamente cuando el derecho romano empezó a renacer en el siglo XIII, desterrando al formulismo bárbaro, empezó también la voluntad a reconquistar el campo que había perdido con estos acontecimientos. Además, la influencia del Derecho Canónico con su carácter espiritual, y simultáneamente el auge del comercio, que necesitaba libertad para realizar sus transacciones, fueron factores que contribuyeron enormemente a dar a la voluntad una eficacia considerable en el derecho ⁽¹¹⁵⁾.

En aquella época ya, como expresa Gaudemet, “consideraciones de equidad hicieron tener por injusto declarar nula una convención por simples defectos de formas, cuando el acuerdo de voluntades es cierto” ⁽¹¹⁶⁾. Las formalidades que solamente eran las arrás, el apretón de manos y el juramento, en la época a que nos estamos refiriendo, habían perdido gradualmente su fuerza en el perfeccionamiento de los actos jurídicos. Pero no podemos encontrar en una forma definitivamente establecido el principio según el cual los contratos se perfeccionan por el solo consentimiento, sino en el siglo XVI, época en que un autor llamado Loysel en su obra *Institutes coutumières* publicado en el año 1607, expresa: “tanto vale una simple promesa o convenio, como las estipulaciones del derecho romano” ⁽¹¹⁷⁾.

22.—DERECHO ESPAÑOL.—Particularmente en España, con el ordenamiento de Alcalá promulgado en el siglo XIV año 1348, se alcanzó un alto grado de evolución, mucho mayor que en Francia en esa misma época, estableciendo como principio que el hombre puede obligarse en la forma que lo desee, con lo cual se destierra definitivamente el formulismo romano y bárbaro. “El principio del Ordenamiento de Alcalá, cuyo texto, como dice Sánchez Román, no puede ser más expresivo y de más amplio espíritu, ha merecido a los civilistas modernos preferencias sobre el sistema formulista romano” ⁽¹¹⁸⁾.

23.—EVOLUCION HACIA LO CONSENSUAL EN LOS CONTRATOS.—Pero podríamos preguntarnos ¿qué importancia tiene el hecho de que se haya convertido en principio general el que los contratos se perfeccionen por el solo consentimiento, con relación al principio de la autonomía de la voluntad? En realidad no se trata de que el simple hecho del carácter consensual de las convenciones logre alcanzar el principio de la autonomía de la voluntad en el derecho privado, como ha creído Gaudemet, ⁽¹¹⁹⁾ pero en cambio la evolución lenta del formulismo primitivo hacia el carácter consensual de las convenciones, permitió la liberación de la voluntad de las formas materiales, y esta liberación es una de las condiciones básicas de la autonomía. Efectivamente, el carácter consensual de

(114) Véase: Gaudemet. Ob. cit., p. 27; Colin y Capitant. Ob. cit. T. III, p. 541.

(115) Véase: E. Gaudemet. Ob. cit., p. 27; Colin y Capitant. Ob. cit. T. III, p. 541.

(116) E. Gaudemet, Ob. cit., p. 27.

(117) Cit. por Gaudemet. Ob. cit., p. 28.

(118) Colin y Capitant. Ob. cit, p. 549; J. M. Manresa. Comentarios al Código Civil español. T. VIII, p. 22.

(119) E. Gaudamet. Ob. cit., p. 28.

las convenciones no constituye por sí solo el principio de la autonomía de la voluntad, porque aparte de ser lo consensual una manifestación solamente de este principio, tendríamos que aceptar su existencia en una época como el Antiguo Régimen, en que todas las condiciones de la vida ciudadana eran completamente adversas a la libertad, que es la base esencial para que pueda existir autonomía de la voluntad (120).

24.—LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD ES EL RESULTADO DE UNA LENTA EVOLUCION.—De manera que rechazamos la idea que pretende encontrar el origen del principio de la autonomía de la voluntad exclusivamente en el hecho de haberse obtenido el triunfo del carácter consensual de las convenciones. Así también rechazamos la opinión de los autores Planiol y Ripert quienes creen que el principio de la autonomía de la voluntad “tiene sus fuentes lejanas en el derecho canónico que ha querido implantar profundamente en la conciencia humana el respeto de la palabra dada” (121). No negamos la importancia del aporte del Derecho Canónico en la espiritualización del derecho, con lo cual contribuyó al triunfo de la autonomía de la voluntad, pero no debemos despreciar la interesante evolución que encontramos en el Derecho Romano y que ya hemos expuesto en las páginas anteriores, y que constituye con mayor razón que el Derecho Canónico la verdadera fuente lejana del principio de la autonomía de la voluntad.

En verdad, en este asunto del origen del principio de la autonomía de la voluntad no hay exclusivismos. Este principio no es el resultado o la consecuencia de tal doctrina o de tal acontecimiento. Como dice Ripert: “para llegar a esta concepción de la voluntad soberana, creando ella misma y por su sola fuerza derechos y obligaciones, ha sido necesario, que en la obra lenta de los siglos, la filosofía espiritualizara el derecho para librar la voluntad pura de las formas materiales por las que se aplicaba, que la religión cristiana impusiera a los hombres la fe de la palabra escrupulosamente empeñada, que la doctrina del derecho natural enseñara la superioridad del contrato, fundando la sociedad misma sobre el contrato, que la teoría del individualismo liberal afirmara la concordancia de los derechos privados, libremente debatidos con el bien público. Entonces pudo reinar la doctrina de la autonomía de la voluntad que es a la vez el reconocimiento y la exageración del poderío del contrato” (122).

25.—LA REVOLUCION FRANCESA ES EL CORONAMIENTO DE ESTA EVOLUCION.—Y todo esto de que habla Ripert, ¿cuándo ocurre? Naturalmente que con la Revolución Francesa, cuya filosofía jurídica estudiamos en el Capítulo inicial de este trabajo. Solamente entonces se afirma la autonomía de la voluntad como un principio que domina todo el derecho privado, siendo la manifestación más perfecta en el campo jurídico de la libertad en general, motivo por el cual se le ha llamado también a este principio, la libertad jurídica.

Debemos recordar que en la filosofía jurídica de la Revolución Francesa hay una concepción bien definida en lo que respecta a los derechos del hombre individualmente considerado. Producto es esta concepción de la idea libertaria con que se juzgó a todos los actos que condujeron a la

(120) El autor Tison, considera que el principio de la autonomía de la voluntad no ha existido en el antiguo derecho francés. (Citado por Blagoyevitch. *Le rapport entre le principe de l'autonomie de la volonté et le principe de la liberté conventionnelle*, Revue Générale du Droit, de la Législation et de la Jurisprudence en France. 1935).

(121) Planiol y Ripert. *Ob. cit.* T. VI, p. 21.

(122) G. Ripert. *La règle morale dans les obligations civiles*, p. 31.

transformación orgánica de la sociedad, incluyendo dentro de esta transformación en forma especial la nueva condición de existencia del hombre.

El individualismo jurídico vió en el hombre la base esencial para la estructuración de todo el derecho y no solamente se limitó a garantizarle su independencia, sino que le reconoció la facultad de determinarse a sí mismo, por los medios que elija, hacia el fin que desee.

La concepción de los derechos innatos y absolutos del hombre, nacida de la obra de Rousseau y de la Escuela del Derecho Natural, afirman “que la naturaleza real del hombre implica un elemento de trascendencia, una facultad que no puede ser suprimida y que es en consecuencia inalienable, de dominar el orden fenomenal y de encontrar en sí su propia determinación: En una palabra se afirma la autonomía de la persona humana” (123).

La afirmación del individuo es absoluta frente a la existencia ficticia del Estado, creación abstracta de los individuos, destinada a garantizar la libertad y derechos de todos los asociados solamente. El derecho público, que es el derecho del Estado, se encuentra reducido a su mínima expresión frente al derecho privado, que es el derecho de los individuos, reinando en este último, sobre todo en la esfera de lo contractual, la más completa libertad, ya que los frenos o límites que puede ocasionar el derecho público o del Estado son muy reducidos por el carácter que se le asigna en esta concepción jurídica.

De la libertad individual, que lo hace autónomo en el campo del derecho y de la liberación que la Revolución hizo de la propiedad de todos los derechos que la gravaban en el período feudal, nace como consecuencia lógica la libertad de contratación. Nada habría sacado el individuo libre, sin serlo también las cosas sobre las cuales puede ejercer su autonomía. “De la libertad del sujeto y del objeto del derecho se genera la libertad de las relaciones obligatorias, que encuentra su más amplia expresión en el campo económico mediante la libertad del cambio; en el campo comercial mediante la libre constitución de las sociedades y de las indefinidas relaciones comerciales requeridas por los nuevos descubrimientos industriales, por los nuevos medios de comunicación, por la nueva potencia productiva del capital y del crédito; en el campo civil, en fin, mediante el libre movimiento y la libre circulación de la propiedad y de la actividad personal. Ahora tal libertad ilimitada para constituir vínculos de derechos y de obligación no sólo se manifiesta completa cuanto al fondo, más también en lo referente a sus formas; pues el Código napoleónico y los que siguen sus huellas, salvo para la donación, el testamento y la hipoteca no requieren ninguna solemnidad como condición esencial y elemento constitutivo del contrato, sea cualquiera su importancia y los efectos que producen” (124).

26.—CONCEPTO AMPLIO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD.—En la determinación del concepto sobre el principio de la autonomía de la voluntad, son muy pocos los autores que se cuidan de establecer en una forma acertada y propia su verdadero alcance, siendo ésta la única razón que existe y puede explicar la variedad de opiniones que encon-

(123) J. del Vecchio. *Les principes générales du droit*. (Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de Francois Géný). Véase: Edmond Sallé. *L'évolution technique du contrat et ses conséquences juridiques*, p. 333.

(124) E. Cimbali. *La nueva fase del derecho civil*, p. 264. Véase: Borislav T. Blagoyevitch. *Trab. cit.* (*Revue générale du droit de la législation et de la Jurisp.* Año 1935); C. Valverde. *Tratado de derecho civil español*, T. III, p. 210 y siguientes.

tramos entre los autores, en esta materia. Porque, en realidad, nadie ha polemizado sobre el concepto de este principio, lo que pudiera haber dado origen a la disparidad de opiniones que existe, sino que se trata sencillamente del poco cuidado que se tiene de establecer muchas veces con un poco de más lógica, su verdadero concepto.

Hay quienes creen ver en el principio de la autonomía de la voluntad un concepto tan amplio que llegan a confundirlo con el concepto de libertad en general. Tal es lo que hacen los autores Colin y Capitant cuando expresan que: "El individuo tiene la elección y la responsabilidad de los medios por los cuales ha de desenvolverse su personalidad en busca de la dicha. Este es el principio de la libertad civil o de autonomía de la voluntad individual, limitada solamente por la obligación que cada uno tiene de no poner obstáculos al desenvolvimiento paralelo de los otros individuos y a los derechos del Estado, garantía común de las libertades individuales" ⁽¹²⁵⁾. Y este sistema de asimilación entre estos dos conceptos también lo tienen otros autores como Renard y Planiol ⁽¹²⁶⁾.

Naturalmente el concepto sobre libertad general definido por la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano, supone necesariamente una voluntad autónoma, independiente, que se imponga a sí misma las leyes por las cuales ha de regirse, cumpliendo con ellos el rol que le ha dado su sentido etimológico (del griego, autos, por sí mismo y nomos, ley). Pero, la autonomía de la voluntad que a nosotros nos interesa no es la condición de autónoma que la voluntad requiere para que el hombre sea libre, por cuanto este tema tiene relación especialmente con la filosofía pura. Lo que a nosotros nos interesa es la autonomía de la voluntad en el campo del derecho, es decir, el rol que le corresponde a la voluntad del hombre jurídicamente hablando.

Esta autonomía de la voluntad jurídica de ninguna manera podemos asimilarla con el concepto de libertad general, como lo han hecho los autores antes citados, porque si tal cosa hacemos tendríamos por resultado que el concepto de libertad general quedaría reducido al campo del derecho únicamente, lo que es un absurdo; o bien la autonomía de la voluntad jurídica pasaría a adquirir los contornos de la libertad general, lo que también es otro absurdo.

Por otra parte la autonomía de la voluntad reviste caracteres tanto positivos como negativos y uno de los caracteres negativos esenciales de la autonomía de la voluntad es la facultad de obligarse y toda obligación es en su esencia una restricción precisamente de la libertad del hombre, aun cuando él mismo se la imponga en razón de ser su voluntad autónoma. De esto resulta otra razón más para opinar que la autonomía de la voluntad no puede asimilarse con el concepto de libertad general.

27.—CONCEPTO RESTRINGIDO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD. LIBERTAD CONTRACTUAL.—Otros autores, al precisar el concepto de la autonomía de la voluntad se han ido al extremo opuesto, es decir, lo han restringido. Para algunos, el principio de la autonomía de la voluntad, consiste en la facultad que tiene la voluntad para convertirse en ley para los contratantes. Tal es la opinión sustentada entre otros por los autores Henry Lecompte ⁽¹²⁷⁾, y Trajan R. Ionasco ⁽¹²⁸⁾.

⁽¹²⁵⁾ Colin y Capitant. Ob. cit. T. I, p. 11.

⁽¹²⁶⁾ Citados por H. Lecompte. Essai sur la notion de faculté en droit civil, p. 142.

⁽¹²⁷⁾ H. Lecompte. Essai sur la notion de faculté en droit, p. 143.

⁽¹²⁸⁾ T. R. Ionasco. De la volonté dans la formation des contrats. Recueils d'études en l'honneur de Francois Gény.

Por su parte el autor francés Gaudemet, considera que la autonomía de la voluntad consiste, según lo da a entender, en el carácter consensual de los contratos ⁽¹²⁹⁾.

Para otros aún, la autonomía de la voluntad consiste en la libre facultad de los particulares para celebrar el contrato que les plazca y determinar su contenido, efectos y duración ⁽¹³⁰⁾.

Este concepto restringido de la autonomía de la voluntad, sólo toma en consideración una parte limitada de lo que es la noción de voluntad autónoma, abarca únicamente el aspecto de los contratos, confundiendo con otro principio que en la doctrina se conoce con el nombre de libertad contractual o convencional, y que es una consecuencia solamente de la autonomía de la voluntad.

La autonomía de la voluntad, que es la libertad jurídica, se refiere a toda especie de acto jurídico que pueda operar en el derecho. En cambio la libertad contractual se refiere a una especie de acto jurídico: los contratos. De manera que la autonomía de la voluntad es el género y comprende dentro de sí, a la libertad contractual que es la especie o una manifestación solamente del principio más general que es la autonomía de la voluntad.

De suerte que la libertad contractual es un aspecto de la autonomía de la voluntad, la cual a su vez es un aspecto o elemento de la libertad en general, que abarca un campo extensísimo y muy difícil de precisar en sus contornos. Bien podemos entonces, establecer una especie de escala, en que la extensión y contenido de cada uno de estos conceptos va decreciendo, a saber: libertad general, autonomía de la voluntad y libertad contractual ⁽¹³¹⁾.

Sin embargo, debemos advertir desde luego, que la parte del derecho en donde más se aplican los principios de la autonomía de la voluntad, es en la relativa a los contratos ⁽¹³²⁾. Y esto nos da la explicación de por qué hay autores que restringen el principio de la autonomía de la voluntad a la parte contractual del derecho privado, y nos explica también, por qué ciertos autores después de referirse al principio de la autonomía de la voluntad y en seguida al analizar las consecuencias del mismo, hablan única y exclusivamente del aspecto contractual. Es cierto que no se incurre en un error, porque, como ya lo hemos manifestado, la libertad contractual es parte de la autonomía de la voluntad; pero sí se incurre en una falta de método, pues si analizamos un principio debemos considerar sus consecuencias en su aspecto general y no remitirnos a un aspecto particular solamente.

Ya hemos criticado la opinión que confunde el principio de la autonomía de la voluntad con el principio de la libertad contractual. Con mayor razón manifestamos nuestra opinión en contra de aquéllos que llegan a identificar la autonomía de la voluntad con una consecuencia específica de la libertad contractual, como es el principio de la fuerza obligatoria de la voluntad en los contratos, o bien, como lo ha hecho Gaudemet, con el carácter consensual de los contratos. En efecto, como más adelante tendremos la oportunidad de verlo, la fuerza obligatoria de la voluntad en los contratos como el principio de que la generalidad de los contratos sean

⁽¹²⁹⁾ E. Gaudemet. Ob. cit., p. 27 y siguientes.

⁽¹³⁰⁾ Véase: A. Blanco. Obligaciones y contratos en derecho civil español. T. II, p. 41; G. Morin. La loi et le contrat, p. 52; A. Alessandri R. Apuntes sobre teoría general de los contratos.

⁽¹³¹⁾ Véase: Jean Chabas. Déclaration de volonté en droit civil français, p. 1 y siguientes; C. Valverde. Ob. cit. T. III, p. 231.

⁽¹³²⁾ Véase: Jean Chabas. Ob. cit., p. 2; Colin y Capitant. Ob. cit. T. III, p. 8.

consensuales, son solamente consecuencias directas del principio de la libertad contractual e indirectas del principio de la autonomía de la voluntad.

28.—CRITICA Y FIJACION DE SU VERDADERO CONCEPTO.— En realidad, son muy pocos los autores que nos dan un concepto más o menos exacto de lo que debemos entender por principio de la autonomía de la voluntad. La mayoría de ellos, como hemos podido verlo, dan una opinión ligera, sin detenerse mayormente en hacer un análisis acerca de su verdadero contenido.

Lamentamos no tener una bibliografía más completa sobre esta materia, para hacer un estudio más acabado sobre las diversas opiniones que han emitido los autores a éste respecto. No obstante, indicaremos algunas opiniones que nos han parecido interesantes.

Para el autor Evaristo Louzao, “la autonomía de la voluntad es un principio espiritual que no atiende más que a la voluntad y a la intención y prescinde de la materia y de formalismos externos” (133).

Colin y Capitant dicen que la autonomía de la voluntad consiste: “en que los particulares pueden ejecutar todos los actos jurídicos que quieran y hacerlos producir las consecuencias jurídicas que les convengan, con ciertas limitaciones” (134).

León Duguit dice que: “La autonomía de la voluntad es un elemento de la libertad general; es la libertad jurídica y es, en suma, el poder del hombre de crear por un acto de voluntad una situación de derecho, cuando este acto tiene un objeto lícito. En otros términos, en el sistema civilista, la autonomía de la voluntad es el poder de querer jurídicamente, y por lo mismo el derecho a que ese querer sea socialmente protegido” (135).

En el concepto que sobre la autonomía de la voluntad nos ha dado Duguit, podemos ver que nos señala muy claramente la distinción que hemos hecho anteriormente entre la libertad general y la autonomía de la voluntad, cuando nos dice que ésta última es un elemento de aquélla. En seguida, después de establecer esta distinción previa, nos revela su opinión acerca de lo que en substancia es la autonomía de la voluntad; es el poder del hombre, de crear por un acto de voluntad una situación de derecho, naturalmente siempre que este acto tenga un objeto lícito.

Este concepto de Duguit además tiene el mérito de no restringir el campo que propiamente debe asignársele a la voluntad autónoma. Ya hemos dicho que ella es autónoma, no solamente en lo que a los contratos se refiere, sino que como muy bien lo expresa Duguit, respecto a cualesquiera situación de derecho, lo que naturalmente se obtiene mediante el acto jurídico.

Henry Capitant dice que la autonomía de la voluntad es: “un principio de derecho privado en virtud del cual el autor o los autores de un acto jurídico tienen la facultad de concluirlo libremente y de determinar a su agrado su contenido y sus efectos” (136). Este autor nos indica algo que debemos considerar especialmente, por cuanto nos señala el alcance o extensión del poder o facultad de la voluntad del hombre para establecer situaciones jurídicas. Capitant nos dice que es un principio de derecho privado y efectivamente no puede ser de otra manera. La voluntad del hombre no puede ser tan poderosa como para llegar al extremo de

(133) Citado por L. Cruz Ponce. La apariencia y el derecho, p. 32.

(134) Colin y Capitant. Ob. cit. T. I, p. 152.

(135) L. Duguit. Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón, p. 69.

(136) H. Capitant. Vocabulaire juridique.

dominar también en el campo del derecho público, el cual sin embargo está entregado al dominio de una voluntad, pero ella es la voluntad general y no la individual.

El principio de la autonomía de la voluntad tiene pues, única y exclusivamente, fuerza y valor en el campo del derecho privado, sea éste interno o internacional, porque es ahí donde solamente puede considerársele y no en cualquier aspecto del derecho, el cual es muy amplio.

El tratadista René Demogue nos dice: "cuando la voluntad se ha formado normalmente, tiene ella pleno valor jurídico. Esto es lo que se llama principio de la autonomía de la voluntad" (137).

Demogue nos hace recordar todo cuanto dijimos en el Capítulo anterior, referente a las condiciones o requisitos que se necesitan para que la voluntad del sujeto sea considerada en el campo jurídico, requisitos todos que tienden, según lo vimos, a afianzar la existencia de una voluntad normal o sana. La voluntad que tiene pleno valor jurídico es lo que constituye en su esencia el principio de la autonomía de la voluntad, para el tratadista mencionado, y en virtud del cual "la voluntad de cada uno se encuentra obligada solamente a lo que él ha querido y posee derechos en la medida que ha querido tenerlos" (138).

Demogue distingue también en forma muy clara, el principio de la autonomía de la voluntad, de la libertad contractual, cuando a continuación de lo anteriormente dicho, expresa: "de este principio fluye la libertad de las convenciones permitiendo fijar los efectos del contrato, de crear contratos innominados, de reglar la formación del contrato, de modificar o suprimir situaciones jurídicas establecidas por la voluntad de los contratantes" (139).

Habiendo precisado en su esencia el concepto de la autonomía de la voluntad, a través de la opinión de algunos autores, nos corresponde determinar el carácter que como principio de derecho le corresponde. En efecto, la autonomía de la voluntad es un principio de derecho privado, y sin duda alguna es el principio fundamental que en el siglo pasado cimentó todo el sistema jurídico, que dice relación con la actividad privada de los individuos.

El principio de la autonomía de la voluntad, como todos los principios de derecho, no se encuentra consagrado en forma expresa en la legislación positiva. Sucede con los principios de derecho todo lo contrario de la regla de derecho, la cual se encuentra concretada en la norma o ley expresamente contenida en las legislaciones positivas, para dar solución a los diversos problemas que pueden presentarse en la vida práctica (140).

La autonomía de la voluntad en la legislación clásica es más que una simple teoría que pretende explicar el pensamiento de una concepción jurídica, ella es, como lo hemos dicho, un principio de derecho, cuya esencia se revela por su carácter abstracto, general, básico y directriz que informa el espíritu de la legislación positiva privada y hacia el cual hay que dirigirse para encontrar, cada vez que sea necesario, el verdadero sentido de la existencia de las instituciones.

Los autores, generalmente, para constatar que el principio de la autonomía de la voluntad rige la esfera del derecho privado, parten de lo preceptuado en algunas disposiciones expresamente contenidas en la legislación positiva, como de aquélla que establece el carácter de ley de los

(137) R. Demogue. *Traité des obligations en général*. T. I, p. 82.

(138) Citado por H. Lecompte. *Ob. cit.*, p. 143.

(139) Citado por H. Lecompte. *Ob. cit.*, p. 143.

(140) Véase: A. A. Al-Sanhoury. *Le standard juridique*. Recueils d'études en l'honneur de Francois Gény. T. II.

contratos; aquélla otra relativa a la interpretación de los mismos, o la que establece la renunciabilidad de los derechos, etc. Y tomando como base estas disposiciones particulares llegan a constatar la existencia del principio de la autonomía de la voluntad.

No hay duda alguna que este principio puede constatarse por este sistema, pero no tan sólo por él sino más bien a través de toda la legislación privada positiva, por cuanto basta leer un código civil para convenirse de que todo el derecho privado se encuentra cimentado sobre la base de una voluntad autónoma. Pues como expresa Aguiar: “un examen somero de las instituciones jurídicas, mostrará como en todas ellas, al decir de algunos escritores, la voluntad aparece cimentándose como su piedra angular y que fuera de ella excepcionalmente, se forman vínculos reconocidos por el derecho” ⁽¹⁴¹⁾.

De manera que con lo hasta aquí dicho, podemos establecer que la autonomía de la voluntad es un principio de derecho, sobre cuya base se encuentra estructurado todo el derecho privado, y según el cual no solamente se le confiere a la voluntad del individuo la facultad o poder para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas en la medida que lo desee, sino que aun más, la legislación privada entera no es sino una interpretación de la voluntad probable cuando ella no se ha manifestado en forma expresa.

PARRAFO SEGUNDO

Manifestaciones y consecuencias del principio de la autonomía de la voluntad

29.—FACULTAD PARA CREAR SITUACIONES JURIDICAS.—Todos los autores están de acuerdo en considerar como la principal manifestación del principio de la autonomía de la voluntad, la facultad que tiene el sujeto de derecho para celebrar libremente actos jurídicos y determinar el contenido y los efectos en las condiciones y formas que desee, y muy principalmente, para celebrar contratos, dando con ello origen a su derivación más importante: el principio de la libertad contractual. De ahí que con mucha razón se ha dicho que: “el campo de la contratación es el de la autonomía de la voluntad” ⁽¹⁴²⁾. “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”, ha establecido expresamente el Código Civil español ⁽¹⁴³⁾.

En el contrato, las partes son soberanas, porque son las voluntades de ellas las que fijan en un pie de igualdad, en la forma que más conveniente lo crean para sus intereses, los efectos jurídicos del vínculo que han creado. En este aspecto, todas las disposiciones, establecidas por el legislador en los códigos, que reglamentan los efectos de los contratos, no son sino meras indicaciones a las cuales si quieren las partes se sujetan, o si no dictan para sí la ley que para ese caso particular va a regirles. Las disposiciones legales sólo tienen aplicación cuando nada han dicho o establecido las partes en el contrato; el carácter de ellas es pues, eminentemente supletorio, porque entran a regir en reemplazo de las normas que las partes no se han dado. Las disposiciones legales entran a regir plenamente cuando las partes sólo se han limitado a señalar los elementos esenciales

⁽¹⁴¹⁾ H. D. Aguiar. La voluntad jurídica, p. 43.

⁽¹⁴²⁾ Colin y Capitant. Ob. cit. T. III, p. 532.

⁽¹⁴³⁾ Código Civil Español, artículo 1255.

del contrato que celebran, dejando todos sus efectos sometidos a la reglamentación establecida por el legislador. Pero la primera ley que debe considerarse es la ley del contrato, aquélla que las partes se han dictado para sí ⁽¹⁴⁴⁾.

30.—CONTRATOS INNOMINADOS.—De esta libertad que existe en cuanto al acatamiento de las normas dictadas por el legislador para que rija los efectos de los contratos, se deriva la creación de nuevas formas contractuales, distintas de aquéllas que se encuentran contenidas dentro del cuadro rígido que ha reglamentado la ley, dando con ello origen a los contratos innominados. “No existiría libertad de contratación si no pudiera celebrarse convenios que no tengan nombre en la ley”, expresa Manresa ⁽¹⁴⁵⁾.

La aceptación por parte del legislador de la creación de contratos innominados, se justifica si se considera que el progreso de la vida económica va creando nuevas modalidades en el campo jurídico, lo cual produciría serios transtornos en la existencia de los pueblos, si no fuera por esta elasticidad que permite a las necesidades materiales, la creación de las normas que las rijan.

Las partes tienen la libertad para no seguir los modelos de contratos dados por los Códigos y en virtud de esta libertad las partes pueden “crear a su antojo diversas especies de contratos, aunque no se encuentren especialmente reglamentados por la ley (contrato de edición, de talaje, de representación teatral, de publicidad, de claqué, etc.) y pueden además formar productos híbridos de los diversos contratos establecidos por el legislador (por ej., el contrato de arrendamiento con promesa de venta, que se hizo tan común en nuestro país hasta que se dictó la ley 4702 sobre ventas a plazo)” ⁽¹⁴⁶⁾.

Esta facultad que estamos viendo y que dice relación con el rol creador de la voluntad de actos jurídicos y especialmente de contratos, es la manifestación de mayor importancia del principio de la autonomía de la voluntad. Porque todo esto que forma parte del poder creador de la voluntad humana y que constituye el aspecto positivo del principio, es lo que realmente interesa a la colectividad ya que en ella radica la trama de todas las transacciones jurídicas que se realizan ⁽¹⁴⁷⁾.

31.—LA LEY DEL CONTRATO.—El legislador, tomando en consideración la importancia que tiene este aspecto de la autonomía de la voluntad, en la vida práctica, ha tratado de establecer sobre una base sólida toda creación jurídica de la voluntad y a ese fin tiende aquella fórmula, que invariablemente encontramos en casi todas las legislaciones del mundo, según la cual “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes” ⁽¹⁴⁸⁾.

No debemos extrañarnos de que se haga alusión únicamente al contrato, de entre todos los actos jurídicos, para darle el carácter de ley. Ello

⁽¹⁴⁴⁾ Véase: R. Demogue. *Traité des obligations*. T. I, p. 82; Planiol y Ripert. *Ob. cit.* T. VI, p. 26; L. Claro S. *Ob. cit.* T. XI, p. 114; J. Chabas. *Ob. cit.*, p. 3.

⁽¹⁴⁵⁾ Manresa. *Ob. cit.* T. VIII, p. 625.

⁽¹⁴⁶⁾ M. Somarriva. *Trab. cit.* R. D. y J. T. XXXI.

⁽¹⁴⁷⁾ Véase: R. Demogue. *Traité des obligations*. T. I, p. 83.

⁽¹⁴⁸⁾ La fórmula a que nos hemos referido se encuentra contenida en el artículo 1545 del C. C. Chileno; 1134 del C. C. francés; 1123 del C. C. de Italia; 1374 del C. C. de Holanda; 1602 del C. C. de Colombia; 1097 del C. C. de Venezuela; 1291 del C. C. de la República Oriental del Uruguay; 1091 del C. C. español; 1197 del C. C. argentino, etc.

no quiere decir que los demás actos jurídicos vayan a tener una fuerza obligatoria menor que la del contrato. Seguramente se ha incluido únicamente al contrato en esa fórmula, porque de todos los actos jurídicos, en el contrato es donde pueden realizarse con menos restricciones las consecuencias derivadas del principio de la autonomía de la voluntad, y en donde mayor necesidad existe de recalcar la importancia dada por el legislador al rol creador de la voluntad. Porque si analizamos los demás actos jurídicos, que no sean los contratos, veremos cual más cual menos que todos ellos, aun cuando la voluntad del hombre es la base de su generación, se encuentran reglamentados por la ley desde su origen mismo, hasta la última de sus consecuencias. No otra cosa es lo que vemos en todos los actos jurídicos que dicen relación con los derechos de familia, los derechos reales y la sucesión por causa de muerte.

En cambio, en los contratos que constituyen el símbolo del pensamiento económico y jurídico del siglo pasado y en los que la voluntad del hombre es la fuente y medida de todo aquel sistema, el legislador necesitó decir, con mayor razón que en los demás actos jurídicos, que el contrato, no obstante ser producto de la voluntad casi exclusivamente, es también una ley para los contratantes.

Al decirse que el contrato es una ley para los contratantes, se nos está indicando claramente, el reconocimiento que se hace del poder que tiene la voluntad del hombre para elevarse a la misma categoría de la ley emanada del legislador, incluso con la garantía de su cumplimiento compulsivo, en caso necesario. Y en ella no podemos ver simplemente una “metáfora jurídica, una enérgica figura retórica del legislador”, como expresa el señor Ramírez Frías ⁽¹⁴⁹⁾, destinada sin más pretensión que hacer resaltar más fuertemente el valor del contrato. Indudablemente, el contrato es una verdadera ley en cuanto a su contenido obligatorio, máximo si consideramos el fundamento generador, tanto del contrato como de la ley, incluso atendiendo a la propia definición que de esta última ha dado el legislador. La voluntad del hombre es el fundamento de ambas instituciones, variando solamente la técnica de la generación de cada una de ellas. Y las formas externas de la generación, no pueden ser un obstáculo para la asimilación que se hace entre la ley y el contrato. Porque, así como dentro de los contratos hay algunos que tienen mayores formalidades que los demás, sin que por eso dejen de ser contratos como los otros, así también no porque la ley tenga mayores formalidades en su generación que los contratos, vaya a ser imposible hacer una asimilación entre ellos en cuanto a su obligatoriedad, cuando la esencia de una y otro es la misma, esto es, la voluntad.

La voluntad del hombre concurre por medio de una técnica especial, como ya lo hemos dicho, a la formación del estatuto jurídico común o ley que rige a todos los miembros de la colectividad. Y esa misma voluntad se reserva el derecho para no regirse por el estatuto jurídico común, cuando lo crea necesario, hablando en términos generales, y establecer aparte un estatuto jurídico privado, mediante el contrato, con el objeto de regir determinadas relaciones jurídicas.

No es que se haya pretendido hacer una cosa idéntica, en todo sentido, entre la ley y el contrato. A nadie se le habrá ocurrido tal intento, porque ni siquiera se necesita hacer un análisis detenido para hacer re-

(149) Citado por José Florencio Infante D. Causales de casación de fondo en materia civil, p. 108.

Además entre otros niegan la asimilación que se hace de la obligatoriedad del contrato con la ley los autores; Giorgi. Teoría de las obligaciones en derecho moderno, p. 197 y M. Planiol. *Traité élémentaire de droit civil*. T. II, p. 361.

saltar las diferencias que entre ambas existe. Lo más cuerdo es suponer que el legislador al decir que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, ha querido significar, no una identificación absoluta y perfecta entre el contrato y la ley general o estatuto jurídico común, sino más bien una semejanza entre estas dos figuras jurídicas, o mejor dicho, ha querido establecer que la ley del contrato tiene algunos aspectos esenciales, como es el carácter obligatorio, que concuerdan exactamente con la ley general ⁽¹⁵⁰⁾.

32.—OBLIGATORIEDAD DEL CONTRATO.—Tan obligatorio es el contrato para las partes, como lo es la ley para todos los ciudadanos, naturalmente que con un abismo de diferencia en razón del principio de la relatividad de los contratos, que ya veremos más adelante, y que tiende a limitar el carácter obligatorio de los contratos entre los individuos, en cambio la ley obliga por igual a todos los individuos que están bajo su imperio.

De la misma manera como los ciudadanos que se encuentran obligados al cumplimiento de una ley no pueden dejar de cumplirla por un acto de su propia y exclusiva voluntad, los contratos que han sido celebrados legalmente y que adquieren el carácter de ley para los contratantes no pueden dejar de ser cumplidos por ninguna de las partes, por sí y ante sí ⁽¹⁵¹⁾. Porque, “si cualquiera de los contratantes pudiera, sin el consentimiento del otro, prescindir del contrato, ya no sería cierto que el contrato es una ley para los contratantes y por lo mismo irrevocable, como la ley que es hecha con espíritu de perpetuidad” ⁽¹⁵²⁾.

Colin y Capitant dicen: “Esta fórmula vigorosa expresa muy exactamente la fuerza del vínculo obligatorio creado por el contrato” ⁽¹⁵³⁾. Y tiene la particularidad de fijar en forma muy definida la posición de cada uno de los contratantes con respecto al otro. El contrato que ha sido celebrado legalmente, es decir, en conformidad a las leyes, que no tiene nada en contra de ellas ni contra el orden público y las buenas costumbres, obliga a las partes a dar cumplimiento a las cláusulas en él contenidas, como si la ley misma, aquélla que emana de los poderes públicos, fuera la que ha intervenido directamente en la creación del vínculo contractual. En razón de lo dicho, las partes, de la misma manera como deben respetar y cumplir la ley general dictada por el legislador, deben también respetar y cumplir la ley del contrato que para sí se han dictado de común acuerdo, sin que les sea permitido eludir por ningún motivo ese cumplimiento, por cuanto cualquiera contravención autoriza para recurrir a los tribunales de justicia, los que con el apoyo de la fuerza pública están obligados a hacer cumplir las leyes y en este caso la ley particular del contrato. De esta manera, el principio de la autonomía de la voluntad encuentra su más sólido afianzamiento, en su aspecto positivo, en el reconocimiento que el legislador hace del carácter obligatorio de los contratos.

33.—INCUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS E INTERVENCIÓN DEL JUEZ.—Como sabemos por los estudios elementales de dere-

⁽¹⁵⁰⁾ Véase: Manresa. Ob. cit. T. VIII, p. 22 y siguientes; Luis Claro S. Artículo publicado en la R. D. y J. T. XXIV, 1.ª parte, p. 279; H. Brain R. La interpretación de los contratos, p. 45.

⁽¹⁵¹⁾ Planiol y Ripert. Ob. cit. T. VI, p. 515.

⁽¹⁵²⁾ L. Claro S. Ob. cit. T. XI, p. 495.

⁽¹⁵³⁾ Colin y Capitant. Ob. cit. T. III, p. 626. Véase además sobre esta misma materia: Baudry-Lacantinerie. *Traité théorique et pratique de droit civil*. T. XII, p. 381; L. Jossierand. *Cours de droit civil*. T. II, p. 129; F. Laurent. *Droit civil français*. T. XXVII, N.º 347.

cho, en el cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato pueden presentarse diversas situaciones con sus respectivos efectos. La situación normal y corriente en el cumplimiento de las obligaciones, en que las partes lisa y llanamente cumplan con lo que han acordado. Cuando se presenta esta situación quiere decir que el contrato se generó, tuvo su existencia y produjo sus efectos bajo el solo imperio de la voluntad de los contratantes.

Pero lo cierto es que no siempre se realizan las cosas con la facilidad que hemos indicado, y suelen presentarse muy a menudo ciertas dificultades, que las partes por sí solas no pueden darle la solución que conviene. Así es como en muchas oportunidades, las partes no dan cumplimiento a sus obligaciones por una simple negativa caprichosa, olvidándose que el contrato constituye una ley para los que lo han celebrado y que los efectos que de él derivan no quedan entregados al arbitrio de una voluntad infiel.

En otras ocasiones su cumplimiento normal no se efectúa, debido a circunstancias distintas de la anterior. Las partes pueden discutir la existencia misma del contrato o de alguna de sus cláusulas o cuando sin discutir nada sobre ello, las partes no están de acuerdo en cuanto al alcance y sentido que han querido darle al contrato. Como bien podemos ver, el incumplimiento en todos estos casos no se debe a una simple negativa de los contratantes y cuando ocurren anomalías, como éstas que hemos señalado, que traen como consecuencia el incumplimiento del contrato, las partes deben recurrir al juez para que dirima y asegure el cumplimiento de las obligaciones contraídas.

De manera que en todos los casos en que haya incumplimiento del contrato, será el juez quien tendrá que intervenir para dilucidar el conflicto que se ha presentado y ordenar su cumplimiento, por cuanto el contrato no solamente es una ley para los contratantes, sino que también es una ley para el juez. En el primer caso que hemos señalado, es decir, cuando el incumplimiento se debe a un simple capricho de una de las partes y no se discute nada acerca del contrato por estar claramente establecido su alcance y sentido, la función del juez se limita a dar cumplimiento a la ley del contrato, compulsivamente, si es necesario. Pero en los otros casos, cuando se discute la existencia misma o el alcance y sentido, ya no se trata de una simple ejecución, sino más bien de un esclarecimiento o interpretación, en la que tendrá que determinarse previamente la intención de las partes y según ello establecer el alcance y sentido del contrato.

34.—INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS.— a) Nociones generales.—En la interpretación que debe hacer el juez para determinar el alcance y contenido del contrato, debe considerarse que en ellos, como en todos los actos jurídicos, se distinguen según lo indicado anteriormente, dos grupos de requisitos que podemos llamar, a uno de fondo o interno y al otro de forma o externo. El requisito de fondo estaría constituido por la voluntad y el de forma por “la figura exterior que reviste la declaración de voluntad de las partes” (154).

De estos dos elementos, el principio de la autonomía de la voluntad da preeminencia al fondo, dejando la forma entregada casi a la completa libertad de las partes. Lo relativo a la libertad de forma, que puede adoptarse en los actos jurídicos, lo dejaremos para estudiarlo aparte en manera más especial, por cuanto es uno de los aspectos más interesantes y fundamentales del principio de la autonomía de la voluntad.

(154) H. Capitant. Introduction a l'étude du droit civil, p. 243.

Pues bien, la manera que corrientemente se usa para expresar o manifestar la voluntad es el lenguaje oral o escrito, es decir, por medio de la palabra. Las palabras, que en definitiva son la forma normal que reviste la declaración de la voluntad, cuando son claras, se supone que encierran la verdadera voluntad y por esta razón es que el Código Civil Español ha establecido que: “si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas” (155).

“Debe admitirse, por regla general, que las palabras de que los contratantes se han servido, expresan con exactitud su pensamiento, cuando el sentido de estas palabras es evidente y razonable, no hay ningún otro elemento de prueba que pueda hacer conocer con mayor seguridad la voluntad de las partes” (156). Pero, cuando las palabras lejos de ser claras y precisas, son ambiguas y dan lugar a sentidos diversos igualmente probables o encierran la incertidumbre o la duda, o bien cuando la vaguedad produce la indeterminación, o sencillamente cuando hay contradicciones en lo expresado, referente a una misma cosa, e incluso también cuando las omisiones no permiten saber algo que debió haberse expresado, entonces ya las palabras no solamente no reflejan la voluntad, sino que aun más, ellas, en las condiciones que indicamos, hacen que no se sepa que es lo que la voluntad quiere.

Esta situación, que se presenta muy a menudo, tiene su causa ordinariamente en la precipitación o falta de maduración con que se concluyen estos actos jurídicos y más comunmente por la carencia, no diremos de conocimiento de la técnica jurídica, lo que sería mucho, sino de conocimientos elementales para precisar claramente lo que se piensa hacer o lo que se desea.

b) La intención base de la interpretación.—Pues bien, todas las legislaciones del mundo basadas en el principio de la autonomía de la voluntad, previendo una posible disconformidad o desacuerdo entre la voluntad interna o psicológica y su manifestación o declaración, han dictado las normas conducentes para establecer una solución conforme a los principios que informaban el pensamiento jurídico en el siglo pasado. “Para la doctrina clásica de la autonomía de la voluntad, la cuestión es simplicísima. Siendo la voluntad en el acto jurídico la fuente y medida del derecho, a ella sólo hay que dirigirse para saber los efectos jurídicos del acto. El intérprete de un acto jurídico privado, debe buscar la intención verdadera del autor para conformarse a ella; ésta es la regla de las reglas, según decía Demolombe” (157).

De manera que por medio de la interpretación se debe determinar el verdadero sentido del acto, tratando de buscar el elemento básico del mismo, constituido por la voluntad.

Pero las legislaciones no usan para este caso la expresión voluntad, sino que hablan de intención. Sin embargo, ya hemos dicho anteriormente que no son cosas distintas la voluntad y la intención. La intención es la determinación de la voluntad en orden a un fin, revelando con ello el propósito que guía al autor de un acto jurídico. Esta revelación que se desprende en cierto modo del carácter interno y subjetivo de la voluntad psicológica adquiere un relieve que lo hace más aprehensible a los sentidos, sin necesidad de tener que penetrar en las profundidades de ella. La intención es una ayuda poderosa para poder constatar la verdadera volun-

(155) Código Civil Español, artículo 1560.

(156) L. Claro S. Ob. cit. T. XII, p. 16.

(157) C. Valverde, Ob. cit. T. III, p. 281.

tad, que por su carácter eminentemente subjetivo es casi imposible constatarla.

Si en verdad, en la intención encontramos hasta cierto punto un carácter más externo de la voluntad psicológica, que por lo mismo ha hecho que el legislador la considere, por cuanto lo interno por sí solo no tiene consideración en el derecho, no es menos cierto, que al determinarse la intención existe la probabilidad de estar muy cerca de la verdadera voluntad si es que no se ha determinado exactamente, por cuanto siendo la intención el propósito manifestado de la voluntad tendrá que llegarse a conocer esta última, conociendo aquélla.

