

Algunos principios que informan la teoría de la ley. (Título preliminar del Código Civil)

HUGO ROSENDE ÁLVAREZ

Profesor de Derecho Civil - UDD

RESUMEN: De la teoría de la ley, que en la Universidad del Desarrollo, sede Santiago, se estudia en el ramo de “Bases del Orden Jurídico”, se pueden extraer algunos principios que la informan, los cuales son objeto de este trabajo. Entre tales principios queremos destacar los siguientes: la supremacía constitucional, la sanción de las normas jurídicas, la especialidad y su aplicación preferente, el principio de inexcusabilidad del desconocimiento de la ley, la irretroactividad de las leyes, la autonomía privada, la territorialidad de la ley chilena, la obligatoriedad de la interpretación de la leyes por vía de la autoridad pública, la interpretación reglada de la hermenéutica judicial, y el principio de la temporalidad de la normas legales.

Inspirado en el propósito de renovar la enseñanza del derecho, nuestro Decano, don Pablo Rodríguez Grez, ha convocado al cuerpo de profesores del área del derecho privado a incorporar en los programas de estudios de Bases del Orden Jurídico y de Derecho Civil los principios que orientan sus instituciones y materias. Ello, porque *“la organización social más perfecta supone el pleno imperio del Estado de Derecho, lo cual implica, a lo menos, la concurrencia de cuatro exigencias fundamentales: existencia de un sistema de normas jurídicas derivadas las unas de las otras, coherentemente organizadas (constitucionales, legales y reglamentarias); cumplimiento espontáneo o coercitivo de todas ellas por parte de los imperados; determinación sobre cómo deben aplicarse las normas a los casos concretos, resolviendo los conflictos que se susciten en el orden temporal; y separación de las potestades públicas, evitando su concentración en el ejercicio del poder”*¹. Lo anterior no excluye la existencia de otros principios, tal vez de menor jerarquía, alguno de los cuales se verán más adelante.

A manera de ensayo o intento de plasmar esa idea en el marco de la teoría de la ley, nos parece útil referirnos sucintamente a ciertos principios que deseamos destacar, como de supremacía constitucional; de sanción de las normas jurídicas; de especialidad y su aplicación preferente; de la inexcusabilidad del

¹ Rodríguez Grez, Pablo, “Difícil legalidad”, *El Mercurio*, A2. sábado 3 de mayo de 2014.

desconocimiento de la ley; de la irretroactividad de las leyes; de la autonomía privada; de la territorialidad de la ley chilena; de la obligatoriedad de la interpretación de las leyes efectuada por la autoridad pública; de la interpretación reglada de la hermenéutica judicial, y de la temporalidad de las normas legales.

1. El principio de supremacía constitucional

El artículo 1° del Código Civil dispone: *“La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite”*. De esta definición ya aparece esbozado el principio de supremacía constitucional, porque, a pesar de las críticas que se formulan a esta definición, la ley tiene validez o es obligatoria en razón de haberse ajustado en su gestación a lo dispuesto en la Carta Política. Esto quiere decir, como lo explica Rodríguez Grez², que ninguna norma está incorporada al sistema jurídico en forma anárquica o autárquica, sino que es el desarrollo de otra norma de mayor jerarquía y, paralelamente, de mayor generalidad.

El principio de supremacía constitucional y el de juridicidad están contemplados en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República de 1980³, que establecen:

“Artículo 6°. Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.

“Artículo 7°. Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

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

² Rodríguez Grez, Pablo, *Teoría de la Interpretación Jurídica*, p. 12, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, 1995.

³ Según su texto promulgado por D.S. N° 100 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, de 17 de septiembre de 2005, publicado en el *Diario Oficial* de 22 de septiembre de 2005.

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

Lo expuesto ha hecho decir al tratadista señor Alejandro Silva Bascuñán⁴ que “consecuencia evidente de la supremacía constitucional es que todas las normas jurídicas cuya vigencia se disponga han de conformarse sustancial y formalmente a ella y que, por lo tanto, carecen de todo valor si pugnan con la carta”.

El profesor Cruz-Coke⁵ explica que la subordinación de las normas del ordenamiento jurídico a la Constitución es material en cuanto signifique que la norma inferior guarde concordancia y armonía con el contenido dispositivo de la Constitución, sujetándose a ella en lo sustantivo de su normativa. La subordinación formal implica la sujeción estricta a los procedimientos que establece la Carta Fundamental para su validez.