Todos los códigos de corte clásico contienen disposiciones especiales referente a la interpretación, pero se remiten nada más que a los contratos, tal vez por ser la categoría de actos jurídicos de más importancia y en donde el principio de la autonomía de la voluntad encuentra el máximo de su expresión. Pero la verdad es que no solamente en los contratos se hace uso de la interpretación, sino en todos los actos jurídicos, porque todos ellos están constituidos esencialmente por una declaración de voluntad y ya sabemos que puede ocurrir alguna disconformidad entre aquella voluntad y su declaración. De manera que todos los actos jurídicos son susceptibles de interpretación y no solamente los contratos ⁽¹⁵⁸⁾.

Una demostración de lo que acabamos de decir la tenemos en nuestra legislación, en lo que se refiere a la interpretación de los testamentos. El artículo 1069 del C. C. establece: "Sobre las reglas dadas en este título acerca de la inteligencia y afectos de las disposiciones testamentarias, prevalecerá la voluntad del testador claramente manifestada, con tal que no se oponga a los requisitos o prohibiciones legales. Para conocer la voluntad del testador se estará más a la substancia de las disposiciones que a las palabras de que se haya servido". Naturalmente que sin haber existido una disposición como ésta se habría llegado a la misma solución, si se considera que el testamento es un acto jurídico como cualquier otro y en el cual debe respetarse la voluntad del autor, prevaleciendo ella sobre las palabras por medio de las cuales se ha exteriorizado, lo mismo que en el caso que ya hemos visto de los contratos.

Veamos ahora el texto expreso de algunas legislaciones referente a la interpretación. El legislador francés, por ejemplo, ordena al juez que "debe investigarse en los contratos cual ha sido la intención común de las partes contratantes, más bien que fijarse en el sentido literal de los términos" ⁽¹⁵⁹⁾.

Esta disposición terminante es la que ha servido de guía a las demás legislaciones que, lo mismo que la francesa, están inspiradas en el principio de la autonomía de la voluntad. Por otra parte es muy sugestiva la expresión que usa el legislador francés: "debe investigarse", la cual corresponde por su carácter enérgico a la que emplea el legislador italiano: "debe indagar" ⁽¹⁶⁰⁾, y a la que usa el legislador uruguayo: "debe buscarse" ⁽¹⁶¹⁾. Todas estas expresiones nos están revelando que su propósito es advertir al juez que en los casos en que tenga que interpretar un contrato, su labor principal consistirá en la investigación, indagación o búsqueda de la intención de los contratantes por todos los medios que estén a su alcance, y en donde "la labor del intérprete no es la de un jurista que aplica una regla, sino la de un psicólogo que percibe la intención de los

⁽¹⁵⁸⁾ Véase: H. Capitant. Introduction a l'étude de droit civil, p. 302.

⁽¹⁵⁹⁾ Código Civil Francés, artículo 1156.

⁽¹⁶⁰⁾ Código Civil Italiano, artículo 1131.

⁽¹⁶¹⁾ Código Civil Uruguayo, artículo 1298.

contratantes, es, en fin una operación inductiva encaminada a averiguar la verdadera intención" (162).

Contrasta notablemente, como podemos ver, la manera de expresarse vigorosa de los legisladores antes mencionados con la que usan otras legislaciones, como la nuestra, que sencillamente y sin hacer mayor hincapié, establece: "Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras" (163). Esta forma de expresarse de nuestro legislador nos da la impresión de que parece decirse al juez, que sólo cuando la intención aparezca de manifiesto debe prevalecer sobre el sentido literal de las palabras, y que no debe hacerse una investigación minuciosa, si es necesario, o buscar o indagar la intención de las partes.

Algo semejante y donde se revela con mayor precisión, la impresión que nos produce la manera de expresarse de nuestro legislador, encontramos en la legislación española la cual establece: "Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes prevalecerá ésta sobre aquélla" (164).

Pero este contraste que encontramos en las legislaciones que hemos visto es solamente de forma, en cuanto al fondo todas ellas llegan a la misma conclusión, porque establecen los medios por los cuales el juez debe llegar a determinar la intención de las partes, la cual primará sobre lo expresado cuando se encuentra en desacuerdo.

c) **La intención debe ser común.**—El Código Civil Francés, en el artículo que recientemente hemos citado, referente a la interpretación, nos señala un elemento importante que hay que considerar en este problema de la interpretación. El se refiere a la "intención común de las partes" y lo mismo lo hacen los Códigos de Italia y Uruguay. Es decir, se refieren a que en la interpretación debe el encargado de efectuarla, tratar de establecer no la intención de una de las partes, cuando el acto es bilateral, sino la común intención de las partes. Esto es muy razonable, porque si consideramos que la ley del contrato la forma el acuerdo de voluntades y no la voluntad de una de las partes, lógicamente al tratar de establecer el sentido de un contrato o lo que es lo mismo establecer la ley a la cual deben someterse las partes, no es posible que solamente se busque la intención de una sola de ellas, sino que debe buscarse su común intención.

Esto es lo que debemos entender cuando se trata de códigos que como el nuestro no han establecido en forma expresa que debe buscarse la común intención de las partes, porque hay que suponer necesariamente que cada vez que se trata de actos cuya generación necesita de la voluntad de dos personas o más, es el acuerdo de todas esas voluntades la que forma la ley del contrato y no la voluntad de una sola, como ya lo hemos expresado.

Pues bien, surgida la dificultad entre las partes en cuanto al sentido y alcance del contrato y no habiendo posibilidad de acuerdo que solucione el problema, será al juez a quien incumbirá la misión de determinar el verdadero sentido y alcance que las partes han querido darle, para lo cual el legislador le ha señalado los medios por los cuales puede llegar a establecer la común intención de las partes, reglas éstas que para algunos autores son solamente consejos que el legislador ha dado al juez y que para otros constituyen normas obligatorias para el juez (165). Obligato-

(162) C. Valverde. Ob. cit. T. III, p. 282.

(163) Código Civil Chileno, artículo 1560.

(164) Código Civil Español, artículo 1560.

(165) Véase H. Brain R. La interpretación de los contratos, p. 81 y siguientes.

riedad que consiste en el acatamiento que el juez debe hacer de ellas, para lograr establecer la voluntad de las partes. Nos parece que esta última es la doctrina más de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad, por cuanto si no fuera así, sería el juez quien en definitiva impondría su voluntad a las partes y no éstas las que harían su propia ley, la que también debe ser respetada por el juez.—

d) **La interpretación es una cuestión de hecho.**—Como ya lo hemos hecho notar anteriormente, todo lo relacionado con la interpretación de los contratos es una cuestión de hecho y por consiguiente escapa al control de la Corte Suprema: “Los hechos, dice don Luis Claro Solar, como acontecimiento humano pueden ser discutidos o puestos en duda y exigir pruebas que el juez deberá apreciar con arreglo a las normas que la misma ley establece para resolver si existen o no existen como una de las partes lo pretende. Los hechos que a juicio del Tribunal de Alzada resulten así probados son inamovibles, quedan soberanamente establecidos por los jueces del pleito y la Corte Suprema no podrá ya alterarlos, porque le está prohibido admitir pruebas o decretar pruebas o esclarecimientos que modifiquen la faz del pleito; y tendrá que dictar sus fallos respetando esos hechos, por errada que sea la apreciación de las pruebas con que el tribunal de alzada los ha dado por acreditados” (166).

Tal es así que nuestra Corte Suprema ha establecido que: “La decisión de los jueces de fondo al fijar la intención de los contratantes podrá ser errónea, su criterio para juzgar al respecto podrá haber sido equivocado y, en suma, la resolución final de ellos podrá constituir una mala sentencia; pero en ningún caso podrá dar motivo a una casación por infracción a la ley” (167). Pero, como dice el señor Somarriva comentando este fallo, “en esta interpretación tan liberal los jueces de fondo tienen sus limitaciones, porque al hacerlo deben sujetarse a las reglas de interpretación del Título XIII del Libro 4º del Código Civil y si se violan esas disposiciones la Corte Suprema podría enmendar el fallo, porque entonces habría infracción de ley” (168).

Pero una vez que los hechos quedan establecidos en forma inamovible con el mérito de la prueba rendida, también queda establecida la ley del contrato y ya el juez no puede desconocerla, porque ha adquirido un carácter obligatorio para él también.

35.—**CALIFICACION DE LOS CONTRATOS.**—Como primera obligación que tiene el juez de respetar la ley del contrato una vez que se dan por establecidos en forma definitiva los hechos, es darle a estos la calificación jurídica que les corresponde, a fin de conocer los efectos del contrato o lo que es lo mismo su alcance y contenido.

La calificación de los contratos es la determinación precisa de las normas jurídicas por las cuales debe regirse la voluntad de los contratantes, calificación que se hace tomando en consideración exclusivamente los elementos esenciales que aparezcan de los hechos probados en la interpretación. Así lo ha estimado nuestra jurisprudencia, como podemos verlo en la siguiente sentencia: “No tiene influencia alguna para la calificación legal de un contrato y para apreciar el valor que en derecho corresponde a sus estipulaciones, la denominación que el Notario autorizante de la escritura le ha dado para los efectos de su registro en el protocolo y sus

(166) L. Claro S. Artículo publicado en la R. D. y J. T. XXIV, p. 279.

(167) R. D. y J. T. XXVII, segunda parte sec. 1.ª, p. 721.

(168) M. Somarriva U. Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia, p. 152.

índices de archivo, como no influye la denominación que le dan los contratantes para establecer su clase, si ella no corresponde a su propia esencia y naturaleza, que es lo único que debe tomarse en cuenta para determinar su condición jurídica y los efectos que particularmente le pertenecen” (169). Pues, como lo ha establecido otra sentencia: “los contratos son lo que la ley quiere que sean atendidas las cláusulas o estipulaciones en ellos contenidas y no según el nombre que le dan los contratantes” (170).

36.—ELEMENTOS ESENCIALES DE LOS CONTRATOS.—En todo contrato debemos distinguir, los elementos generales y esenciales. Los primeros son aquéllos que siendo comunes a todos los contratos determinan la existencia de los mismos. Tales son: la capacidad, el consentimiento, el objeto, la causa, las solemnidades. Los segundos son aquellos elementos que tienen el carácter de institucionales, es decir, son elementos que dan la fisonomía a una institución y por lo tanto tienen el carácter de orden público. Los elementos esenciales de cada contrato son los que le dan una individualidad propia, caracterizándolos de tal manera que no pueden confundirse con otro contrato. Así por ejemplo, en el contrato de compraventa los elementos esenciales son la cosa y el precio. Si falta alguno de estos elementos ya no nos encontramos frente a un contrato de compraventa (171).

En un contrato que se celebre no puede desentenderse de estos elementos específicos, porque tratándose de algo que tiene la trascendencia de establecer instituciones jurídicas, al no observarlos se tendrá que sufrir la consecuencia de que el contrato no producirá efectos en derecho o degenerará en otro diferente. No otra cosa es lo que establece nuestro Código Civil en el artículo 1444: “Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquéllas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales”.

De manera que solamente están al alcance de la voluntad de las partes las cosas o elementos, como los hemos llamado, de la naturaleza y accidentales. En los elementos de la naturaleza del contrato, el legislador suple la voluntad y determina que ellos le pertenecen sin necesidad de que las partes así lo digan. En los elementos accidentales es donde impera el principio de la autonomía de la voluntad en una forma absoluta y deben agregarse expresamente para que se entiendan incorporados en el contrato.

En cuanto a los elementos esenciales, como ya lo hemos podido notar, las partes en razón del carácter institucional que tienen no pueden hacerlos producir los efectos que quieran, sino que a determinados elementos esenciales corresponden también determinados efectos.

Sin embargo, no se contraponen al principio de la autonomía de la voluntad el principio del artículo 1444 del C. C. relativo a los elementos esenciales de los contratos. Esa regla precisa la atribución del juez, pero las partes atienden a su exclusiva voluntad. Así, las partes pueden estipular un contrato de compraventa sin precio. Evidentemente habrá donación

(169) R. D. y J. T. XXI, 2.ª parte sec. 1.ª, p. 391.

(170) R. D. y J. T. XXX, 2.ª parte sec. 1.ª, p. 206.

(171) Véase: A. Alessandri R. El contrato dirigido, R. D. y J. T. XXXVIII, 1.ª parte, p. 6; A. Blanco. Obligaciones y contratos, p. 45.

y no otra puede ser la intención de las partes. Establecido que el contrato es de donación, porque no se quiso que hubiera precio, el juez debe calificarlo de contrato de donación porque a él está dirigida la regla del artículo 1444. Las partes se rigen por su voluntad y atendiendo a lo que han querido y, en consecuencia, a lo que han estipulado, el juez calificará el contrato para fijar sus efectos jurídicos, efectos que, a su vez, se establecen por la ley en consideración a la voluntad presunta de los contratantes.

Por último, el juez en la calificación jurídica de los hechos dados por establecidos en la interpretación, ya no tiene las facultades privativas que tuvo en aquélla, porque “todo lo que toca a la calificación jurídica de los hechos y todo lo que se refiere a las consecuencias de esta calificación legal, bajo el punto de vista de la aplicación de la ley, entra forzosamente en el dominio de la Corte Suprema, como tribunal de casación, porque corresponde al terreno del derecho, esto es de la ley positiva cuya tuición le está especialmente confiada” (172). Así lo ha establecido la Corte Suprema en una de sus sentencias (173).

37.—OBLIGATORIEDAD DEL CONTRATO PARA EL JUEZ.—Una vez que ha sido establecida la calificación del contrato, éste ya no es solamente una ley para los contratantes, sino que también es una ley para el juez, por cuanto incluso debe darle preferencia en la aplicación a la ley del contrato que no contiene nada contrario al orden público, cuando se encuentra en pugna con algún precepto legislativo emanado del legislador (174).

Ya hemos visto que la tendencia de la filosofía jurídica del siglo pasado, era hacer del juez un funcionario a cuyo cargo estaba la aplicación de la ley general y abstracta al caso particular y concreto, que se le presentaba para su resolución.

Por otra parte, la perfección que se le suponía a la ley determinaba la falta de autorización que tenía el juez para poder aplicar con más latitud y reducir o aumentar sus efectos según el caso, cuando le pareciera que en esa forma fallaba más de acuerdo con la equidad y la verdadera justicia. Dura lex sed lex, se decía, y debía aplicarse sin vacilación.

El contrato también es fuente de otra ley que el juez debe respetar y aplicar de la misma manera que la anterior, porque el contrato igual que la ley fué considerado algo perfecto, el cual realizaba la justicia distributiva de los bienes. La libertad contractual coincidía con el interés de la colectividad y frente a esta evidencia, si el mismo legislador debía de abstenerse de inmiscuirse en la actividad privada, con mayor razón el juez debía someterse ante la ley del contrato. Como expresa George Ripert: “El liberalismo del siglo XIX ha sido poco favorable a esta intervención contractual. No veía ninguna fuente de injusticia posible en el contrato, en razón de la sumisión voluntaria del deudor hacia el acreedor” (175). “Quien dice contractual, dice justo”, expresaba Fouillée (176).

Al juez se le señalaban estos postulados a priori para determinarle sus atribuciones y fijarle los límites a su actividad, a fin de que una interpretación suya demasiado amplia, no fuese a desnaturalizar el espíritu de la institución creada por la ley o el espíritu del contrato celebrado por las partes. De manera que el juez no puede, guiado por un sentimiento de justicia, dejar de aplicar las cláusulas contractuales por más que parezcan

(172) L. Claro S. Artículo publicado R. D. y J. T. XXIV, p. 279.

(173) R. D. y J. T. XIX, 2.ª parte, sec. 1.ª, p. 68.

(174) Baudry Lacantinerie y Barde. Des Obligations. T. I, p. 382.

(175) G. Ripert. Le régime démocratique et le droit civil moderne, p. 177.

(176) Citado por G. Ripert. Ob. cit., p. 177.

reñidas con los principios de equidad, o dejar sin efecto o modificar un contrato cuando sea notorio el perjuicio que pueda derivar a una de las partes. “No tiene el derecho para atenuar el rigor de las obligaciones impuestas a las partes”, dicen los autores Colin y Capitant ⁽¹⁷⁷⁾. O, como expresa don Luís Claro Solar: “Así como el juez llamado a aplicar la ley, no puede tener en cuenta la equidad que puede hallarse en contradicción con la regla general que el legislador ha establecido con la mira de consultar el interés general; y debe aplicar la ley aunque le parezca injusta; pues su misión no es juzgar la ley, sino juzgar de acuerdo con la ley la controversia que es sometida a su conocimiento; del mismo modo debe aplicar las cláusulas del contrato que las partes han celebrado y no atender a las consideraciones de equidad que los contratantes pudieran invocar para dejar sin ejecución las obligaciones que el contrato les impone. El juez está ligado por el contrato de las partes como si el contrato fuera una ley y no puede modificar ese contrato, si no viola ninguna disposición de orden público y sólo se parte de las disposiciones de una ley permisiva que establece derechos de los particulares que éstos pueden renunciar, no estándoles prohibida la renuncia” ⁽¹⁷⁸⁾.

La misión del juez se reduce pues, en los casos en que se somete a su conocimiento un asunto derivado de la aplicación de un contrato, en primer término, a reconocer y respetar las cláusulas contractuales y en seguida, hacer que las partes cumplan las obligaciones que emanan de esas cláusulas, sin que le sea permitido bajo ningún pretexto dejar sin cumplir el contrato “sea dejando sus disposiciones sin aplicación, sea atribuyéndoles efectos diversos de lo que ellas mismas expresan y que son la voluntad de los contratantes, sea atribuyéndole al contrato mismo otros efectos que los que legalmente le corresponde en el silencio de las partes sobre los efectos que hayan querido dar a sus pactos” ⁽¹⁷⁹⁾.

38.—FACULTAD PARA NO CREAR SITUACIONES JURIDICAS.

—El principio de la autonomía de la voluntad en la esfera contractual, que es donde mayor aplicación tiene, se manifiesta tanto en un aspecto positivo como negativo. En el aspecto positivo, el individuo tiene derecho para obligarse en la forma que crea conveniente y cuando lo crea oportuno, y la ley, una vez producido el vínculo obligatorio trata de que sea respetado por ambos contratantes y se dé cumplimiento bajo el principio de la buena fe. En el aspecto negativo, el individuo también es libre para no contraer ninguna obligación, si así le place. Nadie puede exigir al hombre que contraiga obligaciones que él no consiente, a excepción de la ley, que por lo demás tiene un campo de acción muy reducido, lo cual hace permanecer incólume el principio de la libertad del hombre para no obligarse ⁽¹⁸⁰⁾.

A asegurar esta independencia jurídica de la voluntad individual, tiende un principio muy conocido con el nombre de la relatividad de los contratos.

Es esencial para el principio de la autonomía de la voluntad, tanto la independencia moral como jurídica del hombre, y es por eso que con el principio de la relatividad de los contratos se pretende determinar la esfera de acción del contrato en cuanto se refiere al cumplimiento de las

⁽¹⁷⁷⁾ Colin y Capitant. Ob. cit. T. III, p. 629.

⁽¹⁷⁸⁾ L. Claro S. Ob. cit. T. XI, p. 470.

⁽¹⁷⁹⁾ L. Claro S. Nota a una sentencia publicada en la R. D. y J. T. XXIV, sec. 2.ª, p. 302. Véase: G. Morin. La loi et le contrat, p. 54.

⁽¹⁸⁰⁾ Véase: M. Somarriva U. Trabajo citado R. D. y J. T. XXXI, p. 39; Planiol y Ripert. Ob. cit. T. VI, p. 26.

obligaciones que de él emanan, o más claramente expresado, se trata por medio de este principio, de establecer principalmente, quienes son los obligados al cumplimiento de las obligaciones que se derivan del contrato celebrado y quienes también tienen el derecho para exigir su cumplimiento.

Este asunto, que aparentemente no tiene importancia, constituye sin embargo, una de las manifestaciones en que se revela el principio de la autonomía de la voluntad con mayor precisión, y muchas legislaciones le han dado solución a este problema, estableciendo en una forma expresa este principio, que perfectamente puede deducirse de las normas generales del derecho. La única explicación que podemos darnos del hecho de que algunos legisladores hayan expresamente considerado este asunto, es seguramente, el afán de marcar en forma que no admita ninguna clase de duda, la independencia o autonomía de la voluntad.

39.—PRINCIPIO DE LA RELATIVIDAD DE LOS CONTRATOS.—

El Código de Napoleón, dictado en una época del más pleno individualismo, establece que: “Las convenciones no tienen efecto sino entre las partes contratantes; ellas no perjudican a los terceros ni les aprovechan, sino en el caso previsto en el artículo 1121” ⁽¹⁸¹⁾. La claridad con que ha establecido este principio el Código Civil Francés es perfecta. Las obligaciones emanadas del contrato, solamente deben cumplirlas las partes contratantes, en ningún caso los terceros, es decir, aquéllos que no han participado en el contrato ni tienen interés en él. Advertimos que el Código Civil Francés aplica este principio tan rigurosamente que aún rechaza las estipulaciones en favor de un tercero, salvo excepciones muy contadas ⁽¹⁸²⁾.

El Código Civil de la República Oriental del Uruguay, también establece la independencia de los terceros en materia contractual, cuando expresa: “Los contratos no pueden oponerse a terceros, ni invocarse por ellos, sino en los casos de los artículos 1254 a 1256” ⁽¹⁸³⁾. El Código Civil argentino, establece por su parte: “Las obligaciones no producen efectos sino entre acreedor y deudor, y sus sucesores a quienes se transmiten” ⁽¹⁸⁴⁾.

En nuestra legislación no encontramos un artículo que contenga este principio en una forma tan clara como en los que hemos transcrito. Sin embargo, el artículo 1545 del C. C. parece dar a entender en forma tácita, lo que en forma tan expresamente clara han establecido otras legislaciones, cuando expresa: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes”. En esta forma parece que el legislador nuestro, ha limitado el alcance del efecto de los contratos únicamente a los contratantes, según parece desprenderse del artículo copiado anteriormente ⁽¹⁸⁵⁾.

a) **Partes contratantes.**—Ahora bien ¿qué debemos entender nosotros por partes contratantes, a fin de poder aplicarles los efectos del contrato? ¿Solamente los que han concurrido con su voluntad al acto generador del contrato pueden recibir esta denominación, o hay otras personas a quienes puede aplicárseles? Veamos. Desde luego, no tenemos una disposición expresa que aclare este asunto, sobre todo en nuestro derecho. Debemos recurrir, por tanto, a la hermenéutica legal.

En primer lugar, son partes contratantes todos aquéllos que concurren con su voluntad y por sí, a la celebración del contrato, teniendo como es

⁽¹⁸¹⁾ Código Civil Francés, artículo 1165.

⁽¹⁸²⁾ Véase: H. Salas N. La estipulación por otro, p. 33 y siguientes; C. Valverde. Ob. cit. T. III, p. 276.

⁽¹⁸³⁾ Código Civil del Uruguay, artículo 1293.

⁽¹⁸⁴⁾ Código Civil de Argentina, artículo 503.

⁽¹⁸⁵⁾ Véase L. Claro S. Ob. cit. T. XI, p. 652.

lógico capacidad para hacerlo, y los que concurren debidamente representados, ateniéndonos a lo que dispone el artículo 1448 de nuestro C. C.: “Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo”. Y así es como el mandante, el menor, el hijo de familia, la mujer casada, pueden ser también partes contratantes, no obstante, no haber concurrido personalmente a la celebración del contrato, sino representados por su mandatario, curador, padre de familia o marido respectivamente. Igual cosa sucede en otras legislaciones donde existen las mismas instituciones que en la nuestra.

Hay algunas legislaciones como la uruguaya que se han preocupado de este problema y han determinado las personas a quienes se extienden los efectos de los contratos. El Código Civil del Uruguay ha establecido que: “Los efectos de los contratos se extienden activa y pasivamente a los herederos y demás sucesores de las partes, a menos que lo contrario resulte de una disposición especial de la ley, de una cláusula de la convención o de la naturaleza misma del contrato” ⁽¹⁸⁶⁾. Algo semejante, aunque no con tanta precisión como el señalado, establece la legislación argentina en el Código Civil: “Las obligaciones no producen efectos sino entre acreedor y deudor, y sus sucesores a quienes se transmitiesen” ⁽¹⁸⁷⁾.

En otras legislaciones como la francesa y la nuestra para llegar a la misma conclusión que establecen los artículos antes citados, se hace necesario tener que recurrir a las deducciones de otras disposiciones legales. De esta manera se ha podido llegar a establecer que también pueden afectarles los contratos a otras personas que los que por sí o representados han concurrido a la celebración del contrato.

b) Asignatarios a título universal.—Es así como los herederos en ningún caso pueden considerarse como terceras personas, sino más bien como partes contratantes aun cuando no hayan tomado parte con su voluntad en el contrato, en virtud, primeramente, de aquel adagio según el cual “toda persona contrata para sí y para sus herederos”, ya que ellos tomarán posteriormente el patrimonio y el lugar del causante. Así lo ha estimado el derecho francés, porque establece en el artículo 1122 del Código Civil que: “Se reputa que uno estipula para sí y para sus herederos y causahabientes, a menos que lo contrario sea expresado o resulte de la naturaleza de la convención”. Este mismo principio lo establece nuestro Código Civil cuando expresa: “Los asignatarios a título universal, con cualesquiera palabras que se les llame, y aunque en el testamento se les califique de legatarios, son herederos: representan la persona del testador para sucederle en todo los derechos y obligaciones transmisibles” ⁽¹⁸⁸⁾.

Como hemos podido verlo en algunos de los artículos citados de las legislaciones extranjeras hay algunas excepciones derivadas del acuerdo de las partes, de alguna disposición legal o de la naturaleza del contrato, en que estos no producirán efectos entre los herederos del causante y tales casos naturalmente no entran en la categoría de partes contratantes. Tal sería el caso por ejemplo, de un derecho de carácter intransmisible o intransferible, o de un derecho que se extingue por la muerte del causante o sencillamente de un derecho en que las partes han pactado que no pase a los herederos.

⁽¹⁸⁶⁾ Código Civil del Uruguay, artículo 1292.

⁽¹⁸⁷⁾ Código Civil de Argentina, artículo 503; el artículo 1257 del Código Civil Español adopta igual sistema.

⁽¹⁸⁸⁾ Código Civil Chileno, artículo 1097; además este mismo principio se encuentra consignado en los artículos 1700 y 1702 de nuestro Código Civil.

c) **Causahabientes a título singular.**—Veamos ahora la condición de los causahabientes a título singular, o sea, aquéllos que suceden al autor o causante en una o más especies o cuerpos ciertos, sea por actos entre vivos (donación, compra) o por acto testamentario (legado). Aquí se nos presenta una situación diversa de la anterior, ya que no se trata de suceder a una persona en todos los derechos y obligaciones transmisibles, en la universalidad de su patrimonio, sino en uno o más bienes específicamente determinados. Y en el caso del legatario, cumpliendo con lo que establece nuestra legislación, éste no representa al autor, ni tiene más derechos y cargas que los que expresamente se le confieran o impongan.

Pero, sea como sea, el causahabiente a título singular también sucede al causante aun cuando sea en una cosa determinada, con todos los derechos y únicamente en los derechos que pertenecen a su autor ya que nadie puede transferir más derechos que los que tiene, ni nadie puede adquirir una cosa, sino en la forma en que estaba en el patrimonio de su autor, afectándole, por tanto, los actos jurídicos que han recaído sobre la cosa, por supuesto, con anterioridad al acto que supone el cambio de la cosa de manos del causante al causahabiente.

Como vemos el causahabiente a título singular, también entra en la categoría de parte contratante, por las razones expresadas, pero única y exclusivamente respecto de la cosa determinada que adquiere y las obligaciones derivadas de los contratos que puedan afectarle ⁽¹⁸⁹⁾.

d) **Acreedores quirografarios.**—Algunos autores franceses, encabezados por Baudry-Lacantinerie, sostienen que los acreedores quirografarios son también considerados como personas sobre quienes pueden recaer los efectos de los contratos y por tanto deben considerarse como partes contratantes. Sabemos que los acreedores quirografarios son aquéllos que no gozan de privilegio o hipoteca.

Más si hay acuerdo en considerar a los acreedores quirografarios como partes contratantes, no hay sin embargo, uniformidad de opinión en cuanto se refiere a la denominación de sucesores a título universal o sucesores a título singular que debe dárseles.

Así es como algunos creen que el acreedor quirografario es sucesor a título universal, por el hecho de tener a su favor un derecho de prenda general sobre todos los bienes del deudor, sobre su patrimonio íntegro y no sobre bienes determinados. Su derecho recae sobre la universalidad de bienes del deudor. Siendo así, al acreedor quirografario le beneficia todo aumento que recibe el patrimonio del deudor, así como también le afecta cualquiera disminución que experimente. En razón de lo que hemos dicho, el contrato o cualquiera otro acto ejecutado por el deudor, es oponible a los acreedores quirografarios que sufren las consecuencias. Como dice Jossierand, “ellos no han tomado parte en el acto; no son tampoco terceros; han sido representados por el deudor, en la medida y en razón de su derecho de prenda general” ⁽¹⁹⁰⁾. Naturalmente que los actos realizados por el deudor repercuten en los acreedores en virtud del derecho de prenda general que sobre los bienes de aquél tienen, siempre que no haya habido fraude o simulación en aquellos actos por parte del deudor con el fin de perjudicar a sus acreedores.

Esta notable similitud que existe entre el heredero y el acreedor quirografario, hace que se considere a este último como un verdadero sucesor a título universal.

⁽¹⁸⁹⁾ Véase: L. Claro S. Ob. cit. T. XI, p. 657; L. Jossierand. Cours de droit civil. T. II, p. 133; E. Gaudemet. Ob. cit., p. 208.

⁽¹⁹⁰⁾ L. Jossierand. Ob. cit. T. II, p. 134.

Los impugnadores de la doctrina que antecede encuentran su mayor arma de defensa en las palabras del autor Laborde-Lacoste, sostenedor de la doctrina que considera a los acreedores quirografarios como causahabientes título singular. Este autor expresa: "Asimilando o identificando a los acreedores quirografarios y los sucesores a título universal, no tiende en realidad a otra cosa que a identificar o asimilar dos contradicciones. El rasgo característico de los sucesores universales se reduce a la obligación para ellos de tener que soportar el pasivo del autor. Ahora bien, este pasivo es constituido por los acreedores quirografarios. Mientras estos últimos reclaman una prestación con la mira de romper todo vínculo con su pretendido autor, su deudor, los herederos son verdaderamente herederos, porque se hallan sujetos a esta prestación" (191).

Como es lógico, tratándose de doctrinas tan completamente opuestas como las que acabamos de ver, no podía por menos que aparecer otra tendencia que propiciara una solución. Y esta nueva doctrina sostenida por los autores Planiol y Ripert y otros de sus colaboradores, sencillamente niegan el carácter de causahabientes a los acreedores quirografarios. Ellos expresan: "No hay transmisión de un derecho propiamente hablando, del deudor a los acreedores quirografarios. No han adquirido nada de él; la afectación de su patrimonio en garantía de una deuda no constituye una transmisión; están más bien investidos de ciertas prerrogativas legales, las de embargar los elementos del activo del deudor. Por otra parte, el derecho de prenda general no constituye el objeto del derecho de crédito; no es más que una garantía y no puede bastar para caracterizarlo" (192).

No obstante en otra oportunidad los mismos autores citados, reconocen por lo menos la calidad de causahabientes de los acreedores quirografarios con respecto del deudor en razón de que: "las actividades y el haber de éste, atribuyen valor a su crédito y constituyen su base económica, pero no cabe calificarlos en todo caso de causahabientes a título universal ya que esa noción se establece tomando como tipo el heredero" (193).

De todos modos la mayoría de los autores franceses están de acuerdo en considerar por lo menos como causahabientes a los acreedores quirografarios, afectándoles por tanto, por la calidad que tienen, los actos ejecutados por su deudor.

Aparte de los causahabientes a título universal, de los a título singular y de los acreedores quirografarios, como han argumentado los autores franceses, los efectos de los contratos no pueden afectar a nadie más, por ningún motivo, según lo entendía la concepción jurídica basada en el principio de la autonomía de la voluntad. Porque si la voluntad de las partes constituye en definitiva el vínculo obligatorio, es necesario que la persona concurra con su voluntad a la celebración de un acto para que de esta manera pueda verse obligada a sufrir sus consecuencias o tener derecho a exigir una prestación.

Aquéllos que de ninguna manera han participado con su voluntad en un contrato y aquéllos que no les aprovecha, reciben el nombre de terceros y en atención a ellos es que se ha establecido el principio de la relatividad de los contratos, que indiscutiblemente asegura la libertad jurídica y en cuya virtud nadie puede llegar a ser deudor o acreedor por un hecho de la voluntad ajena, sino cuando su voluntad ha concurrido a la celebración del contrato, en términos generales, cuyas obligaciones acepta o cuando la ley excepcionalmente le impone esas obligaciones. "La razón de este principio es evidente, dice Pothier. La obligación que nace de las convenciones y el

(191) Citado por L. Claro S. Ob. cit. T. XI, p. 664.

(192) Citado por L. Claro S. Ob. cit. T. XI, p. 664.

(193) Planiol y Ripert. Ob. cit. T. VI, p. 459.

derecho que de ella resulta estando formados por el consentimiento y el concurso de las voluntades de las partes, no puede obligar a un tercero cuya voluntad no ha concurrido a formar la convención” (194).

40.—FACULTAD PARA EXTINGUIR DERECHOS.—La autonomía de la voluntad se manifiesta no solamente en el rol creador que hemos visto, sino también en la facultad para extinguir los derechos que ella misma ha creado y en muchos casos aún aquellos derechos que la ley ha creado en favor de los individuos.

Hay dos instituciones en las que con mayor nitidez que las demás, la voluntad cumple con esta nueva función que se le asigna como una de las características esenciales para ser autónoma. Ellas son: la resciliación y la renuncia.

a) **La resciliación.**—La resciliación que de preferencia tiene aplicación en los contratos, consiste en un acuerdo de voluntades para dejar sin efecto el contrato que anteriormente habían generado las mismas voluntades (195). La ley ni el juez pueden oponerse para que el contrato que las partes han formado libremente pueda quedar sin efecto o invalidado también por un acuerdo de voluntades libremente adoptado. Porque “esta revocación por consentimiento mutuo está fundada en el principio de la libertad dejada a los particulares para sus transacciones. Así como ellos quisieron obligarse, del mismo modo pueden dejar sin efecto en absoluto lo que convinieron o modificarlo en la forma que consideren conveniente” (196).

Pero ¿hasta dónde se extiende el poder del mutuo consentimiento de las partes para invalidar un contrato legalmente celebrado? ¿Podrá llegar este poder, inclusive, a dejar las cosas en el mismo estado en que se encontraban antes del perfeccionamiento del contrato que se pretende dejar sin efecto?

Sabemos que los efectos de los contratos son los derechos y obligaciones que crean. Pues bien, cuando se perfecciona un contrato, las partes están en la obligación de dar cumplimiento a las prestaciones que han aceptado, es decir, las partes deben extinguir las obligaciones nacidas del contrato y que a cada una de ellas corresponde. En esta oportunidad, cuando las partes no han cumplido aún con las obligaciones correspondientes, pueden de común acuerdo, o como dice la ley, por mutuo consentimiento, establecer que van a dejar sin efecto el contrato convenido, es decir, que no van a dar cumplimiento a las obligaciones nacidas del contrato ya perfeccionado. Tiene importancia establecer este límite que tiene el mutuo consentimiento de las partes para disolver un contrato, por cuanto si se han cumplido las obligaciones emanadas del contrato, ha cesado por ese hecho la relación contractual entre los sujetos y sería impropio hablar en este caso de invalidación de un contrato que no existe, por cuanto sus obligaciones han sido extinguidas.

Si existe la intención de las partes de dejar las cosas en el mismo estado en que se encontraban antes de la celebración del contrato, cuyas obligaciones ya se han extinguido, no podrá hacerse esto, sino en virtud de otro contrato en un sentido inverso al anterior para dejar tal como se desean las cosas. Pero este resultado ya no podría obtenerse en ningún caso mediante la invalidación por mutuo consentimiento, en razón de que si las obligaciones están extinguidas, el contrato que les dió origen ya tampoco existe

(194) Pothier. *Traité des obligations*, N.º 85.

(195) Véase: R. Demogue. *Ob. cit.* T. I, p. 83.

(196) L. Claro S. *Ob. cit.* T. XI, p. 491.

(197). Esta situación que hemos planteado es la más simple que podemos imaginar, pero puede suceder que el cumplimiento de las obligaciones, en vez de hacerse de una sola vez, se haga en forma sucesiva, o bien, solamente uno de los contratantes haya dado cumplimiento a su obligación y el otro no.

Cuando tal cosa sucede, los autores están de acuerdo en admitir que la disolución del contrato por mutuo consentimiento, no puede afectar las obligaciones que hasta ese momento han sido cumplidas por las partes. Únicamente el acuerdo de voluntades podrá dejar sin efecto el cumplimiento de aquellas obligaciones que aún no se han verificado. “No pueden las partes, al dejar sin efecto el contrato, borrar los efectos que ha producido; ni afectar, por lo mismo, los derechos de terceros que pudieran haberse constituido en el tiempo intermedio entre la formación del contrato y el mutuo consentimiento que lo disuelve” (198). O como expresan Planiol y Ripert al referirse a esta materia: “respecto a los terceros los hechos consumados subsisten” (199).

En unas pocas palabras, como lo han expresado ciertos autores, la disolución del contrato por mutuo consentimiento no tiene efecto retroactivo, solamente produce efectos para el futuro (200).

Intimamente ligado con el artículo 1545 de nuestro Código Civil, en lo que respecta a la facultad que tienen las partes para invalidar un contrato por mutuo consentimiento, se encuentra el artículo 1567 que contiene la enumeración de los modos de extinguir las obligaciones. En el primer inciso de dicho artículo se establece que: “Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula”. Como podemos ver, en su esencia ambos artículos establecen un mismo principio. La autonomía de la voluntad para disolver contratos, con la diferencia de que en el primero, el alcance del principio es más amplio, sus efectos son mayores, porque cuando se autoriza para dejar sin efecto al contrato por mutuo consentimiento, lo que se hace es autorizar para dejar sin efecto el origen mismo de las obligaciones. Por lo tanto, disuelto un contrato, las obligaciones que de él se derivan también desaparecen, en razón de que desaparecida la causa, en este caso el contrato, desaparece consecuentemente el efecto, esto es, la obligación. Naturalmente, con la excepción que ya hemos tenido la oportunidad de estudiar, y que se refiere a la no retroactividad de la invalidación respecto de las obligaciones ya cumplidas.

De manera que el artículo 1567 contiene aparentemente una verdadera redundancia por cuanto, lo mismo que él establece, ya está establecido en el artículo 1545 con un carácter mucho más amplio, como ya lo hemos visto, y en razón del principio según el cual quien puede lo más puede lo menos, podemos llegar a la misma conclusión que él contiene. Porque si la ley autoriza para dejar sin efecto el contrato, que en este caso es lo más, con mayor razón autoriza para dejar sin efecto una obligación, que es lo menos.

Sin embargo, la importancia del artículo 1567 está salvada, porque no solamente se refiere a la extinción de las obligaciones emanadas de los contratos, sino que se refiere a la extinción de las obligaciones en general, sin importar la fuente de donde emanen, sea contrato o cuasi-contrato, delito o cuasi-delito, o de la ley. Los términos a este respecto, del artículo 1567

(197) Véase: A. Alessandri R. Obligaciones (apuntes de su clase), p. 281.

(198) L. Claro S. Ob. cit. T. XI, p. 492.

(199) Planiol y Ripert. Ob. cit. T. VI, p. 517.

(200) Véase: Baudry-Lacantinierie y Barde Ob. cit. T. I, p. 388; Beudant. Les contrats et les obligations N.º 317; L. Claro S. Ob. cit. T. XI, p. 492.

son bastante claros y éste no hace ninguna distinción, por lo cual tampoco están los intérpretes autorizados para hacerla. Este artículo establece que: “Toda obligación puede extinguirse por una convención”, y no hace distinción alguna acerca del origen de la obligación. Por eso es que nosotros dijimos anteriormente que el artículo 1567, aparentemente contenía una redundancia, cuando dijimos que a la misma solución que él da se habría llegado con lo que dispone el artículo 1545, pero únicamente en lo que se refiere a las obligaciones emanadas de los contratos. Porque si se analiza este artículo en la forma que admita la extinción de la obligación sin distinguir la fuente de donde deriva, esa aparente redundancia desaparece por completo ⁽²⁰¹⁾.

La importancia del artículo 1567 del Código Civil es enorme, porque él consagra en una forma bastante enérgica una de las principales consecuencias del principio de la autonomía de la voluntad. Este artículo no solamente reconoce la facultad que tiene la voluntad de las partes para dejar sin efecto los acuerdos que ellas mismas han adoptado, sino que aun más, la voluntad puede dejar sin efecto incluso las obligaciones que la ley impone a los individuos, siempre que esas obligaciones miren solamente el interés particular de los individuos que convienen en darlas por extinguidas.

b) **La renuncia.**—Otra de las consecuencias importantes que emana del principio de la autonomía de la voluntad y que relaciónase con la extinción de los derechos, es la facultad que tiene el individuo de renunciar a los derechos que le pertenecen y que dicen relación con el propio interés del renunciante. Este derecho está reconocido en nuestra legislación positiva en el artículo 12 del C. C. que expresa: “Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante y que no esté prohibida su renuncia”.

La renuncia es una institución que a pesar de haberse referido a ella el legislador en repetidas ocasiones, sin embargo, no se encuentra reglamentada en nuestra legislación.

Los tratadistas Aubry y Rau expresan que: “La renuncia en el sentido más amplio de la palabra, es un acto por el cual una persona abdica o abandona un derecho que le pertenece” ⁽²⁰²⁾.

Pero en realidad, con la definición que hemos transcrito sobre lo que debe entenderse por renuncia, no hemos adelantado mucho y carecemos de las nociones que indican cuales son los elementos esenciales de esta institución, para así conocer su naturaleza jurídica y poder establecer su verdadera fisonomía que la haga distinguirse de cualquiera otra institución de derecho.

En primer lugar, la renuncia se caracteriza por ser un acto unilateral, es decir, que requiere solamente la voluntad del sujeto que renuncia a su derecho, sin necesidad de la intervención de otra voluntad que acepte la renuncia que se hace. Cuando concurre una voluntad distinta de la del renunciante, ya no nos encontramos frente a un caso de renuncia. Podrá haber cualquiera otra institución menos la que estamos analizando, por cuanto se ha introducido un elemento que la ha desnaturalizado.

El hecho de que la renuncia sea un acto unilateral nos indica la fuerza que por sí sola tiene la voluntad del sujeto para extinguir derechos que le pertenecen y para cuya generación se necesitó la voluntad de otro sujeto o la disposición de la ley. De ahí es que podemos decir que la voluntad es más poderosa para destruir o extinguir un derecho que para crearlo.

⁽²⁰¹⁾ Véase: L. Claro S. Ob. cit. T. XII, p. 40; A. Alessandri R. Obligaciones (apuntes), p. 281; Alessandri y Somarriva. Ob. cit. T. III, p. 277.

⁽²⁰²⁾ Aubry et Rau. Cours de droit civil français. T. IX, p. 200.

Del carácter unilateral de la renuncia puede deducirse otro elemento esencial que sirve para caracterizarla. La renuncia es abdicativa. De manera que del carácter eminentemente unilateral de la renuncia emana el carácter abdicativo de la misma.

A su vez del carácter abdicativo, en razón del cual no hay relación jurídica alguna entre el renunciante y el sujeto a quien aprovecha el derecho renunciado, hace que no se considere a éste último como un sucesor del renunciante.

Estos son los caracteres esenciales de la renuncia y que en un caso dado servirán de base para hacer las distinciones que siempre son necesarias en el derecho a fin de aplicar a cada institución los efectos que les correspondan. Estos mismos elementos nos hacen comprender la razón filosófica de la aceptación, por parte del legislador clásico, de esta institución que se encuadra perfectamente con todo el sistema que hemos analizado, y la ausencia de dicha institución habría significado seguramente un desequilibrio para dicho sistema.

Además podemos agregar aparte de los indicados, otros caracteres de forma, que aunque no propios de la renuncia, dicen relación con ella. La renuncia puede hacerse en forma expresa o tácita. La primera es la que se hace en términos formales e inequívocos, y la segunda, aquélla que se deduce de ciertos antecedentes conocidos. Pero debemos advertir que no debe incluirse en la renuncia tácita, el hecho de que pueda presumirse. Por regla general, no podrá presumirse una renuncia, porque ellas son de derecho estricto.

La facultad de renunciar los derechos es más amplia que las otras facultades, que hemos visto como consecuencias del principio de la autonomía de la voluntad y que solamente dicen relación con la libertad contractual. Así es como pueden renunciarse, siempre que se cumpla con los otros requisitos que señala la ley, no solamente los derechos que nacen de los contratos, sino cualquiera otro derecho, sea cual fuere el origen que ellos tengan: la ley, el contrato, el cuasicontrato, el delito o el cuasidelito. Porque, el artículo 12 de nuestro C. C., de ninguna manera puede interpretarse, como que solamente pueden ser objeto de renuncia los derechos conferidos por las leyes, en el sentido de que en esa frase se comprenden solamente aquellos derechos que tengan una fuente inmediata en la ley. Este artículo más bien debe interpretarse, como que no se refiere en nada al origen o fuente del derecho, sino al hecho del reconocimiento que la ley hace de todos los derechos, sin hacer distinción en cuanto a la fuente de donde emanen. Aceptando este criterio llegamos forzosamente a la conclusión de que, en principio, todos los derechos son renunciables. Y decimos que en principio todos los derechos son renunciables, porque las limitaciones que pueden tener son excepcionales y más bien parecen estar destinadas en la época clásica, a realzar con más firmeza esta consecuencia interesante del principio de la autonomía de la voluntad ⁽²⁰³⁾.

41.—FACULTAD PARA ELEGIR LA LEGISLACION APLICABLE.
—El principio de la autonomía de la voluntad concede a las partes, la facultad de elegir libremente entre las legislaciones de los diferentes Estados, aquélla que va a regir las relaciones contractuales entre ellas. De manera que los individuos pertenecientes a un Estado determinado, no están obligados a regirse por las leyes que se hayan dictado en su país, con el objeto

(203) Véase: A. Colmo. De las Obligaciones. T. I, p. 597 y siguientes; Raymundo Salvat. Tratado de derecho civil argentino, p. 788 y siguientes; Germán Martínez B. Ensayo de una teoría general sobre la renuncia de los derechos; Alessandri y Somarriva. Ob. cit. T. I, p. 229.

de regir las relaciones entre los particulares, las cuales ni siquiera pueden tener el carácter de supletorias, si así lo han convenido las partes ⁽²⁰⁴⁾.

Pero lo que es aún más, en esta materia, las partes pueden prescindir por completo de todas las legislaciones oficiales de los diferentes Estados, y acogerse a las normas que las partes para sí pueden dictarse expresamente a fin de que rijan sus relaciones. También pueden someterse a lo establecido en formularios o reglas-tipos, como las tan conocidas cláusulas de York-Amberes, que rigen lo relacionado con el transporte marítimo.

Como expresan los autores Planiol y Ripert, "en las relaciones internacionales, la voluntad de las partes contratantes muestra una fuerza notable. Con la sola reserva del orden público, puede dicha voluntad elegir la ley aplicable al contrato, referente a las partes y a las cosas, y hasta puede apartarse de las leyes de carácter imperativo" ⁽²⁰⁵⁾.

La Corte de Casación de Francia ha adoptado fielmente, conforme al principio de la autonomía de la voluntad, el sistema doctrinario que hemos señalado en una interesante jurisprudencia según la cual: "La ley aplicable a los contratos, bien sea en lo que se refiere a su formación, sea en cuanto a sus efectos y condiciones, es la que las partes hayan adoptado" ⁽²⁰⁶⁾.

42.—CARACTER CONSENSUAL DE LOS CONTRATOS.—Cuando estudiamos la evolución del principio de la autonomía de la voluntad en el derecho, pudimos apreciar la importancia que en ella tuvo la evolución del carácter consensual de los contratos. La liberación de la voluntad para producir efectos jurídicos en el derecho, por sí sola, sin necesidad de materializarse en otros elementos, constituye una de las bases más importantes del principio de la autonomía de la voluntad, porque debemos considerar que "en las legislaciones primitivas el derecho es un procedimiento, la voluntad humana es impotente, por sí misma, para engendrar la obligación" ⁽²⁰⁷⁾.

En razón pues, de esta nueva fisonomía que adquiere el derecho, influenciado por el principio de la autonomía de la voluntad, no es raro encontrar en algunas legislaciones el establecimiento expreso del principio según el cual los contratos tienen el carácter de consensual, por regla general. Así, por ejemplo, el Código Civil Español establece: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que según la naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley" ⁽²⁰⁸⁾. El Código Civil Mejicano del año 1928, establece por su parte: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto, aquéllos que deben revestir una forma establecida por la ley" ⁽²⁰⁹⁾.

Las demás legislaciones no se han preocupado de establecer en una forma expresa el principio a que nos estamos refiriendo como lo han hecho los códigos mencionados anteriormente, porque "parece tan natural... que ni siquiera han estimado necesario repetirlo y lo dan por supuesto" ⁽²¹⁰⁾.

La regla general, es pues, que los contratos sean consensuales, es decir, que se perfeccionen por la sola declaración de voluntad de las partes, sin que dicha declaración vaya acompañada de actos materiales. Excepcionalmente, en razón de un interés social, se exige por la ley el acatamiento de ciertas formas externas que deben acompañar a la declaración de voluntad para considerar al acto perfecto en conformidad a la ley. En estos ca-

⁽²⁰⁴⁾ Véase: Planiol y Ripert. Ob. cit. T. VI, p. 26; L. Claro S. T. XI, p. 114.

⁽²⁰⁵⁾ Planiol y Ripert. Ob. cit. T. VI, p. 43.

⁽²⁰⁶⁾ Citado por Planiol y Ripert. Ob. cit. T. VI, p. 43.

⁽²⁰⁷⁾ Planiol y Ripert. Ob. cit. T. VI, p. 123.

⁽²⁰⁸⁾ Código Civil Español, artículo 1258.

⁽²⁰⁹⁾ Código Civil Mejicano, artículo 1796.

⁽²¹⁰⁾ Planiol y Ripert. Ob. cit. T. VI, p. 123.

nos encontramos frente a un contrato solemne y en los cuáles el cumplimiento de la solemnidad establecida es indispensable para que el acto nazca a la vida jurídica o tenga existencia en el derecho. En los contratos solemnes, como en todo acto jurídico, hay declaración de voluntad, pero esta declaración de voluntad por sí sola no basta para perfeccionar el acto, sino que debe ir acompañada de un elemento externo. Por lo demás en la época del pleno predominio del principio de la autonomía de la voluntad, son tan pocos los contratos solemnes que no hacen ni mella al principio de la consensualidad de los contratos.

Aparte de los solemnes, existen otros contratos que por la fuerza de las cosas exigen la entrega para que se perfeccionen, naturalmente después de haber jugado un rol importante la voluntad en su generación. Tales contratos llamados reales, que son los que se perfeccionan por la entrega de la cosa, también constituyen una excepción, pero de menor grado que la de los contratos solemnes, para la regla general del carácter consensual de los contratos.

La ventaja práctica que se deduce de la aceptación general del carácter consensual de los contratos es enorme, si se considera que ello “implica economía de tiempo y de actividades y tiende a favorecer el intercambio de servicios y riquezas: las operaciones comerciales exigen una realización rápida y sencilla. Además tiene la ventaja de la flexibilidad; cada contratante queda obligado en la medida exacta por él querida, pudiendo exigir, además del otro, todo lo que hubiera sido querido” (211).

“La regla de que el simple acuerdo de voluntades basta para ligar a las partes, dicen los autores Colin y Capitant, es uno de los caracteres esenciales de las legislaciones modernas. En nuestras sociedades actuales en las que los cambios de servicios son tan frecuentes, el formulismo sería un estorbo intolerable. Es fácil comprender, por ejemplo, que no se puede imponer a los particulares que contratan entre sí la obligación general de recurrir a un notario. Los gastos y los retrasos de esta intervención detendrían demasiado muchas transacciones” (212).

43.—LIBERTAD EN LA FORMA DE MANIFESTAR LA VOLUNTAD.—El principio de la autonomía de la voluntad, no sólo liberó a la declaración de voluntad de toda forma externa para tener una significación jurídica, hablando en términos generales, sino que aún más, facultó a los sujetos de derecho para que hicieran esa declaración de la manera que mejor les pareciera, estableciendo con ello la más completa libertad en cuanto a la manera de manifestar la voluntad, muy especialmente en lo que se refiere a la categoría de los contratos consensuales.

Algunos códigos han recogido este principio de la doctrina y lo han consagrado en sus disposiciones positivas. Así ocurre, por ejemplo, con el Código Suizo de las Obligaciones que establece: “La validez de los contratos no puede subordinarse a la observancia de cualquiera forma particular más que en virtud de una prescripción especial de la ley” (213).

Y con tanta claridad como el artículo citado, el Código Civil Mejicano establece: “En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley” (214).

(211) Planiol y Ripert. Ob. cit. T. VI, p. 122.

(212) Colin y Capitant. Ob. cit. T. III, p. 7.

(213) Código Suizo de las Obligaciones, artículo 11.

(214) Código Civil Mejicano, artículo 1832.

El Código Civil Español establece: “Los contratos son obligatorios cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez” ⁽²¹⁵⁾.

“La validez de los contratos no está subordinada a ninguna forma exterior, salvo el cumplimiento de las formalidades prescritas por la ley para la prueba de las convenciones o declaraciones substanciales por una disposición especial” establece el Código Civil Portugués ⁽²¹⁶⁾.

La consecuencia que estamos analizando, es lógica, ya que si se considera como regla general el carácter consensual de los contratos, no debe ponerse limitaciones o señalarse la forma en que debe manifestarse la voluntad, porque todo eso es formulismo. Y el formulismo que es opuesto a lo consensual, como excepción debe reservarse para aquellos casos indispensables, en que la naturaleza de las cosas o un alto interés de orden público exijan el sometimiento o el acatamiento de determinadas formas en la manifestación de voluntad.

Naturalmente que esta libertad en la forma de manifestar la voluntad debe llevar como requisito indispensable, la claridad y precisión para que se revele la verdadera intención de las partes, ya que es de su propia conveniencia que se les entienda lo que han querido con la declaración de voluntad. El Código Civil Portugués ha establecido expresamente este requisito: “El consentimiento de las partes contratantes debe ser manifestado claramente” ⁽²¹⁷⁾.

De otra manera se puede correr el riesgo de que se tenga por no efectuada la manifestación de voluntad cuando es ininteligible, como sucede en nuestra legislación con las condiciones que se tienen por no escrita cuando adolecen de este defecto. En el artículo 1480 inc. último podemos ver que: “La condición resolutoria que es imposible por su naturaleza, o ininteligible, o inductiva a un hecho ilegal o inmoral, se tendrá por no escrita”. En otras circunstancias según los casos el legislador sanciona las condiciones concebidas en términos ininteligibles considerándolas como imposibles o fallidas, como puede verse en los artículos 1457 inc. final y 1480 inc. primero.

Decíamos anteriormente, que la voluntad puede manifestarse en cualquier forma. “Ya sea expresa o tácitamente entre personas presentes o distantes, con intermediario o sin él y por medio de cualquier procedimiento, sea de palabra humana directamente o por teléfono o grabándola en una forma de reproducción mecánica (fonógrafo, etc.) un escrito (privado, como una carta, o público como un anuncio o pasquín) personal o impersonal, firmada o no, manuscrita, impreso, estenografiado, conociéndose en su original, por reproducción (fotografía, belinograma) o transmisión (telegrama, lenguaje por señas) etc.

Asimismo puede resultar de cualquier seña, acto o actitud que lo indiquen de manera inequívoca o lo hagan suponer necesariamente” ⁽²¹⁸⁾. Como muy bien podemos ver, la forma para hacer una declaración de voluntad puede variar desde el uso del lenguaje, que es lo más corriente, hasta el simple gesto, lo que ocurre corrientemente en los remates cuando se hacen las pujas. En ciertas circunstancias el silencio también constituye manifestación de voluntad. Pero bien entendido que el mero silencio, o sea, la ausencia de toda manifestación de voluntad, en principio, no es for-

⁽²¹⁵⁾ Código Civil Español, artículo 1278.

⁽²¹⁶⁾ Código Civil Portugués, artículo 686; véase además el artículo 648 del mismo Código.

⁽²¹⁷⁾ Código Civil Portugués, artículo 647.

⁽²¹⁸⁾ Planiol y Ripert. Ob. cit. T. VI, p. 132.

ma de manifestación que produzca efectos jurídicos: “El consentimiento puede manifestarse en forma expresa o tácita; pero en todo caso debe ser cierto, positivo. El consentimiento no puede presumirse, salvo en los casos expresamente señalados por la ley” (219).

Cosa distinta es cuando al silencio puro y simple se unen ciertos requisitos o circunstancias extrañas, constituyendo lo que los autores denominan el silencio circunstanciado, pues entonces, es capaz de producir efectos jurídicos. La incógnita ha desaparecido en este caso y la voluntad del sujeto se comprueba, no a través del silencio que nada significa por su carácter negativo, sino por las circunstancias que lo acompañan (220).

Esta solución se encuadra perfectamente con el principio de la autonomía de la voluntad, el cual ha sacrificado, en este caso, la libertad para manifestar la voluntad, no admitiendo, en general, que el mero silencio obligue, en beneficio de la libertad individual que constituye la base esencial de dicha autonomía, pues habría habido una contradicción evidente, si por el mero silencio se hubiera supuesto obligaciones que son contrarias a esa libertad.

44.—LA IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES.—A las consecuencias del principio de la autonomía de la voluntad que hemos enunciado anteriormente, debemos añadir por último, en forma especial, el esfuerzo que hace el legislador clásico para mantener inalterables las creaciones jurídicas de la voluntad del hombre. Ya hemos visto anteriormente el carácter de ley que se le ha dado a los contratos y en general la obligatoriedad de todos los actos jurídicos y que tienden a cimentar sobre una base sólida dichas creaciones, imponiendo a los individuos el respeto que deben tenerles.

Ahora debemos referirnos, aun cuando sea en breves términos, al respeto que el propio legislador manifiesta por esas creaciones jurídicas de la voluntad, actitud que se traduce en el reconocimiento del carácter irretroactivo de las leyes, ante los derechos adquiridos desde el momento del perfeccionamiento del acto (221). Dicho en otras palabras, las leyes aplicables a un acto, sea que se trate de aquellas leyes que las partes no pueden derogar o de las que tienen un carácter supletorio, son aquéllas que regían a la época del perfeccionamiento del acto, sin que la ley posterior pueda dejar sin efecto lo que la voluntad válidamente creó bajo el imperio de una ley anterior.

Nuestra ley sobre efecto retroactivo de las leyes del año 1861 en el artículo 22 establece: “En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”, con lo cual reglamenta en forma más especial y con más fuerza respecto al principio de la autonomía de la voluntad, el mismo principio general que ya contenía el Código Civil en el artículo 9, según el cual “la ley puede disponer para el futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo”.

El artículo anteriormente citado se refiere únicamente a los contratos, por la misma razón que tantas veces hemos enunciado. Por ser en los contratos donde más plenamente rige la voluntad soberana de las partes. Pero no solamente a los contratos se les puede aplicar la norma aquella

(219) A. Alessandri R. Valor jurídico del silencio. R. D. y J. T. XXXVIII, 1.ª parte, p. 133.

(220) Véase: Sara Eiler R. De la formación del consentimiento en los contratos, p. 78 y siguientes; Colin y Capitant, Ob. cit. T. III, p. 561; L. Claro S. Ob. cit. T. XI, p. 105; R. Popesco-Ramniceano. Le silence créateur d'obligations et l'abus du droit. Revue Trimestrielle de droit civil 1930, p. 999.

(221) Véase: C. Riveros R. Retroactividad de la ley, p. 90.

según la cual todas las leyes vigentes a la época de su celebración se entienden incorporadas a él, sino más bien dicha norma debe aplicarse a todos los actos jurídicos, por cuanto, donde existe la misma razón existe la misma disposición. Por otra parte el propósito de nuestro legislador fué hacer extensiva dicha norma a todos los "actos o contratos", como lo manifiesta la redacción que a dicho artículo le dió la Cámara de Diputados y que no se conservó por otras circunstancias ⁽²²²⁾.

⁽²²²⁾ Véase: Alessandri y Somarriva. Ob. cit. T. I, p. 267.

CAPÍTULO III

Limitaciones impuestas al principio de la autonomía de la voluntad por el derecho clásico

PARRAFO PRIMERO

Orden Público y Buenas Costumbres

45.—PRINCIPIOS E INSTITUCIONES BASICAS DE LA SOCIEDAD.—Ya hemos visto que de acuerdo con la filosofía jurídica analizada anteriormente, todo el derecho privado se funda en la voluntad del individuo, por cuanto según pudo apreciarse, o la voluntad crea por sí sola la norma de derecho como sucede en el campo contractual, o bien las instituciones creadas por el legislador y que el individuo no puede modificar con su sola voluntad están establecidas en función de la voluntad probable de individuo.

Ahora bien, el legislador en algunos casos ha permitido que la voluntad del hombre sea soberana para fijar con toda amplitud los efectos de los actos que ejecuta o celebra, y en otras ocasiones, deja que intervenga la voluntad, sólo en cuanto a la celebración misma del acto, pero no en cuanto a la determinación de sus efectos, ya establecidos de antemano por el legislador y respecto de los cuales no es permitida modificación alguna. La voluntad del hombre interviene, por ejemplo, en la celebración del contrato de matrimonio o en la adopción, pero los efectos de estas instituciones no los fijan quienes celebran este acto, sino el legislador. Asimismo en lo que se refiere a la propiedad territorial o a la sucesión por causa de muerte, no obstante dejársele a la voluntad privada un margen para intervenir en los actos jurídicos que dicen relación con esas instituciones esa voluntad no puede dejar sin efecto o modificar aquellas normas que el legislador expresamente ha establecido para que sean respetadas y cumplidas por quienes desean hacer uso de ellas.

Podríamos preguntarnos ahora ¿cuál habrá sido el propósito que el legislador ha tenido en vista para hacer esta distinción entre estas diferentes esferas del derecho privado y en seguida establecer una reglamentación referente a alguna de ellas, de la cual no pueden prescindir los individuos, dejando lo demás entregado por entero casi al arbitrio de la voluntad individual?

Para responder esta pregunta debemos considerar que toda organización social, aún la de aquellos pueblos más primitivos, reconoce la necesidad de la existencia de ciertos principios e instituciones básicas que son

como los pilares sobre los cuales descansa el régimen de vida que tienen. Tales principios básicos son los que orientan la vida del hombre en la sociedad en que actúa y determinan el rol de sus actividades.

En los pueblos primitivos, por ejemplo, todos los actos de la vida estaban rodeados de solemnidades y ritos y nadie podía sustraerse al cumplimiento de aquellas formas preestablecidas, por cuanto la enérgica reacción del grupo social se evidenciaba de inmediato, naturalmente que para salvaguardar la existencia misma de la colectividad que se sentía amenazada por cualquier incumplimiento de sus costumbres o ritos.

Se prohibía igualmente la ejecución de los actos en forma distinta de la establecida, a fin de asegurar con esto la suficiente publicidad de los actos realizados por cada uno de los miembros del conglomerado.

Todo aquel conjunto de principios indispensables para la existencia del grupo social, determinaba la creación de una noción especial que tendía a consolidarla: la noción de tabú. Las personas y cosas tabú eran intocables y muchas veces no era ni siquiera permitido levantar la vista ante ellas. Así, por ejemplo, el jefe del grupo era tabú y esto naturalmente es muy explicable, si consideramos que con ello se pretendía establecer alrededor de este personaje, un concepto de respeto y autoridad indispensables para desarrollar el principio de disciplina en la organización, al mismo tiempo se trataba de asegurar la persona misma del jefe y evitar los atentados contra su vida.

Todo, en fin, en aquellas sociedades primitivas: tabú, solemnidades, ritos, etc., convergían a prohibir la ejecución de ciertos actos, o a prohibir la ejecución de ellos en distinta forma a la usual, con un sentido instintivo de conservación y afianzamiento de la colectividad ⁽²²³⁾.

Desde aquellos pueblos primitivos hasta nuestros días, ha cambiado solamente la forma, la construcción técnica del principio, lo externo, pero ha permanecido incólume el fondo, lo esencial de la idea. El hombre ha evolucionado con la cultura y la civilización y ha adquirido cierto grado de refinamiento, lo que le permite una capacidad para crear conceptos sólo con la luz de la razón. Ya no necesita atribuir a las cosas el carácter sagrado que las hace intocables, le basta el razonamiento, la lógica, para comprender la necesidad de que exista consolidación de aquellos principios básicos que estructuran la sociedad y cuya alteración produciría la desintegración de la colectividad y el derrumbamiento del sistema jurídico creado.

“El Estado organiza la sociedad que rige, dentro de las concepciones que la orientan, creando las leyes que reglan su marcha, con el objeto de asegurar el reinado de la justicia.

Para satisfacer ese ideal de justicia y también para que el derecho cumpla su destino, es indispensable que esa organización responda, en todo momento, a las necesidades sociales que la inspiran; que las libertades particulares no la alteren, contrariando la esencia y finalidad de las instituciones; que los principios morales que gobiernan la sociedad sean respetados, y que las relaciones jurídicas se desenvuelvan en las condiciones necesarias a la eficiencia del derecho” ⁽²²⁴⁾.

De manera que el reconocimiento de ciertas instituciones y principios fundamentales que rigen la vida en la sociedad, ha hecho que los legisladores de todos los tiempos procuren evitar la acción de los particulares, en lo que respecta a las modificaciones o alteraciones en beneficio propio que quiera hacerse en ellas, porque como lo expresa Aguiar: “la vida civil siempre se vincula con este supremo interés y es así, que hasta la volun-

⁽²²³⁾ Véase: Ricardo Krelinger. La evolución religiosa de la humanidad.

⁽²²⁴⁾ Julio de Roa. Del orden público en el derecho positivo, p. 64.

tad individual, no obstante el papel preponderante que desempeña en la vida jurídica, se inclina, se somete y se anonada ante él, hasta el extremo de que todas las manifestaciones son coartadas ante su posible lesión, no solamente en lo que tienen de esencial, sino hasta de sus formas" (225).

46.—ORDEN PUBLICO.—a) **Concepto.**—El legislador en atención a estos principios e instituciones fundamentales, con el objeto de mantener la estabilidad de ellas ha creado la noción de orden público y buenas costumbres y ha establecido la prohibición de derogarlos por convenciones particulares, como expresamente lo ha determinado el legislador francés, entre otros (226).

Pero cosa curiosa, el legislador en ninguna parte ha dicho lo que debe entenderse por orden público, y ha surgido la dificultad para determinar con precisión el verdadero concepto que esta expresión encierra.

Según Portalis, uno de los redactores del Código de Napoleón, el orden público está constituido por aquel conjunto de leyes que interesan más directamente a la sociedad que a los particulares. Y basándose en esta opinión se ha llegado a hacer una división del derecho positivo, en leyes que interesan más directamente a la sociedad y leyes que interesan más directamente al individuo, lo cual a su vez ha dado base para dividir el derecho en público y privado (227). El primero de los cuales se refiere a la organización del Estado, define sus funciones y determina las atribuciones de los poderes públicos que son los órganos del Estado (228). El segundo, tiene por objeto estudiar y reglamentar los derechos que pertenecen al individuo en sus relaciones con los otros hombres considerados como particulares, y establecer los límites que deben asignarse a esos derechos para impedir que usurpen los de otro (229). De esta manera, todas aquellas leyes que se refieren a la sociedad más directamente y que constituyen el derecho público, en su conjunto determinarían lo que es el orden público, y las partes no podrían en ningún caso derogarlo con sus convenciones. Únicamente el campo de acción de ellas estaría ubicado en el derecho privado.

Pero de inmediato esta solución que se propone, hace surgir otro problema que deja en el aire la determinación del concepto sobre orden público. Este problema se refiere a que no existe una línea precisa que separe el campo del interés de la sociedad y el de los individuos o el campo del derecho público y el del derecho privado (230); y así es como podemos encontrar instituciones, como todas las que se refieren a la familia, que están incluidas en el derecho privado y que sin embargo, tienen un indiscutible carácter de orden público. De manera que esta clasificación que han hecho los autores en leyes que pueden interesar más a la sociedad o al individuo, no nos da ninguna solución para establecer sobre una base cierta el verdadero concepto que debe tener el orden público.

Otros autores han creído encontrar en las leyes prohibitivas e imperativas, el medio para determinar la presencia del orden público. Pero tal sistema nos parece deficiente y hasta cierto punto erróneo. Si en verdad, por regla general, todas las leyes prohibitivas e imperativas son de orden público, esto no quiere decir que todo el orden público se halle contenido en ellas. Hay muchas disposiciones que sin ser imperativas o prohibitivas

(225) H. D. Aguiar. Ob. cit., p. 21.

(226) Véase artículo 6 del Código de Napoleón.

(227) Véase: Demolombe. Cours de Code de Napoleón. T. I, N.º 17; Laurent. Ob. cit. T. I, p. 82.

(228) H. Capitán. Introduction a l'étude de Droit Civil, p. 18.

(229) H. Capitán. Ob. cit., p. 18.

(230) Julio de Roa. Ob. cit., p. 7.

son, no obstante, de orden público, tales como aquéllas que reglan la capacidad de las personas, la mayor o menor edad, la calidad de hijos, etc. que no están concebidas en una forma prohibitiva o imperativa y son sin embargo, de evidente orden público.

“Todos estos preceptos son de orden público, porque ellos definen instituciones, determinan estados y situaciones jurídicas que, dentro de sus propias características tienen marcada una función con lineamientos in-convencionales en el campo del derecho” (231).

Puede suceder también que leyes prohibitivas o imperativas no sean de orden público, o como también puede suceder, el orden público no aparezca en forma de ley y entonces será mucho más difícil su constatación. Porque debemos advertir, como bien lo ha expresado De Roa que: “las leyes son sólo la manifestación temporaria y accidental del derecho, y no el derecho mismo. En cambio el orden público está, no solamente en las leyes, sino en todo el derecho” (232).

b) **Manera de reconocerlo.**—Y ha sido esta dificultad para precisar este concepto, la que ha inducido a muchos juristas a hacer una enumeración más o menos completa de los diversos casos en que las leyes tienen un interés principalmente para la sociedad y por lo tanto son de orden público. Pero, la política adoptada por estos jurisconsultos, será todo lo práctica que se quiera, sin embargo, carece de un sentido científico y no da ninguna pauta para apreciar, en un momento dado, el carácter de cualesquiera ley, en lo que al orden público se refiere, sobre todo de aquéllas concernientes al derecho privado, que es donde principalmente se presenta el problema.

Por eso creemos que en vez de fórmulas preestablecidas para conocer la noción de orden público, debemos buscar aquel concepto analizando la realidad social en cada caso, estudiando el fondo de la cuestión, la finalidad que ha tenido en vista el legislador para crear y reglamentar ciertos derechos. En vez de valernos de sistemas de construcción externa, debemos buscar algo con más vida, si se nos permite la expresión, sistemas en que la lógica, el razonamiento, la investigación, los métodos de análisis jueguen un rol de importancia. Porque como expresa de Roa: “la ley como todo fenómeno o hecho, se halla sometido a otra ley, la causalidad, que, por oposición a la mecánica de los acontecimientos de la naturaleza, cuyo fundamento es anterior, obedece a un propósito, esto es, a un fin. Cada disposición lleva en sí misma, un objeto, una finalidad que es la causa de su existencia. Y, es del fondo de ellas mismas, de su esencia, de donde, necesariamente se deberá extraer su carácter de orden público y no de la forma más o menos prohibitiva con que haya sido expuesta” (233).

c) **Su relatividad.**—Este sería el único sistema aplicable para la comprobación de un concepto que como el de orden público, es de por sí, tan relativo en cuanto al tiempo y al espacio, ya que varía constantemente de una época a otra y de un pueblo a otro.

El concepto de orden público es algo que depende directamente de las ideas que imperan en la sociedad y, lógicamente, cambiando éstas ha de cambiar aquél.

Un ejemplo de lo que decimos nos lo da una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, conforme a la cual, “La unión conyugal según el culto católico no produce efecto civil alguno; pero tampoco adolece de

(231) Julio de Roa. Ob. cit., 80.

(232) Julio de Roa. Ob. cit., p. 85.

(233) Julio de Roa. Ob. cit., p. 82.

causa u objeto ilícito, porque no es contraria al orden público o a las buenas costumbres y no está prohibida por la ley" (234).

Se dictó esta sentencia en una época en que existía una íntima comunión entre los ideales religiosos y civiles, en que tan de orden público eran las normas de la Iglesia como las del Estado. Este hecho nos está demostrando que el concepto de orden público es algo que depende de las ideas de una época, ya que es la única explicación que podemos darnos de las razones que tuvo el tribunal para declarar que la unión conyugal según el culto católico no es contraria al orden público, a pesar de existir una institución creada por el legislador, como es el matrimonio civil.

Consideramos, por otra parte, que una sentencia como ésta no es aceptable, porque no es propio y aun es contraproducente admitir que se vulneren instituciones creadas por el legislador con un fin determinado, como la institución del matrimonio civil que tiene por objeto fundamentar la familia legítima. De manera que toda unión conyugal que no sea realizada en la forma establecida por la ley civil, conduce a un fin que no es el apetecido por el legislador y atenta contra los intereses de la colectividad, dirigidos a mantener la familia como fundamento esencial del orden jurídico.

Decíamos pues, que el concepto de orden público depende esencialmente de las ideas que imperan en cada pueblo y en cada época y esto es lo que determina el carácter variable que él tiene. "Si hacemos la comparación del contenido del orden público, entre una y otra época, su diferencia es completa, porque el orden público no es más que un principio regulador de la actividad jurídica, y ésta se halla sometida a las reglas del derecho positivo, el que varía constantemente, respondiendo también al constante cambio de los hechos sociales. Si ayer fué considerada como necesaria al orden público tal disposición de la ley, puede acontecer que, por el cambio del medio o de las circunstancias, lo contrario sea más eficaz al orden público" (235).

La institución de la esclavitud nos está demostrando en forma efectiva, el criterio variable del orden público. En la antigüedad fué una institución que respondió a una necesidad social y si se quiere a un sentimiento de humanidad, porque en vez de dar muerte a los vencidos en la guerra, los vencedores les perdonaban la vida dejándolos reducidos a un simple objeto sobre el cual podían recaer sus derechos. Y tal es así, que la esclavitud encuentra su justificación en la opinión de filósofos tan grandes como Aristóteles.

Posteriormente las ideas cambiaron y aquéllo que tuvo perfecta justificación en otra época, encuentra un franco repudio de parte de los hombres (236). Y así como la esclavitud, pueden citarse muchos otros casos que revelan la variabilidad del orden público.

d) **Caracteres generales del orden público en el derecho clásico.**—La filosofía jurídica de la Revolución Francesa no solamente proclamó el principio de la libertad civil, de donde se derivó la autonomía de la voluntad. También reconoció que la sociedad tenía como fin la conservación de otros derechos naturales e imprescriptibles. La libertad de cada uno terminaba en el momento que empezaba la libertad de otro. "De aquí que el ejercicio de los derechos naturales del hombre no tengan más límites, decía la Declaración de derechos, que los que aseguren a los otros miembros

(234) R. D. y J. T. XVII, sec. III, p. 12.

(235) Julio de Roa. Ob. cit., p. 156.

(236) Arturo Reitze H. La libertad de contratar y el orden social, p. 4.

de la sociedad el goce de esos mismos derechos”⁽²³⁷⁾. Esa misma libertad también encontraba limitaciones cuando se trataba de una acción nociva a la sociedad⁽²³⁸⁾.

De manera que no era todo libertad. Junto a ella se encontraban otros derechos del mismo modo respetables, ya relativos a los individuos particularmente, ya en conjunto.

Se habría producido un evidente contrasentido, una inconsecuencia incalificable, si el legislador de aquella época, después de reconocer la inviolabilidad de los derechos individuales, la necesidad de instituciones tales como la familia y la propiedad, hubiera permitido que el libre juego de las voluntades, guiadas generalmente por el lucro y la ambición, torcieran o quebrantaran el sentido profundamente social de dichos derechos e instituciones. Si el legislador hubiera proclamado en forma absoluta el principio de la autonomía de la voluntad, sin imponerle limitaciones o trabas, se habría proclamado por ese solo hecho, el caos, la injusticia, la intranquilidad social. La ley del más fuerte habría sido la norma de conducta de los hombres. A menos de haber supuesto que los individuos estaban dotados de tal capacidad intelectual, de tan alto concepto de la vida humana, que nitidamente hubieran podido discernir cual de sus actos iría a dañar a otro individuo o a la sociedad, y evitarlo. Pero una sociedad ideal como ésta, se alejaba mucho de la realidad humana en que se vivía, y el legislador conociendo las debilidades del hombre, sus pasiones y flaquezas, trató de evitar sus consecuencias.

Con todo, el orden público del derecho clásico se caracterizó por su afán de conciliación del principio de la autonomía de la voluntad con otras instituciones y derechos que no dicen relación tan directamente con los derechos individuales.

Aquel orden público no significó por sí solo una limitación al principio de la autonomía de la voluntad, ni fué una manifestación de una disconformidad con ella. Muy por el contrario, fué la necesidad que se le impuso al orden público de asegurar la existencia de otras instituciones y principios la que lo hicieron aparecer como una fuerza reguladora del principio de la autonomía de la voluntad.

Porque es indudable que el principio de la autonomía de la voluntad es un principio tan de orden público, como cualesquiera otra institución reconocida y reglamentada por el derecho. Y para demostrar esta aseveración, basta recordar los numerosos derechos que en forma tan efectiva se le permite crear a la voluntad, con tantos y tan eficaces medios para garantizar su cumplimiento, como veremos más adelante. Además de esto, encontramos al orden jurídico del derecho clásico preocupado de dar a la autonomía de la voluntad un campo de acción aún mayor, haciendo entrar a la esfera de lo contractual ciertos elementos que antes se encontraban alejados de ella. A eso obedecen todas aquellas normas destinadas a establecer la circulación de la riqueza y evitar la estagnación de los bienes, por tiempo indefinido, en manos de algunas personas, tales como la prohibición de establecer fideicomisos o usufructos sucesivos⁽²³⁹⁾, la prohibición para las personas jurídicas de conservar los bienes raíces sin permiso especial de la legislación⁽²⁴⁰⁾, como sucedía entre nosotros hasta hace muy poco tiempo, pues sólo cuando se dictó la ley 5020 en el año 1931, se derogó tal prohibición.

(237) Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, artículo 4.

(238) Declaración de los derechos..., artículo 5.

(239) Véase artículo 745 y 769 del Código Civil Chileno.

(240) Véase Planiol y Ripert. Ob. cit. T. VI, p. 338.

47.—BUENAS COSTUMBRES.—Las buenas costumbres a que se refiere el legislador en repetidas ocasiones, es sin duda, el conjunto de normas morales que en una determinada época impera, también en un determinado lugar. De manera que las buenas costumbres es algo que se refiere esencialmente a la moral y el hecho de que el legislador la considere junto al concepto de orden público, nos está indicando que este último parece estar destinado a los asuntos más relacionados directamente con el campo jurídico. Sin embargo, los conceptos de orden público y buenas costumbres están tan íntimamente ligados entre sí que perfectamente el uno comprende al otro. Sobre todo el orden público nos parece que puede comprender a las buenas costumbres, porque seguramente tiene un campo más amplio que éstas y todo lo que atente a las buenas costumbres compromete en forma directa al orden público. Por esta razón, no haremos mayor hincapié en cuanto a este concepto, bastando lo que hemos dicho en cuanto al orden público como concepto destinado a limitar la acción de la autonomía de la voluntad ⁽²⁴¹⁾.

PARRAFO SEGUNDO

La técnica de nuestro derecho positivo para asegurar el orden público y las buenas costumbres.

48.—OBJETO ILÍCITO.—En nuestro derecho no existe una norma fundamental, como la tienen el derecho francés, el argentino y el uruguayo, que prohíba la derogación, por convenciones particulares de las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres ⁽²⁴²⁾.

Sin embargo, nuestro legislador por medio de una técnica diferente ha logrado el mismo objetivo que las legislaciones antes citadas, mediante el establecimiento de la noción de lo ilícito. En efecto, nuestra legislación al señalar los requisitos que deben concurrir en toda declaración de voluntad para que sea eficaz, no se contentó con señalar entre ellos el objeto y la causa, lisa y llanamente, como lo han hecho otras legislaciones, sino que inmediatamente exigió el carácter lícito que deben tener. El artículo 1445 del Código Civil establece muy claramente: "Para que una persona se obligue a otra por un acto declaración de voluntad es necesario. . . 3º que recaiga sobre un objeto lícito; 4º que tenga una causa lícita".

Nos preocuparemos primeramente de la noción de objeto ilícito, para lo cual nos remitimos a lo que ya dijimos respecto del objeto en los actos jurídicos y su diferencia con el objeto de la obligación, en el capítulo correspondiente a la voluntad jurídica. A todo lo que dijimos en aquella oportunidad, debemos agregar ahora unas pocas palabras respecto a los caracteres que la ley señala para el objeto en el artículo 1461 del Código Civil. "No sólo las cosas que existen, establece este artículo, pueden ser objetos de una declaración, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciables, y que estén determinadas, a lo menos en cuanto a su género". Y agrega el inciso tercero del mismo artículo: "Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la na-

(241) Véase: Planiol y Ripert. Ob. cit. T. VI, p. 314; L. Claro S. Ob. cit. T. I, N.º 100 y siguientes. T. XI, p. 287; H. Capitant. Introduction a l'étude de droit civil, p. 33; J. M. Manresa. T. VIII, p. 686.

(242) Véase: Código Civil francés, artículo 6; Código Civil uruguayo, artículo 11; Código Civil suizo, artículo 19; Código Civil argentino, artículo 21.

turalidad, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público”.

De este artículo citado se desprende que las condiciones que debe reunir el objeto, deben ser las siguientes: 1º el objeto debe ser real, esto es, debe existir o por lo menos esperarse su existencia; 2º el objeto debe ser determinado o determinable, para poder apreciar si en realidad ha habido acuerdo de voluntades; 3º el objeto ha de ser comerciable, concepto del cual nos preocuparemos más adelante. Tratándose de los hechos la ley ha señalado un requisito esencial que debe concurrir en el objeto, esto es, debe ser física y moralmente posible, estimándose que es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público.

Consideramos que este requisito especial señalado por la ley cuando el objeto consiste en un hecho, está enteramente demás. Primeramente en cuanto se refiere a la posibilidad física, es de todo punto de vista innecesario decirlo, porque la sola razón basta para establecer que el objeto no puede ser algo contrario a la naturaleza. En cuanto a lo que se entiende por moralmente posible también lo consideramos demás, por cuanto el mismo objetivo de salvaguardar las leyes, las buenas costumbres y el orden público se consigue mediante la aplicación de la noción de objeto ilícito, que luego veremos.

Todos los requisitos que hemos visto se refieren, en síntesis, a la existencia material del objeto mismo, a los cuales debemos agregar por último, la condición de lícito que debe tener el objeto y que, como lo hemos visto anteriormente, en forma expresa lo exige el legislador.

Sin embargo, la ley no nos ha señalado en una forma categórica lo que debemos entender por objeto lícito, lo cual ha dado margen para las más variadas opiniones ⁽²⁴³⁾, y esta deficiencia ha producido dificultades, más aparentes que reales, porque por un camino que nos parece muy sencillo llegamos a establecer la verdadera noción de lo que es objeto lícito.

Pues bien, el legislador al referirse a la causa y a los caracteres que ella debe tener, después de dar una definición de lo que debemos entender por causa, nos define también lo que debemos entender por causa ilícita y expresa que ella es: “la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público”.

En esta definición el legislador nos manifiesta, más que ninguna otra cosa, su idea sobre la noción de lo ilícito en general, aún cuando en forma especial se refiera a la causa ilícita solamente. Porque el concepto de causa el legislador lo define aparte, y en seguida expresa la definición de lo que es causa ilícita y es natural que en esta ocasión el propósito del legislador es manifestar sobre todo lo que él supone como algo ilícito. De manera que con esto no vemos el inconveniente que pueda existir para estimar, de la argumentación que hemos hecho, a contrario sensu, que el objeto lícito es aquél que está de acuerdo con la ley, las buenas costumbres y el orden público. Además mayor fuerza toma esta opinión, en el sentido que indicamos, frente a la propia declaración que hace el legislador al referirse a las condiciones que debe reunir el objeto cuando consiste en un hecho. Ahí manifiesta que éste debe ser moralmente posible, entendiéndose como moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público (artículo 1461 inc. 3).

“La ilicitud del objeto se refiere pues, a todas las prestaciones sobre las cuales no puede recaer una declaración de voluntad, porque lo que se

⁽²⁴³⁾ Véase: A. Alessandri R. Los contratos, p. 47; L. Claro Solar. Obra cit. T. XI, p. 264; E. Velasco L. El objeto ante la jurisprudencia, p. 41.

trata de dar, hacer o no hacer es contrario a la moral social o implica la infracción de reglas que por el motivo de orden público que llevan no pueden ser alteradas por la voluntad privada de los contratantes" (244).

Por otra parte, si el legislador nuestro no dió un concepto preciso y definido sobre lo que debemos entender por objeto ilícito, en cambio nos ha indicado los casos que él consideró más necesario señalar, siendo sumamente interesante el estudio de todos ellos, por cuanto reviste los caracteres más variados y donde encontramos instituciones de derecho público por excelencia, junto con otras que se relacionan directamente con algunas consecuencias de las facultades fundamentales del principio de la autonomía de la voluntad, como la enajenación de las cosas embargadas por decreto judicial, por ejemplo.

49.—EXISTE OBJETO ILICITO EN TODO LO QUE CONTRAVIENE AL DERECHO PUBLICO CHILENO.—El artículo 1462 de nuestro Código Civil, establece que: "Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público chileno. Así la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas, es nula por el vicio del objeto".

En verdad, es difícil imaginarse que haya algo con más interés de orden público que lo relacionado con esta rama del derecho. Con haber dicho el legislador solamente, que había objeto ilícito en lo que fuera contrario al orden público, habría sido suficiente para declarar la ilicitud de objeto cuando se refiere al derecho público, ya que éste dice relación tan directa con la conservación de dicho orden. Aparece pues, de la simple observación, que los individuos no tienen facultad para realizar actos sobre materias de un rol tan importante como es la organización jurídica de la sociedad misma. En efecto, esta rama del derecho es la que se refiere a la organización del Estado en general, y tiene que ver por lo tanto con la organización y determinación de las atribuciones de los diferentes poderes públicos y las relaciones de estos entre sí y con los particulares; establece y organiza los servicios públicos, de tanta importancia algunos, como la administración de justicia.

La jurisprudencia de nuestros tribunales bien ha reconocido la importancia que encierra la disposición que analizamos, cuando ha declarado que: "No habiéndose dictado en 1891 la ley anual de presupuesto ni la que autoriza la existencia del ejército, el contrato de provisión celebrado voluntariamente por el proveedor con el Gobierno de Balmaceda para el mantenimiento de su ejército, es nulo de nulidad absoluta y no obliga legalmente al fisco, tanto en virtud del artículo 151 de la Constitución cuanto porque hay objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público chileno" (245). Esta sentencia que hemos transcrito ha sabido interpretar correctamente la ley. En estos casos se ha tratado nada menos que de la violación de la Constitución Política del Estado, la cual por antonomasia es de derecho público y por lo tanto de orden público.

Decíamos también que el derecho público comprende la organización y atribución de los tribunales de justicia ante los cuales acuden los individuos a hacer valer sus derechos violados. El orden público está interesado en que no se entraben los medios para recurrir a los tribunales en demanda de justicia y lógicamente sería contrario a ese orden, pretender impedir que se recurra a ellos. Basándose en este principio esencial, nues-

(244) A. Reitze H. Ob. cit., p. 14.