En opinión de este autor, el corolario de los principios de la supremacía constitucional y de juridicidad viene a ser el Estado de Derecho, mediante el cual prima el imperio de la norma jurídica y en especial de la Constitución como norma suprema, obligando los preceptos constitucionales a los titulares o integrantes de los poderes del Estado, como a toda persona, institución o grupo.

La teoría de la ley queda entonces subordinada al principio de supremacía constitucional y sujeta a los controles de constitucionalidad preventivos o a posteriori, en su caso, que ejerza el Tribunal Constitucional respecto de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de promulgación⁶; o al resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso⁷; o al resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo o promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda⁸; al resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquellos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63 de la Constitución⁹. Asimismo-

⁴ Silva Bascuñán, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional. Principios, Estado y Gobierno*, tomo I, p. 123, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, 1997.

⁵ Cruz-Coke Ossa, Carlos, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, pp. 313 y ss., Universidad FinisTerae, 2009.

⁶ Artículo 93, N° 1 de la Constitución Política de la República.

⁷ Artículo 93, N° 3 de la Constitución Política de la República.

⁸ Artículo 93, N° 8 de la Constitución Política de la República.

⁹ Artículo 93, N° 16 de la Constitución Política de la República.

mo, el Tribunal Constitucional está llamado a resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución¹⁰. También debe resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral 6° del artículo 93 de la Constitución¹¹.

De otro lado, frente a la ausencia de ley o de lagunas legales entra en aplicación el principio de inexcusabilidad, conforme al cual “reclamada la intervención de los jueces en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión” (artículo 76 C.P.R.).

2. Principio de la sanción de las normas jurídicas

Para saber cuál es la sanción que acarrea la infracción de las normas jurídicas, se debe recurrir a la clasificación de las leyes contemplada en el artículo 1° del Código Civil, que distingue entre leyes imperativas, prohibitivas y permisivas.

a) Las leyes imperativas son aquellas que ordenan o imponen hacer algo, lo cual puede exigirse como requisito de un acto jurídico, como condición para adquirir un derecho o en función del contenido del acto jurídico o de la convención

a.1.) Leyes imperativas de requisitos del acto jurídico

El artículo 1445 del C.C. establece: “Para que una persona se obligue por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1° que sea legalmente capaz; 2° que consienta en dicho acto o declaración de voluntad y su consentimiento no adolezca de vicio; 3° que recaiga sobre un objeto lícito; 4° que tenga una causa lícita”.

a.1.1.) Capacidad

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra. (Art. 1445, inciso final). Todas las personas son legalmente capaces, excepto aquellas que la ley declara incapaces. (Art. 1446 del C.C.) Los incapaces son absolutos y relativos y existen incapacidades especiales o prohibiciones (Art. 1447 del C.C.). La sanción de los actos

¹⁰ Artículo 93, N° 6 de la Constitución Política de la República.

¹¹ Artículo 5° de la Constitución Política de la República.

de los absolutamente incapaces que actúen por sí mismos y no a través de su representante legal es la nulidad absoluta en conformidad con el artículo 1682 del C.C. Los actos de los relativamente incapaces en los cuales no interviene la autorización que la ley exige ni actúa su representante legal, son nulos de nulidad relativa (Art. 1691 del C.C.).

a.1.2.) Consentimiento exento de vicios

Este requisito significa que el acto o declaración de voluntad no debe verse afectado por el error, la fuerza o el dolo (Art. 1451 del C.C.). Solo el error de hecho vicia el consentimiento, porque el artículo 1452 del C.C. dispone que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento. La sanción que traen consigo el error, la fuerza y el dolo como vicios del consentimiento es la nulidad relativa del acto o contrato en conformidad con el artículo 1691 del C.C., aunque en doctrina se discute la sanción del error obstáculo, pues algunos piensan en la inexistencia o en la nulidad absoluta.

a.1.3.) Objeto lícito

El artículo 1445 del C.C. establece que el acto o declaración de voluntad debe recaer sobre un objeto lícito, lo cual se relaciona con el artículo 1460 del mismo Código, que establece: "Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración." Este último precepto conduce a los requisitos del objeto según se trate de una cosa o un hecho, a los que se refiere el artículo 1461 del C.C.