(245) R. D. y J. T. VII, sec. I, p. 287. En el mismo sentido puede verse otra sentencia que aparece en la R. D. y J. T. XIX, sec. I, p. 310.

tra jurisprudencia ha resuelto que no es lícito desconocer la competencia y jurisdicción de los tribunales “a persona o corporación alguna ni aún a pretexto de contratos, cuasicontratos o estipulaciones de cualquier género. Tales estipulaciones en caso de existir, serían nulas por la ilicitud de objeto, en cuanto contravienen al derecho público chileno” (246).

Relacionado con el derecho procesal, la jurisprudencia de nuestros tribunales ha establecido que “no es lícito a los contratantes subvertir las leyes que fijan el modo y forma como deben probarse las obligaciones o su extinción”, porque “miran más que al interés de cada persona, al interés de la ley misma, que señala el medio de ocurrir a la justicia para hacer cumplir las obligaciones y estas reglas de garantía común no pueden ser subvertidas por convenciones, ya que en esta forma se podría llegar hasta la supresión de cualquiera otra regla de procedimiento y aún de la citación a juicio, necesaria y substancial de toda ritualidad” (247).

Dicho en otras palabras, esta sentencia considera que hay objeto ilícito en las estipulaciones que tengan por fin invertir el onus probandi o peso de la prueba.

Sin embargo, el señor Somarriva considera errónea esta sentencia, porque “el caso en que cláusula semejante pueda tener aplicación es aquél en que se estipule que el que imputa la culpa deba probarla. En semejante estipulación no vemos nada de ilícito si consideramos que al deudor se le puede eximir de responsabilidad. Y si esto es legal, con mayor razón lo será la cláusula en que se presume que el incumplimiento de la obligación ha sido fortuito. Por lo demás el mismo legislador en el artículo 2158 del Código Civil invierte el peso de la prueba en materia de culpa” (248).

En otra oportunidad nuestra jurisprudencia, analizando el derecho público en su sentido de orden público, ha declarado la ineficacia de la renuncia de un derecho relacionado con el interés de la colectividad más que con el del titular. “La amnistía, dice ese fallo, según la ley, es uno de los medios de extinguir la responsabilidad penal y además extingue por completo la pena y todos sus efectos, (art. 93 N.º 3 del Código Penal) y puede servir al reo como excepción de previo y especial pronunciamiento y dar motivo al tribunal para decretar el sobreseimiento definitivo, (art. 461 N.º 6 y 438 N.º 5 del Código de Procedimiento Penal) lo que hace ver que las leyes de amnistía son de derecho público, pues recaen sobre el penal, que es rama de tal derecho.

Además estas leyes son políticas ya que proveen al buen gobierno, y miran al interés general de la sociedad en un aspecto de tanta importancia como su armonía, que la amnistía quiere conservar por medio del olvido de lo pasado.

En consecuencia la amnistía no es renunciable, porque no mira al solo interés individual del renunciante, desde que es una ley de interés público” (249).

Como podemos ver, este fallo, además de la importancia que tiene de dar aplicación al artículo 1462 que declara ilícito todo lo que contraviene al derecho público chileno, da también aplicación al artículo 12 del mismo código que sólo permite la renuncia de aquellos derechos que miran al interés individual del renunciante y la amnistía por las razones dadas está muy lejos de tener este carácter (250).

(246) R. D. y J. T. III, sec. I, p. 349.

(247) R. D. y J. T. VIII, sec. I, p. 62.

(248) M. Somarriva U. Obligaciones y contratos ante la jurisprudencia, p. 138.

(249) R. D. y J. T. XXIX, sec. I, p. 247.

(250) Véase: L. Claro S. Ob. cit. T. XI, p. 288; E. Velasco L. Ob. cit., p. 63 y siguientes.

50.—COSAS QUE NO ESTAN EN EL COMERCIO.—Hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas que no están en el comercio. Así lo establece el artículo 1464 N.º 1 del Código Civil.

A pesar de las variás veces que el código se ha referido en su articulado a las cosas comerciables, en ninguna parte se preocupó de establecer un concepto sobre lo que debe entenderse bajo esta expresión. Así el artículo 1461 del Código Civil establece: “No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se esperan que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciables, y que estén determinadas, a lo menos en cuanto a su género. “El artículo 2498 ubicado en la prescripción establece que: “Se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales raíces o muebles, que están en el comercio humano” . . . etc. Pero en ninguno de estos artículos se nos dice en qué consiste el carácter inkomerciable de las cosas.

Los tratadistas se han encargado de establecer entonces el verdadero concepto que esta expresión tiene. Y así es como algunos asimilan o hacen términos sinónimos, las expresiones “lícitos” y “comerciables”, y dicen que son cosas comerciables aquéllas que constituyen objeto lícito, porque su enajenación no está prohibida por la ley, y a contrario sensu, son cosas inkomerciables aquéllas que no pueden ser objeto lícito, o sea las que tienen objeto ilícito ⁽²⁵¹⁾. De manera que con la expresión no comerciables o inkomerciables se comprende todo lo relacionado con las convenciones de objeto ilícito.

Don Luis Claro Solar critica esta opinión diciendo: “Estimamos que hay en esto, un error. Dentro de nuestro código la expresión “cosas comerciables”, cosas que están en el comercio humano, tienen un sentido propio en relación con el dominio de las cosas corporales y de acuerdo con la tradición del Derecho Civil.

El Código dice en el artículo 1445 que para la validez de la declaración de voluntad es necesario “que recaiga sobre el objeto lícito”, en lugar de “un objeto cierto que forma la materia del compromiso” de que se sirve el artículo 1108 francés para expresar este requisito. En seguida, en los artículos 1460 a 1466 nuestro Código se ocupa de las condiciones que debe tener el objeto, a que destina el artículo 1461 y de la ilicitud del objeto, a que destina los cinco artículos siguientes al hablar, pues, de que las cosas que existan o pueden existir, deben ser comerciables y determinadas, no se ha referido a las cosas ilícitas; y lo demuestra sobradamente la circunstancia de que el artículo 1464, diga que: “hay objeto ilícito en la enajenación: 1º De las cosas que no están en el comercio”, lo que indica que si no se trata de enajenación, no habrá objeto ilícito” ⁽²⁵²⁾.

Por nuestra parte nos parece aceptable considerar como cosas que no están en el comercio, aquéllas que no son susceptibles de apropiación y por lo tanto no se puede tener sobre ellas dominio ni posesión ni pueden efectuarse actos a que sólo dan lugar esos derechos ⁽²⁵³⁾.

Ya hemos visto que la tendencia clásica del derecho fué incorporar a la circulación de la riqueza en general, el mayor número de bienes, aboliendo todas aquellas disposiciones del derecho feudal que eran una traba para tal propósito. De manera que las cosas no comerciables y cuya enajenación produce objeto ilícito son una excepción a aquella tendencia ge-

(251) Véase: A. Alessandri R. De la compraventa y de la promesa de venta. T. I, p. 211 y siguientes. Este mismo criterio tiene A. Reitze H. en su memoria ya citada, p. 14 y siguientes.

(252) L. Claro S. Ob. cit. T. XI, p. 258. Nota N.º 627.

(253) E. Velasco L. adopta una solución intermedia a las señaladas anteriormente. Ob. cit., p. 148.

neral de la economía del libre cambio y que el derecho tradujo en varias de sus disposiciones, a algunas de las cuales ya nos hemos referido. Pero la declaración de cosas inenajenables que ha hecho el legislador también obedece a un alto interés de orden público, de tanta importancia como al que nos estamos refiriendo y que guió al legislador para declarar la ilicitud del objeto en la enajenación de estas cosas que, como claramente puede verse, necesitan mantenerse en su integridad para el desempeño del fin a que por su propia naturaleza están destinadas, satisfacer las necesidades de los hombres en general.

Los casos que la ley declara no pertenecer al comercio algún objeto debe considerarse en forma restrictiva, porque no obstante tratarse de algo de orden público no deja por eso de ser una excepción.

Nuestra legislación contempla algunos casos de cosas que no están en el comercio, y en primer lugar señalaremos, “las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como la alta mar”, las cuales “no son susceptibles de dominio, y ninguna nación, corporación o individuo tienen derecho de apropiárselas” ⁽²⁵⁴⁾. También las cosas que han sido consagradas al culto divino no pertenecen al comercio humano ⁽²⁵⁵⁾, y además los bienes nacionales de uso público, aquéllos cuyo dominio pertenecen a la nación toda.

51.—DERECHOS Y PRIVILEGIOS QUE NO PUEDEN TRANSFERIRSE A OTRA PERSONA.—Hay objeto ilícito en la enajenación de los derechos y privilegios que no pueden transferirse a otra persona, según lo establece el N.º 2 del artículo 1464 del Código Civil.

No encontramos una disposición que establezca que tales o cuales derechos o privilegios son intransferibles. Hay que ver la naturaleza misma de ellos para saber si están o no dentro de esta categoría, cuando en cada caso particular no aparezca que pueden enajenarse.

Estos derechos son numerosos y algunos se encuentran contenidos en el Código Civil, otros en el de Procedimiento Civil y en leyes especiales. Citaremos entre ellos al derecho de pedir alimentos, según lo dispone el artículo 334 del Código Civil: “El derecho de pedir alimentos no puede transmitirse por causa de muerte, ni venderse o cederse de modo alguno, ni renunciarse”; los derechos de uso y habitación, conforme al artículo 819 del Código Civil: “son intransmisibles a los herederos, y no pueden cederse a ningún título, prestarse ni arrendarse”; el derecho que nace del pacto de retroventa, según el artículo 1884 del Código Civil, “no puede cederse”; los sueldos, las gratificaciones y las pensiones de gracia, jubilación, retiro y montepío que pagan el Estado y las Municipalidades, como se desprende del artículo 467 inciso final del Código de Procedimiento Civil; el usufructo legal del padre de familia o del marido sobre los bienes del hijo o de la mujer respectivamente, en virtud del artículo 2466 inciso final del Código Civil; los derechos que nacen de la organización de la familia; el privilegio de pobreza, etc. etc.

Hay en esta enumeración que hemos hecho, algunos derechos que a nadie se le podría ocurrir que son susceptibles de transferirse, aun cuando no hubiera una disposición que declarara la ilicitud de su enajenación.

Nuevamente, pues, nos encontramos frente a un caso en que el legislador adopta una actitud de defensa frente a instituciones que sirven de base para otorgar estos derechos, como el caso de la familia, institución que sirve de fundamento del derecho de pedir alimentos, y de los que tiene el padre, la madre, el hijo, etc. El legislador trata de evitar todo comercio

⁽²⁵⁴⁾ Artículo 585 del Código Civil chileno.

⁽²⁵⁵⁾ Artículo 586 del Código Civil chileno.

con calidades tan esenciales como éstas, en que el orden público podría sufrir si quedara al libre criterio de la voluntad individual sin la más mínima restricción ⁽²⁵⁶⁾.

52.—COSAS EMBARGADAS.—Hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello. Tal es lo que dispone el artículo 1464 N.º 3 del Código Civil.

a) **Breves nociones generales.**—Para comprender mejor esta institución del embargo, daremos otros antecedentes que nos ilustren al respecto.

Sabemos que el efecto principal de las obligaciones, emanen de donde emanen, es el derecho para exigir en cuanto sea posible la ejecución forzada de la obligación, siempre que se reúnan los requisitos que la ley establece para que ella proceda, y la norma fundamental, que autoriza el pago compulsivo, la encontramos en el artículo 2465 del Código Civil y según el cual: "Toda obligación personal da al acreedor el derecho para perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el artículo 1618". En seguida el artículo 2469 del mismo código establece: "Los acreedores, con las excepciones indicadas en el artículo 1618, podrán exigir que se vendan todos los bienes del deudor hasta concurrencia de sus créditos, incluso los intereses y las costas de cobranza para que con el producto se les satisfaga íntegramente si fueren suficientes los bienes, y en caso de no serlo, a prorrata, cuando no haya causas especiales para preferir ciertos créditos".

Estos dos artículos constituyen, según la opinión de los autores, el Derecho de Prenda General de los acreedores y son los que se encargan de señalar que son los bienes del deudor y no su persona sobre los cuales se van a hacer efectivos los derechos del acreedor. Por otra parte, es indudable que también se encuentra relacionado con estos derechos de los acreedores, pero solamente respecto de las obligaciones emanadas de los contratos, aquel otro artículo que ya hemos visto y que establece el carácter de ley de los contratos, al cual sin duda alguna le dan una mayor fuerza estos artículos que establecen el Derecho de Prenda General.

Ahora bien, en el procedimiento ejecutivo de las obligaciones de dar, encontramos la institución del embargo que tiene por objeto dejar afecto al cumplimiento de la obligación, ciertos bienes determinados del deudor, lo cual será ordenado por el juez que conozca de la causa.

Estos bienes, entonces, que han quedado afectos al cumplimiento de la obligación por orden del juez, son a los cuales se refiere el N.º 3 del artículo 1464 del Código Civil y cuya enajenación constituye objeto ilícito.

Los bienes embargados continúan en el patrimonio del deudor, quien conserva no sólo su dominio, sino también la posesión, y aun puede conservar su mera tenencia y hasta la administración. Lo único a que tiende el embargo es a determinar los bienes que quedaran afectos al pago de la obligación, y la prohibición de enajenar, a evitar que el acreedor sea burlado por el deudor desprendiéndose de los bienes embargados por decreto judicial.

La institución del embargo está destinada exclusivamente a garantizar derechos individuales, a proteger los intereses de los particulares solamente. Ahora, si consideramos que la fuente más importante de las obligaciones es el contrato, el que a su vez es la consecuencia más importante y fundamental del principio de la autonomía de la voluntad, llegamos

(256) Véase: L. Claro S. Ob. cit. T. XI, p. 271; E. Velasco L. Ob. cit., p. 92.

a la conclusión de que tenemos otra razón más para decir que la autonomía de la voluntad es una institución de orden público, ya que el legislador reglamenta como tal, una de las consecuencias más importantes que de ella se derivan, como ésta de asegurar el cumplimiento de las obligaciones y hacer efectiva la norma según la cual todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes. De la misma manera lo ha entendido la jurisprudencia de nuestros tribunales, en una sentencia que hace la siguiente declaración de carácter doctrinario: "Las leyes de procedimiento, en cuanto establecen garantías encaminadas al resguardo de los derechos, ya sea respecto del acreedor o del deudor, son leyes de orden público" (257).

Y aún más, en donde sobresale con relieve indiscutible, el poderío de la voluntad del hombre, en la materia a que nos estamos refiriendo, es en la facultad que ella tiene por sí sola para levantar, si podemos decir, el carácter de ilícito de las cosas a las cuales el poder judicial le ha dado dicho carácter. De manera que no solamente el derecho clásico pone a disposición de los intereses de los individuos toda la máquina del Estado para asegurarles sus derechos, sino que aun deja entregada a la voluntad del hombre la facultad para dejar sin efecto la ilicitud de ciertos actos, prescindiendo de la autoridad misma que interviene en el resguardo de los derechos. Tal es lo que dispone nuestro Código Civil en el artículo 1464, después de disponer que es ilícita la enajenación de las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello.

Como bien podemos ver es el juez quien decreta el embargo y con ello la ilicitud de la enajenación de lo embargado, pero como todo eso se hace para asegurar los intereses del acreedor, será éste quien podrá estimar si conviene o no a sus intereses la medida tan segura que le ha otorgado el legislador.

b) **Definición.**—Nuestro legislador no ha definido lo que debemos entender por embargo ni tampoco ha señalado el alcance que esta expresión puede tener. Esta deficiencia la ha suplido la obra de nuestra jurisprudencia la cual se ha encargado de dar verdaderas luces sobre muchas materias respecto de las cuales el legislador no se preocupó mayormente, y que no por eso dejan de tener una importancia enorme, no tan sólo doctrinaria, sino práctica.

En lo que se refiere propiamente a una definición, podemos encontrarla en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, que dice así: "El embargo es la aprehensión compulsiva que el juez de la causa hace de bienes determinados del deudor con el objeto preciso e inmediato de enajenarlos para aplicar su valor al pago de la deuda, con sus intereses y costas" (258). Esta definición sobre lo que es embargo nos está demostrando en una forma bastante clara aquéllo que dijimos con ocasión del carácter de ley que el legislador clásico dió a los contratos. Dijimos en aquella oportunidad que no se trataba simplemente de una figura retórica, sino más bien de una verdadera ley, por cuanto autorizaba para exigir incluso el cumplimiento compulsivo si era necesario y esto se realiza por medio del embargo.

c) **Alcance de la expresión cosas embargadas.**—Pero la obra de nuestra jurisprudencia no se ha detenido ahí, sino que haciendo honor al rol

(257) R. D. y J. T. XII, sec. I, p. 10.

(258) R. D. Universidad de Concepción. Enero-Marzo 1935, p. 245. En una forma muy parecida la había definido antes la Corte Suprema en el año 1917. Gaceta de los Tribunales. T. I, p. 117, sent. 43.

creador que también le corresponde, por medio de una interpretación feliz ha llegado a señalar el alcance también de lo que debemos entender por embargo. El cual comprende según lo ha indicado la Corte de Apelaciones de Talca: "Tanto aquéllas sobre las cuales se haya trabado embargo por un mandamiento ejecutivo, como aquéllas que sólo están afectas a una simple medida precautoria de prohibición de celebrar actos o contratos, o de gravar o enajenar" (259).

Pero con anterioridad al fallo que hemos citado, la Corte Suprema en un recurso de casación había establecido ya: que en la expresión "cosas embargadas" se comprenden los bienes detenidos, impedidos, retenidos en virtud de mandamiento de juez competente; esta expresión, continúa la sentencia de la Corte Suprema, no ha sido definida expresamente por el legislador y hay que darle por lo tanto, su significado natural y obvio, según el uso general, conforme a la regla de interpretación del artículo 20 del Código Civil" (260).

"La razón tenida en vista, dice el señor Somarriva, por el legislador para prohibir la enajenación de las cosas embargadas es evitar que el acreedor se vea burlado por el deudor al desprenderse de los bienes embargados. Pues bien, esta misma razón existe en el caso de bienes sobre los cuales pesa una prohibición" (261).

También ha establecido la jurisprudencia que en el caso del N.º 3 del artículo 1464 se comprende, aparte de las cosas corporales, las cosas incorpóreas que han sido embargadas, o sea, las acciones y derechos embargados. "Hay objeto ilícito, que vicia de nulidad el contrato, en la cesión de los derechos litigiosos sobre un fundo, si a la fecha de la escritura y de su inscripción en el Registro Conservatorio había embargos vigentes sobre esas deudas, sin que conste que fueron cedidos con autorización del juez que decretó los embargos o con el consentimiento de los acreedores" (262).

Esta sentencia ha aplicado correctamente nuestro derecho positivo por cuanto la cesión de derechos, aunque aparentemente juzgándola por la ubicación que tiene al reglamentarla el legislador en el Código Civil junto con los contratos, no se trata de ninguna manera de una especie de contrato, sino de la forma cómo se hace la tradición de ciertos derechos incorporales. Así lo ha reconocido, por otra parte la jurisprudencia de los tribunales. "La cesión de créditos, ha dicho la Corte de Apelaciones de Concepción, no constituye un contrato propiamente tal, sino la manera de efectuar la tradición de los derechos personales o créditos de acuerdo con lo prescrito por el artículo 699 del Código Civil" (263).

De manera que siendo la cesión de derechos, la tradición de ellos, es consecencialmente también su enajenación, con lo cual cabe dentro de lo que establece el artículo 1464 del Código Civil.

d) El embargo y los intereses de terceros.—Debemos hacer notar, que el Código Civil solamente se preocupó de cuidar los intereses del acreedor, olvidándose de proteger a los terceros adquirentes de buena fe, que ignorando la existencia del embargo, podían adquirir dichas cosas, y como el acto celebrado era nulo, de nulidad absoluta a consecuencia de ser ilícito, resultaba que también les afectaba en sus derechos la declaración de nulidad pronunciada por la justicia, por cuanto daba acción reivindicatoria

(259) R. D. y J. T. XXVIII, sec. II, p. 1.

(260) R. D. y J. T. XII, sec. I, p. 365; véase además R. D. y J. T. XII, sec. I, p. 80.

(261) M. Somarriva U. Ob. cit., p. 141; véase L. Claro S. Ob. cit. T. VI, p. 273.

(262) R. D. y J. T. XI, sec. I, p. 203.

(263) R. D. Universidad de Concepción. Julio-Septiembre 1935, p. 654.

en contra de los terceros. Posteriormente el Código de Procedimiento Civil vino a salvar esta deficiencia producida por la falta de publicidad, de que carecía esta institución del embargo. El código ya mencionado en el artículo 475 ha dispuesto que: "si el embargo recayere sobre bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos, no producirá efecto alguno legal respecto de terceros sino desde la fecha en que se inscriba en el respectivo registro conservatorio del departamento en donde estuvieren situados los inmuebles" (264).

Por otra parte, como la jurisprudencia ha incluido dentro de la expresión cosa embargada, la prohibición de celebrar actos o contratos, en estos casos también se exige cuando se trata de bienes raíces, la inscripción correspondiente a fin de que de esa manera produzca efecto respecto de terceros. Establece el artículo 287 del Código de Procedimiento Civil: "Cuando la prohibición recayere sobre bienes raíces se inscribirá en el Registro Conservador respectivo, y sin este requisito no producirá efecto respecto de terceros. Cuando versare sobre cosas muebles, sólo producirá efecto respecto de los terceros que tuvieren conocimiento de ella al tiempo del contrato; pero el demandado será en todo caso responsable de fraude, si hubiere procedido a sabiendas". (265).

Con anterioridad a la dictación del Código de Procedimiento Civil el Reglamento del Conservador de Bienes Raíces había hecho facultativa la inscripción de los decretos de embargo o las prohibiciones de celebrar actos o contratos relativos a inmuebles y tuvo que hacerlo de esa manera, es decir facultativamente, porque tratándose sólo de un reglamento no podía modificar una ley como lo es el Código Civil que nada había establecido a este respecto (266).

e) **La adjudicación no es enajenación.**—Otra materia interesante relacionada con la ilicitud de la enajenación de las cosas embargadas, es aquélla que se refiere a la adjudicación que de ellas se hace a quienes la poseían proindiviso, existiendo un embargo vigente. El problema que puede plantearse gira alrededor de la determinación de la naturaleza jurídica de la adjudicación, o mejor dicho, sobre si la adjudicación significa o no enajenación.

"La adjudicación, ha dicho nuestra jurisprudencia, entre comuneros no importa enajenación, sino una simple determinación de lo que debe corresponder a cada uno en la cosa universal o singular que constituye la comunidad" (267). Este nos parece el concepto más exacto que ha dado la

(264) Véase sobre esta materia L. Claro S. Ob. cit. T. VI, p. 273.

(265) Véase: R. D. y J. T. XX, sec. I, p. 428; T. XI, sec. I, p. 431.

(266) Una sentencia de nuestros tribunales aplicando todas estas disposiciones legales que hemos visto, ha declarado que: "no existe objeto ilícito y es válida la compraventa de un inmueble respecto del cual se halla cancelada, a la fecha del contrato, la inscripción de la prohibición de gravar y enajenar que se había decretado provisoriamente y no se altera esta situación por la circunstancia de que el Conservador procediera a cancelar sin orden judicial, considerando que había quedado de hecho cancelada por no haberse renovado la medida precautoria, en conformidad al artículo 270 del C. P. C., ya que la legalidad o ilegalidad del acto verificado por dicho funcionario no influye respecto de terceros en cuanto a la existencia de la inscripción". R. D. y J. T. XX, sec. I, p. 428. El mismo criterio ha aplicado otra sentencia que aparece en la R. D. y J. T. XIX, sec. I, p. 296.

(267) R. D. y J. T. V, sec. II, p. 105; T. XXXV, sec. I, p. 424. Otros fallos de los tribunales han dicho que la adjudicación es un título declarativo de dominio y que no constituye enajenación, pero este criterio se encuentra en pugna con lo que establece el art. 703 del Código Civil en su inc. 4.º. Pueden verse sobre esto los siguientes fallos: R. D. y J. T. XXIV, sec. I, p. 480; T. XIX, sec. I, p. 289; T. XVIII, sec. I, p. 417; T. IX, sec. I, p. 33.

jurisprudencia sobre la enajenación y que nos servirá de criterio para el estudio de otras interesantes cuestiones que se presentan en la materia que estamos analizando, relacionada con la enajenación de las cosas embargadas. Pues bien, de acuerdo con este criterio según el cual la adjudicación no constituye una enajenación, se ha establecido por la jurisprudencia que no hay objeto ilícito en la adjudicación que se hace entre comuneros de una cosa común aun cuando exista algún embargo vigente ⁽²⁶⁸⁾.

f) Medios para evitar la ilicitud de la enajenación de cosas embargadas.—Para terminar lo relacionado con el embargo diremos algunas palabras acerca de la forma como se evita la ilicitud de la enajenación de las cosas embargadas. El mismo artículo 1464 en el N.º 3 las señala y son: la autorización del juez y el consentimiento del acreedor.

En cuanto a la autorización del juez, debemos decir que debe ser concedida por aquél que decretó el embargo y por ningún otro ⁽²⁶⁹⁾.

En cuanto al consentimiento del acreedor para evitar que haya objeto ilícito en la enajenación de cosas embargadas, puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando el acreedor manifiesta su voluntad en forma fehaciente, explícitamente. El consentimiento es tácito cuando se infiere de la actitud adoptada por el acreedor. Así, si el acreedor pide el remate de la cosa embargada, sin cancelar antes la prohibición, no hay objeto ilícito, porque el hecho de sacar a remate una cosa a pedido del acreedor y por orden del juez, manifiesta que aquél la consiente y éste la autoriza ⁽²⁷⁰⁾. También hay consentimiento tácito si el acreedor con embargo pendiente, tiene conocimiento del remate que va a efectuarse en otro juicio ejecutivo y no aduce oposición y al contrario interviene como postor en el remate haciendo ofertas ⁽²⁷¹⁾. O bien, el consentimiento puede deducirse de la falta de reclamo posterior al acto por parte del acreedor y de la falta de necesidad o utilidad que para él tenía la prohibición ⁽²⁷²⁾.

Es interesante observar, que algunos consideran que la autorización del acreedor debe darse antes del acto de enajenación, porque de lo contrario, si se concede posteriormente al acto, dicha autorización no produce ningún efecto jurídico, por cuanto nos encontramos frente a un caso de nulidad absoluta, la cual no puede sanearse por la ratificación ⁽²⁷³⁾.

Otros, sin negar la razón que como teoría jurídica tiene la argumentación anterior, analizando los hechos, si se quiere desde un punto de vista práctico, no ven inconveniente alguno para aceptar la validez de la autorización concedida por el acreedor con posterioridad al acto de enajenación. En primer lugar, porque el legislador no ha reglamentado la forma como el acreedor debe manifestar su voluntad en estos casos ni mucho menos la época en que debe hacerlo con respecto al acto de enajenación, y luego, no debemos olvidar que el embargo es una institución establecida con el exclusivo objeto de garantizar los derechos del acreedor y si éste declara haber consentido en la enajenación nadie podría contrarrestar esa declaración con otra prueba ⁽²⁷⁴⁾.

⁽²⁶⁸⁾ R. D. y J. T. XXII, sec. I, p. 467; T. V, sec. II, p. 49; T. V, sec. II, p. 105; T. XXXV, sec. I, p. 424.

⁽²⁶⁹⁾ Véase: R. D. y J. T. XVII, sec. I, p. 207; T. XII, sec. I, p. 80.

⁽²⁷⁰⁾ A. Alessandri R. De la compraventa... T. I, p. 230.

⁽²⁷¹⁾ R. D. y J. T. XVIII, sec. I, p. 405.

⁽²⁷²⁾ R. D. y J. T. XXII, sec. I, p. 797.

⁽²⁷³⁾ Véase: A. Alessandri R. Los Contratos, p. 51; L. Claro S. Ob. cit. T. XI, p. 272; E. Velasco L. Ob. cit., p. 128.

⁽²⁷⁴⁾ Véase Hernán Urrutia Honorato. Prontuario para el estudio de títulos de inmuebles, p. 15.

53.—ESPECIES CUYA PROPIEDAD SE LITIGA.—Hay objeto ilícito en la enajenación de especies cuya propiedad se litiga, sin permiso del juez que conoce en el litigio, según lo establece el artículo 1464 N.º 4 del Código Civil.

Especies cuya propiedad se litiga son las cosas individuales muebles o inmuebles, que son objeto de encontradas pretensiones del demandante y del demandado en el juicio trabado sobre su propiedad ⁽²⁷⁵⁾.

En la historia de nuestra legislación debemos hacer una distinción en esta materia a raíz de la dictación del Código de Procedimiento Civil. Antes de su dictación bastaba la existencia de un juicio en que se discutiera la propiedad de una especie para que su enajenación constituyera objeto ilícito. Pero el Código de Procedimiento Civil complementó la disposición anteriormente citada, estableciendo en el artículo 286 inciso 2, que "para que los objetos que son materia del juicio se consideren comprendidos en el N.º 4 del artículo 1464 del Código Civil, será necesario que el tribunal decrete prohibiciones respecto de ellos". Claramente podemos ver que, en conformidad a este artículo del Código de Procedimiento Civil, no basta la existencia de un litigio sobre una especie, sino que además es necesario que el tribunal decreta prohibición respecto de ello y solamente entonces podrá considerarse como que su enajenación constituye objeto ilícito en conformidad al artículo 1464 N.º 4 del Código Civil.

Además el Código de Procedimiento Civil en lo que se refiere a los bienes raíces establece otro requisito a fin de que dicha prohibición produzca efecto respecto de terceros, que consiste en la inscripción de la referida prohibición en el Registro del Conservador de Bienes Raíces. Tal es lo que dispone el artículo 287 del mencionado código. Ahora bien, estas disposiciones del Código de Procedimiento Civil han venido a llenar las mismas necesidades que advertimos en el caso del N.º 3 del artículo 1464 del Código Civil, o sea, la falta de publicidad y amparo de los terceros de buena fe que adquieren una cosa, ignorando la existencia de un litigio sobre su dominio. En el caso señalado se perjudican con la enajenación de la cosa litigiosa, no solamente el tercero adquirente sino también la parte que obtiene en el juicio y no encuentra posteriormente la cosa en poder de la persona con quien litigaba.

El legislador por las mismas razones dadas en el caso anterior, protege con esta medida los intereses particulares de cada individuo, lo cual se encuentra perfectamente de acuerdo con todo el pensamiento jurídico de la época individualista y que hizo colocarla como una defensa también del orden público.

Aun cuando de los artículos que hemos transcrito se deducen fácilmente los elementos necesarios para que haya ilicitud de objeto en la enajenación de especies cuya propiedad se litiga, la jurisprudencia de nuestros tribunales no siempre los ha aplicado correctamente, como podemos verlo en el siguiente fallo dictado por la Corte de Apelaciones de La Serena en el año 1906, o sea, después de la vigencia del Código de Procedimiento Civil. Dice así: "para que haya objeto ilícito en la enajenación de un bien raíz litigioso y, en consecuencia para que el acto o contrato de venta sea nulo, no basta que exista demanda sino que es necesario también que tanto el vendedor como el comprador hayan celebrado el contrato con conocimiento del juicio, ya sea por haber mediado una notificación, ya sea por decreto de juez que prohíba la enajenación y que haya sido notificado al comprador o tercero interesado, o bien que se haya inscrito en el competente registro del Conservador de Bienes Raíces" ⁽²⁷⁶⁾.

⁽²⁷⁵⁾ L. Claro S. Ob. cit. T. XI, p. 275.

⁽²⁷⁶⁾ R. D. y J. T. VIII, sec. I, p. 491.

En realidad este fallo contiene la verdadera doctrina entre las varias cosas que dice, pero comete el error de introducir otros elementos que nada tienen que ver con el asunto en estudio. Así por ejemplo, la mediación de una notificación que ponga en conocimiento de las partes la existencia del litigio, para considerar que desde ese momento hay objeto ilícito en la enajenación de especies cuya propiedad se litiga, es una exigencia que no tiene ninguna justificación legal ni doctrinaria. En verdad este fallo está dentro de lo exacto cuando dice que “no basta que exista demanda” para considerar ilícita la enajenación de la especie litigiosa, porque en ese momento todavía no se litiga, pero incurrió en un error al considerar la posibilidad de existir la mencionada ilicitud con la sola notificación, ya que este trámite judicial tiene por objeto solamente poner en conocimiento del demandado, la existencia de una demanda en su contra, en términos generales, y nada más. Pero en ningún caso podemos decir que se litiga cuando se notifica la demanda, sino cuando se contesta la misma o como dice Don Luis Claro Solar: “desde que se ha formado el cuasi-contrato de litis-contestación que obliga a demandante y demandado a seguir el juicio hasta su terminación en los extremos que quedaron fijados en los escritos de demanda y contestación. Antes de contestada la demanda no puede decirse que “se litiga”, porque no se litiga sin estar trabada la litis y esto viene a efectuarse por medio de la contestación de la demanda” (277).

Aparte de lo que hemos dicho, la sentencia citada aplica correctamente el texto de la ley al considerar la prohibición decretada por el juez e inscrita en el competente registro del Conservador de Bienes Raíces, aun cuando no debió haberlo hecho en la forma alternativa como lo hizo, porque entonces nos da la sensación de que se tratara de un fallo dictado aplicando la ley anterior al Código de Procedimiento Civil cuando era facultativa la inscripción de la prohibición decretada por el juez, según el Reglamento del Conservador de Bienes Raíces.

Debemos sin embargo, anotar un hecho interesante relacionado con este número 4 del artículo 1464 y el alcance que la jurisprudencia ha dado a la palabra embargo. En efecto, la jurisprudencia de los tribunales ha comprendido dentro de la expresión cosas embargadas, a que se refiere el N.º 3 del artículo 1464 del Código Civil, no solamente las que se refieren a un juicio ejecutivo, sino también a las prohibiciones que recaen sobre ciertas cosas y que han sido decretadas por juez competente, en conformidad a las normas del Código de Procedimiento Civil. Ahora bien, si en conformidad a lo que dispone este último cuerpo de leyes, para que se consideren comprendidos en el N.º 4 del artículo 1464 los objetos que son materia de un juicio, es necesaria que el tribunal respectivo decrete prohibición respecto de ellos (art. 286 inc. 2 del C. P. C.), y teniendo ya establecido que, en conformidad a lo expresado por la jurisprudencia, las prohibiciones también se comprenden dentro de la expresión cosas embargadas, tenemos que llegar a la conclusión de que la jurisprudencia, por medio de la interpretación que ha hecho de la expresión cosas embargadas, ha llegado a dejar sin efecto el N.º 4 del artículo 1464 del Código Civil. El señor Somarriva dice a este respecto: “Resulta que el N.º 4 del artículo 1464 está demás, bastando con el N.º 3 de la misma disposición” (278).

54.—ALCANCE DE LA EXPRESION ENAJENACION USADA EN EL ARTICULO 1464 DEL CODIGO CIVIL.—El artículo 1464 del Código

(277) L. Claro S. Ob. cit. T. XI, p. 275.

(278) M. Somarriva U. Ob. cit, p. 143; véase además sobre esta materia A. Alessandri R. Los Contratos, p. 51; L. Claro S. Ob. cit. T. XI, p. 275; E. Velasco L. Ob. cit., p. 128.

Civil establece que hay objeto ilícito en la “enajenación” de las cosas que enumera. Ahora bien, ¿qué ha querido decir el legislador con la expresión enajenación, en este artículo?

Etimológicamente, enajenación significa hacer ajena una cosa propia, y según su sentido natural y obvio, el Diccionario de la lengua le da el significado de acto por el cual puede desprenderse el dominio o transferirse a otro el dominio de una cosa.

Desde el punto de vista jurídico se le ha dado a esta expresión un sentido amplio y otro restringido. Según el primero, enajenación es el acto por el cual una persona transfiere a otra el dominio del todo o parte de una cosa, o constituye sobre ella un derecho real que limita su dominio, como una hipoteca, un usufructo, una servidumbre, etc.

En un sentido restringido enajenación significa únicamente el acto por el cual una persona transfiere a otra el dominio del todo o parte de una cosa. ¿Cuál de estas dos acepciones es la que emplea el artículo 1464 del Código Civil?

a) **Sentido restringido.**—Para algunos, la palabra enajenación en el artículo 1464 del Código Civil, está tomada en un sentido restringido, o por lo menos que no hay razón para creer que la disposición adopta el significado amplio de la palabra en cuestión, ya que el legislador no comprende la hipoteca u otro gravamen dentro del término enajenación y hay muchos casos en nuestro Código Civil en que las expresiones enajenar o hipotecar están tomadas como expresiones distintas. Así lo demuestran los artículos 144, 1754, 303, 1135 y 1491 del Código Civil ⁽²⁷⁹⁾.

b) **Sentido amplio.**—Para otros este artículo ha tomado la palabra enajenación en un sentido amplio y para sostenerlo se basan en la historia fidedigna de su establecimiento, ya que don Andrés Bello, autor de nuestro Código Civil, decía: “Las palabras de una ley han de interpretarse de manera que se conforme a la razón que ha determinado la voluntad del legislador; pero es preciso saberlo de cierto y no atribuirle intenciones imaginarias para hacer violencia al sentido. La interpretación podrá ser en estos casos unas veces extensivas y otras restrictivas. Si por ejemplo, la ley ordenase que no puede enajenarse los bienes raíces del pupilo sin autorización de la justicia, debería extenderse esta prohibición a la hipoteca, porque la hipoteca equivale a una enajenación condicional” ⁽²⁸⁰⁾. Del ejemplo que ha dado don Andrés Bello se deduce el concepto que el tenía de la palabra enajenación. Esta opinión también la tienen los señores Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U. ⁽²⁸¹⁾.

⁽²⁷⁹⁾ Así lo considera don Luis Claro Solar como podemos verlo en las siguientes palabras suyas: “Sin embargo, como lo observa Amunátegui Reyes, no puede sostenerse de un modo absoluto que el legislador comprenda siempre la hipoteca y demás gravámenes en la palabra enajenar... En efecto, el art. 144 y el art. 1754 prohíben enajenar o hipotecar los bienes raíces de la mujer casada; el art. 303 dice que el menor habilitado de edad no podrá enajenar o gravar sus bienes; el art. 393 establece que no será lícito al tutor o curador enajenar los bienes raíces del pupilo ni gravarlos con hipotecas, censo o servidumbre, ni enajenar o empeñar muebles preciosos que tengan valor de afección: el art. 1135 dice que la enajenación de las especies legadas envuelve la revocación del legado; y que la prenda, hipoteca o censo constituida sobre la cosa legada no extingue el legado, pero la grava con ella. No hay duda de que en todos estos artículos la palabra enajenación está empleada en su acepción propia y restringida; y no hay motivo para suponer que en el artículo 1464 se haya querido emplear en un sentido lato”. T. XI, página 269 de su obra ya citada.

⁽²⁸⁰⁾ Obras Completas. T. XIII Introduc. Nota agregada a la p. XLII.

⁽²⁸¹⁾ Véase, A. Alessandri. Los Contratos, p. 40; y M. Somarriva. Ob. cit., p. 140.

c) **Opinión de la jurisprudencia.**—La jurisprudencia de nuestros tribunales ha establecido también por su parte en una forma muy clara la opinión que tiene sobre este particular. La Corte Suprema en recurso de casación en el fondo estableció: “la palabra enajenación empleada en el artículo 1464 del Código Civil debe necesariamente entenderse en su acepción más comprensiva, es decir, como el acto por el cual se transfiere a otro la propiedad u otros derechos reales sobre una cosa, a cualquier título” (282).

Y como si esta declaración fuera poco, encontramos otro fallo en que el mismo tribunal en forma especial ha reconocido que la hipoteca queda comprendida dentro de la expresión enajenación, por las razones que señala en el considerando 6 y que dice: “la prohibición de enajenar a que se refiere el artículo 1464, comprende también la hipotecación, pues conforme a los artículos 2387, 2407 y 2414, entre otros, sólo puede constituir hipoteca sobre ciertos bienes, el que tiene facultad de enajenarlos y con los requisitos necesarios para su enajenación” (283).

Este fallo naturalmente tiene toda la razón si consideramos que, como ya lo hemos visto, la hipoteca es una enajenación condicional, según las propias palabras de don Andrés Bello.

Por su parte la Corte de Apelaciones de Talca, confirmando esta doctrina, incluye en el sentido amplio de la palabra enajenación los derechos de prenda y servidumbre, en el fallo que a continuación copiamos, en la parte pertinente: “Dado el sentido natural y obvio del término “enajenación” y según se desprende del contexto general de nuestra legislación, debe entenderse que hay jurídicamente enajenación de bienes cuando se transfieren por acto entre vivos la propiedad de alguna cosa, a título lucrativo, como la donación, o a título oneroso, como la permuta o la venta, pudiendo aún estimarse, tomando ese término en una significación más amplia, que hay también enajenación sobre una cosa, cuando dentro de los atributos del dominio se le obliga o sujeta a ciertas limitaciones o gravámenes, como la prenda, la hipoteca o las servidumbres” (284).

d) **Nuestra Opinión.**—Nos parece que la doctrina, según la cual la palabra enajenación está tomada en un sentido amplio, es la que mejor corresponde al espíritu que el legislador tuvo en vista al establecer la disposición en que se emplea esta palabra, y para sostener esto nos basamos en el análisis de la naturaleza que justifica las instituciones creadas por el legislador para satisfacer con ellas las necesidades sociales. En el caso de las cosas embargadas, por ejemplo, se ha establecido que constituye objeto ilícito su enajenación a fin de evitar que el deudor eluda el cumplimiento de su obligación y el acreedor sea burlado en su crédito. El interés del legislador consiste en asegurar la seriedad de las transacciones realizadas entre los particulares con lo cual se encuentra beneficiado también el orden público.

Al prohibir el legislador la enajenación de las cosas embargadas se ha colocado en el punto de vista del acreedor, con el fin de asegurarle el pago de su acreencia. Siendo este el fin que tiene la institución del embargo, debemos suponer entonces que la palabra enajenación comprende no solamente el hecho de desprenderse del dominio de una cosa, sino también el hecho de constituir cualquier gravamen sobre la cosa que ya está afecta al pago de una obligación por medio del embargo, gravamen que sin duda alguna

(282) R. D. J. T. XVII, sec. I, p. 207.

(283) R. D. y J. T. II, sec. I, p. 286.

(284) R. D. y J. T. XXVIII, sec. II, p. 1.

hará disminuir considerablemente el valor comercial y consecuentemente, disminuirá también las expectativas del acreedor para satisfacer su crédito, desnaturalizándose así el objetivo que tiene en vista el legislador por medio del embargo. En cuanto a las cosas cuya propiedad se litiga, podemos hacer un razonamiento análogo, adaptándolo naturalmente a las peculiaridades propias de este caso. En cuanto a los otros números del artículo 1464 del Código Civil, se aleja la posibilidad de que pudiera el legislador no haber comprendido en ellos el establecimiento de cualquier derecho sobre dichas cosas que no sea el dominio. A nadie se le puede ocurrir que el legislador, en las cosas que no están en el comercio humano, por ejemplo, ha prohibido la transferencia del dominio solamente, al tomar la palabra enajenación en un sentido restringido, y permite la constitución de un derecho como la hipoteca, usufructo o servidumbre. Por estas razones nos pronunciamos en favor de la teoría que considera a la palabra enajenación como tomada en su sentido amplio en el caso del artículo 1464 del Código Civil.

55.—LA COMPRAVENTA DE COSAS CUYA ENAJENACION ESTA PROHIBIDA.—Se ha presentado un problema interesante, en lo que se refiere a determinar si es o no válido el contrato de compraventa efectuado sobre cosas cuya enajenación es objeto ilícito, en conformidad al artículo 1464 del Código Civil. Algunos sostienen, a este respecto, que el contrato de compraventa de las cosas cuya enajenación está prohibida conforme al artículo 1464, es válido, porque la compraventa es un contrato en virtud del cual el vendedor se obliga a entregar la cosa y no constituye por sí solo transferencia o enajenación. El que vende una cosa no enajena, sino que se obliga a enajenar.

Otros, con mejores razones, dicen que el contrato de compraventa de las cosas cuya enajenación está prohibida por el artículo 1464 del Código Civil, es nulo, porque si en verdad vender y enajenar son cosas distintas, no es menos cierto, que el artículo 1810 del Código Civil establece que: "pueden venderse todas las cosas corporales o incorporales, cuya enajenación no esté prohibida por la ley". Así lo ha resuelto también un fallo de la Corte Suprema que expresa: "El artículo 1810 del Código Civil dispone que pueden venderse todas las cosas corporales o incorporales, cuya enajenación no esté prohibida por la ley, con lo cual dispone también que no pueden venderse las cosas corporales o incorporales cuya enajenación esté prohibida por la ley, y entre éstas se encuentran las especies cuya propiedad se litiga sin permiso del juez que conoce el litigio, según el artículo 1464 N.º 4 del mismo código.

En consecuencia el fallo, que aplica este último precepto, que se refiere a la enajenación, desentendiéndose del artículo 1810 del Código Civil que hace extensivo aquél a la compraventa prohibiéndola respecto de las cosas cuya propiedad se litiga, a virtud de lo cual niega lugar a la nulidad de la compraventa celebrada en remate respecto de una propiedad cuya enajenación está prohibida, es nula, porque infringe dicho artículo 1810 y el artículo 10 del Código Civil" (285).

De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia llegamos a la siguiente conclusión: si en verdad el artículo 1464 del Código Civil se refiere a la enajenación, no obstante ello, la venta de las cosas comprendidas en el mencionado artículo también adolece de objeto ilícito y por lo tanto es nula, en conformidad al artículo 1810 del Código Civil. Y todo lo que hemos dicho del contrato de compraventa debe extenderse a la permuta de acuerdo con lo que dispone el artículo 1900 del Código Civil que expresa: "las disposi-

(285) R. D. y J. T. IX, sec. I, p. 273. Véase T. XXXIV, sec. II, p. 33.

ciones relativas a la compraventa se aplicarán a la permutación en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato ⁽²⁸⁶⁾.

56.—OTROS CONTRATOS REFERENTES A LAS MISMAS ESPECIES YA INDICADAS.—Surge una cuestión que no deja de tener importancia, ¿son nulos todos los demás contratos que sean títulos translaticios de dominio y tengan por objeto alguna de las cosas incluídas en el artículo 1464? Dicho en otras palabras, si una cosa embargada o litigiosa es objeto de una donación entre vivos, por ejemplo, u objeto de cualquier otro contrato translaticio, ¿dicho contrato es también nulo, como ocurre con la compraventa y la permuta? Sin vacilar podemos decir que no es nulo el contrato translaticio de dominio cuyo objeto es una de las cosas enumeradas en el artículo 1464 del Código Civil y que no consiste en una compraventa o permuta, porque el título, en sí mismo, es válido y sólo en virtud de una prohibición expresa del legislador es nulo. Nos encontramos frente a un caso de carácter excepcional y como tal debemos aplicarlo restrictivamente y no extenderlo por analogía a otros casos no contemplados expresamente por la ley.

57.—LA PROMESA DE VENTA DE LAS COSAS CUYA ENAJENACION ESTA PROHIBIDA.—Sin embargo, la regla enunciada anteriormente presenta cierta dificultad al relacionar el artículo 1554 del Código Civil, que reglamenta la promesa de celebrar un contrato, con el artículo 1464 y 1810, cuyo alcance hemos estado analizando. La dificultad a que hemos hecho alusión radica precisamente en el N.º 2 del artículo 1554 que dispone “que el contrato prometido no sea de aquéllos que las leyes declaran ineficaces”, lo cual aparentemente parece no permitir en ningún caso que la promesa de celebrar un contrato de venta recaiga en alguna de las especies enumeradas en el artículo 1464 del Código Civil, ya que esta disposición establece la ilicitud del objeto en la enajenación de dichas especies, y el artículo 1810 no permite la venta de las cosas cuya enajenación está prohibida, con lo cual no siendo el contrato eficaz por tener objeto ilícito, tampoco puede tener valor la promesa que versa sobre dicho contrato nulo ⁽²⁸⁷⁾.

Esta afirmación no puede hacerse en forma total para todos los casos contemplados en el artículo 1464 del Código Civil, que contiene materias de la más diversa naturaleza. En efecto, los dos primeros números del artículo 1464, que se refieren respectivamente a las cosas que no están en el comercio, y a los derechos y privilegios que no pueden transferirse a otra persona, es evidente que nos señalan casos sobre los cuales no puede recaer una promesa de celebrar un contrato ya que la naturaleza misma de esos derechos impide en forma permanente que sobre ellos pueda celebrarse algún acto jurídico. “Carecería de valor, dice Don Luis Claro Solar, una promesa de venta de cosas que según la ley no pueden ser objeto de compraventa, como los derechos cuyo ejercicio es exclusivamente personal, la de bienes nacionales de uso público, la de cosas sagradas, porque la ilicitud del objeto acarrea la nulidad del contrato, el cual, por lo mismo, es ineficaz ante la ley” ⁽²⁸⁸⁾.

En cuanto a los números 3 y 4 del artículo 1464 del Código Civil que se refieren respectivamente, a las cosas embargadas por decreto judicial,

⁽²⁸⁶⁾ Véase sobre esta materia: A. Alessandri R. Artículo publicado en la R. D. y J. T. XXIX, 2.ª p., sec. I, p. 274; M. Somarriva U. Ob. cit., p. 141; E. Velasco L. Ob. cit., p. 85.

⁽²⁸⁷⁾ Esta opinión fué sostenida por el Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, señor Barceló, en un voto disidente que aparece en la Gaceta de los Tribunales del año 1884, p. 626, sentencia N.º 994.

⁽²⁸⁸⁾ L. Claro S. Ob. cit. T. XI, p. 709.

y a las especies cuya propiedad se litiga, se encuentran en una situación muy distinta a las de los dos números anteriores, ya que no se trata ahora de cosas o derechos que la naturaleza misma de ellos impida la celebración de actos jurídicos, sino de cosas que accidentalmente se encuentran fuera del comercio humano.

De manera que para determinar la validez del contrato de promesa, hay que tomar en consideración la época en que se ha de celebrar definitivamente el contrato prometido. Porque si esto se realiza, o por lo menos se estipula que el contrato se realizará cuando aun esté pendiente el embargo o el litigio, es natural que debemos considerar nula la promesa de celebrar un contrato por el hecho de referirse a un contrato ineficaz. En cambio, si la promesa de venta se entiende hecha bajo la condición de que las cosas puedan ser enajenadas en la época de celebrarse el contrato prometido, es decir, una vez que ha cesado el embargo o el litigio, debemos considerarla perfectamente válida, aun cuando el contrato prometido sea en ese momento ineficaz, ya que dejará de serlo en la época en que se extienda el contrato definitivo. Así lo consideran los autores ⁽²⁸⁹⁾ y en igual forma lo ha estimado nuestra jurisprudencia ⁽²⁹⁰⁾.

58.—DEUDAS CONTRAIDAS EN JUEGO DE AZAR.—Hay asimismo objeto ilícito en las deudas contraídas en juego de azar, establece, entre otras cosas, el artículo 1466 del Código Civil.

Nuestro legislador ha reglamentado lo relacionado con el juego junto con la apuesta en el Título XXXIII denominado De los contratos aleatorios, y en el artículo 2259 determina especialmente que “sobre los juegos de azar se estará a lo dicho en el artículo 1466”, y en seguida agrega el mismo artículo que “los artículos que siguen son relativos a los juegos y apuestas lícitas”.

Los términos juego y apuesta no son sinónimos y el hecho de que nuestro legislador los haya considerado en conjunto ha sido únicamente, porque ambos presentan caracteres comunes. En efecto, mientras el juego “es una convención por la que cada jugador se obliga a pagar al ganador cierta suma de dinero o una cosa determinada”, la apuesta es “una convención entre dos o más personas que están en desacuerdo sobre un suceso cualquiera y por la que cada apostador se obliga, para el caso en que no sea reconocida como exacta su opinión, a pagar al otro cierta suma de dinero o un objeto determinado” ⁽²⁹¹⁾. Tales son las definiciones que sobre cada una de estas convenciones han dado los autores Baudry-Lacantinerie y Wahl, siguiendo el concepto romano el cual se basaba para distinguirlas en la participación que podían tener o no las partes en la producción del evento. Si en el evento participan en su producción las partes mismas, se habla de juego, y si la voluntad de ellas no interviene, entonces se trata de apuesta.

Nuestro legislador no dió ninguna definición sobre estas convenciones y solamente se limitó a reglamentar sus efectos, para lo cual ha hecho ciertos distingos fundamentales. En primer lugar, nuestro legislador distingue el juego y la apuesta lícitos del juego y la apuesta ilícitos, según se deduce del inciso 2 del artículo 2259 del Código Civil.

Pero mientras la legislación se preocupó de determinar lo que caracteriza el juego ilícito, declarando que lo eran aquéllos en que el azar era el

(289) Véase: L. Claro S. Ob. cit. T. XI, p. 709; A. Alessandri R. De la compraventa y de la promesa de venta, T. II, p. 1231 y sgtes.; E. Velasco L. Ob. cit., p. 90; S. Agurto A. Del embargo sobre bienes embargados, p. 46.

(290) Véase: Gaceta 1884, sentencia 994, p. 626; Gaceta 1895, sentencia 921. T. I, p. 694; Gaceta 1912, sentencia 925. T. II, p. 313; Gaceta 1913, sentencia 639, p. 2053.

(291) Baudry-Lacantinerie y Wahl. Tratado de Derecho Civil. T. XII, p. 5.

determinante de la contingencia incierta de ganancia o pérdida, en lo que se refiere a las apuestas no se cuidó de señalar cual era el elemento que caracterizaba a las apuestas ilícitas. Lo cual por cierto no autoriza de manera alguna para opinar en el sentido de que en nuestra legislación no existan las apuestas ilícitas lo cual iría directamente en contra de lo expresamente determinado en el inciso 2 del artículo 2259.

“Esta diversidad se explica, dice una sentencia de la Corte Suprema, dado que la clasificación que el Código hace de los juegos para determinar su licitud o ilicitud no podría servirle con respecto a las apuestas, porque la naturaleza misma de éstas no permite calidades propias a los juegos de fuerza o destreza personal o de habilidad; pero nada se opone a que las apuestas se rijan por las reglas generales que determinan qué es causa ilícita, en un contrato, la prohibida por la ley o contraria a las buenas costumbres o al orden público (art. 1467). Y ello es justo dado que el mismo elevado interés social o público que impone la prohibición de ciertos juegos por ser contrarios a las buenas costumbres o a la moral, se deja sentir con igual intensidad respecto de las apuestas. En efecto, si la ley prohíbe los juegos de azar es porque la ganancia que alcanza mediante ellos no es el fruto ni el producto del trabajo, que es la base del orden social, sino el ciego capricho de la suerte, y porque esa ganancia así adquirida crea hábitos de ociosidad que es la fuente de todos los vicios. Lógicamente, entonces, las apuestas que dependen del mero azar deben encontrarse ante la ley civil en iguales condiciones que los juegos de suerte y no pueden contar con su amparo” (292).

El razonamiento lógico de este fallo ha venido a llenar un vacío de nuestra legislación en lo que respecta a las apuestas ilícitas que no se encuentran expresamente consideradas en la misma forma que lo ha sido el juego ilícito, porque indiscutiblemente hay un interés evidente de orden público en no dejar entregado al criterio de las voluntades individuales un asunto tan peligroso como el que constituyen el juego y la apuesta ilícitos. El hombre a veces, dominado por una pasión pierde todo el control sobre su voluntad y se incapacita para comprender los enormes males que puede experimentar no sólo su persona, sino su familia y aún la sociedad, cuando llega a constituir un vicio que domina un gran sector de la población. En no pocas ocasiones el juego es el causante de la pérdida de fortunas enteras con sus funestas consecuencias, cuando no el que ha incitado al robo, fraude, malversaciones, crímenes y suicidios.

Bien está que el juego sea un pasatiempo, siempre que cumpla con los requisitos necesarios que aseguren la debida libertad e igualdad y la fidelidad indispensable para que de un simple pasatiempo no degeneren en una especulación. Pero “desde los tiempos antiguos, la voz de la conciencia universal condenó los juegos de puro azar. Se dijo que la ley del trabajo era la dura necesidad impuesta por el creador al hombre caído; que la fatiga y el sudor son los excitantes de nuestras potencias, los justos distribuidores de la riqueza. Ahora bien esta ley se perturba cuando un demonio tentador puede decir al hombre: gozarás de los bienes de la tierra y no trabajarás.

Así se ve que el dinero bañado con el sudor de la frente adquiere un precio particular a los ojos del que le gana; no se gasta en locos placeres, sino que se emplea en las necesidades de la familia o se convierte en nueva fuente de producción. Mientras que las riquezas llovidas del cielo, se disipan sin medida y alimentan nuevos deseos insaciables” (293).

Nuestro legislador, ya lo hemos dicho, expresamente estableció el objeto ilícito de las deudas contraídas en juego de azar, es decir, aquél en que

(292) R. D. y J. T. XXXIII, sec. I, p. 125.

(293) J. Giorgi. Teoría de las obligaciones. T. III, p. 368.

el factor determinante es la suerte, y en cuanto a las apuestas ilícitas ha sido a la jurisprudencia a quien le ha correspondido establecer su verdadero carácter, según lo hemos visto en la sentencia de más arriba.

Nuestro derecho positivo considera solamente como juegos lícitos aquéllos en que predomina la inteligencia o destreza de las partes y que si bien es cierto que no producen acción para exigir el pago, otorgan una excepción para retener lo pagado, a menos que haya habido dolo. Tal es lo que dispone el artículo 2260 del Código Civil: "El juego y la apuesta no producen acción, sino solamente excepción.

El que gana no puede exigir el pago.

Pero si el que pierde, paga, no puede repetir lo pagado, a menos que se haya ganado con dolo".

Sin embargo, tratándose de juegos de fuerza o destreza corporal, también el legislador concede acción para exigir lo que se debe siempre que en ellos no se haya contravenido las leyes y reglamentos de policía. No otra cosa es lo que dispone el artículo 2263 del Código Civil: "Sin embargo de lo dispuesto en el artículo 2260, producirán acción los juegos de fuerza o destreza corporal, como el de armas, carreras a pie o a caballo, pelota, bolas y otros semejantes, con tal que en ellos no se contravenga a las leyes o a los reglamentos de policía. En caso de contravención desechará el juez la demanda en el todo" (294).

59.—VENTA DE LIBROS CUYA CIRCULACION ESTA PROHIBIDA.—Hay objeto ilícito en la venta de libros cuya circulación es prohibida por autoridad competente, de láminas, pinturas y estatuas obscenas y de impresos condenados como abusivos a la libertad de la prensa, según lo dispone también el artículo 1466 del Código Civil.

Esta disposición no necesita mayor comentario y explicación ya que fácilmente puede comprenderse la razón de ella. La moral, las buenas costumbres constituyen verdaderos baluartes del orden público. Y si el afán del legislador es la conservación del orden público y su mantenimiento es una de sus preocupaciones constantes, naturalmente que no debe tolerar que los individuos, interpretando falsamente el derecho de la libertad contractual, ejecuten actos que pongan en peligro la solidez de las bases que determinan la organización social.

60.—CONTRATOS PROHIBIDOS POR LAS LEYES.—Hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes.

Esta es sin duda la disposición, referente a la materia que estamos considerando, que tiene la mayor importancia por la generalidad en su aplicación, constituyendo por eso una arma poderosa en manos del legislador para reprimir los excesos a que puede conducir la autonomía de la voluntad, y que es utilizada corrientemente en nuestros días, como tendremos la oportunidad de verlo más adelante en este trabajo. En la época del pleno dominio de la concepción clásica del derecho fueron muy pocos los contratos prohibidos por las leyes.

La disposición que analizamos, si observamos, puede tener una amplia aplicación por el hecho de estar contenida en una parte del Código que reglamenta todo lo relacionado con los requisitos indispensables para la existencia de los actos o declaraciones de voluntad, lo cual la hace aplicable no solamente a las normas contenidas en el Código Civil, sino a cualesquiera ley que prohíba la celebración de un determinado contrato.

(294) Véase sobre esta materia: L. Claro S. Ob. cit. T. XI, p. 291; H. Tapia A. De las Obligaciones naturales, p. 135 y sgtes.; E. Velasco L. Ob. cit., p. 136 y sgtes.; Vicente Gumucio Vives: El Juego y la Apuesta.

Así, por ejemplo, en el año 1823 se dictó una ley en virtud de la cual quedaron abolidas perpetuamente en el territorio de Chile las lidias de toros, tanto en las poblaciones como en los campos. Pues bien, basándose en esta ley nuestra jurisprudencia declaró que “tiene objeto ilícito el contrato que tiene por objeto obligarse uno de los contratantes a lidiar toros, pues las lidias de toros están prohibidas por la ley de 16 de septiembre de 1823 y por lo tanto, nulo de nulidad absoluta” (295). Llamamos la atención en este fallo en cuanto a la técnica para aplicar la ley que se ha mencionado, por cuanto en ella no se ha prohibido expresamente un contrato determinado, sino un hecho, lidiar toros.

Dentro del mismo Código Civil encontramos, como ya lo hemos hecho notar, muy pocos contratos prohibidos por la ley y entre ellos señalaremos los más importantes.

a) **Pactos sobre sucesión futura.**—El artículo 1463 del Código Civil prohíbe lo que la doctrina conoce con el nombre de pacto sobre sucesión futura. “El derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva, dice el mencionado artículo, no puede ser objeto de una donación o contrato, aún cuando intervenga el consentimiento de la misma persona”.

Debemos entender por pacto sobre sucesión futura “todo convenio que tenga por objeto la herencia de una persona viva, sea uno de los contratantes, sea un tercero extraño al contrato, tanto si comprende la herencia íntegra, cuanto una de sus partes o una cosa determinada del caudal hereditario” (296). Además la doctrina considera incluida en la prohibición del artículo 1463 toda clase de convenciones sobre sucesión no abierta, o una parte de ella o a un objeto comprendido en la misma, sea la sucesión de uno de los contratantes o de un extraño y nada importa que el contrato se refiera a la disposición de tales bienes o a una simple administración y goce, que en él se trata de sujetar los bienes a una modalidad especial. Basta que el contrato se refiera a los derechos que puedan corresponder a una persona por sucesión por causa de muerte. Y en esta materia nuestro Código Civil, es superior a otros que establecen la prohibición sobre sucesiones futuras y nada más. El nuestro por el contrario se refiere al “derecho de suceder por causa de muerte”, con lo cual se quiere decir que no basta “que la estipulación tenga por objeto un bien que se comprende en una sucesión futura, sino que es menester tener derecho a esta sucesión y que el contrato tenga precisamente por objeto, los bienes o derechos que hayan de adquirirse a virtud del derecho eventual de suceder” (297).

La Corte Suprema en un fallo en que tuvo que aplicar el artículo en cuestión resolvió lo siguiente: “Aunque la promitente aluda en su proposición a la falta de herederos, prometiéndole a la otra persona implícitamente una asignación testamentaria, no puede decirse que el contrato versa sobre una sucesión no abierta, pues el todo o parte de la herencia no es el objeto o materia de la convención, sino para indicar, o la magnitud de la recompensa prometida por los sacrificios que solicitaba, o para dar a entender que dichos sacrificios podían ser pagados, no sólo en cualquiera otra forma legal sino en una asignación testamentaria, sin que el derecho de la otra persona a la recompensa prometida quedara subordinada a una asignación de esta naturaleza” (298). Tampoco “contraviene a lo dispuesto por el artículo 1463 del Código Civil y es válida la estipulación de la se-

(295) R. D. y J. T. I, sec. I, p. 227.

(296) J. Giorgi. Ob. cit. T. III, p. 333.

(297) Véase Gonzalo Barriga E. Capitulaciones matrimoniales, p. 185.

(298) R. D. y J. T. VII, sec. I, p. 5.

paración de bienes que se pacta sobre aquéllos que la mujer adquiriera por herencia, porque no hay en ella contrato sobre el derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva, que es lo que ese artículo prohíbe” (299). Y esta misma sentencia contiene una declaración relacionada con algo que dijimos más arriba de suma importancia: “no basta que un contrato verse sobre la sucesión de una persona para que incurra en la prohibición, es necesario que se contrate sobre el derecho a suceder por causa de muerte, sobre el derecho a ser su heredero o legatario”.

Pero en el caso de que “al marido se le adjudiquen unos bienes con la condición de no gravarlos ni enajenarlos y dejarlos pasar después de sus días a sus hijos o herederos legítimos designados en el testamento de su cónyuge, tal estipulación adolecía de objeto ilícito de acuerdo con el artículo 1463 del Código Civil” (300). Naturalmente que el fallo resolvió en una forma que se encuentra de acuerdo con la ley, porque efectivamente se trataba de un pacto sobre sucesión futura.

¿Cuál es la razón que ha tenido el legislador para prohibir estos convenios? En primer lugar, el legislador procura evitar que la vida de las personas esté expuesta a peligros. Todo el derecho tiende a asegurar la integridad de la personalidad humana y con estos pactos sobre sucesión futura se está especulando precisamente con la vida de una persona, por cuanto existe interés en la muerte de ella.

En seguida, como ya lo hemos dicho, el legislador no debe tolerar que se violen o quebranten las instituciones jurídicas que él mismo ha reconocido y sancionado y en este caso los pactos sobre sucesión futura van contra el principio de la libertad de testar y también de la revocabilidad del testamento.

Por último, existe una razón de orden jurídico que es conveniente señalar. De acuerdo con el artículo 1226 de nuestro Código Civil “no se puede aceptar asignación alguna, sino después que se ha deferido”, y según el artículo 1241 del mismo código “la aceptación de una herencia puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se toma el título de heredero; y es tácita cuando el heredero ejecuta un acto que supone necesariamente su intención de aceptar, y que no hubiera tenido derecho a ejecutar, sino en su calidad de heredero”. Ahora bien, el pacto sobre sucesión futura implica una aceptación tácita de la asignación y esto no es posible dentro de nuestro derecho, sino desde el momento de la delación de la asignación. De aquí, entonces las razones que justifican la medida adoptada por el legislador para reconocer como objeto ilícito todo pacto sobre sucesión futura (301).

b) **Condonación del dolo futuro.**—Otra prohibición importante está consignada en el artículo 1465 del Código Civil que dispone: “El pacto de

(299) R. D. y J. T. XXXI, sec. I, p. 337.

(300) R. D. y J. T. XXVI, sec. I, p. 484.

(301) Sin embargo, como no hay regla sin excepción, el artículo 1463 que es la regla, tiene su excepción en el artículo 1204 del C. C. que establece: “Si el difunto hubiere prometido por escritura pública entre vivos, a un descendiente legítimo, que a la sazón era legitimario, no donar, ni asignar por testamento parte alguna de la cuarta de mejora, y después contraviniere a su promesa, el dicho descendiente legítimo tendrá derecho a que los asignatarios de esa cuarta le enteren lo que le habría valido el cumplimiento de la promesa, a prorrata de lo que su infracción les aprovechara”. Y en seguida este mismo art. agrega en su inciso 2 para reforzar la tesis de que lo contenido en el inc. 1.º es sólo una excepción del art. 1463: “Cualesquiera otras estipulaciones sobre la sucesión futura, entre un legitimario y el que le debe la legítima, serán nulas y de ningún valor”.

no pedir más en razón de una cuenta aprobada, no vale en cuanto al dolo contenido en ella, si no se ha condonado expresamente. La condonación del dolo futuro no vale". Si observamos bien, esta disposición contiene dos aspectos: uno de ellos mira al interés social, el orden público y el otro, al interés particular de la persona que ha sido víctima del dolo.

Lo que nos interesa de esta disposición, en este caso, es el aspecto que dice relación con el interés social o de orden público. En efecto, el legislador ha procurado que las relaciones de los individuos se desenvuelvan dentro de un marco de seriedad, respeto y buena fe, como ya hemos tenido ocasión de manifestarlo a través de este trabajo. "Los contratos deben ejecutarse de buena fe" proclama como un postulado el artículo 1546 de nuestro Código Civil, y en un artículo contenido en el título de la posesión nos señala un criterio muy claro acerca de lo que debemos entender por buena fe, en cuanto el acto debe estar exento de fraude y todo otro vicio, según se desprende en esencia de aquel precepto aludido. Por otra parte, en el artículo 11 del mismo cuerpo de leyes antes citado se estatuye la sanción para los casos en que los individuos obren de mala fe, y consiste en que "cuando la ley declara nulo un acto, con el fin expreso o tácito de precaver un fraude, o de proveer a algún objeto de conveniencia pública o privada, no se dejará de aplicar la ley aunque se pruebe que el acto que ella anula no ha sido fraudulento o contrario al fin de la ley". No obstante, el ánimo del legislador ha sido en todo caso considerar como lo normal y corriente en la vida jurídica el reinado de la buena fe. De ahí, entonces, la razón de ser del artículo 707 del Código Civil, según el cual "la buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece presunción contraria". Y si la buena fe, en virtud de esta disposición, adquiere el carácter de regla general, lo contrario a la buena fe que es el dolo, debe ser la excepción y por lo tanto no puede presumirse. Esta es la razón esencial que tiene el artículo 1459 del Código Civil que establece: "El dolo no se presume, sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás debe probarse".

Debemos observar que el legislador, al disponer que el dolo no se presume y que el que lo alega debe probarlo, no ha tratado con ello de proteger al individuo de mala fe, como aparentemente podría creerse, sin entrar a hacer un análisis más a fondo en el asunto. En verdad nada mejor que eso ~~se~~ podía haber hecho en esta materia, al presumirse la buena fe y no la mala fe o el dolo, porque haber supuesto lo contrario, además de impropio, no se habría obtenido el resultado que con la presunción de la buena fe se obtiene, ya que con ello hay un mayor estímulo para obrar correctamente. Por otra parte son numerosas las disposiciones que precaven la mala fe o el dolo, de manera que en este sentido no hay peligro alguno en la realización de actos jurídicos. El propio artículo 1465 del Código Civil tiene por objetivo principal evitar el dolo, impedir que antes que se produzca, las partes puedan condonarlo por medio de pactos o contratos, eximiéndose y eliminándose la responsabilidad que de él deriva. El orden público no puede permitir pactos de esta naturaleza, el principio de la autonomía de la voluntad, que reconoce en el dolo un elemento que se opone a la voluntad libre y sana, no puede ver con buenos ojos las condonaciones anticipadas del dolo, porque eso está significando limitación de la libertad individual en la vida jurídica.

Cosa distinta es el dolo ya producido y en conocimiento del afectado. En este caso el dolo pasa a ser una cuestión de interés privado, es algo que ha entrado al patrimonio particular y cada individuo verá si le conviene pedir la sanción correspondiente por el dolo o no, exigiéndose sí, la condonación expresa. Ya al legislador no le interesa inmiscuirse más en el asunto.

to, el hizo lo posible por evitar el dolo y ha dado a las partes los medios necesarios para librarse de él y exigir su reparación ⁽³⁰²⁾.

c) **Otros contratos prohibidos.**—Aparte de los que hemos indicado, existen numerosos otros casos de contratos prohibidos dentro de nuestro Código Civil. Así, por ejemplo, es nulo el contrato de compraventa entre cónyuges no divorciados perpetuamente y entre el padre o madre y el hijo de familia ⁽³⁰³⁾. A los empleados públicos se les prohíbe comprar los bienes públicos o particulares que se vendan por su ministerio; y a los jueces, abogados, procuradores o escribanos los bienes en cuyo litigio han intervenido y que se vendan a consecuencia del litigio aunque la venta se haga en pública subasta ⁽³⁰⁴⁾. Tampoco es lícito a los tutores y curadores comprar parte alguna de los bienes de sus pupilos, sino con arreglo a lo prevenido en el título De la administración de los tutores y curadores ⁽³⁰⁵⁾.

En los contratos de prenda e hipoteca encontramos algunas disposiciones de una gran importancia destinadas a impedir lo que se conoce con el nombre de *lex comisoría*, que consiste en transformarse el acreedor en dueño de la cosa dada en garantía por el solo hecho del no pago, y que ha sido repudiada desde los tiempos del Derecho Romano. En efecto, el artículo 2424 del Código Civil establece que: "El acreedor hipotecario tiene para hacerse pagar sobre las cosas hipotecarias los mismos derechos que el acreedor prendario sobre la prenda". ¿Y cuáles son estos derechos? Ellos están señalados por el artículo 2397 del mismo Código que dispone: "El acreedor prendario tendrá derecho de pedir que la prenda del deudor moroso se venda en pública subasta para que con el producido se le pague; o que, a falta de postura admisible, sea apreciada por peritos y se le adjudique en pago, hasta concurrencia de su crédito; sin que valga estipulación alguna en contrario, y sin perjuicio de su derecho para perseguir la obligación principal por otros medios. Tampoco podrá estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda o de apropiársela por otros medios que los aquí señalados".

La claridad de estos artículos para establecer los derechos que corresponden al acreedor, es notable y no admiten ninguna duda las prohibiciones que el legislador ha querido establecer en ellos. Por esta razón la jurisprudencia de nuestros tribunales ha establecido que "es nula de nulidad absoluta la cláusula de una escritura de mutuo hipotecario en la cual el mutuario renuncia a la tasación pericial, y expresa que se conformará con el remate que se haga sin ese requisito; y es nula la adjudicación que de la propiedad hipotecada y embargada se hace al acreedor por el precio fijado como valor de tasación en la escritura hipotecaria, si omite la tasación pericial" ⁽³⁰⁶⁾.

Otra sentencia posterior, aplicando los mismos principios que hemos señalado, declaró que "las disposiciones de los artículos 2424 y 2397 del Código Civil tienen el carácter de prohibiciones. El acreedor hipotecario no puede apropiarse del bien hipotecado sino por la adjudicación que de él se haga en virtud de la subasta pública. Es nula de nulidad absoluta la estipulación de pago del acreedor, para el evento de no pagarse la deuda dentro de cierto plazo, por medio de venta a éste de la propiedad hipotecada

⁽³⁰²⁾ Véase sobre esta materia a A. Alessandri R. Los Contratos, p. 48; L. Claro S. Ob. cit. T. XI, p. 289; A. Reitze H. Ob. cit., p. 93 y sgtes.

⁽³⁰³⁾ Véase artículo 1796 del Código Civil.

⁽³⁰⁴⁾ Véase artículo 1798 del Código Civil.

⁽³⁰⁵⁾ Véase artículos 1799 y 412 inciso final del Código Civil.

⁽³⁰⁶⁾ R. D. y J. T. VIII, sec. II, p. 52.

por el importe de la acreencia y es nula también la venta consiguiente” (307).

Los dos fallos que hemos citado aplican correctamente la ley, por cuanto los derechos señalados al acreedor hipotecario son bien definidos y se le prohíbe la facultad de apropiarse de los bienes que constituyen su garantía por otros medios que los señalados por la ley (308).

Con esto terminamos la enunciación de los principales contratos prohibidos por la ley y cuya celebración constituye objeto ilícito cuando la ley no ha señalado otra sanción que la nulidad para el caso de contravención.

61.—CAUSA ILÍCITA.—Pero no solamente la noción de objeto ilícito tiene en nuestra legislación a salvaguardar lo relacionado con el orden público y las buenas costumbres. También se encuentra interesada en el mismo objetivo, la noción de la causa ilícita.

En primer lugar, nuestro Código Civil al señalar los requisitos para la validez de todo acto o declaración de voluntad junto con enumerar entre ellos al objeto lícito, incluye también a la causa lícita. En seguida, después de indicar los diferentes casos que deben considerarse como objeto ilícito, se preocupa de los diferentes requisitos que debe reunir la causa y es entonces cuando señala lo que debemos entender por causa ilícita, o sea, aquella prohibida por la ley o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Pero, a diferencia del objeto ilícito el cual se encuentra reglamentado en las diferentes formas en que puede presentarse, la causa ilícita ha sido definida por el legislador, sin entrar en mayores detalles sobre ella. Parece que nuestra legislación prefirió al objeto ilícito, más bien que a la causa, para dejarle entregada la custodia del orden público y las buenas costumbres; lo cual no haría sino confirmar más la tesis de aquéllos que consideran la

(307) R. D. y J. T. XV, sec. I, p. 379.

(308) Sin embargo, la dación en pago que el deudor hace al acreedor con la finca hipotecada, es válida, según lo ha declarado varias veces la jurisprudencia de nuestros tribunales, como puede verse en la R. D. y J. en los siguientes fallos: T. XXIX, sec. I, p. 50; T. XXVII, sec. I, p. 789.

También el contrato de compraventa celebrado extrajudicialmente entre el deudor y el acreedor hipotecario respecto de la cosa hipotecada, ha sido declarado válido por la Jurisprudencia, como puede verse en la R. D. y J. T. XVIII, sec. I, p. 207; T. XX, sec. I, p. 305; T. XXI, sec. I, p. 802.

Don Manuel Somarriva U., comentando estos fallos en su obra “Las Obligaciones y los Contratos ante la Jurisprudencia”, p. 265, dice: “Es evidente que tanto el caso de la dación en pago como el de la compraventa a que se refieren las sentencias no pueden considerarse incluidos dentro de la prohibición del inciso 2 del artículo 2397 del Código Civil aplicable a la hipoteca a virtud de lo dispuesto en el artículo 2424 del mismo Código. En primer término, porque no obstante la hipoteca, el deudor conserva el dominio del bien hipotecado y es facultad propia del dominio, el poder disponer de la cosa, enajenarla a quien el dueño desee; y en seguida, porque para este acto el deudor presta su consentimiento libremente, sin presión del acreedor, y éste no se transforma en dueño de la cosa por el solo hecho del no pago de la deuda que es lo que constituye la Lex comisoria repudiada por el citado artículo 2397”.

Hemos visto que uno de los fallos copiado más arriba ha declarado la nulidad absoluta de la cláusula por la cual el deudor renuncia a la tasación pericial, pero esto sólo tiene aplicación cuando es el acreedor quien pretende quedarse con la cosa dada en garantía por la falta de pago de la obligación principal, por cuanto sus derechos, como lo hemos visto, están señalados en el artículo 2397 del Código Civil y no puede estipularse nada en contrario. Pero dicho precepto no se aplica al caso en que el deudor renuncie a la tasación cuando es otra persona que su acreedor a quien se va a adjudicar en el remate, como la ha declarado la Corte de Apelaciones de Santiago, en un fallo que aparece en la R. D. y J. T. XXI, sec. I, p. 539.

inutilidad de la teoría de la causa ya que la noción de objeto ilícito vendría a llenar la misma necesidad que se pretende satisfacer con la causa ilícita ⁽³⁰⁹⁾.

Por otra parte, así como es el laconismo de nuestra legislación en cuanto a la causa ilícita, que contrasta, como ya lo hemos dicho, con el objeto ilícito, así también la aplicación que nuestra jurisprudencia ha hecho de tal noción, es bastante reducida, si la comparamos con la aplicación que ha hecho sobre el objeto ilícito, cuya importancia ya hemos señalado anteriormente, y en donde pudimos ver que la jurisprudencia no solamente se limitaba a dar aplicación estricta a la ley, sino que ha creado verdaderamente derecho en todos aquellos casos en que el legislador no se preocupó de reglamentar en la forma debida.

Así es como son muy pocos los fallos que declaran la nulidad de un acto por la ilicitud de la causa. Señalaremos entre éstos uno que dice: “Es nulo por tener causa ilícita, por ser inmoral y contrario a las buenas costumbres, el contrato celebrado entre el deudor ejecutado y un tercero para alterar el verdadero precio de la subasta del bien embargado por medio de maniobras extrañas y perjudiciales para el acreedor ejecutante, convenidas y llevadas a cabo subrepticamente” ⁽³¹⁰⁾.

En otro fallo se anulaban ciertos contratos que “bajo la apariencia de contratos onerosos sólo tuvieron por fin traspasar los bienes de una sociedad conyugal a terceras personas, colocando a las personas llamadas a suceder al cónyuge del difunto, la mujer en el caso, en la imposibilidad de reclamar sus derechos hereditarios lo que equivale a establecer que tales contratos tienen una causa ilícita” ⁽³¹¹⁾.

Si nos fijamos en este fallo lo mismo que en el anterior, podemos ver que en realidad no se ha aplicado en ellos el concepto clásico de la causa, o sea, el motivo próximo y que en los casos presentes son perfectamente lícitos, sino que nuestra jurisprudencia se ha valido más bien de la causa remota o motivos psicológicos los cuales si que son ilícitos ⁽³¹²⁾.

En cambio en la legislación y jurisprudencia francesas ha sucedido algo completamente distinto a lo que hemos visto en nuestra legislación y jurisprudencia.

El Código de Napoleón no se ha referido ni a la licitud del objeto, al tratar de las condiciones necesarias para la validez de las obligaciones, como lo hizo el nuestro al referirse a los actos o declaraciones de voluntad, ni tampoco ha reglamentado el objeto ilícito. Únicamente se limita a señalar en forma sobria la necesidad de un “objeto cierto que forma la materia del compromiso” (art. 1108), para la validez de una convención.

Pero el legislador francés no se ha valido en forma especial del objeto ilícito para salvaguardar el orden público y las buenas costumbres, sino que de una manera general, en uno de los primeros artículos del Código de Napoleón, ha sentado el principio según el cual “no pueden derogarse las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres por medio de pactos particulares” (art. 6). Además junto a este principio ha determinado que uno de los requisitos para la validez de un contrato es la causa lícita y en el artículo 1133 de dicho Código ha establecido que “la causa es ilícita cuando ella es prohibida por la ley, cuando es contraria a las buenas costumbres o al orden público”. Como claramente podemos ver, el legislador francés adoptó una técnica completamente distinta a la nuestra y pre-

(309) Véase a A. Alessandri R. Los Contratos, p. 56; E. Velasco L. Ob. cit., p. 59 y sgtes.

(310) R. D. y J. T. XVI, sec. I, p. 257.

(311) R. D. y J. T. XXIII, sec. I, p. 175.

(312) Véase: M. Somarriva. Ob. cit., p. 149.

firió, después de establecer el principio general que ya hemos visto en el artículo 6 del Código Civil, referirse exclusivamente a la causa ilícita y no al objeto ilícito, pero tampoco hizo mayor hincapié en cuanto a la causa ilícita, conformándose con la definición que ya hemos transcrito.

Sin embargo, la jurisprudencia francesa en numerosos casos ha declarado la nulidad de ciertos actos por la ilicitud de la causa, como lo veremos a continuación.

El contrato de claqué, esto es, aquél que se celebra entre un empresario de teatro y el jefe de una claqué, comprometiéndose éste último a aplaudir en un momento determinado en la representación de una obra, a cambio de cierta suma de dinero. Dicho contrato pareció a la jurisprudencia como contrario a la moral y el orden público, porque estaba destinado a influir en el criterio de los espectadores en un sentido determinado, sin que se les permitiera apreciar con serenidad el verdadero valor de la representación. Posteriormente los tribunales franceses cambiaron de opinión en lo que al orden público se refiere y han declarado la validez de dichos pactos. Igual suerte que el contrato de claqué ha sufrido ante los tribunales el contrato de corretaje matrimonial, pues en Francia existen agencias destinadas a esta clase de negocios. Primeramente fué declarado nulo por ilicitud de la causa y posteriormente se ha cambiado de criterio, aceptándosele.

Pero la jurisprudencia de los tribunales franceses ha ido más allá de la causa propiamente tal en los contratos, e incluso ha dejado sin efecto algunos contratos que aun cuando jurídicamente la causa es lícita, sin embargo los motivos o causas remotas son contrarias a las buenas costumbres y al orden público. Ya conocemos la diferencia que existe entre la causa próxima que es la que considera el derecho clásico, y los motivos ó causa remota que no son tomados en consideración por él, por lo cual no nos detendremos mayormente en ello.

Así es como los tribunales de Francia han anulado contratos que tienen por objeto el establecimiento de una casa de tolerancia, como ser el arrendamiento de un edificio destinado a ese objeto; o a la venta hecha con el mismo objeto; la venta o arrendamiento de muebles destinados a proveer casas de esa naturaleza; el contrato de préstamo respecto de lo mismo, en fin cualquier contrato que tenga que ver con establecimientos de los ya nombrados. "Como lo reconocen los tratadistas, la jurisprudencia ha ensanchado el campo de aplicación de la teoría de la causa, puesto que anula como ilícitas no solamente obligaciones que tienen, propiamente hablando, una causa ilícita o inmoral, sino contratos sinalagmáticos que, aunque teniendo por objeto prestaciones lícitas, persiguen no obstante, en la intención común de las partes un fin contrario al orden público o a las buenas costumbres, en lo que parece verse una confusión de la causa con los motivos determinantes de la voluntad de las partes" ⁽³¹³⁾.

También la jurisprudencia de los tribunales de Francia, ha declarado la nulidad de ciertos contratos relacionados con el concubinato y muchas veces, para hacerlo, ha tenido que recurrir más que a la causa, a los motivos ⁽³¹⁴⁾.

62.—SANCION AL OBJETO Y CAUSA ILICITA EN NUESTRO DERECHO.—El artículo 1445 de nuestro Código Civil ha establecido que, para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario, aparte de la capacidad y del consentimiento, que recaiga sobre

⁽³¹³⁾ L. Claro S. Ob. cit. T. XI, p. 350.

⁽³¹⁴⁾ Véase: Planiol y Ripert. Ob. cit. T. VI, p. 316; Jorge E. Mera Molina. Exposición de la doctrina de la causa, p. 136 y siguientes.

un objeto lícito y que tenga una causa lícita. Ahora, si el legislador ha señalado los requisitos indispensables para la validez de un acto o declaración de voluntad, y estos requisitos no se cumplen, se ha violado entonces el propósito que ha tenido el legislador para establecerlos y esta violación necesariamente ha de tener una sanción.

El artículo 1681 del Código Civil contenido en el título de la nulidad y la rescisión, ha establecido que “es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa”. Ahora el artículo 1682 nos indica que “la nulidad producida por un objeto o causa ilícita... son nulidades absolutas”. Y los efectos principales que caracterizan a la nulidad absoluta consisten en que “puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; puede asimismo pedirse su declaración por el ministerio público en el interés de la moral o de la ley; y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso de tiempo que no pase de quince años” (artículo 1683).

Por otra parte, la disposición referente al objeto ilícito, de carácter más general, es aquélla que reconoce que tienen dicho carácter todos los contratos prohibidos por las leyes. Pero, como aparte de los contratos quedan muchos actos jurídicos, podía haberse presentado el problema de que a un acto prohibido, por el hecho de no ser contrato, no se le hubiera podido aplicar las reglas que estamos viendo, sobre la nulidad absoluta, a no mediar el artículo 10 del Código Civil que viene a solucionar este vacío estableciendo que: “los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de la nulidad para el caso de contravención”. Y aún más “cuando la ley declara nulo algún acto, con el fin expreso o tácito de precaver un fraude, o de proveer algún objeto de conveniencia pública o privada, no se dejará de aplicar la ley, aunque se pruebe que el acto que ella anula no ha sido fraudulento o contrario al fin de la ley” (artículo 11).

En cuanto a los efectos de la nulidad podemos decir que indistintamente tienen los mismos efectos tanto la nulidad absoluta como la nulidad relativa, adquiriendo dichos efectos cierta modalidad especial cuando se relacionan con la nulidad producida por el objeto y causa ilícita. Por regla general “la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituídas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo” (artículo 1687 del C. C.). Sin embargo el mismo artículo 1687 en su parte final, después de haber establecido la regla general, se encarga de hacerla excepción, que es lo que a nosotros nos interesa en este caso: “sin perjuicio, expresa, de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita”.

¿Qué quiere decir esta última parte del artículo 1887 del Código Civil? Sencillamente que debe estarse a lo dispuesto en el artículo 1468 del mismo Código, según el cual “no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”, con lo cual la ley no hace sino imponer un castigo especial a quienes ejecutan actos contrarios a la ley, que tiene por objeto precaver el resguardo del orden público y las buenas costumbres. La ley con esto le niega toda protección al que a sabiendas del objeto o causa ilícita realiza un acto, porque como dice don Luis Claro Solar “en los casos de objeto y causa ilícita, la repetición no procede, porque para obtenerla el demandante tendría que invocar este vicio, lo que es

contrario al adagio: *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*; no es a nadie permitido invocar como derecho su propia falta; sería una inmoralidad manifiesta” (315).

Debemos observar sin embargo, que esta sanción se aplica no en todo caso de objeto o causa ilícita, sino cuando se trata de aquellos casos en que se haya dado o pagado algo por un objeto o causa ilícita “a sabiendas”, surgiendo con esto la cuestión de determinar si el conocimiento a que se refiere el artículo 1468 del Código Civil es de la disposición legal que declara o establece la ilicitud del objeto o de los hechos que dan el carácter de ilícito al objeto o causa. Todos los comentadores de nuestro derecho se pronuncian por este último sentido, ya que de aceptar el primero, la sanción del artículo 1468 no sería una excepción sino una regla general, dada la presunción de derecho de que la ley es conocida de todos, que establece el artículo 8 del Código Civil. En esta forma todo contratante de un acto nulo por ilicitud del objeto o de la causa quedaría comprendido en el artículo 1468, porque había actuado “a sabiendas”. Nosotros estamos plenamente de acuerdo, entonces, en que la expresión “a sabiendas” se refiere al conocimiento de los hechos que han dado a la cosa materia del contrato el carácter de ilícito. Así, en la enajenación de especies embargadas se aplicaría el artículo 1468 al que la adquirió a sabiendas de que, al tiempo de la enajenación había recaído embargo sobre ella.

“La expresión “a sabiendas”, dice don Arturo Alessandri R., que emplea este artículo, se refiere al conocimiento real y efectivo que en el hecho tenga, el que pagó, de la ilicitud de la causa, no del conocimiento presunto que el artículo 8 del Código Civil establece de la ley, porque de lo contrario no se daría nunca un caso de que un individuo que ha pagado por un objeto o causa ilícita pudiera repetir lo pagado.

Como este artículo niega el derecho de repetir lo pagado al que ha pagado a sabiendas de la causa ilícita, si el que tiene conocimiento de la causa ilícita es el que ha recibido el pago, podrá pedirse su restitución” (316).

Es interesante anotar que la jurisprudencia de nuestros tribunales también ha adoptado esta doctrina que hemos indicado en un fallo de estos últimos años y según el cual: “al establecer el artículo 1468 del Código Civil que no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita “a sabiendas” se refiere al conocimiento real y efectivo de la ilicitud de la causa u objeto, y no basta el conocimiento presunto que se supone de la ley que puede dar origen a esa licitud” (317).

Con esto terminamos lo relacionado con las limitaciones más esenciales que el derecho clásico impuso al principio de la autonomía de la voluntad, y que casi todas las legislaciones inspiradas en los postulados de aquella época aceptan con más o menos variaciones a la manera como lo hemos indicado en este trabajo.

(315) L. Claro S. Ob. cit. T. XI, p. 361.

(316) A. Alessandri R. Los Contratos, p. 60; véase además H. Tapia A. De las Obligaciones Naturales, p. 166.

(317) R. D. y J. T. XXXVIII, sec. I, p. 414.

CAPITULO IV

El principio de la autonomía de la voluntad en el derecho moderno

PARRAFO PRIMERO

Las transformaciones generales de la economía y el derecho en el siglo pasado.

63.—TRANSFORMACIONES GENERALES DE LA ECONOMIA EN EL SIGLO PASADO.—Indudablemente que el liberalismo económico, en el cual le cupo una activa participación, sobre todo en lo contractual, al principio de la autonomía de la voluntad, hizo del siglo pasado una época esplendorosa para la humanidad, porque en él se produjeron los más grandes adelantos en todo orden de cosas. Fué la época grandiosa de la conquista de los mercados exteriores y la incorporación a la civilización de casi todas las tierras del mundo que aun permanecían inexploradas y sin cultivo; la época en que la industria recibió los beneficios de la ciencia, alcanzando un alto grado de desarrollo el maquinismo y con ello la ventaja de un bienestar colectivo y por consiguiente un aumento considerable en la población; la época de la riqueza general, producida por el enorme desarrollo del comercio y la formación de las grandes empresas con una gran capacidad de producción, debida a la democratización del crédito; la época de la concentración continua de los capitales; la época, en fin, de los grandes descubrimientos científicos e invenciones.

Las condiciones de la vida misma se transformaron a consecuencia de todo esto. Los medios de comunicación y transporte facilitaron y por lo tanto intensificaron los cambios de prestaciones. Posteriormente la prensa y la radio han hecho que las noticias se difundan con suma rapidez lo que influye en el alza o baja de los valores.

La base misma de la economía se ha transformado del tipo rural o agrícola a una economía de tipo industrial; de aquellas economías que tenían por base la riqueza del suelo a una economía en que los valores mobiliarios desempeñan el rol más importante.

Pero esta nueva estructura económica, que hemos diseñado, produjo al mismo tiempo el efecto de concentrar a los obreros en determinados centros industriales, en donde, al adquirir conciencia de clases, se organizan en sindicatos para luchar por la reivindicación de sus derechos, llegando muchas veces a imponer el precio de sus salarios, con lo que quedaba en el suelo la teoría según la cual los salarios también se rigen por la ley de la oferta y la demanda de brazos.

Por otra parte las sociedades anónimas, si en verdad democratizaron el capital, permitiendo a las fortunas pequeñas participar en las utilidades de las grandes empresas, por otro lado facilitaron la concentración de grandes capitales, ante el estímulo de la responsabilidad limitada que ofrece esta clase de sociedad. Las sociedades anónimas controladas por los holdings estaban capacitadas en razón de sus grandes capitales, para entregar sus productos al mercado no para que la ley de la oferta y la demanda fijara sus precios, sino que éstos ya iban determinados de antemano de acuerdo con sus respectivos costos de producción.

Las mismas sociedades anónimas muchas veces convertidas en trust, monopolizaron una determinada industria, eliminando a sus competidores, con lo cual quedaban libres para determinar a su arbitrio los precios de los productos los cuales no guardaban ninguna relación con la oferta y la demanda, llegando muchas veces a frustrar la concurrencia si era necesario para obtener beneficios desmedidos.

Otras veces bajo la protección del Estado se desarrollaba cierto cultivo para satisfacer la necesidad de cada país y el precio de sus productos era beneficioso para los particulares, lo cual estimulaba a una mayor producción para obtener una mayor ganancia. Había con esto una gran oferta frente a una demanda que permanecía estacionaria, generalmente. Lo lógico era que en estas circunstancias el precio bajara, pero interviene el Estado nuevamente y para mantener el nivel de los precios, compra lo que excede de la oferta a la demanda lo cual no produce el efecto de disminuir la producción para acondicionarla a las leyes que propiciaba la economía liberal, sino al contrario se mantiene o aumenta el nivel de producción, porque se está seguro de que el Estado intervendrá para evitar cualquiera calamidad. Pero llega el momento en que el Estado se incapacita para financiar los stocks de productos adquiridos y recurre a la política del malthusianismo económico y paga a los productores para destruir sus cosechas a fin de mantener los precios. Pero lo más terrible es que mientras se destruyen los alimentos para mantener los precios, hay millares de hombres que se mueren de hambre.

Los postulados clásicos enunciados para regir el equilibrio de la economía, pronto se vieron burlados a consecuencia del nuevo carácter de desorden que adquirió la economía de los pueblos que al no concordar con ellos, producía la anarquía en la producción y por ende el desequilibrio económico con sus graves perturbaciones en forma constante y periódica, conocidas con el nombre de crisis, las cuales los hombres eran incapaces de conjurar por sí solos, debiendo recurrir al Estado para que interviniera en la solución de los problemas suscitados ⁽³¹⁸⁾.

64.—ROL DEL ESTADO MODERNO.—Y es con ocasión de estas graves situaciones que los mismos individuos invitan al Estado a salir de aquella neutralidad en que lo habían colocado, para que adopte las medidas necesarias que tiendan a evitar las consecuencias que pueden derivarse de cada problema producido. Pero estas medidas que el Estado adopta, tienen una trascendencia mucho más capital que aquella de solucionar una crisis determinada. Las intervenciones del Estado en la vida económica que llegan a ser continuas, hacen cambiar totalmente el rol de éste, llegando a constituir en nuestros días algo diametralmente opuesto a como lo concibieron los hombres de la Revolución Francesa y esto en algunos países más que en otros.

⁽³¹⁸⁾ Véase: Louis Rougier. Las místicas económicas. Traduc. L. A. Sánchez. Ediciones Ercilla 1940.

De aquel concepto de Estado-guardián, cuyas funciones se limitaban a asegurar solamente los derechos del ciudadano mediante el mantenimiento del orden, sin intervenir para nada en lo relacionado con la actividad económica de los particulares, pasó el Estado a convertirse, como lo han llamado algunos en Estado-beneficencia pública, por las obligaciones que se le impuso, destinadas generalmente a favorecer a todos aquellos incapaces para sostener la cruda lucha que les imponía aquella economía basada en la libre competencia.

Luego después, es a veces el capital quien pide protección al Estado en los casos en que el mercado no satisface sus necesidades, por otro lado los obreros reclamando mayores salarios y menos horas de trabajo, los agricultores solicitando créditos, los industriales pidiendo el alza de las tarifas aduaneras para los artículos de importación, etc. etc. El estado interviene en uno y otro sentido, tomando las medidas necesarias para solucionar los diversos problemas que se le presentan a la economía y que las leyes de la naturaleza ya son incapaces de hacer recuperar el equilibrio perdido.

Con todo esto, la intervención del Estado se hace más notoria poco a poco y cada día más en todas las actividades de los individuos y cuando éstos se dan cuenta que la libertad concedida por la Revolución Francesa se pierde con esta intervención y quieren evitarlo, ya es demasiado tarde, las condiciones de la economía han variado y la ingerencia del Estado se hace indispensable en la dirección de ésta ⁽³¹⁹⁾.

65.—CONCEPTO SOCIALISTA DEL DERECHO.—Las transformaciones de la economía no solamente han tenido la particularidad de imprimir un nuevo rumbo a la labor del Estado, en lo que se refiere a las actividades de los particulares, sino que también ha permitido valorar de muy diversa manera el concepto mismo del derecho que había adquirido un carácter muy especial con el auge del individualismo.

Las nuevas modalidades de la vida han hecho comprender al hombre que no vive solo y aislado, sino que por el contrario forma parte de una sociedad organizada; que lo esencial no es que el hombre nazca y permanezca libre, sino que nazca y permanezca siempre unido con los demás miembros de la sociedad con quienes hace vida común para satisfacer también sus necesidades que son comunes, de donde aparece un sentimiento de solidaridad por la similitud de estas necesidades o bien un sentimiento de solidaridad por la división del trabajo a consecuencia de la diversidad de aptitudes que obliga al cambio de prestaciones y servicios ⁽³²⁰⁾

La sociedad ha dejado de ser un simple medio en el que se desarrolla el individuo como la única realidad. Los derechos de la sociedad, o sea, los derechos de todos, priman por sobre el interés de los particulares. Se ha dicho, observando esta nueva modalidad, que "el derecho se ha socializado; que puede sostenerse hoy día que todo derecho es social, como se habría podido decir en el siglo XVIII y principio del XIX que todo derecho era individual" ⁽³²¹⁾.

Este derecho social considera al individuo como un miembro de la colectividad, como un ser social y concreto y no como un ser aislado y abstracto, según se concebía en el siglo pasado, por cuanto un individuo aislado, considerado en sí mismo y sin relación alguna con sus semejantes, no puede ser sujeto de derechos ni pasivo de obligaciones. El derecho nace

⁽³¹⁹⁾ Véase: Harold Lasky. El Estado Moderno.

⁽³²⁰⁾ Véase: L. Duguit. Ob. cit., p. 42.

⁽³²¹⁾ L. Le Fur. Droit individuel et Droit social. T. II, 1931.

precisamente cuando el hombre actúa en un grupo social y genera obligaciones que el legislador debe reglamentar.

La influencia de la tendencia socialista del derecho se manifiesta hoy día en todo orden de cosas y ha determinado una revisión, diríamos casi completa, de todos los conceptos construídos a base del individualismo del siglo pasado, para adquirir una noción socialista por excelencia ⁽³²²⁾.

66.—CONCEPTO MODERNO DE LA LIBERTAD INDIVIDUAL.— La estructura de la vida moderna ha variado fundamentalmente en el transcurso de un siglo y el hombre parece haber comprendido que la libertad, en la forma que la concibieron en el siglo pasado, no se ajusta a las realidades del momento. Las actividades de los individuos siguen el rumbo señalado por las instituciones creadas por el Estado, el cual ha llegado a convertirse en la piedra fundamental del edificio social, según la expresión de Lasky, que moldea la forma y el carácter de millones de seres humanos, de cuyo destino está encargado.

La ausencia de restricciones que es lo que caracteriza esencialmente de una manera positiva a la libertad, mirada desde un punto de vista práctico, con el auge considerable de las funciones del Estado, desaparece para ir convirtiéndose en un aumento constante de aquellas restricciones provocadas por las nuevas modalidades de la vida en sociedad. Este aumento de las restricciones no sólo significa el despojo de los derechos emanados en consideración a la libertad, sino que también significa por otro lado el aumento de actividad que el individuo debe desarrollar en beneficio propio y de la colectividad. En la hora actual, como dice León Duguit, “todo hombre tiene una función social que llenar y por consecuencia tiene el deber social de desempeñarla; tiene el deber de desenvolver, tan completamente como le sea posible, su individualidad física, intelectual y moral para cumplir esa función de la mejor manera y nadie puede entorpecer ese libre desenvolvimiento de su individualidad; no tiene derecho a la inactividad, a la pereza. Los gobernantes pueden intervenir para imponerle el trabajo. Pueden incluso reglamentarlo; porque los gobernantes no hacen entonces más que imponerle la obligación de realizar la función social que le incumbe” ⁽³²³⁾.

La libertad en buenas cuentas ha dejado de ser un derecho subjetivo, según el cual cada uno podía hacer todo lo que no perjudicara a otro, y aun perjudicar, siempre que se hiciera de acuerdo con la ley. Ahora la libertad ha tomado un sentido totalmente diferente, se ha convertido en “la consecuencia de la obligación que se impone a todo hombre de desenvolver lo más completamente posible su individualidad, es decir, su actividad física, intelectual y moral, a fin de cooperar lo mejor posible a la solidaridad social” ⁽³²⁴⁾.

El Estado moderno en razón del nuevo rol que le corresponde y de esta nueva concepción de la libertad, trata de capacitar al individuo para que sea más apto en la lucha por la vida y su trabajo tenga una trascendencia efectiva en la sociedad, estableciendo obligaciones al individuo, si lo juzgamos esto con una mentalidad del siglo pasado, en que cada uno hacía lo que quería, pero que en realidad son derechos concedidos a los ciudadanos si lo apreciamos de acuerdo con las ideas de nuestros días, en que todo

⁽³²²⁾ Véase: Gustav Radbrück. *Du droit individualiste au droit social*. Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique. T. II, 1931; Maxime Leroy. *Le temps présent et l'idée du droit social*. Archives de Philosophie... 1932.

⁽³²³⁾ León Duguit. *Ob. cit.*, p. 36.

⁽³²⁴⁾ León Duguit. *Ob. cit.*, p. 52.

tiende a hacer posible la vida en la sociedad. La legislación soviética, por ejemplo, ha interpretado esta moderna concepción de la libertad de una manera tal, que en verdad hace que el trabajo no aparezca como algo que se le impone al individuo forzosamente en contra de su voluntad, como una obligación, sino más bien como un derecho. Así está establecido en el artículo 118 de la Constitución Soviética, contenido en el título referente a los derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos: "Los ciudadanos de la U. R. S. S. tienen derecho al trabajo: derecho de obtener un trabajo garantizado, con remuneración de su trabajo según su cantidad y calidad". Tal es lo que dispone dicho artículo.

La instrucción tampoco debe considerarse como una obligación que pesa sobre el individuo, sino más bien como un derecho que pertenece a cada ciudadano. Instrucción que lo capacita para cumplir más a conciencia la función social que le corresponde en la sociedad. Así también lo ha reconocido la Constitución Soviética, la cual en el artículo 121, habla del derecho a la instrucción ⁽³²⁵⁾.

Igualmente esta misma Constitución se refiere al derecho al seguro de la vejez, en vez de referirse al seguro obligatorio o a la enseñanza obligatoria como lo ha hecho la totalidad de los legisladores que no han logrado desprenderse en cierto modo de la manera de expresarse del legislador clásico, pero que sienten sí, la influencia de la concepción de la libertad como función social y no como derecho subjetivo.

Pero la capacitación del individuo en que el Estado se encuentra empeñado no sólo se refiere a darle conocimientos por medio de la instrucción, sino también comprende todo orden de medidas destinadas a cambiar las condiciones de vida tanto económicas como higiénicas, etc. Para eso es que se han dictado leyes, interpretando esta nueva fórmula de la libertad, que tienen por objeto prevenir las enfermedades, establecer seguros contra ellas, leyes de carácter sanitario, etc. etc.

67.—LA PROPIEDAD FUNCION SOCIAL.—La propiedad misma ha cambiado de concepto con esta nueva concepción de la libertad, dejando de ser un derecho absoluto sobre una cosa de la que el dueño puede disponer arbitrariamente, para convertirse en "la función social del tenedor de la riqueza" ⁽³²⁶⁾. El propietario de una cosa por la sola circunstancia de su dominio, está en el deber de emplearla conforme a su destino social, y no solamente sacar un beneficio exclusivo de ella, o no sacar ninguno, si así le parece, por cuanto eso es apreciar las cosas conforme a un criterio individualista, lo cual está muy distante de nuestra realidad actual. Así lo han comprendido numerosas legislaciones que han concedido carta de ciudadanía a esta nueva fórmula de función social que tiene la propiedad.

⁽³²⁵⁾ Debemos anotar como dato interesante referente a esta materia el que nos proporciona Duguit en su obra *Las transformaciones del derecho privado* después del Código de Napoleón en la página 65. "Cuando en Francia el partido republicano votó la ley del 28 de Marzo de 1882 sobre la enseñanza primaria obligatoria, el partido católico pretendió que éste era un atentado contra la libertad del padre de familia. Ciertamente la obligación de la enseñanza está en contradicción con la noción de libertad-derecho tal como ella figura en la Declaración de 1789".

⁽³²⁶⁾ L. Duguit. *Ob. cit.*, p. 178. Este mismo autor dice refiriéndose a esta misma materia. "En las sociedades modernas, en las cuales ha llegado a imperar la conciencia clara y profunda de la interdependencia social, así como la libertad es el deber para el individuo de emplear su actividad física, intelectual y moral en el desenvolvimiento de esta interdependencia, así la propiedad es para todo poseedor de una riqueza, el deber, la obligación de orden objetivo de emplear la riqueza que posee en mantener y aumentar la interdependencia social", p. 178.

La Constitución del Brasil ha establecido que “se garantiza el derecho de propiedad, el cual no podrá ser ejercido en contra del interés social o colectivo” (art. 113 N.º 17).

La Constitución Política de la República española del año 1931 que, aun cuando no está en vigencia en nuestros días debido a la revolución franquista, es sin embargo un documento jurídico de mucha consideración, establece en el artículo 44: “Toda la riqueza del país, sea quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional, y afecta al sostenimiento de las cargas públicas, con arreglo a la Constitución y a las leyes”.

“La propiedad de toda clase de bienes podrá ser objeto de expropiación forzosa por causa de utilidad social, mediante adecuada indemnización, a menos que disponga otra cosa una ley aprobada por los votos de la mayoría absoluta de las Cortes. Con los mismos requisitos, la propiedad, podrá ser socializada”.

La Constitución del Perú establece por su parte, en el artículo 35, que “la propiedad debe usarse en armonía con el interés social. La ley fijará los límites y modalidades del derecho de propiedad”.

La Constitución del Portugal dispone: “El capital y la propiedad privada desempeñan una función social para cuya realización podrá la ley determinar las condiciones de su empleo o explotación, conforme a la finalidad colectiva” (art. 33).

El artículo 836 del Código Civil Mejicano establece que: “La autoridad puede mediante indemnización, ocupar la propiedad particular, deteriorarla y aun destruirla si esto es indispensable para prevenir o remediar una calamidad pública, para salvar de su riesgo inminente una población o para ejecutar obras de evidente interés colectivo”.

Nuestra Constitución Política ha acogido en parte esta manera de concebir el derecho de propiedad de acuerdo con las ideas expuestas referente a la función social, cuando expresa en el inciso 3 del N.º 10 del artículo 10: “El ejercicio del derecho de propiedad está sometido a las limitaciones o reglas que exijan el mantenimiento y el progreso del orden social, y, en tal sentido, podrá la ley imponerle las obligaciones o servidumbres de utilidad pública en favor de los intereses generales del Estado, de la salud de los ciudadanos y de la salubridad pública”.

Como podemos ver a través de los textos que hemos citado, se ha acogido favorablemente la nueva concepción de la propiedad función social derivada a su vez de la nueva concepción de la libertad de los ciudadanos y que dista mucho de ser subjetiva como lo fué en otra época.

68.—CONCEPTO OBJETIVO DEL DERECHO Y SU INFLUENCIA.—Ya hemos visto como el siglo XIX está caracterizado por el reinado del subjetivismo, que resulta de los principios de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, y que funda el sistema jurídico en la voluntad del sujeto, haciendo que el derecho subjetivo sea un poder del individuo, reconocido por el derecho objetivo o norma de derecho.

Ahora hemos visto cómo el fundamento que permitía la concepción subjetiva del derecho ha desaparecido con los modernos conceptos de socialización del derecho y sus consecuencias en la libertad individual y en la noción de sujeto de derecho, lo cual ha hecho que algunos autores lleguen a negar la existencia, en nuestros días, de los derechos subjetivos, como lo ha hecho Duguit, para quien “está en vías de constituirse una sociedad en la cual se excluye la concepción metafísica de derecho subjetivo, para dar lugar a la noción de derecho objetivo, que implica para cada

cual la obligación social de cumplir una cierta misión y el poder realizar los actos que exige el cumplimiento de esta misión” (327).

Con el concepto objetivo del derecho, la voluntad individual deja de tener el rol creador asignado por el derecho clásico, para someterse al orden objetivo de las instituciones sociales y de las reglas jurídicas o lo que es lo mismo al derecho objetivo.

“Sólo esta regla de derecho posee por sí misma un valor jurídico; las voluntades subjetivas y los poderes subjetivos de los hombres no pueden realizar actos jurídicos, sino por la absoluta conformidad de su conducta con la regla de derecho, y no hay de esta manera ningún derecho subjetivo que se funde únicamente en la autonomía de la libertad individual” (328).

Los que aceptan esta nueva concepción, “no ven en el Derecho un poder de la voluntad, sino lisa y llanamente un poder jurídico que nace como un efecto de haber encausado nuestros actos dentro de las normas del derecho objetivo, es decir, de haber obrado en conformidad a dichos preceptos... El Derecho paulatinamente va perdiendo su subjetividad, se va independizando de la tiránica voluntad individual marchando hacia un concepto objetivo del mismo. En otras palabras, al legislador moderno le importa más la finalidad del acto que la voluntad de las partes. Muchas veces quebrando su antigua rigidez, haciendo caso omiso de la voluntad individual, presta su sanción a situaciones jurídicas determinadas, porque la finalidad que ellas persiguen son de conveniencia y utilidad social” (329).

a) **Noción moderna sobre sujeto de derecho.**—Hemos tenido la oportunidad de indicar anteriormente la doctrina clásica en cuanto a los sujetos de derechos, según la cual solamente podía serlo el hombre por el hecho de estar dotado de voluntad, y que para justificar la existencia de las colectividades tenía que recurrirse a la teoría de la ficción. Esta teoría, partiendo de la base de que sólo el hombre puede ser sujeto de derecho, admite que ciertas colectividades por la concesión graciosa de la ley, puedan ejercer derechos y contraer obligaciones. Como estas colectividades no tienen una voluntad, el legislador por medio de una ficción reconoce su existencia. Tal es la teoría expuesta por Savigni y que perduró casi sin ser contradicha, siendo enseñada como un dogma, hasta la mitad del siglo pasado, época en que más o menos empieza a ser abandonada en el campo doctrinario, para dar paso a numerosas otras que justifican desde diversos puntos de vista la tendencia incontrarrestable del movimiento asociacionista que se desarrolló a pesar de los malos ojos con que fué mirada por el legislador clásico que repudiaba abiertamente a las asociaciones.

Así es como aparece la teoría de los derechos sin sujetos, sustentada por Brinz, basada en la afectación a un fin único de tales derechos; la teoría de la realidad de la persona moral de Gierke; la teoría de la copropiedad de los asociados de Vareilles-Sommieres o de la propiedad colectiva de Planiol, para quien: “la idea de la personalidad ficticia es una concepción simple, pero superficial y falsa, que oculta a las miradas la persistencia hasta nuestros días de la propiedad colectiva al lado de la propiedad individual” (330).

Todas estas teorías han producido, cual más cual menos, el efecto fundamental de derrumbar la base misma de la que considera una ficción

(327) L. Duguit. La transformación del Estado, p. 195.

(328) M. Hauriou. Principios de Derecho Constitucional y Público, p. 71.

(329) M. Somarriva U. Trabajo citado. R. D. y J. T. XXXI, 1.ª parte, p. 40.

(330) Derecho Civil. T. I, N.º 3017.

a la persona moral, ya que la voluntad deja de ser lo esencial, para considerar la necesidad de la existencia de las asociaciones.

Pero donde la teoría del sujeto de derecho, concebida por el derecho clásico, recibe su golpe de gracia, es con la moderna concepción general del derecho que, lisa y llanamente, niega la existencia de los derechos subjetivos en lo cual varía fundamentalmente la noción de sujeto de derecho ⁽³³¹⁾.

Es aquí donde puede apreciarse en forma notable el concepto objetivo del derecho moderno. Efectivamente todas las teorías prescinden de la voluntad para justificar la existencia de las personas jurídicas y se reconocen "únicamente teniendo en vista el fin de conveniencia para la sociedad que ellas persiguen" ⁽³³²⁾.

b) **Noción objetiva del patrimonio.**—La noción de patrimonio también ha experimentado esta influencia "que contrariamente a la idea clásica de Aubry y Rau, no ve en él algo íntimamente ligado a la persona, sino que lo considera por su finalidad. Es así como se admite que puedan haber patrimonios sin dueño, como lo reconoce expresamente el Código Alemán en su artículo 419 y, hasta cierto punto, el artículo 963 del nuestro; y que, también, un sujeto puede ser titular de varios patrimonios, como acontece, por ejemplo, con la mujer casada que se dedique al comercio marítimo, la que tiene tres patrimonios: el formado por sus bienes propios, el constituido por las ganancias que obtuviere en el desempeño de su profesión u oficio y, finalmente, su fortuna de mar, regidos cada uno de ellos por estatutos jurídicos diversos" ⁽³³³⁾.

En nuestros días el concepto de patrimonio se independiza del sujeto y adquiere una individualidad propia más objetiva, porque ya no existe la razón que hizo casi la identificación entre ambos conceptos. En efecto según las ideas derivadas del Derecho Romano, en lo relativo a las obligaciones que eran eminentemente subjetivas, no permitían una separación entre el sujeto de derecho y su patrimonio, por cuanto a falta de bienes materiales con que satisfacer la deuda, era sobre su persona que se hacía efectiva. Tal manera de pensar ha sido abandonada casi completamente y más bien se ve en cada obligación, de acuerdo con la tendencia moderna de objetividad, una relación no entre las personas del acreedor y el deudor, sino entre el acreedor y el patrimonio del deudor, o como algunos creen, con cierto exceso de objetividad, una relación entre dos patrimonios, el del acreedor y el del deudor, independientemente de las personas a quienes pertenecen estos patrimonios.

c) **Concepto objetivo de obligación y la cesión de deudas.**—Lo anteriormente explicado nos permite apreciar también la importancia que reviste la objetividad del derecho, que ha llegado a aceptar la cesión de las deudas, que un criterio subjetivo no permitía.

En el Capítulo Primero dejamos establecido que el derecho clásico no logró desprenderse del todo del concepto romano de la obligación en la que la determinación de las personas era algo íntimamente ligado a la materialidad misma de la obligación.

Si en verdad las necesidades hicieron, por medio de ciertos subterfugios, que se permitiera la transmisibilidad de las obligaciones, primero por

⁽³³¹⁾ Véase: L. Duguit. Ob. cit., p. 72 y siguientes; R. Demogue. La notion de sujet de droit. Rev. Trim. 1909.

⁽³³²⁾ M. Somarriva U. Trabajo citado.

⁽³³³⁾ M. Somarriva U. Trabajo citado.

causa de muerte y después por acto entre vivos, sólo en el aspecto activo de la obligación, sin embargo el concepto subjetivo de ella no aceptaba la transmisión por acto entre vivos del pasivo de la misma, o lo que se llama la cesión de deudas, porque el cambio de las personas que habían intervenido en la obligación hacía que ésta desapareciera y si se quería reemplazarla por otra había que valerse de la novación.

La tendencia objetiva del derecho, aceptada por el derecho alemán, que prescinde un tanto de las personas que intervienen, para fijarse más bien en el patrimonio, permite que un deudor pueda ser reemplazado por otro sin que cambie o se transforme la obligación, la cual subsiste en su integridad.

“El Código alemán ve en las obligaciones una materialidad separada de las personas que en ella intervienen, considera las obligaciones como algo material, independiente de las personas. Por eso dentro de este criterio, es perfectamente posible la sustitución del deudor o del acreedor, puesto que la persona es indiferente para la existencia del vínculo jurídico; para el deudor es indiferente la persona del acreedor, y para éste es indiferente la persona de aquél; lo que ambos persiguen es el cumplimiento de la exigibilidad de una obligación, de una materialidad ajena a las personas que en la obligación han intervenido” (334).

d) **Responsabilidad objetiva.**—La tendencia objetiva del derecho también ha influido en materia tan importante como la que dice relación con la responsabilidad derivada del daño causado a otra persona. Conforme al derecho clásico que veía en la voluntad la base de toda relación jurídica, para que hubiera responsabilidad por los daños causados, era necesario que esa voluntad interviniera también en forma de culpa o negligencia. Si no mediaba este elemento, no surgía responsabilidad por los daños causados, porque conforme a la terminología clásica, dicho acto no le era imputable.

Ya hemos visto como la voluntad pierde valor con el auge del carácter objetivo del derecho y también, en lo que a la responsabilidad se refiere, ha sufrido una profunda modificación con la aparición de la moderna teoría de la responsabilidad objetiva o del riesgo creado. De acuerdo con esta teoría se prescinde de la intervención o no intervención de la voluntad del actor y sólo se considera el hecho material del daño causado. Si existe un daño el autor debe repararlo aun cuando haya obrado sin culpa o negligencia, por cuanto para nada interesan estos elementos, sino el hecho de establecer cual es el patrimonio que en definitiva debe soportar el riesgo ocurrido.

Tiene la enorme ventaja, este nuevo sistema de responsabilidad sin culpa, que al no considerar el elemento imputabilidad se libra también al que ha sufrido el daño, de tener que estar probando la culpabilidad del sujeto, lo cual muchas veces hacía que por falta de prueba no pudiera ser indemnizado quien había sido perjudicado.

La teoría de la responsabilidad objetiva ha tenido una gran aplicación en el derecho del trabajo, en materia de accidentes sufridos por los obreros. Así nuestro Código del Trabajo, artículo 255, establece que “el patrón o empleador es responsable de los accidentes del trabajo ocurridos a sus obreros y empleados. Exceptúanse los accidentes debidos a fuerza

(334) A. Alessandri R. Obligaciones, p. 277. Véase: V. Loewenwarter. Derecho Civil Alemán, p. 204; Gaudemet. Théorie des Obligations, p. 12; Colin y Capitant. Ob. cit. T. III, p. 320 y 330; L. Josserand. Ob. cit. T. II, p. 448; Planiol y Ripert. Ob. cit. T. VI, p. 479; L. Enneccerus. Tratado de Derecho Civil. T. II, p. 404.

mayor extraña y sin relación alguna con el trabajo y los producidos intencionalmente por la víctima. La prueba de las excepciones señaladas corresponde al patrón” (335).

PARRAFO SEGUNDO

La influencia de algunas doctrinas jurídicas modernas.

69.—TRANSFORMACIONES DEL DERECHO CON LA APARICION DE MODERNAS DOCTRINAS.—Hemos visto hasta aquí la transformación que ha experimentado el concepto del derecho: de individual a social, de subjetivo a objetivo. Usando los términos de León Duguit, el sistema jurídico de orden metafísico e individualista ha desaparecido para dar lugar a un sistema jurídico de orden realista y socialista. La noción realista de función social substituye a la noción metafísica de derechos subjetivos.

La libertad que era el fundamento del derecho individual y subjetivo también ha cambiado de orientación ante el influjo de las necesidades sociales y se ha convertido, como ya lo hemos visto, en una obligación que pesa sobre el individuo para desarrollar íntegramente su personalidad física e intelectual, y cumplir así, en la forma más perfecta posible, el rol que le corresponde desempeñar en la sociedad.

Con todo esto el principio de la autonomía de la voluntad no ha podido permanecer inalterable. Si sus fundamentos que le servían de apoyo se han transformado, es lógico suponer que el principio de la autonomía de la voluntad, también ha tenido que seguir un camino semejante. No habría necesidad siquiera de preocuparse de este principio, si no fuera por la contradicción que ya notamos en todas las legislaciones positivas de origen clásico, en las cuales podemos ver que aun se conservan, sin que aparentemente se encuentren alteradas, las disposiciones que según vimos en su oportunidad consagran el principio de la autonomía de la voluntad, como aquéllas que se refieren: al carácter de ley que tienen los contratos, a la renuncia de los derechos privados, a la interpretación de los contratos, etc. La realidad, sin embargo, es muy distinta a esta apariencia y todas aquellas disposiciones que encontramos en los códigos, como vestigios de la concepción clásica del derecho, se encuentran totalmente modificadas, a consecuencia de que las transformaciones generales del derecho han hecho aparecer tendencias y doctrinas que interpretan la realidad jurídica de distinta manera.

70.—LA RELATIVIDAD DE LOS DERECHOS.—“Muchos juristas rehusan admitir actualmente el absolutismo de los derechos individuales. Ven en ello un legado de la Escuela del Derecho Natural, de la filosofía del siglo XVIII, del liberalismo inglés, de los principios de la Revolución, del autoritarismo del Primer Cónsul, de la filosofía de Kant. Una nueva era se abre en que se va a pedirle cuenta a esos pretendidos derechos soberanos. No hay, se dice, derechos absolutos; todos los derechos son necesariamente relativos” (336).

(335) Véase: L. Duguit. *Las transformaciones generales del derecho...*, p. 156 y siguientes; E. Lalou. *La responsabilité civile*; Colin y Capitant. *Ob. cit.* T. II, p. 367; Orlando Tapia Suárez. *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes*; Enrique Rossel S. *Orientaciones actuales del derecho de las obligaciones* (Conferencia).

(336) G. Ripert. *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, p. 224.

El absolutismo de los derechos es una consecuencia del reconocimiento que el concepto individualista hace de los derechos subjetivos, los cuales pueden ser ejercidos por el sujeto libremente, en la forma que mejor le parezca, sin tener que rendir cuenta a nadie sobre el resultado que de ese ejercicio se derive. De lo cual se deduce al mismo tiempo, que si en el ejercicio legítimo de un derecho se causa un daño a otro, el autor de ese daño no responde de nada, por cuanto se encuentra amparado por la máxima según la cual “quien su derecho ejerce a nadie ofende”, con lo que quiere significarse que cuando se ejerce un derecho legítimamente no deben considerarse las consecuencias que pueden derivarse de ese ejercicio. Se decía que un mismo acto no podía ser a la vez lícito e ilícito.

Como podemos ver todo esto es individualismo puro, por cuanto postpone al libre ejercicio de los derechos individuales, el interés social que resulta al reprimir el ejercicio que aun cuando legítimo perjudique a otro individuo o a la sociedad.

Pero toda esta manera de pensar ha tenido que ser totalmente reemplazada ante el objetivismo que reviste el derecho actual, y como hemos visto más arriba, según lo que dice Ripert, los derechos han adquirido la categoría de relativos. En nuestros días, de acuerdo con la moderna filosofía jurídica, los derechos se conceden a cada individuo no para que haga uso antojadizo de ellos, muchas veces contrario al interés de la sociedad, sino para que precisamente llenen una función social de acuerdo con el moderno concepto que se tiene de la libertad, según lo hemos visto anteriormente. El ejercicio de los derechos no debe estar destinado a perjudicar a otro bajo el pretexto de que lo hace conforme a la ley, sin que ese ejercicio le reporte ningún beneficio a nadie. Como muy bien lo expresa Jossierand: “cada derecho tiene su razón de ser, su carácter del cual no puede desprenderse. Los derechos pueden utilizarse no para un fin cualquiera, sino tan sólo en función de su carácter, del rol social que ellos están llamados a desempeñar; no pueden ejercitarse a tontas y a locas, sino a sabiendas, para un fin legítimo y en razón de un motivo legítimo. Y así, no pueden ponerse al servicio de la malicia, de la mala fe, del deseo de perjudicar a otro; no pueden servir para realizar la injusticia; no pueden ser desviados de su curso regular. De otro modo, a decir verdad, los titulares no ejercitarían los derechos, sino más bien, abusarían de ellos; cometerían un abuso de los derechos y serían responsables ante las víctimas” (337).

De manera que así como el subjetivismo de los derechos produjo el absolutismo en los mismos, el concepto objetivo de los derechos, que mira más hacia la finalidad de ellos que a la voluntad que los dirige, ha hecho que se reemplace el absolutismo de los derechos por un concepto en que la relatividad de ellos es la base para su ejercicio.

71.—LA TEORIA DEL ABUSO DEL DERECHO.—El concepto sobre la relatividad de los derechos que hemos anteriormente visto, constituye la antesala inmediata de la teoría del abuso del derecho, que pasamos a ver en sus líneas generales que digan relación más directa con este trabajo.

Según la moderna concepción del ejercicio del derecho, éste no está entregado al arbitrio del individuo, con las solas limitaciones que establecen las legislaciones individualistas. Los códigos modernos “ven en el derecho una mera facultad destinada a realizar una finalidad social o económica determinada por la ley.

Dentro del concepto moderno, los derechos le son reconocidos al individuo para realizar esa finalidad, para asegurar el buen funcionamiento de la vida colectiva. Debe, pues, ejercerlo en forma de obtener esa finali-

(337) L. Jossierand. Ob. cit. T. I, p. 119.

dad. Ejercerlos en otro sentido es hacerlos servir a un fin contrario a su destino social, es abusar de ellos; y la ley, que no los ha sancionado sino con ese objeto no puede amparar este ejercicio. Debe por el contrario castigarlo” (338).

Con la teoría del abuso del derecho no se trata ya de hacer responsable a quien causa un perjuicio en el ejercicio ilegítimo de un derecho, sino más bien cuando se hace un uso indebido de un derecho, o mejor, impedir el ejercicio de un derecho aunque legítimo cuando es contrario al interés social, responsabilizando al titular del derecho ejercitado contrariamente a la finalidad indicada.

M. Cornil define el abuso del derecho como “el ejercicio antisocial de un derecho individual imperfectamente definido por la ley”. M. Brethe de la Gressage lo define: “el ejercicio del derecho sin motivo legítimo” (339). Por su parte don Arturo Alessandri R. expresa que: “cuando el derecho es ejercido sin interés social, sin motivo legítimo, con la sola mira de perjudicar a otro, cuando ese ejercicio no reporta ningún beneficio a su titular o si le reporta alguno es inferior al daño que causa a otro” (340).

Pero, no obstante los conceptos bastante claros que nos han proporcionado las definiciones citadas, pueden presentarse dificultades en la práctica para saber cuando un derecho ejercido legítimamente es contrario al fin que se tuvo en vista al sancionarlo, o al interés colectivo. Esta es una cuestión entregada al criterio del juez, quien se inclinará sobre el espíritu y necesidades de la época. Sin duda esta tarea es difícil, pero, como lo observaremos más adelante el rol del juez, adquiere cada día mayor importancia por cuanto el concepto de la relatividad de los derechos supone necesariamente la participación activa del juez, no ya para interpretar una disposición oscura o dirimir las controversias de las partes conforme a los principios rígidos de la ley, sino para intervenir fijando los límites de los derechos de los individuos, según el criterio social dominante en su época, lo que supone una tarea de investigación legal y sociológica muy diferente a la meramente interpretativa que ha tenido hasta ahora.

Sin embargo, los tratadistas a fin de orientar el criterio que pueda apreciar cuando un derecho ejercitado es abusivo, han establecido ciertas fórmulas, lo que ha dado origen a dos corrientes principales en este asunto. Una de esas corrientes atiende al elemento intencional, esto es, exige además de la falta de objeto real en el ejercicio del derecho, que se haya pretendido perjudicar a otro en esa forma. Como vemos, esta tendencia atiende a un elemento subjetivo por excelencia, como es la intención. La segunda de estas tendencias es ya plenamente objetiva, pues atiende solamente al perjuicio irrogado por el ejercicio abusivo del derecho, aun cuando no haya existido intención.

Por la cita que hemos hecho de lo expresado por el señor Alessandri, podemos ver que este autor se inclina por esta última tendencia. No obstante nuestro Código Civil parece haberse pronunciado por la primera en el caso contemplado en el artículo 945 y que es citado por la doctrina como un ejemplo de abuso del derecho. Establece este artículo que: “cualquiera puede cavar en sueldo propio un pozo; aunque de ello resulte menoscarse el agua de que se alimenta otro pozo; pero si de ello no reportare utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegararlo”.

(338) A. Alessandri R. Algunas observaciones sobre las últimas reformas de los códigos civiles de Europa... R. D. y J. T. XXVI, p. 84.

(339) Citados por G. Ripert. Ob. cit., p. 229.

(340) A. Alessandri R. Trabajo cit. R. D. y J. T. XXVI, p. 84.

Creemos de utilidad citar algunas disposiciones de diversas legislaciones que han adoptado la teoría del abuso del derecho, dando con ello una consagración definitiva en el derecho positivo a un principio que ha tenido su origen en la doctrina. Para empezar veamos lo que ha establecido el Código Civil Soviético, en el artículo 1.º: “Los derechos civiles son protegidos por la ley, salvo en los casos en que se ejerzan en un sentido contrario a su destinación económica y social”. Respecto a este artículo dice G. Ripert: “Esta fórmula implica por sí sola una concepción del derecho. La sociedad crea los derechos, es por esto que los derechos no pueden ser ejercidos contra el interés social” ⁽³⁴¹⁾.

El Código Civil Polaco en su artículo 1.º establece que: “Las disposiciones de la ley son las fuentes de las reglas de conducta, que obligan a los hombres a fin de que se realicen los fines sociales y económicos determinados por aquélla”. La disposición transcrita nos parece sumamente interesante por cuanto significa una nueva modalidad en la construcción técnica del derecho positivo. El Código Civil Polaco, comienza con una verdadera declaración de principios, de los cuales los intérpretes deben deducir el espíritu de toda aquella legislación. Esto, que antes era objeto de declaraciones en las actas o en el mensaje con que generalmente se acompañaba el proyecto de código al parlamento, se considera de tal importancia, hoy en día, que se adopta el sistema de incorporarlo directamente al cuerpo de la legislación, de manera que tales declaraciones adquieren fuerza de ley y a ella debe sujetarse el juez al interpretar y aplicar las demás disposiciones.

El Código Civil alemán en su artículo 226 dispone: “El ejercicio de un derecho no es permitido cuando no tiene otro objeto que causar daño a otro”. Este código, a diferencia del Código Civil Polaco, contiene aquí una disposición de alcance restringido, en cuanto se refiere solamente a lo que la doctrina denomina abuso del derecho, sin establecer un principio de carácter general que indique al juez el espíritu y concepción del derecho.

De la disposición citada podemos deducir que el legislador alemán, para calificar de abusivo el ejercicio de un derecho, atiende a dos elementos, que son, por una parte la falta de una finalidad o interés del titular, en el ejercicio de su derecho, y por la otra, que ello tenga por objeto causar daño a otro. En otros términos, se atiende al elemento subjetivo, intención, al expresarse que hay abuso “cuando no tiene otro objeto que causar daño a otro”.

El Código Suizo de las Obligaciones establece en el artículo 2: “Cada uno está obligado a ejercer sus derechos y a cumplir sus obligaciones, según la regla de la buena fe. El abuso manifiesto de un derecho no está protegido por la ley”.

Este código no nos señala los elementos constitutivos del abuso del derecho. No obstante, estimamos que también atiende al elemento intencional, ya que de la disposición que estamos comentando se desprende que el legislador suizo ha considerado el abuso del derecho como una contravención a las reglas de la buena fe, según se desprende de la circunstancia de haber establecido esta regla a continuación de la general, conforme a la cual “Cada uno está obligado a ejercer sus derechos y a cumplir sus obligaciones, según las reglas de la buena fe”.

El Código Civil Austríaco expresa en el artículo 1295: “El que causa intencionalmente un daño de manera que hiera las buenas costumbres, también es responsable; no lo es, sin embargo, si el daño ha sido causado por el ejercicio del derecho, a menos que el ejercicio de este derecho tuviere manifiestamente por objeto perjudicar a otro”.

⁽³⁴¹⁾ G. Ripert. Obra citada, p. 233.

Como en los anteriores se atiende al elemento intencional para calificar de abusivo el ejercicio de un derecho, y consecuentemente, responsabilizar al titular del mismo por el perjuicio injusto irrogado a otro.

El interés que encierra la teoría del abuso del derecho es considerable, porque con ella vemos que el derecho ha tomado una nueva orientación, o mejor dicho, se ha encauzado de una manera más definitiva en un sentido objetivo y social, dándole de esta suerte, una fisonomía desconocida hasta hoy y por cierto muy distinta de la que le imprimió la Revolución Francesa. Debemos hacer notar sin embargo, que esta teoría, si bien novedosa en cuanto a su exposición, tiene ciertas raíces en el derecho de los pueblos antiguos, con lo cual se confirma una vez más aquello de que no hay nada nuevo bajo el sol ⁽³⁴²⁾.

En nuestro derecho positivo no tenemos una disposición de carácter general, como las que hemos visto anteriormente, en que se revele el criterio del legislador en cuanto al valor que le asigna al ejercicio de los derechos individuales, lo cual no quiere decir sin embargo, que la influencia de esta teoría no se evidencie en varias disposiciones, como veremos. Ya hemos citado anteriormente el caso que contempla al artículo 945 del Código Civil y que constituye un ejemplo típico de abuso del derecho que hace el propietario al cavar un pozo que no le reporta beneficio o le reporta un beneficio inferior al daño causado a su vecino. Cuando tal cosa sucede nuestro legislador ha ordenado cegar el pozo, como medida que tiende a remediar el mal causado.

El artículo 2110 del Código Civil contenido en el párrafo de la disolución de la sociedad, establece que “no vale la renuncia que se hace de mala fe o intempestivamente”. Evidentemente que la renuncia en este caso sólo mira al interés particular del renunciante y es un derecho que la ley confiere a los individuos para poner fin a un contrato de sociedad, encontrándose perfectamente de acuerdo con el artículo 12 del Código Civil que establece la norma general respecto de la renuncia, pero cuando el legislador ve que al ejercerse el derecho de renuncia se hace con el fin premeditado de causar daño a otro, en este caso a su socio, con una renuncia hecha de mala fe o intempestivamente, su deber es evitarlo, sancionando al que quiere causar un daño con el ejercicio abusivo de un derecho.

El artículo 270 del Código de Procedimiento Civil, refiriéndose a que con posterioridad a la presentación de la solicitud de las medidas precautorias, debe el solicitante presentar su demanda en el término de diez días y hacer en ellas formal petición para que se mantengan las medidas decretadas, establece que “si no se dedujere demanda oportunamente, o no se pidiere en ella que continúen en vigor las medidas precautorias decretadas, o al resolver sobre esta petición el tribunal no mantuviere dichas medidas, por este solo hecho quedará responsable el que las hubiere solicitado, de los perjuicios causados, considerándose doloso su procedimiento”.

El artículo 489 del Código de Procedimiento Civil reglamenta el desistimiento de la demanda ejecutiva y entre otras cosas dispone que el ejecutante responderá de los perjuicios que se hubieren causado con la demanda ejecutiva.

El artículo 39 de la Ley de Quiebras establece que si la solicitud de quiebra es desechada en definitiva, el deudor podrá demandar indemniza-

(342) Véase: Alessandri-Somarriva. O. cit. T. I, p. 340; Planiol y Ripert. Ob. cit. T. VI, p. 787; Jossierand. Ob. cit. T. I, p. 106 y T. II, p. 224; R. Demogue. Ob. cit. T. IV, p. 316; José F. L. Castiglione. El abuso del derecho; Colin y Capitant. Ob. cit. T. III, p. 716; G. Ripert. La règle moral dans les obligations civiles, N.º 89 y siguientes; Enrique Rossel. Conferencia citada.

ción de perjuicios al acreedor, si probare que éste ha procedido culpable o dolosamente.

El artículo 8 de la Ley N.º 6071 sobre pisos y departamentos de edificios dispone: "Cada propietario usará de su piso o departamento en forma ordenada y tranquila. No podrá, en consecuencia, hacerlo servir a otros objetos que los convenidos en el reglamento de copropiedad, o a falta de éste, a aquéllos a que el edificio está destinado o que debe presumirse de su naturaleza y ubicación o de la costumbre del lugar; ni ejecutar acto alguno que perturbe la tranquilidad de los demás propietarios o que comprometa la seguridad, solidez o salubridad del edificio".

La ley N.º 6844 sobre arrendamientos limita también el absolutismo del derecho de propiedad con normas destinadas a que el propietario no abuse de su derecho de tal al no permitir, por ejemplo, arrendar su propiedad a una familia que tenga niños. Por eso la aludida ley en el artículo 7 establece que: "El propietario de habitaciones no podrá negarse a darlas en arriendo a familias con niños, y, si tal hiciere, incurrirá en multa de ciento a quinientos pesos, a favor de la Caja de la Habitación".

En el Código de Procedimiento Penal también encontramos varias disposiciones que tienden a responsabilizar e indemnizar a las personas que injustamente han sido molestadas con la acción criminal, como se desprende de lo que contienen los artículos 52, 54, 108 del citado código.

También es interesante hacer notar que en el Proyecto de Código de Procedimiento Civil que actualmente se elabora en nuestro país, existe un artículo que contempla el abuso del derecho desde un punto de vista de la legislación adjetiva. Es el artículo 3 del título II que establece: "Toda persona que acuda ante la justicia está obligada a ejercer sus derechos según las reglas de la buena fe. El ejercicio abusivo de un derecho no es protegido por la ley".

72.—LA TEORIA DE LA LESION.—El liberalismo dió por norma la libertad y la igualdad, lo que en el campo jurídico se tradujo en la libertad contractual y todos los individuos se encontraban en principio, en la misma igualdad para realizar los actos jurídicos. La sumisión voluntaria del deudor hacia el acreedor no constituía ninguna injusticia, porque además de voluntaria se suponía que entre ellos había una misma igualdad. En esta confianza el legislador además de darle el carácter de ley al contrato, dispuso también que no podía invalidarse, sino por mutuo consentimiento o causas legales. Pero desgraciadamente esa igualdad en el hecho era difícil encontrarla, porque no siempre correspondía a esa igualdad jurídica, una igualdad en la fuerza económica. De esto resulta entonces que a pesar de la igualdad jurídica, que era el plano ideal en el cual se colocaba el legislador, en el campo de la realidad, en el que imperan las necesidades, y en donde no existe una igualdad económica, era el más poderoso, el menos necesitado quien obtenía una ventaja, en detrimento de aquél cuyas necesidades materiales lo obligaban a contratar.

En el plano ideal que concibió el legislador clásico, en el cual el contrato realizaba una justicia plena, no pudo concebirse estas desproporciones que acarrear desventajas a uno de los contratantes, que lesionan en una forma manifiesta su patrimonio. Y ésta fué la razón por la cual el legislador, muy a pesar suyo, se vió en la necesidad de reglamentar excepcionalmente aquellos casos en que una de las partes sufría alguna desventaja en la celebración de un contrato. Ya hemos visto anteriormente el alcance de excepción que le dió el legislador clásico a la teoría de la lesión.

Sin embargo, como dice George Ripert, "hoy día las ideas han cambiado y el espíritu igualitario combate por la amplia admisión de la lesión

en el derecho civil... Después de la guerra, donde la multiplicidad y la importancia de los contratos permitía presumir en todas partes una vergonzosa explotación, la idea de admitir en todos los contratos la lesión como causa de nulidad, ha tomado cuerpo" (343).

La tendencia moderna del derecho se pronuncia, pues, en favor de la admisión de la teoría de la lesión, como vicio general del consentimiento, de la misma manera que lo es hoy día el error, la fuerza o el dolo, aplicable a toda clase de acto o contrato. Algunas legislaciones ya lo han establecido así. El Código Civil Alemán en su artículo 138 dispone: "El acto jurídico contrario a las buenas costumbres es nulo; es nulo en particular, el acto jurídico por el cual, explotando cualquiera la desgracia, la ligereza o la inexperiencia de otro, se haga prometer o dar por él o un tercero, en cambio de una prestación, ventajas patrimoniales que excedan al valor de esta prestación, de tal modo que, según las circunstancias, las ventajas estén en enorme discordancia con ella".

El Código Civil Soviético ha desarrollado aún más la idea del legislador alemán al disponer que: "Cuando, bajo la influencia de una necesidad extrema, una persona ha ejecutado un acto jurídico manifiestamente perjudicial para ella, el tribunal, a petición de la parte perjudicada, de los órganos del Estado o de las organizaciones sociales competentes, pueden declararlo nulo o hacer cesar sus efectos para lo venidero".

El artículo 17 del Código Civil Mejicano, dictado el año 1932 establece a este respecto: "Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a pedir la rescisión del contrato, y de ser imposible, la reducción equitativa de su obligación".

Por su parte el artículo 21 del Código Suizo de las Obligaciones, dispone: "En caso de evidente desproporción entre la prestación prometida de una parte y la contraprestación de la otra, la parte perjudicada puede, en el término de un año, declarar que rescinde el contrato y reclamar lo que hubiere pagado, si la lesión hubiere sido determinada por el abuso de su penuria, su ligereza o de su inexperiencia. El término del año empieza a contarse desde la conclusión del contrato".

Además de los mencionados, han aceptado la lesión, como causa de nulidad del contrato, con una fórmula parecida a las que hemos visto, los Códigos: Chino, artículo 74, el polonés, artículo 42 y el proyecto franco-italiano del Código de las obligaciones.

Por otra parte, si observamos los artículos transcritos que consagran la teoría de la lesión, podemos constatar un hecho fundamental: todos ellos han adoptado un criterio subjetivo, al establecer esta teoría. Es decir, la base esencial para acogerse al beneficio de estas disposiciones es que, el que haya explotado la miseria, ligereza o inexperiencia de otro, haya obrado intencionalmente. No han adoptado el criterio clásico que en los pocos casos en que aceptaba accidentalmente la lesión, ha tomado en consideración únicamente la cuantía, el monto de las prestaciones y no la intención de aprovecharse de las malas circunstancias en que se encuentra su cocontratante (344).

Pero ¿cuál es el efecto fundamental de la teoría de la lesión sobre el principio de la autonomía de la voluntad? Al aceptarse dicha teoría, como regla general para todos los actos jurídicos, tenemos que llegar a la conclusión de que no solamente el contrato puede ser dejado sin efecto por

(343) G. Ripert. Le régime démocratique et le droit civil moderne, p. 180.

(344) Véase: M. Somarriva. Trab. cit. R. D. y J.; Jossierand. Ob. cit. T. II, p. 62; Alessandri-Somarriva. Ob. cit. T. I, p. 379.

mutuo disenso, como lo proclamaba en forma clara el principio de la autonomía de la voluntad, sino que también ahora con la teoría de la lesión puede invalidarse por la simple desproporción en las prestaciones cuando esa desproporción no se deba a un acto de liberalidad, sino a la necesidad, ligereza o inexperiencia del otro contratante ⁽³⁴⁵⁾.

73.—LA TEORIA DE LA IMPREVISION.—La tendencia moderna de la legislación pretende no solamente que exista el equilibrio igualitario entre los contratantes, en el momento mismo en que se celebra el contrato, sino que también a través de toda la existencia del contrato, hasta su completa ejecución, sobre todo si se trata de contratos que no se cumplen inmediatamente desde que se perfeccionan, como son aquéllos que se conocen con el nombre de tracto sucesivo, es decir que su cumplimiento se va haciendo escalonadamente.

Cuando la desigualdad se evidencia en el momento de la celebración del contrato, se ha construído, o mejor, restablecido en forma amplia la teoría de la lesión a fin de evitar la desigualdad en la fuerza económica que existe entre los dos contratantes. Ahora cuando por circunstancias diferentes, con posterioridad a la celebración del contrato y mientras se da cumplimiento a las obligaciones que de él nacen, se pierde el equilibrio igualitario que debe existir, el derecho moderno procura darle una solución que esté de acuerdo con la justicia y no darle aplicación lisa y llana al marco rígido de la ley del contrato.

Efectivamente el legislador clásico trata de darle una gran estabilidad a los contratos celebrados entre las partes, porque seguramente no se imaginó las injusticias que en el hecho se derivarían de esta norma. De ahí aquella regla, según la cual todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y aún más esta ley no puede modificarse, sino por mutuo consentimiento o causas legales, como tantas veces lo hemos visto.

Pero la realidad de la vida social ha hecho ver primero a los tratadistas y luego al legislador que la inmutabilidad de los contratos puede acarrear perjuicios cuando a consecuencias de circunstancias que no pudieron preverse al celebrarse el contrato, hace que su cumplimiento se torne muy oneroso para uno de los contratantes. Por lo general estos trastornos que perjudican enormemente a una de las partes con el cumplimiento del contrato, convulsionando las previsiones de las partes, se producen a consecuencia de la guerra o a las depreciaciones monetarias.

La doctrina supone que las partes al contratar lo han hecho con la intención de que se mantengan en el mismo estado las condiciones tanto al momento de la celebración, como en el cumplimiento del contrato, y que “dentro del criterio moderno, que no da este valor absoluto a los contratos y que sólo los sanciona teniendo en cuenta su finalidad social, el deudor puede alegar que debe removerse el contrato, pues sus condiciones esenciales se han transformado por causas imprevistas e imprevisibles” ⁽³⁴⁶⁾.

Esta doctrina que ni más ni menos pretende hacer que las partes no den cumplimiento en la forma que han convenido el contrato, o lo que es lo mismo no dar cumplimiento a la ley del contrato, por las circunstancias anotadas, se conoce con el nombre de teoría de la imprevisión.

⁽³⁴⁵⁾ Véase: Eugenio Gaudemet. Ob. cit., p. 78 y siguientes; M. Somarriva. Trab. cit. R. D. y J. 1934; A. Alessandri. Los contratos, p. 135; A. Barros E. Curso de Der. Civ. T. III, p. 171; Alessandri-Somarriva. T. I, p. 375 y siguientes; G. Ripert. Le régime démocratique..., p. 179 y siguientes; Enrique Rossel. Orientaciones actuales del derecho de las obligaciones.

⁽³⁴⁶⁾ D. Stitckin. Las modernas tendencias del derecho. R. D. U. de C. N.º 23 y 24.

La solución que presenta esta teoría en los casos en que ella puede aplicarse es la reducción proporcional de las prestaciones, acto en el cual se le daría una amplia ingerencia al juez; o simplemente se deja sin efecto el contrato celebrado, con lo cual, como podemos verlo, queda en forma completamente abandonada la disposición que establece el carácter de ley del contrato y que sólo puede dejarse sin efecto por mutuo consentimiento, lo cual constituye una de las bases fundamentales del principio de la autonomía de la voluntad. El Sr. Somarriva expresa que “esta teoría viene a constituir una lucha entre la rígida regla contenida en el artículo 1545 del Código Civil y la equidad” (347).

Sin embargo, la teoría de la imprevisión no ha tenido aún la acogida legislativa que ha tenido la teoría de la lesión y sólo accidentalmente, en circunstancias especiales, se le ha dado aplicación con la dictación de leyes especiales de carácter transitorio, y donde ha tenido un poco de más aplicación es en materia de derecho administrativo, sobre todo entre los Tribunales franceses, los cuales han modificado contratos, basándose en esta teoría, que tenían por objeto el suministro de algún servicio público.

También es importante citar la famosa Ley Faillot, dictada en Francia, con ocasión de la primera guerra mundial y en la cual se autoriza a los tribunales para pronunciar la resolución o suspensión de los contratos comerciales concluidos antes del 5 de agosto de 1914. Esta ley, en verdad, sólo autorizaba la resolución o suspensión, pero no la revisión por el juez para reducir proporcionalmente las prestaciones de las partes, pero en el hecho debido al interés que existió entre las partes de mantener el contrato con las nuevas condiciones y no resolverlo, se llegó de esta manera a la simple revisión de una gran cantidad de contratos en conformidad a esta famosa ley citada.

El Código federal suizo de las obligaciones también ha dado cabida a esta teoría en el artículo 373 inciso 2 al establecer: “Siempre que la ejecución de una obra se haga en extremo difícil, por obra de circunstancias extraordinarias e imposible de prever, al juez puede, en virtud de su poder de apreciación, acordar, ya sea un aumento del precio estipulado o ya sea la resciliación del contrato”.

El artículo 269 del Código de las obligaciones de Polonia de 1934 ha dado al juez el derecho de intervenir si como consecuencia de un acontecimiento excepcional ha habido pérdida exhorbitante para una de las partes.

Se ha dicho que en nuestro derecho, o mejor dicho en nuestro Código Civil no se acepta esta teoría, tanto en razón del artículo 1545, como también por el artículo 2199, según el cual si se presta una suma de dinero, sólo debe devolverse la cantidad numérica prestada, independientemente de su valor intrínseco; el artículo 2003, según el cual el empresario de una obra material no tiene derecho a exigir un “aumento de precio, a pretexto de haber encarecido los jornales o los materiales o de haberse hecho agregaciones o modificaciones en el plan primitivo; salvo que se haya ajustado un precio particular por dichas agregaciones o modificaciones”; el artículo 1983, conforme al cual el colono no tendrá derecho para pedir rebaja del precio o renta, alegando casos fortuitos extraordinarios, que han deteriorado o destruido la cosecha. Como podemos ver, todos estos artículos no hacen más que confirmar la regla general de que el contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes y no puede invalidarse sino por mutuo consentimiento o por causas legales.

Sin embargo podemos encontrar dentro del Código Civil un caso que puede servir de ejemplo, en el cual el legislador ha tomado en cuenta la

(347) M. Somarriva U. Trab. cit. R. D. y J. T. XXXI, p. 45.

imprevisión, e incluso, adelantándose a su época, ha dado una ingerencia activa al juez, tal como lo propicia el derecho moderno, en los casos en que los contratos sean revisados por causa de imprevisión. Dicho artículo es el 1932 del Código Civil contenido en el párrafo de las obligaciones del arrendador en el arrendamiento de cosas. Establece este artículo: "El arrendatario tiene derecho a la terminación del arrendamiento y aún a la rescisión del contrato, según los casos, si el mal estado o calidad de la cosa le impide hacer de ella el uso para que ha sido arrendada, sea que el arrendador conociese o no el mal estado o calidad de la cosa al tiempo del contrato; y aún en el caso de haber empezado a existir el vicio de la cosa después del contrato, pero sin culpa del arrendatario.

Si el impedimento para el goce de la cosa es parcial o si la cosa se destruye en parte, el juez decidirá, según las circunstancias, si debe tener lugar la terminación del arrendamiento o concederse una rebaja del precio o renta".

Recientemente el legislador ha corroborado este mismo criterio en una ley relativa a arrendamiento, que lleva el N.º 6844 de 1941. Dicha ley en el artículo 2 transitorio, ha dispuesto que "si la propiedad arrendada hubiere sido destruída parcialmente por el terremoto del 24 de Enero, la rebaja de la renta a que se refiere el artículo anterior, se hará proporcionalmente, también, a la parte que hubiere quedado habitable".

También debemos citar la ley 5001 cuyo objeto fué rebajar las rentas de arrendamientos. El artículo 1.º de esta ley indica que: "La renta de arrendamiento de los fundos, parcelas, chacras u otros predios rústicos, de las casas, departamentos, almacenes, piezas y otros predios urbanos, sea para establecimientos comerciales, industriales, o viviendas, de los terrenos con mejoras destinadas a la habitación y de las mejoras mismas, será pagada durante la vigencia de la presente ley, con una rebaja de un veinte por ciento con relación a la que el mismo arrendatario pagaba el 1.º de Enero de 1931" (348).

74.—LAS MORATORIAS.—Aparte de la solución con la cual se resuelve el contrato, o se da término, cuando es de tracto sucesivo, o se revisa por el juez, se propone también entre estas soluciones, para los casos de circunstancias imprevisas, la suspensión de la ejecución del contrato. Las demás condiciones del contrato permanecen sin alterarse, lo único que varía es el plazo en que debe efectuarse el cumplimiento de la obligación. Pero como dice Ripert, "si se reflexiona, es tan grave mantener en vigor un contrato más allá del término fijado por las partes, como modificar el contenido de la obligación contractual. En uno y otro caso el legislador substituye una situación obligatoria a la obligación nacida del contrato" (349).

Esta suspensión que el legislador hace, en circunstancias extraordinarias, del cumplimiento de las obligaciones contractuales más allá del plazo convenido, se conoce con el nombre de moratorias o simplemente prórrogas, y constituyen indudablemente una de las formas que adopta la teoría de la imprevisión en orden a solucionar ciertos problemas.

En Francia, por ejemplo, después de la guerra ante la escasez de habitaciones, tuvo que dictarse una ley para prorrogar los plazos convenidos en que los arrendatarios debían dejar las casas que arrendaban.

Entre nosotros podemos citar decretos-leyes de moratoria dictados durante el gobierno de facto de don Carlos Dávila.

(348) Véase: Lorenzo de la Maza. La teoría de la imprevisión; Planiol y Ripert. Ob. cit. T. VI, p. 551; J. Bonneccase. Supl. I, p. 284.

(349) G. Ripert. Le régime démocratique et le droit civil moderne, p. 313.

Pero el legislador ha utilizado la técnica proporcionada por la teoría de la imprevisión a casos que verdaderamente se producen a consecuencia de hechos perfectamente previsibles, pero sí, inevitables. Así por ejemplo, la legislación social contempla el caso de las madres embarazadas, o el servicio militar en los hombres, hechos que no producen el efecto de poner término al contrato, como lo habría sido al aplicar las reglas de la legislación civil, sino que esos contratos se mantienen o mejor dicho se suspende el cumplimiento del contrato durante el tiempo que existe la imposibilidad de darle cumplimiento.

Establece el artículo 156 del Código del Trabajo que: "El empleado conservará la propiedad de su empleo, sin derecho a remuneración, mientras hiciere el servicio militar o formare parte de las reservas nacionales movilizadas.

El servicio militar no interrumpe la antigüedad del empleado para los efectos legales". Y el artículo 310 dispone que "el patrón o empresario está obligado, no obstante cualquiera estipulación en contrario, a reservar el puesto a la obrera embarazada".

75.—LA ADHESION EN LOS CONTRATOS.—Según el principio de la autonomía de la voluntad, el hombre, al ser libre para obligarse por un acto o declaración de voluntad, se encuentra capacitado para discutir, en pie de igualdad con su cocontratante, las condiciones y formas del contrato, Pero lo cierto es que al individuo no siempre lo acompaña su condición económica para gozar de este privilegio que le concedió la autonomía de la voluntad. Necesariamente es inducido a contratar, quiéralo o no, por necesidades materiales propias o de su familia y lo que es aún más, debe celebrar contratos sin discutir previamente la forma, condiciones o contenido. Las desigualdades económicas hicieron que el más fuerte económicamente, determinara por sí solo todo lo relacionado con el contrato y el más débil debía adherirse a las cláusulas establecidas de antemano por el otro contratante. Esto es lo que se ha dado en llamar contratos de adhesión, con lo que se pretende hacer resaltar, que una de las partes sencillamente se adhiere a las cláusulas y condiciones fijadas unilateralmente por la voluntad de una sola de las partes.

Es indudable que la adhesión a la voluntad más fuerte se produce en toda especie de contrato y en todas las clases sociales, pero los autores han dado como ejemplos de contratos de adhesión, el de trabajo, el de transporte, el de seguro y el celebrado con las compañías de gas, alumbrado, agua, etc. tal vez por ser estos las especies de contratos en que más corrientemente se producía esta situación de una manera uniforme para una cierta categoría de contratantes ⁽³⁵⁰⁾.

Así en el contrato de trabajo, es el patrón o empresario quien impone las condiciones en el contrato y el obrero acepta tales condiciones sin discutir. "Un industrial, dice Ripert, puede siempre no contratar tal obrero y aún con necesidad, detener la marcha de su usina; un obrero no puede rehusar de contratarse, pues para él es cuestión de vida" ⁽³⁵¹⁾.

La legislación civil clásica consideró el contrato de trabajo como un arrendamiento de servicios sometido a la legislación común, porque esa legislación fué dictada en la creencia de que reinaría en la sociedad una igualdad que no permitiría una explotación, muchas veces vergonzosa, del trabajo humano. Pero como ya hemos visto, de acuerdo con el ritmo de aque-

(350) Véase: Planiol y Ripert. Ob. cit. T. VI, p. 101; R. Demogue. Ob. cit. T. II, p. 307; S. V. Linares. R. D. U. de C. N.º 13; Sara Eiler. Ob. cit., p. 163; León Duguit. Ob. cit., p. 140.

(351) G. Ripert: Le régime démocratique et le droit civil moderne, p. 191.

lla época, encontramos a un patrón o empresario grande y poderoso, imponiendo su voluntad sobre millares de voluntades más débiles y desorganizadas. Pero la misma concentración industrial hace que también se concentren los factores humanos de producción, los que unidos forman una fuerza considerable que oponen a la fuerza del capital y en estas condiciones acuden al Estado para que dirima los conflictos creados. El capital pide al Estado seguridades en sus intereses ante los posibles desmanes de los obreros, y éstos a su vez reclaman del Estado su intervención para mejorar sus condiciones económicas.

Surge entonces la intervención del Estado en las relaciones del capital y el trabajo y con ello la legislación especial para los obreros, que tiende a favorecerlos y ampararlos de su contendor el capital, el cual por sí solo tiene la suficiente fuerza para defenderse.

Con la intervención del Estado deja de imponer su voluntad el patrón o empresario de una manera arbitraria en el contrato de trabajo, por cuanto éste se encuentra totalmente reglamentado sin que sea permitido a las partes renunciar dicha reglamentación para someterse a la legislación común. Ya no es el patrón quien impone el salario, las horas de trabajo, las condiciones en que debe desarrollarse el trabajo mismo, sino que eso está perfectamente determinado en la ley.

El contrato de transporte también citado como ejemplo de contrato de adhesión, en el cual la empresa de transporte fija el valor de la tarifa y el que necesita de ese servicio se somete, lisa y llanamente, sin discutir nada. Pero la intervención del Estado ha hecho que no sea la voluntad de una sola de las partes la que se impone, sino que el contrato se encuentra reglamentado, por el poder público y bajo su fiscalización.

Así, en el contrato de seguro, no es la compañía aseguradora la que determina las tasas de las primas, sino que ellas deben ser sometidas a la aprobación de un organismo, como es entre nosotros la Superintendencia de Seguros, sociedades anónimas y bolsas de comercio. Ha dejado de ser el contrato de seguro un contrato de adhesión para adquirir la categoría de contrato reglamentado, al cual, en verdad, también se adhiere la voluntad, tanto de la empresa aseguradora, como la voluntad del asegurado.

Ultimamente entre nosotros, también el contrato de arrendamiento de inmuebles, ha dejado la categoría de simple contrato de adhesión en que el propietario imponía sus condiciones al arrendatario, para convertirse en un contrato reglamentado por la autoridad pública, estableciéndose que sus disposiciones son de orden público y que en consecuencia, son irrenunciables los derechos que confiere la ley, que reglamenta dicho contrato. Tal es lo que dispone el artículo 4 de la ley N.º 6844 de Febrero del año 1941.

76.—NOCION DEL CONTRATO DIRIGIDO.—De suerte que podemos anotar el siguiente fenómeno en la evolución del contrato, desde la época del derecho clásico. Este derecho dejó entregados, sin reserva de ninguna especie, todos los contratos al dominio e influencia del principio de la autonomía de la voluntad, seguramente porque se creyó que con ello se aseguraba en una mejor forma el reinado de la justicia por medio de la igualdad que ellos se imaginaron. Pero pronto las desigualdades en el hecho, echaron por tierra esta igualdad soñada y los contratos dejaron de ser el producto de la voluntad de los dos contratantes, convirtiéndose en la imposición de la voluntad de uno de ellos para el otro que sólo debía aceptarlo. Esto sucede en la generalidad de los contratos, pero en algunos más que en otros.

Luego con la intervención que naturalmente le ha correspondido al Estado, en la organización de la sociedad moderna, ha sido a éste a quien le ha correspondido velar por el reinado de la justicia, ya que los hombres, con la

libertad dada por la Revolución Francesa, no lo consiguieron; y con ello le ha correspondido una activa participación en la reglamentación de los contratos para evitar que sea la voluntad del contratante más poderoso la que se impone sobre el más débil.

Ante esta situación de hecho el legislador intervino, no para nivelar las condiciones económicas de los contratantes, para que así pudieran discutir libremente, sobre una base de igualdad, las condiciones contractuales, sino para evitar que el poderío de uno de los contratantes se convirtiese en una explotación ilimitada respecto de los desposeídos de fortuna. Pero naturalmente, como la variedad de contratos es enorme, el legislador ha debido preocuparse de aquéllos que más comunmente son utilizados en la vida diaria por los hombres y esos contratos los ha reglamentado en tal forma que permite restablecer en parte la igualdad que se ha perdido, desde el punto de vista del poderío económico de las partes. Con ello, entonces, si bien no se discuten libremente el alcance y contenido del contrato, tampoco es la voluntad de una sola de las partes la que se impone a la otra.

Pero no debemos dejar de notar, que por todas estas circunstancias, algunos autores, entre ellos Duguit, niegan el carácter de contrato a estos actos, por cuanto lo que caracteriza a los contratos, según el concepto clásico del derecho, es el hecho de que las dos voluntades de las partes entren en contacto y se pongan de acuerdo, y en estos actos no sucede tal cosa, por lo que el autor que hemos citado, ha propuesto llamarlos convenios-leyes. Pero, en realidad, a nosotros, para los fines de este trabajo no nos interesa la discusión de si estos actos son o no contratos. Lo que nos interesa es que, sea como sea, estos actos rigen en forma absoluta, ciertas relaciones entre los hombres, que el legislador clásico dejó entregadas por entero al principio de la autonomía de la voluntad, que hoy día resulta totalmente reemplazada por esta especie de actos jurídicos reglamentados por el legislador y en los cuales las partes tienen bien poco que ver en cuanto a los efectos que de ellos se derivan y, aún a veces, en cuanto a su generación.

Y así es como, debido a esta tendencia del rol del Estado, es la voluntad de ambos contratantes la que se adhiere a la voluntad de éste, la cual impone a cada uno los derechos y obligaciones que le corresponden. De manera que de la idea de contrato de adhesión, de que se hablaba hace pocos años, estamos pasando a la idea de contrato reglamentado por la autoridad pública o contrato dirigido como lo ha expresado Josserand.

El señor Arturo Alessandri expresa: "Vivimos bajo el régimen del "contrato dirigido", es decir, del contrato reglamentado y fiscalizado por los Poderes Públicos, en su formación, ejecución y duración. A un régimen de economía dirigida, como es el de la hora actual, no puede convenir sino un régimen de contrato dirigido, de otro modo la economía dirigida no podría marchar; los contratos son los vínculos jurídicos de la circulación y distribución de la riqueza" (352).

M. Perreau constatando esta reglamentación legal del contrato que cada día crece más y más, ha dicho: "Ya no es la voluntad de las partes quien determina los efectos de los contratos, en cada caso particular, sino la ley que las precisa de oficio y de una manera general. Es una técnica nueva en la legislación de los contratos, dejando de ser puramente interpretativa de voluntad para llegar a ser absolutamente imperativa" (353).

(352) A. Alessandri R. El contrato dirigido. R. D. y J. 1941.

(353) M. Perreau. Une évolution vers un statut légal des contrats. Recueil d'études sur les sources du droit. T. II. Véase: Ripert. Le régime démocratique et le droit civil moderne, p. 300; Josserand. Aperçu general des tendances actuelles de la théorie des contrats. Rev. Trim. 1937. T. I.

77.—AMPLIACION DEL CONTENIDO OBLIGATORIO DE LOS CONTRATOS.—La reglamentación de los contratos por parte del Estado, ha tenido la particularidad de producir, además otros efectos, no contemplados por el sistema jurídico clásico, efectos que han restado al contrato mucho del carácter absoluto que tenía, en lo que se relaciona con el alcance de las obligaciones que del contrato emanan.

Si en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, era necesaria la concurrencia de la voluntad libremente manifestada, también, en virtud de ese mismo principio, sólo la voluntad que concurría era obligada a las prestaciones emanadas del acto, comprendiéndose en esa voluntad a la de las personas a quienes pasaban los derechos y obligaciones emanadas del contrato. Tal fué lo que estudiamos anteriormente bajo el título del efecto relativo de los contratos, y donde pudimos ver que ello tenía por objeto principal, limitar el efecto de los contratos a las partes contratantes, sin que pasara a los terceros, en razón de que su voluntad no había concurrido en el contrato.

Pues bien, frente a este carácter jurídico del contrato, las modernas tendencias del derecho adoptan un nuevo criterio: el contrato-ley.

“Se caracterizan los contratos-leyes, porque obligan no sólo a los que han intervenido en su celebración, sino a personas extrañas a ellos, pero que por razones de solidaridad social, de interdependencia social, deben entenderse incluidos en el sistema jurídico creado” (354).

Esta nueva forma que adopta el contrato, con la influencia de la filosofía jurídica moderna del derecho, ha sido denominada por Jossierand la “ampliación del contenido obligatorio de los contratos” y que en la legislación francesa, más que en la nuestra, ha tenido un gran desarrollo haciendo con ello una gran mella al principio contenido en el artículo 1165 del código francés, según el cual las convenciones no tienen efecto, sino entre las partes contratantes y que no perjudican ni aprovechan a terceros.

Y decimos, que en el derecho francés, la ampliación del contenido obligatorio de los contratos es mayor que entre nosotros, por cuanto en aquella legislación el contrato por sí solo puede transferir la propiedad o constituir un derecho real, sin que sea necesario que además de esto, exista un modo de adquirir, como sucede entre nosotros. Por esta razón los autores franceses han visto en este hecho que la “gran regla de la relatividad de las convenciones formuladas en el artículo 1165 del Código Civil, deja de ser exacta en la medida en que los contratos son por sí mismos productivos o traslaticios de derechos reales oponibles a terceros” (355).

Entre nosotros, el contrato no tiene el carácter que hemos visto en la legislación francesa, de manera que no podemos hacer extensiva a nuestro derecho, la opinión de los autores franceses, a este respecto. El contrato en nuestra legislación solamente produce obligaciones, mas no transfiere por sí solo la propiedad u otro derecho real.

Sin embargo, se ha dejado sentir también en nuestra legislación, como en todas partes del mundo, la tendencia de la ampliación del contenido obligatorio de los contratos a otras personas que los contratantes.

Tenemos un ejemplo en el contrato colectivo de trabajo, reconocido por nuestra legislación positiva en el artículo 3 del Código del Trabajo, y que es aquél que se celebra “entre un patrón o una asociación de patrones, por

(354) D. Stitckin. Las modernas tendencias del derecho. R. D. U. de C. N.ºs 23 y 24.

(355) Jossierand. L'essor moderne du concept contractuel. Recueil d'études. Véase: R. Savatier. Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats. Rev. Trim. 1934.

una parte y un Sindicato o Confederación de Sindicatos, por la otra, con el fin de establecer ciertas condiciones comunes de trabajo o de salario, sea en una empresa o en un grupo de empresas". Ahora bien, este contrato de trabajo colectivo produce el efecto de modificar el principio de la relatividad de los contratos cuando el artículo 20 inciso 2 del mismo código, dispone que: "El contrato colectivo también regirá para los obreros que con posterioridad a su celebración entraren a formar parte del sindicato", aunque no hayan participado en la celebración del contrato.

También puede observarse lo mismo en las concesiones de servicios públicos, o sea el acto por el cual la autoridad pública otorga a un particular la concesión de la explotación de un servicio público, como ser de locomoción, alumbrado, gas, etc. Estas concesiones que son contratos celebrados entre la autoridad pública y el concesionario, contienen cláusulas cuyos efectos no solamente interesan directamente a los contratantes, sino también a terceros que no han intervenido en ese contrato, como son: el público que se beneficiará con ese servicio, o los obreros que participarán en las labores del mismo.

Como expresa Duguit: "El contrato colectivo es una categoría jurídica absolutamente nueva y por completo fuera de los cuadros tradicionales del derecho civil. Es un convenio-ley que regula las relaciones de dos clases sociales. No es un contrato que produzca obligaciones especiales, concretas y temporales entre dos sujetos de derecho. Es una ley que establece relaciones permanentes y duraderas entre dos grupos sociales, el régimen legal, según el cual deberán pactarse los contratos individuales entre los miembros de esos grupos" ⁽³⁵⁶⁾. "Pero esto no explicaría sino la construcción científica de la nueva modalidad del contrato, opina don D. Stitchkin. Nosotros podríamos decir que el legislador les da ese valor colectivo, porque tales contratos envuelven en sí una finalidad social que los individuos, que no tienen otros derechos que los que les confiere el legislador, no pueden desconocer, porque de hacerlo así atentaría contra la finalidad social que ha tenido en vista el legislador al darles aquel carácter" ⁽³⁵⁷⁾.

78.—LA TEORIA DE LA DECLARACION DE VOLUNTAD Y SUS CONSECUENCIAS PRINCIPALES.—Debemos recordar que el principio de la autonomía de la voluntad sienta, como base fundamental de la técnica jurídica, la eficacia absoluta de la voluntad psicológica en el campo del derecho, considerando su exteriorización como algo accesorio.

Pero este "predominio exclusivo de la voluntad en el contrato, corresponde, expresa Gounot, a un estado económico poco desarrollado, donde las relaciones jurídicas son escasas, lentas, precedidas siempre de un debate, más o menos largo, que determina con precisión su modo y extensión, y donde, por otra parte, siendo los lazos de solidaridad poco sentidos, el individuo se considera como "el único artesano de su fortuna jurídica". Pero cuando, con la mayor socialización de la vida humana, las relaciones jurídicas se extienden, se multiplican, se aceleran, y que por consecuencia, cada uno tiene más necesidad, para vivir y para obrar, de contar con los otros, entonces se hace sentir más y más la necesidad de tomar en consideración la seguridad del crédito, el interés de los negocios, las exigencias de la buena fe; y en nombre de esos elementos, el derecho relega insensiblemente a segundo término a la voluntad interna para dar el primer lugar a la decla-

⁽³⁵⁶⁾ L. Duguit. Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón, p. 154.

⁽³⁵⁷⁾ D. Stitchkin. Las modernas tendencias del derecho. R. D. U. de C. N.^{os} 23 y 24.

ración, o lo que viene a ser lo mismo a la confianza producida por la declaración" (358).

Con esta nueva doctrina que ya ha tomado colocación en el derecho positivo, al adoptarla el Código Alemán de 1900, aquel elemento accesorio, según el principio de la autonomía de la voluntad, la declaración, ha tomado una importancia considerable en razón de las transformaciones del derecho en un sentido socialista. Con ello no es la voluntad la que por sí sola tiene eficacia jurídica, sino que es el conocimiento que de ella se tiene por la declaración, el que le concede el privilegio de producir efectos jurídicos. Las circunstancias de la vida moderna imponen como fundamento de las obligaciones emanadas del contrato, una seguridad que mire tanto los intereses del sujeto como los intereses de la sociedad, y esa seguridad no se obtiene en nuestros días con la voluntad interna, que puede hacer desaparecer sobre todo las relaciones contractuales por simples motivos subjetivos de las partes. Hay que considerar además que, con la tendencia moderna en el sentido de ampliar la fuerza obligatoria de los contratos más allá de las partes que a él han concurrido, se encuentran interesados, en la validez de un contrato, elementos diversos y múltiples, de manera que la invalidación sorpresiva del contrato puede tener enormes repercusiones, no siendo justo entonces, que por razones ignoradas u oscuras que permanecen en el sujeto, se perjudique a quienes han confiado en la existencia de un contrato que de buena fe han creído sano, pero que en realidad se encuentra viciado.

La socialización del derecho conduce necesariamente a la eliminación del subjetivismo del derecho individualista y con ello también la voluntad simple hecho psicológico, deja de tener la trascendencia de crear derecho por sí sola, necesitando, no ya como algo accesorio, sino más bien como algo *sine qua non*, la socialización que se obtiene mediante la declaración de la voluntad (359).

a) **El error.**—Es indudable que la teoría de la declaración de la voluntad ha debido influir fundamentalmente en la transformación de muchos aspectos del derecho que encontraban la base de su existencia en la teoría de la voluntad, según lo concebía el principio de la autonomía de la voluntad.

La teoría del error, por ejemplo, ha variado substancialmente y no se le considera como una contradicción entre la voluntad interna y su declaración, como lo hacía la doctrina clásica, sino que para que el error tenga influencia en el acto jurídico, tiene que recaer en el contenido mismo de la declaración, es decir, en un elemento del acto jurídico que el declarante hace figurar en la manifestación exterior de su intención.

El afán del objetivismo del derecho, que ha encontrado una gran base en la teoría de la Declaración, es proporcionar confianza y seguridad a los negocios jurídicos para que se realicen con el *máximum* de seriedad. Ahora si "esta confianza se derrumba con la impugnación del negocio a causa de un error esencial, la persona que anula su propia declaración, queda obligada a prestar una indemnización a la parte desengañada, por el mero hecho de haberse puesto en contradicción con su declaración anterior y sin que haya culpa de su parte. Este principio domina todos los aspectos del Código Civil Alemán. No vale la voluntad interna, el motivo desconocido, sólo rige la voluntad expresamente declarada, tal como pudo conocerla el tercero en el momento de llegar a su conocimiento y apreciación. Toda la estabilidad de los negocios y la lealtad contractual, depende de esta máxima so-

(358) Citado por Bonnecase. Suplemento al Tratado de Baudry-Lacantinerie., T. II, p. 438.

(359) Véase: Planiol y Ripert. Ob. cit. T. VI, p. 130; Gaudemet. Ob. cit. p. 30; C. Valverde. Ob. cit. p. 444; J. Bonnecase. Suplemento II, p. 476.

meramente indicada. El no jurista y el comerciante, pueden confiar de este modo en las “apariencias”, es decir en los “factores exteriores” que lo inducen a tomar decisiones importantes sobre sus bienes, aunque ignore el defecto interno de la declaración hecha, o del propósito llegado a su conocimiento” (360).

b) **La causa.**—Al ser aceptada la teoría de la declaración de la voluntad, también ha sufrido una transformación la teoría de la causa, en el sentido de no aceptarse la distinción que se hacía entre los motivos y la causa, considerando sólo a esta última como elemento de los contratos, sino más bien “a todo elemento al que las partes hayan querido atribuir una influencia determinante, aunque fuera este elemento un simple motivo psicológico. Bastará que él figure en el contenido de la declaración de voluntad. El juez deberá entonces tener en cuenta si surge de las circunstancias que las partes han querido que así fuera y aunque ellas no hubieran establecido expresamente una condición en el contrato” (361).

De manera que eliminando esta diferencia entre motivos y causa, se aumenta con ello el poder del juez quien en muchas circunstancias podrá apreciar el carácter ilícito o inmoral de un contrato por los motivos y no solamente por la causa.

c) **Interpretación de los contratos.**—Si lo que constituye la base de las relaciones jurídicas en conformidad a las nuevas aspiraciones del derecho, es la voluntad objetivada por medio de la exteriorización, y no la voluntad como fenómeno psíquico, es natural suponer también que todo lo relacionado con la interpretación de los actos jurídicos sufre también una profunda variación a consecuencia de ello.

El rol que le corresponde al juez, según esta nueva doctrina, en la interpretación de los actos jurídicos en general y de los contratos en especial, no es el de la búsqueda e interpretación de la voluntad interna de los contratantes, ya que nada le interesa al derecho lo que sucede en el fuero interno del individuo mientras no se socialice con la declaración, único medio de llegar al conocimiento de terceros y que cimienta sobre una base sólida, las relaciones jurídicas. Más bien, la misión del juez se ha convertido en una ayuda a las partes para conseguir los fines prácticos y económicos que se han propuesto alcanzar por medio del acto jurídico, siempre que dichos fines no se aparten de la línea que les impone el interés colectivo. Y lógicamente para comprender las diversas circunstancias que rodean al acto, el juez debe tomar en consideración la voluntad objetivada por la declaración. “La declaración de voluntad tiene un valor en sí; debe ser tomada tal como existe, aisladamente de donde ella ha salido, para ser interpretada a la luz de los usos admitidos en los negocios (artículo 157 del Código Civil alemán). Se busca que sentido debe tener, en consideración al espíritu de las costumbres en el medio en que ella ha aparecido. No se toma en cuenta la intención de las partes sino en la medida en que se ha concretado en la fórmula; para el resto es la voluntad social la que opera, tal como es mostrada por el juez; el contrato fenómeno social, es interpretado socialmente, objetivamente” (362).

Este es el criterio de interpretación que ha adoptado el Código alemán en sus artículos 133 y 157. El primero de los cuales establece: “que para interpretar una declaración de voluntad hay que buscar la voluntad real y no atenerse al sentido literal de los términos”. Voluntad real que

(360) V. Loewenwarter. Der Civ. Alemán. R. D. U. de C. 1935.

(361) E. Gaudemet. Ob. cit., p. 138.

(362) L. Josserand. Ob. cit., p. 127.

para la legislación alemana no es la interna, sino la declarada, según se deduce del contexto mismo del código, ya que de la sola disposición que hemos transcrito no puede deducirse tal cosa. Ahora esa voluntad declarada en los contratos debe interpretarse como lo exige la buena fe y la intención de las partes, determinadas según la costumbre. Tal es lo que establece el artículo 157 del Código alemán.

Inspirándose en este mismo criterio el artículo 914 del Código Civil austríaco ha establecido: "Para la interpretación de los contratos, no hay que atender al sentido literal de las palabras, sino que buscar la intención de las partes y el contrato deberá comprenderse de una manera que corresponda a los usos admitidos en las relaciones honradas".

Como podemos ver este sistema se ha separado substancialmente de aquél que auspiciaba el principio de la autonomía de la voluntad y el afán del juez debe estar destinado no a buscar la intención sobre una base subjetiva, sino que "al apreciar la validez y el significado de un contrato, es la idea de utilidad social y de la justicia" ⁽³⁶³⁾.

"En lo que concierne a la existencia y extensión de los contratos, como dice Saleilles, es necesario aumentar el poder del juez que deje de ser, al primer desacuerdo, el servidor del pensamiento de otro, el registrador, el apreciador de la voluntad de otro, para asumir la responsabilidad de la determinación de la validez objetiva, del alcance objetivo, de la moralidad objetiva del contrato" ⁽³⁶⁴⁾.

79.—NUEVO ROL DEL JUEZ.—Con todas las modernas teorías que hemos indicado debemos comprender que la labor asignada al juez por el derecho clásico es inútil y estéril, en nuestros días. La pasividad del juez en la moderna legislación no se justifica, porque nada saca al legislador con dictar leyes compenetradas del más profundo espíritu de justicia, si le es fácil a los particulares eludir su cumplimiento o burlar su espíritu. Es al juez a quien corresponde en cada caso particular velar porque el ejercicio de los derechos individuales no trasgreda el fin que se ha tenido en vista al dictarse una norma de derecho.

En nuestros días la intervención del juez en los actos de los particulares no puede considerarse como contraria a la libertad, como era concebida por el derecho clásico. Esto ha cambiado como lo hemos visto anteriormente, y no comprendemos por qué haya que aplicársele al juez, un criterio cuyo fundamento ha dejado de existir.

En la teoría del abuso del derecho, por ejemplo, es al juez a quien corresponde valorar cuándo un individuo, invocando el texto de la ley que le concede un derecho, pretende con el ejercicio de su derecho causar un daño a otro, y entonces desarmar a quien no comprendiendo el rol que le asigna la sociedad a sus derechos, trata de hacer un mal uso de ellos.

La labor del juez no debe reducirse en nuestros días a reconocer la ley impuesta por la voluntad de los particulares, sino más bien como dice George Ripert: "El juez debe inclinarse sobre las necesidades y el espíritu de su época, apreciar si el acto realizado es aprobado por la opinión, discernir si es útil al bien de la comunidad. Sin duda, no es fácil la tarea. Antes se temía el arbitrio del juez, cuando no se trataba sino de un juicio llevado sobre la moralidad del acto, y no era sin embargo muy difícil discernir la intención de dañar. Ahora se exponen a un arbitrio mucho más temible. Conocer el interés social es algo más difícil que juzgar las intenciones culpables. No basta juzgar el pensamiento del autor del acto, ni

⁽³⁶³⁾ Bulow cit. por Manresa. Ob. cit., p. 730.

⁽³⁶⁴⁾ Citado por Bonnecase, Supl. II, p. 478. Véase: Valverde. Ob. cit. T. III, p. 285; H. Brain R. La interpretación de los contratos.

aun escoger entre los motivos que le han hecho obrar. Es preciso juzgar el acto según sus resultados, o al menos según aquellos que se quería alcanzar. A veces los tribunales han realzado la inutilidad del acto realizado como la prueba de que este acto había sido realizado con intención malhechora. Pero esto es desviar la cuestión. No es necesario demostrar la voluntad de dañar. Para que sea condenable basta que el acto sea inútil desde el punto de vista económico. Lo que es prohibido es dañar a otro sin utilidad para sí mismo. El juez debe pues llevar una apreciación sobre la utilidad económica y social del acto realizado" (365).

En la existencia y alcance de las relaciones contractuales, la labor del juez no se reduce ya a asegurar el respeto de la voluntad común del acreedor y del deudor y en caso de desacuerdo buscar sus intenciones. El objetivismo del derecho actual considera más bien al contrato como una entidad jurídica que debe considerarse independientemente de la voluntad de las partes, mirada ésta bajo su aspecto subjetivo, y aplicarle las normas necesarias para afianzar suficientemente el reinado de una justicia en la colectividad.

80.—RETORNO AL FORMULISMO.—El derecho nacido de la Revolución Francesa, en su afán de dar a la voluntad del hombre la fuerza necesaria para crear por sí sola, efectos jurídicos, sin necesidad de recurrir a otros elementos externos, desterró todo aquello que significara formulismo, solemnidades y en general obstáculos para la libre manifestación de la voluntad. De ahí que como lo hemos observado anteriormente, la regla general era de que los contratos fueran consensuales.

Pero ha avanzado el tiempo y han cambiado las circunstancias y con ello las ideas, bajo el influjo de las necesidades sociales, notándose, como dice el señor Somarriva "el fenómeno curioso de existir una marcada tendencia de retorno al formulismo" (366).

Así como el formulismo de los pueblos primitivos se debió a necesidades propias de ellos, principalmente a su incapacidad para las abstracciones, así también el retorno al formulismo en nuestros días, que vemos en el derecho en general, se debe a nuevas necesidades que requieren ser salvadas, necesidades éstas que dicen relación con los derechos de terceros, la seguridad del crédito, y en general la firmeza de las relaciones jurídicas. Con las formalidades se pretendió asegurar la manifestación de voluntad de las partes; establecer medios de prueba; evitar la clandestinidad, únicos medios que sirven para otorgar una base seria y estable a las transacciones de la vida jurídica.

El principio de la autonomía de la voluntad con la eliminación del formulismo, pretendía, desde un punto de vista práctico dar a los actos jurídicos una sencillez y rapidez para concluirlos, pero en cambio tuvo el grave "inconveniente de crear estados de clandestinidad muy peligrosos para los terceros" (367).

El retorno al formulismo en nuestros días obedece a la "multiplicidad y al desarrollo de las relaciones jurídicas y sociales y por la extensión del horizonte jurídico; tratamos más rápidamente que antes y a menudo con personas que nos son desconocidas" (368).

Con la introducción de fórmulas en los actos jurídicos, no solamente se beneficia quien los celebra, proporcionándole la oportunidad de meditar bien sobre el acto que va a realizar, sino que "es interesante hacer notar

(365) George Ripert. *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, p. 233.

(366) M. Somarriva. *Trab. cit. R. D. y J.*

(367) Cremieu. Citado L. Cruz P.

(368) L. Jossierand. *Ob. cit. T. I*, p. 101.

que en el derecho actual, el formulismo juega un rol que desconocido en el derecho antiguo, no es por eso menos importante. Nos referimos a las formalidades establecidas no para la validez del acto, sino para que él pueda ser opuesto a terceros extraños. En consecuencia, la omisión de esa formalidad no produce la nulidad sino lisa y llanamente su inoponibilidad a terceros" (369).

Para nosotros lo esencial es que este retorno al formulismo, aun cuando revista una modalidad distinta de como la han concebido otras legislaciones en otras épocas, significa una brecha profunda que se añade a las que ya hemos visto en el principio de la autonomía de la voluntad, que encontraba en forma invariable, en todas las legislaciones clásicas, el reconocimiento del carácter consensual de los contratos.

81.—CONCLUSION.—Es indudable que la Revolución Francesa ha sido uno de esos grandes movimientos ideológicos que ha traído para la humanidad entera una serie de valores que son para el hombre actual de una imprescindible necesidad. Valores que constituyen un acervo para cuya formación el hombre ha tenido que luchar a través de siglos y que significa, en resumen, la más grande de las exaltaciones que se haya hecho a la personalidad humana. Ahí radica la grandeza de la obra de la Revolución Francesa que ha adquirido los caracteres de lo indestructible, porque no obstante las acometidas que pretenden negarle su importancia, permanece inalterable en su valor intrínseco.

Pero, a este movimiento que es de innegable importancia, le faltó la perfección que es necesaria a las cosas para que tengan un carácter definitivo y durable.

La violencia que es la característica de las revoluciones tiene la particularidad de que al operar una transformación de la sociedad no produce el efecto de consolidar en una forma duradera las instituciones que ese movimiento crea, porque falta en ella la suficiente maduración y el estudio sereno que necesitan las cosas destinadas a perdurar por largo tiempo si no definitivamente. En primer lugar la Revolución Francesa, como todas las obras realizadas por la mano del hombre, llevó en sí el sello de la imperfección, y en seguida, como movimiento revolucionario, tuvo que exagerar los principios sustentados a fin de que fuesen valorizados en una forma suficiente que pudiesen desterrar las bases del régimen contra el cual se reaccionaba violentamente por medio de la revolución. Si bien esa exageración fué, en verdad, beneficiosa, en forma inmediata, para el fin que se tenía en vista, resultó pronto de una manera notable, como algo que no correspondía a la realidad de la vida social.

Así, a la opresión en que vivía el hombre en el antiguo régimen, la Revolución opuso una libertad con el mínimo de restricciones, como una consecuencia del afán de ensalzar la personalidad del hombre, conculcada por los regímenes despóticos, prescindiendo del rol social que a cada individuo corresponde en la sociedad. Y aquella concepción exagerada de la libertad, repercutió en el campo del derecho, originando como consecuencia el principio de la autonomía de la voluntad que constituyó la base de toda la estructuración de la técnica jurídica en el siglo pasado, en razón de que la voluntad autónoma era la más perfecta expresión de la personalidad humana.

La Revolución Francesa no se contentó con reconocer simplemente los derechos necesarios para la dignidad del hombre, sino que le dió una libertad casi sin límites, y desde el punto de vista jurídico, no sólo reconoció a la voluntad la eficacia que por sí sola debía tener, cual era hasta entonces

(369) M. Somarriva U. Trab. cit. R. D. y J., p. 43.

el desarrollo que había alcanzado en la historia del derecho, sino que además le dió un poderío casi ilimitado también, al considerarla como algo autónomo o independiente lo que, en el campo del derecho, supone la facultad de regirse por sí mismo y adoptar la dirección y ejecución que se quiera en los actos propios de cada sujeto.

Pero restablecida la calma en los espíritus después del apasionamiento revolucionario, la crítica empezó a juzgar los hechos y acontecimientos ocurridos con una serenidad suficiente que permitió apreciar la grandeza de la obra realizada junto con los excesos que se habían producido, y es así como pronto los cimientos de aquellas verdades eternas, que se creyó encontrar para que rigieran los destinos de la humanidad, en forma total y definitiva, empezaron a ser removidos bajo el influjo de la realidad social que no correspondía al sistema imaginado, y el sistema jurídico creado por la Revolución Francesa y especialmente el principio de la autonomía de la voluntad se juzga como "una obra de especulación abstracta y de pura lógica, como expresa Gounot. En esos dos caracteres, que en el fondo se llaman e implican, se resume todo. Es, en efecto, en el terreno de las puras abstracciones del individualismo clásico en que está edificada. Se suponen dos voluntades ideales, autónomas y soberanas, viviendo en un mundo cualquiera, o mejor no viviendo en ninguno, no perteneciendo a ningún medio social, y no dependiendo sino de ellas mismas en la organización de su vida jurídica. Se trata de saber cómo esas voluntades abstractas, que además son consideradas como obras sin un fin práctico determinado, simplemente para gozar de sí misma, pueden crear obligaciones y derechos. Y para resolverse el problema, en lugar de observar las realidades jurídicas concretas y de agotar los elementos de concepciones doctrinales flexibles y fecundas, se contenta con analizar las nociones de voluntad y autonomía para sacar, more geométrico, siguiendo los procedimientos de una deducción rigurosa, toda la teoría" (370).

Por su parte León Duguit considera que este sistema además de ser individualista es de orden metafísico el cual no puede sostenerse en una época de realismo y de positivismo como la nuestra y propone abandonar las fórmulas jurídicas consagradas por el derecho clásico para crear un derecho civil sobre las bases de las nuevas concepciones.

Primeramente pues, la realidad social en que se desenvolvía la vida de los pueblos en la propia época del pleno dominio de la autonomía de la voluntad y posteriormente, las transformaciones generales de la economía, alejaron paulatinamente los hechos de los principios y normas de derecho que los regían, produciéndose una evolución tanto en los hechos primero como en el derecho después en un sentido que pugna, con el ideal alcanzado con el ensalzamiento de la personalidad humana, sino contra los excesos y exageraciones que ello implicaba y que podía sintetizarse en la sola palabra individualismo. De manera que la nueva concepción que hoy día se tiene respecto del derecho es el resultado de una evolución constante y progresiva que ha experimentado la humanidad entera en el transcurso de un siglo y que ha transformado substancialmente la vida económica y jurídica de los pueblos en general. Evolución en la que se ha tratado de ajustar, sobre una base de realidad social, las normas de derecho que corresponden a las actividades contemporáneas de los hombres, y no que éstas se encuentren regidas por preceptos dictados en otras épocas más o menos lejanas, en las que las necesidades y manera de vivir eran distintas a las actuales. Evolución ésta además, que aun no ha llegado a su etapa final, lo que hace que precisamente estemos en una época de transición entre los viejos moldes clásicos del derecho que condicionaban la vida en la

(370) Gounot. Citado por Bonnecase. Ob. cit., p. 441.

sociedad y los nuevos moldes cuya elaboración aun no se termina lo cual a su vez, también permite que aun subsista la autonomía de la voluntad, pero no ya como un principio, sino más bien como una excepción, frente a las teorías y principios modernos del derecho que se abren paso. Jivoïn Peritch con sobrada razón, entonces, ha podido decir que: "El principio de la autonomía de la voluntad, principio que domina todo el derecho privado del Estado a base burguesa, es uno de aquellos principios que no lo son sino en teoría; en el hecho están en tal forma limitados, que si se quisiera hablar de un principio, éste sería, que no existe la autonomía de la voluntad; en realidad, se es tan poco libre, no solamente desde el punto de vista cósmico, sino también desde el punto de vista social, que sería más propio decir: los hombres no nacen ni permanecen libres" ⁽³⁷¹⁾.

Todas las explicaciones anteriores nos hacen comprender que el principio de la autonomía de la voluntad no encuentra ningún apoyo fuerte para su existencia. La libertad general del cual era un elemento, ya hemos visto el papel que le asigna el destino en nuestros días, y bastaría la sola concepción moderna de la libertad función social para comprender el valor que hoy día tiene en el derecho el principio a que nos estamos refiriendo. Pero como ya lo hemos dicho y volvemos a repetirlo, por creerlo necesario, el moderno concepto que el derecho adquiere es el producto de una evolución y no de una revolución como lo fué el derecho individualista, lo cual ha hecho que lentamente se le vaya aceptando sin que todavía podamos proclamar su triunfo definitivo.

Y así, poco a poco, a medida que vayan adquiriendo mayor cuerpo en el derecho positivo las modernas tendencias del derecho, irá disminuyendo la fuerza que otrora se le asignara a la autonomía de la voluntad, hasta llegar a un día en que desaparecerá por completo, con la consagración definitiva de todas las doctrinas que hemos enunciado y entonces ya no se hablará de autonomía, sino más bien de heteronomía de la voluntad, lo cual no significará que la voluntad del hombre vaya a desaparecer y con ello su personalidad, sino más bien que la voluntad del hombre al obrar tendrá ante todo la conciencia de un sentido social de los actos que va a realizar, al recibir de lo exterior, de las condiciones de la vida colectiva, la inspiración que iluminará la concepción y desarrollo de cada acto voluntario. Porque debemos considerar que la personalidad del hombre, que es lo más sagrado que ha podido conquistar, no sólo existe cuando la voluntad es autónoma, sino también cuando, eliminando en cierto modo la arbitrariedad que la autonomía supone, se manifiesta en ella el sometimiento a la realidad social en que el sujeto vive y se desenvuelve.

⁽³⁷¹⁾ Jivoïn Peritch. *La volonté des particuliers comme créatrice des droits privés*. Rev. Trim. 1929.

B I B L I O G R A F I A

- Aguiar, Henoch D.**—La voluntad jurídica, en la doctrina y en el Código Civil, Buenos Aires, 1924.
- Aguiar, Henoch D.**—Responsabilidad civil, Buenos Aires, 1936.
- Agurto, Septimio.**—Del embargo sobre bienes embargados, Memoria de Prueba, 1939.
- Alessandri Rodríguez, Arturo.**—De la compraventa y de la promesa de venta, Sociedad Imprenta Litografía Barcelona, Santiago 1917-1918.
- Alessandri Rodríguez, Arturo.**—Teoría de las Obligaciones. Apuntes de su clase, de Derecho Civil, desarrollados por Ramón Latorre Zúñiga, Segunda edición, Editorial Zamorano y Caperán, 1934.
- Alessandri Rodríguez, Arturo.**—La teoría general de los contratos, Curso de Derecho Civil Comparado de 1940.
- Alessandri Rodríguez, Arturo.**—Los Contratos. Apuntes de su clase de Derecho Civil, 1936.
- Alessandri Rodríguez, Arturo.**—Algunas observaciones sobre las últimas reformas de los códigos civiles de Europa y principalmente sobre el Proyecto de Código de las Obligaciones y de los Contratos, común para Francia e Italia. Trabajo publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia de 1929, Tomo XXVI, pág. 67 y siguientes.
- Alessandri Rodríguez, Arturo.**—Valor jurídico del silencio. Trabajo publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo XXXVIII, pág. 133.
- Alessandri Rodríguez, Arturo.**—El contrato dirigido. Trabajo publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXXVIII.
- Alessandri Rodríguez, Arturo y Somarriva U., Manuel.**—Curso de Derecho Civil, Apuntes redactados por Antonio Vodanovic, Editorial Nascimento, Santiago.
- Al-Sanhoury, A. A.**—Le standard juridique, Recueils d'études en l'honneur de François Gény, Tomo II.
- Aubry et Rau.**—Cours de Droit Civil Français, Tome IX, 5ème. édition, Paris, Librairie Générale de Jurisprudence, 1918.
- Barriga Errázuriz, Gonzalo.**—Capitulaciones matrimoniales.
- Barros Errázuriz, Alfredo.**—Curso de Derecho Civil, 4.ª edición, Santiago, Nascimento, 1932.
- Baudón, Héctor Roberto.**—Evolución del espíritu de la obligación en Roma, Buenos Aires, Librería Jurídica de Valerio Abeledo, 1912.
- Baudry-Lacantinerie et Barde.**—Traité théorique et pratique de Droit Civil, Tome XII, Paris 1906.
- Baudry-Lacantinerie et Wahl.**—Traité théorique et pratique de Droit Civil, Tome XXI, Paris 1907.
- Bello, Andrés.**—Obras completas, Tomo XIII, Santiago de Chile, 1890.
- Beudant, Ch.**—Cours de Droit Civil Français. Les Contrats et les Obligations, Paris, Arthur Rousseau, 1906.
- Beudant, Ch.**—Le droit individuel et l'Etat, 3ème. édition, Paris, Arthur Rousseau, 1920.

- Blagoyevitch, Borislav T.**—Le rapport entre le principe de l'autonomie de la volonté et le principe de la liberté conventionnelle. Trabajo publicado en la Revue Générale du Droit, de la Législation et de la Jurisprudence en France et à l'étranger, 1935.
- Blanco, Alberto.**—Curso de Obligaciones y Contratos en el Derecho Civil Español, La Habana, 1934.
- Bonnecase, Julien.**—Science du Droit et Romantisme, Recueil Sirey, 1928.
- Bonnecase, Julien.**—La Philosophie du Code Napoléon, Paris, E. de Boccard éditeur, 1925.
- Bonnecase, Julien.**—Supplément au Traité de Droit Civil de Baudry-Lacantinerie, Recueil Sirey, Paris, 1925, Tomes I y II.
- Bonnecase, Julien.**—Romantisme et Droit Civil. Tendances actuelles en matière de Droit Civil. Trabajo publicado en la Revue Générale du Droit, de la Législation et de la Jurisprudence en France et à l'étranger, 1936-1936.
- Bonnecase, Julien.**—La pensée juridique française de l'heure présente. Trabajo publicado en Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique, 1932.
- Brain Rioja, Héctor.**—La interpretación de los contratos. Memoria de Prueba, 1941.
- Bruegilles, Raoul.**—Le droit et l'obligation. Trabajo publicado en la Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1909.
- Cantacuzème, Mathieu.**—L'Etat et le concept de personnalité. Trabajo publicado en la Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1924.
- Capitant, Henri.**—Vocabulaire juridique.
- Capitant, Henri.**—Introduction à l'étude du droit civil, Paris, 1898.
- Castiglione, José F. L.**—El abuso del derecho. Buenos Aires, 1921.
- Chabas, Jean.**—De la déclaration de volonté en droit civil français, Librairie Recueil Sirey, 1931.
- Cimbali, E.**—La nueva fase del Derecho Civil. Traduc. Francisco Esteban García, Madrid, 1893.
- Claro Solar, Luis.**—Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Editorial Nascimento, Santiago, Tomos I, X. XI. XII.
- Claro Solar, Luis.**—Nota a una sentencia publicada en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXIV p. 279.
- Colin y Capitant.**—Curso elemental de Derecho Civil. Traducción española de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, con notas de Demófilo de Buen, Editorial Reus, Madrid, 1924.
- Colmo, Alfredo.**—Tratado teórico y práctico de las Obligaciones en el Derecho Civil Argentino, 2.^ª edc., Buenos Aires, 1928.
- Coulanges, Fustel de.**—La cité antique, 19e. édition, Librairie Hachette, Paris, 1905.
- Crossman, R. H. S.**—Biografía del Estado Moderno. Versión española de J. A. Fernández de Castro, México, 1941.
- Cruz Ocampo, Luis David.**—El fracaso de la democracia. Trabajo publicado en la Revista Atenea N.º 100.
- Cruz Ponce, Lisandro.**—La apariencia y el derecho. Memoria de Prueba 1936.
- De Diego, Clemente.**—Transmisión de las Obligaciones, Madrid, 1912.
- Demogue, René.**—Traité des Obligations en général, Rousseau y Cie. Editeurs, Paris 1923-1925.
- Demogue, René.**—La notion de sujet de droit. Trabajo publicado en la Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1909.
- Demolombe, C.**—Cours de Code Napoléon, Tome I, Troisième édition, Paris, L. Hachette y Cie.
- Dereux, Georges.**—De la nature juridique des contrats d'adhésion. Trabajo publicado en la Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1910.
- Duguit, León.**—La transformación del Estado. Traducción de Adolfo Posada, Madrid, Librería de Fernando Fe.
- Duguit, León.**—Traité de Droit Constitutionnel. Paris, 1921-1925.

- Duguit, León.**—Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón. Traducción de Carlos G. Posada, 2.ª edic., Madrid.
- Durma, Mircea.**—La notification de la volonté, Recueil Sirey, Paris, 1930.
- Eiler Rauch, S.**—De la formación del consentimiento en los contratos, Memoria de Prueba, 1935.
- Enneccerus, Ludwing.**—Tratado de Derecho Civil, Tomo II, Librería Bosch, Barcelona, 1934.
- Esmein, A.**—Eléments de Droit, Constitutionnel Français et Comparé, 7e. édition Paris, 1921.
- Espasa.**—Diccionario Enciclopédico.
- Gaudemet, Eugène.**—Théorie générale des Obligations, Recueils Sirey, Paris, 1937.
- Gény, François.**—Science et technique en droit privé positif, Recueils Sirey, Paris, 1922.
- Gény, François.**—Les bases fondamentales du droit civil en face des théorie de León Duguit. Trabajo publicado en la Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1922.
- Giorgi, J.**—Teoría de las Obligaciones en el derecho moderno, Tomo III, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1910.
- Goetz, Walter.**—Historia de la Revolución Francesa, Ediciones Ereilla, 1936.
- Gorovtseff, A.**—La lutte autour de la notion de sujet de droit. Trabajo publicado en la Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1926.
- Gorovtseff, A.**—Nouvelles recherches sur le problème du sujet de droit, Trabajo publicado en la Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1927.
- Gorphe, Francois.**—Le principe de la bonne foi, Paris, Librairie Dalloz, 1928.
- Gumucio V., Vicente.**—El juego y la apuesta. Memoria de Prueba.
- Hauriou, Maurice.**—Principios de Derecho Público y Constitucional, Traducción de Carlos Ruiz del Castillo, Madrid, Editorial Reus, 1927.
- Hauriou M. et Bezin G.**—La déclaration de volonté dans le droit administratif français. Trabajo publicado en la Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1903.
- Hegel, Federico Guillermo.**—Filosofía del Derecho. Traducción de Angélica Mendoza de Montero, Buenos Aires.
- Illanez, Osvaldo.**—El juez y la Ley. Trabajo publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXIX p. 18.
- Infante D., José Florencio.**—Causales de casación de fondo en materia civil. Memoria de Prueba, 1933.
- Ionasco, T. R.**—De la volonté dans la formation des contrats. Trabajo publicado en Recueils d'études en l'honneur de François Gény.
- Ionescu, Octavian.**—Léon Duguit et le droit subjectif. Trabajo publicado en Archives de Philosophie de Droit et de Sociologie juridique, 1932.
- Josserand, Louis.**—Cours de Droit Civil Positif Français, Recueil Sirey, Paris, 1933.
- Josserand, Louis.**—De l'esprit des droits et de leur relativité.
- Josserand, Louis.**—Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé, Paris, Librairie Dalloz, 1928.
- Josserand, Louis.**—Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats. Trabajo publicado en la Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1937.
- Josserand, Louis.**—L'essor moderne du concept contractuel. Trabajo publicado en Recueils d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény. Tomo II.
- Kayser, P.**—Les nullités d'ordre public. Trabajo publicado en la Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1933.
- Krelinger, Ricardo.**—La evolución religiosa de la humanidad. Traducción de Angel Pumarega, Santiago, 1935.
- Lafaille, Héctor.**—Apuntes de Derecho Civil. Jesús Menéndez editor, Buenos Aires 1921.
- Lasky, Harold.**—El Estado Moderno. Traducción de Teodoro González García, Librería Bosch, Barcelona, 1932.
- Lalou, Henri.**—La responsabilité Civile, Librairie Dalloz, Paris, 1928.
- Laurent, F.**—Principes de Droit Civil français, 4e. édition, Paris, 1887.

- Lavisse et Rambaud.—Histoire Générale, 3e. édition, Librairie Armand Colin, Paris, 1922.
- Lecompte, Henri.—Essai sur la notion de faculté en Droit Civil, Librairie Recueil Sirey, Paris, 1930.
- Le Fur, Louis.—Les grands problèmes du droit, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1937.
- Le Fur, Louis.—Droit individuel et droit social. Trabajo publicado en Archives de Philosophie de Droit et de Sociologie juridique, 1931.
- Leroy, Maxime.—Le temps présent et l'idée du droit social. Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique.
- Letelier, Valentín.—Génesis del Derecho y de sus instituciones fundamentales, Buenos Aires, Cabaut y Cía. editores, 1917.
- Lienhard, W.—Le rôle et la valeur de l'ordre public en droit privé interne et droit privé international, Librairie du Recueil Sirey, 1935.
- Linares, S. V.—Contratos de adhesión. Trabajo publicado en la Revista de Derecho de la Universidad de Concepción N.º 13.
- Loewenwarter, V.—Derecho Civil Alemán, Prensas de la Universidad de Chile, 1935.
- Mauresa y Navarro, José María.—Comentarios al Código Civil español. Tomo VIII, Editorial Reus, Madrid, 1918.
- Maritain, Jacques.—Tres reformadores. Traducción de Adriana E. de Fuenzalida, Editorial Letras, Santiago.
- Martínez Bustos, Germán.—Ensayo de una teoría general sobre la renuncia de los derechos. Memoria de Prueba, 1940.
- Martínez Escobar, Manuel.—Obligaciones y contratos. Habana, 1938.
- Martínez Paz, E.—Sistema de Filosofía del Derecho, 2.ª edic. Buenos Aires, Librería y Editorial El Ateneo, 1935.
- Matthiez, Albert.—La Revolución Francesa. Traducción de la 5.ª edición francesa por Rafael Gallego Díaz, Empresa Letras, Santiago, 1936.
- Maza, Lorenzo de la.—La teoría de la imprevisión, Memoria de Prueba, 1933.
- Mera, J. E.—Exposición de la doctrina de la causa. Memoria de Prueba, 1940.
- Miraglia, L.—Filosofía del Derecho, Madrid.
- Morin, Gastón.—La loi et le contrat. La décadence de leur souveraineté. Librairie Félix Alcan, Paris, 1927.
- Morin, Gastón.—Les tendances actuelles de la théorie des contrats et les relations du réel et des concepts. Trabajo publicado en la Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1937.
- Olguín, A.—Las lagunas de la ley y el arbitrio judicial. Memoria de Prueba, 1936.
- Pavón, Cirilo.—Teoría general de los contratos en el derecho argentino, Buenos Aires, Librería Jurídica de Valerio Abeledo, 1929.
- Peritch, Jivoín.—La volonté des particuliers comme créatrice des droits privés. Trabajo publicado en la Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1929.
- Perreau, H.—Des droits de la personnalité. Trabajo publicado en la Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1909.
- Perreau, M.—Una évolution vers un statut légal des contrats. Trabajo publicado en Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Géný, Tomo II.
- Planiol, M.—Traité Elémentaire de Droit Civil, Paris, 1932.
- Planiol M., Ripert G., Esmein P.—Tratado práctico de Derecho Civil francés, Tomo VI. Traducción de Mario Díaz Cruz, Habana, 1936.
- Popesco-Ramniceano, René.—Le silence créateur d'obligations et l'abus du droit. Trabajo publicado en la Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1930.
- Pothier.—Tratado de las Obligaciones, Tomo I, 3.ª edición, Barcelona.
- Radbruck, Gustavo.—Filosofía del Derecho. Traducción de José Medina Echavarría, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
- Radbruck, Gustavo.—Du droit individualiste au droit social. Trabajo publicado en Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique, 1931.

- Reitze Herrera, Arturo.**—La libertad de contratar y el orden público. Memoria de Prueba.
- Ripert, George.**—Le régime démocratique et le droit civil moderne, Paris, 1936.
- Ripert, George.**—La règle morale dans les obligations civiles. 2ème. édition, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1927.
- Riveros, C.**—Retroactividad de la Ley. Memoria de Prueba.
- Rivière, Paul Louis.**—Le projet de code franco-italien des obligations et des contrats. Trabajo publicado en el Bulletin Trimestrielle de la Société de Législation comparée, 1934.
- Roa, Julio de.**—Del orden público en el derecho positivo, Buenos Aires. Jesús Menéndez editor, 1926.
- Rossel S., Enrique.**—Orientaciones actuales del derecho de las obligaciones. Conferencia dictada en la Universidad de Chile.
- Ruggiero, Roberto de.**—Instituciones de Derecho Civil. Traducción de la 4.ª edición italiana de Ramón Serrano Suñer y José Santa Cruz Teijeiro, Tomo I, Editorial Reus, 1931.
- Rougier, Louis.**—Las místicas económicas. Traducción de L. A. Sánchez, Ediciones Ercilla 1940.
- Rousseau, Juan Jacobo.**—El Contrato Social.
- Sagnac, Philippe y otros.**—Cahiers de la Révolution Française, N.º 1, Recueil Sirey.
- Salas Neumann, Héctor.**—La estipulación por otro. Memoria de Prueba, 1941.
- Sallé, Edmond.**—L'évolution technique du contrat et ses conséquences juridique, Librairie Arthur Rousseau, Paris 1930.
- Salvat, Raymundo.**—Tratado de Derecho Civil argentino, Buenos Aires, Jesús Menéndez editor, 1928.
- Savatier, René.**—Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats. Trabajo publicado en la Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1934.
- Savigny, M. F. C.**—Sistema de Derecho Romano actual, Tomo II, Madrid, F. Góngora y Cía. 1879.
- Somarriva Undurraga, Manuel.**—Las Obligaciones y los Contratos ante la Jurisprudencia, Editorial Nascimento, Santiago, 1939.
- Somarriva Undurraga, Manuel.**—Algunas consideraciones sobre el principio de la autonomía de la voluntad. Trabajo publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXXI.
- Serafini, Felipe.**—Instituciones de Derecho Romano, Barcelona.
- Stitchkin, David.**—Las modernas tendencias del derecho. Trabajo publicado en la Revista de Derecho de la Universidad de Concepción N.º 23-24.
- Szladits, Charles de.**—Les tendances modernes du droit des obligations. Trabajo publicado en el Bulletin Trimestrielle de la Société de Législation comparée.
- Tapía A., Hugo.**—De las Obligaciones naturales. Memoria de Prueba, 1941.
- Tapía S., Orlando.**—De la responsabilidad en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes. Memoria de Prueba, 1941.
- Urrutia Honorato, Hernán.**—Prontuario para el estudio de títulos de inmuebles. Memoria de Prueba.
- Valverde, Calixto.**—Derecho Civil Español, Tomo I y III, 3.ª edición, Valladolid, 1925.
- Vanni, Icilio.**—Filosofía del Derecho, Lima, 1923.
- Vecchio, Jorge del.**—Les principes généraux du droit. Trabajo publicado en Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Géný.
- Velasco Letelier, E.**—El objeto ante la jurisprudencia. Memoria de Prueba, 1942.
- Código Civil Alemán,** texto y comentarios con la exposición de motivos. Traducción de Alejo García Moreno, Madrid, Centro Editorial de Góngora, 1897.
- Código Civil Argentino,** Buenos Aires, J. Lajouane y Cía., editores, 1928.
- Código Civil Chileno,** edición Universo, Santiago, 1940.
- Código Civil Ecuatoriano,** edición de la Corte Suprema, New York, 1889.
- Código Civil Español,** anotado por José Rimblas, Barcelona, Editorial Bosch, 1934.

- Code Civil Français, Petite Collection Dalloz, Paris, 1932.
Código Civil Italiano, edición española con una introducción de Vicente Romero y Girou, Madrid, 1876.
Código Civil Mejicano, edición del Diario Oficial, Ciudad de Méjico, 1928.
Código de las Obligaciones de Polonia, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1935.
Código Civil Portugués, Madrid, 1879.
Código Civil Soviético, Traducción de Luis Adduard, Santiago, Editorial Nacimiento, 1932.
Código Civil Suizo de las Obligaciones, Madrid, 1928.
Código Civil Uruguayo, Segunda edición, Montevideo, 1932.
Proyecto de Código Civil Chileno de 1853, Santiago, Imprenta Chilena 1853.
Código del Trabajo Chileno.
Ley sobre medicina preventiva.
Ley sobre rentas de arrendamientos N.º 5001 de 1931 y 6844 de 1941.
Ley de Enseñanza Obligatoria
Ley de Seguro Obligatorio.
Ley de Colonización.
Ley de los Empleados Particulares.
Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique.
Bulletin Trimestrielle de la Société de Législation comparée.
Gaceta de los Tribunales.
Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Santiago.
Revista de Derecho de la Universidad de Concepción.
Revue Générale du Droit, de la Législation et de la Jurisprudence en France et à l'Étranger.
Revue Trimestrielle de Droit Civil.
-

I N D I C E

CAPITULO PRELIMINAR

	Pág.
Nociones fundamentales de la filosofía jurídica de la Revolución Francesa	1

CAPITULO I

La voluntad jurídica, base de la autonomía de la voluntad.

PARRAFO PRIMERO

La voluntad psicológica.

1. Los hechos y el derecho	25
2. Hechos simples o materiales	25
3. Hechos jurídicos	25
4. Los actos jurídicos	26
5. La voluntad elemento básico del acto jurídico	28
6. Diversas fases del acto voluntario.—a) Concepción	28
b) Deliberación	28
c) Decisión	29
d) Ejecución	29

PARRAFO SEGUNDO

La voluntad jurídica

7. La manifestación de la voluntad	30
8. La capacidad jurídica	31
9. Las incapacidades absolutas o naturales	32
10. Incapacidades relativas o legales	33
11. Incapacidades especiales	34
12. Voluntad exenta de vicios	34
13. El error	36
a) El error de derecho	37
b) Error esencial	38
c) Error substancial	39
d) Error accidental	40
14. La fuerza	40

	Pág.
15. El dolo	42
16. La lesión	45
17. El objeto	47
18. La causa	48
19. Las solemnidades	49

CAPITULO II

El principio de la autonomía de la voluntad.

PARRAFO PRIMERO

Evolución y concepto del principio de la autonomía de la voluntad.

20. Derecho Romano	53
21. Derecho Francés	55
22. Derecho Español	55
23. Evolución hacia lo consensual en los contratos	55
24. La autonomía de la voluntad es el resultado de una lenta evolución	56
25. La Revolución Francesa es el coronamiento de esta evolución	56
26. Concepto amplio de la autonomía de la voluntad	57
27. Concepto restringido de la autonomía de la voluntad. Libertad contractual	58
28. Crítica y fijación de su verdadero concepto	60

PARRAFO SEGUNDO

Manifestaciones y consecuencias del principio de la autonomía de la voluntad.

29. Facultad para crear situaciones jurídicas	62
30. Contratos innominados	63
31. La ley del contrato	63
32. Obligatoriedad del contrato	65
33. Incumplimiento de los contratos e intervención del juez	65
34. Interpretación de los contratos	
a) Nociones generales	66
b) La intención base de la interpretación	67
c) La intención debe ser común	69
d) La interpretación es una cuestión de hecho	70
35. Calificación de los contratos	70
36. Elementos esenciales de los contratos	71
37. Obligatoriedad del contrato para el juez	72
38. Facultad para no crear situaciones jurídicas	73
39. Principio de la relatividad de los contratos	74
a) Partes contratantes	74
b) Asignatarios a título universal	75
c) Causahabientes a título singular	76
d) Acreedores quirografarios	76
40. Facultad para extinguir derechos	78
a) La resciliación	78
b) La renuncia	80
41. Facultad para elegir la legislación aplicable	81

	Pág.
42. Carácter consensual de los contratos	82
43. Libertad en la forma de manifestar la voluntad	83
44. La irretroactividad de las leyes	85

CAPITULO III

Limitaciones impuestas al principio de la autonomía de la voluntad por el derecho clásico.

PARRAFO PRIMERO

Orden Público y Buenas Costumbres.

45. Principios e instituciones básicas de la sociedad	87
46. Orden Público.	
a) Concepto	89
b) Manera de reconocerlo	90
c) Su relatividad	90
d) Caracteres generales del orden público en el derecho clásico	91
47. Buenas costumbres	93

PARRAFO SEGUNDO

La técnica de nuestro derecho positivo para asegurar el orden público y las buenas costumbres.

48. Objeto ilícito	93
49. Existe objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público chileno	95
50. Cosas que no están en el comercio	97
51. Derechos y privilegios que no pueden transferirse a otra persona	98
52. Cosas embargadas	99
a) Breves nociones generales	99
b) Definición	100
c) Alcance de la expresión cosas embargadas	100
d) El embargo y los intereses de terceros	101
e) La adjudicación no es enajenación	102
f) Medios para evitar la ilicitud de la enajenación de cosas embargadas	103
53. Especies cuya propiedad se litiga	104
54. Alcance de la expresión enajenación usada en el artículo 1464 del Código Civil	105
a) Sentido restringido	106
b) Sentido amplio	106
c) Opinión de la Jurisprudencia	107
d) Nuestra opinión	107
55. La compraventa de cosas cuya enajenación está prohibida	108
56. Otros contratos referentes a las mismas especies ya indicadas	109
57. La promesa de venta de las cosas cuya enajenación está prohibida	109
58. Deudas contraídas en juego de azar	110
59. Venta de libros cuya circulación está prohibida	112
60. Contratos prohibidos por las leyes	112
a) Pactos sobre sucesión futura	113

	Pág.
b) Condonación del dolo futuro	114
c) Otros contratos prohibidos	116
61. Causa ilícita	117
62. Sanción al objeto y causa ilícita en nuestro derecho	119

CAPITULO IV

El principio de la autonomía de la voluntad en el derecho moderno.

PARRAFO PRIMERO

Las transformaciones generales de la economía y el derecho en el siglo pasado.

63. Transformaciones generalés de la economía en el siglo pasado	123
64. Rol del Estado moderno	124
65. Concepto socialista del derecho	125
66. Concepto moderno de la libertad individual	126
67. La propiedad función social	127
68. Concepto objetivo del derecho y su influencia	128
a) Noción moderna sobre sujeto de derecho	129
b) Noción objetiva del patrimonio	130
c) Concepto objetivo de obligación y la cesión de deudas	130
d) Responsabilidad objetiva	131

PARRAFO SEGUNDO

La influencia de algunas doctrinas jurídicas modernas.

69. Transformaciones del derecho con la aparición de modernas doctrinas	132
70. La relatividad de los derechos	132
71. La teoría del abuso del derecho	133
72. La teoría de la lesión	137
73. La teoría de la imprevisión	139
74. Las moratorias	141
75. La adhesión en los contratos	142
76. Noción del contrato dirigido	143
77. Ampliación del contenido obligatorio de los contratos	145
78. La teoría ed la declaración de voluntad y sus consecuencias principales	146
a) El error	147
b) La causa	148
c) Interpretación de los contratos	148
79. Nuevo rol del juez	149
80. Retorno al formulismo	150
81. Conclusión	151
BIBLIOGRAFIA	155