Si el objeto es una cosa, ella debe ser: real, esto es, que exista o se espera que exista, comerciable y determinada, a lo menos, en cuanto a su género. La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla.

Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. 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.

A su vez, el artículo 1464 del Código Civil establece requisitos para evitar que haya objeto ilícito en la enajenación de las cosas embargadas por decreto judicial, en cuyo caso es menester que el juez la autorice o el acreedor consienta en ello (numeral 3). También contempla este precepto la exigencia de la autorización judicial cuando se pretenda enajenar una cosa sobre cuya propiedad se litiga, en conformidad con el numeral 4° del artículo 1464 del Código Civil.

La sanción establecida en la ley por el incumplimiento de esta clase de requisitos es la nulidad absoluta, según lo establece el artículo 1682 del C.C., porque el objeto ilícito o la omisión de algún requisito que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, tiene como sanción esa clase de nulidad.

a.1.4.) Causa lícita

• La causa del acto o declaración de voluntad

La causa del acto o declaración de voluntad debe ser lícita y la causa de la obligación deberá ser real y lícita. El artículo 1445 del Código Civil señala que todo acto o declaración de voluntad debe tener una causa lícita y el artículo 1467 del mismo código establece que se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. A su vez, el artículo 1445, ya mencionado, considera la licitud de la causa para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad y el artículo 1467 ahondando en este punto agrega que no puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

La causa es un elemento de existencia de los actos jurídicos y está concebida, precisamente, en el intercambio de prestaciones y, lo que es más importante, justificando como causa de las obligaciones generadas por el contrato, la contraprestación que él hace nacer¹². El artículo 1467 considera la causa final como el motivo que induce a contratar, esto es, el fin o propósito inmediato e invariable en el acto. En este sentido es el fin que se propone el deudor al obligarse y que es idéntico siempre en contratos de la misma especie¹³.

En los contratos unilaterales la causa de la obligación está en la prestación que el otro contratante ha hecho ya al promitente, o que éste espera recibir. Es la obligación de restituir la cosa ya recibida en mutuo, depósito, renta vitalicia, prenda, etc., o la promesa de un préstamo, tratándose de contratos consensuales unilaterales¹⁴.

Finalmente, en los actos o contratos gratuitos o de beneficencia, la causa es la mera liberalidad. Así acontece en las donaciones entre vivos, el mandato gratuito y otros.

¹² Pablo Rodríguez Grez, *La obligación como deber de conducta típica*, p. 135, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1992.

¹³ Avelino León Hurtado, *La causa*, pp. 24 y 25, Editorial Jurídica de Chile, 1961.

¹⁴ *Ibíd.*, p. 37.

Hay entonces en la causa, como elemento esencial de todo acto jurídico, un reconocimiento expreso de que la interrelación entre las prestaciones de ambos contratantes (en los contratos bilaterales) y en los unilaterales en la forma ya señalada, constituye un presupuesto fundamental para la validez del acto o contrato. De allí entonces que no hay una obligación válidamente contraída si, tratándose de un contrato bilateral, no hay una obligación correlativa que la justifique. Tampoco hay causa para el mutuario de su obligación de restituir si no ha recibido la cosa dada en mutuo, aun cuando ello haya sucedido antes de que surja la obligación, esto es, de que se perfeccione el contrato¹⁵.

A partir de la equivalencia de las prestaciones recíprocas de las partes en los actos o declaraciones de voluntad y particularmente de los contratos, surgen determinados principios jurídicos fundados en ella.

Los principios directamente comprometidos en la interrelación de obligaciones son: el enriquecimiento sin causa, porque nadie puede enriquecerse sin una causa real y justa, lo que significa que todo provecho pecuniario que experimente una persona debe estar fundado en un acto o situación jurídicamente legítimo¹⁶; la buena fe, que corresponde al deber de lealtad para contratar, para cumplir la obligación asumida y para exigir su cumplimiento. De esta manera la buena fe tiene una relación directa con la actitud del deudor de pagar lo que efectivamente debe, sin eludir el deber jurídico asumido; y del acreedor de no exigir sino aquello que como contrapartida le corresponde y puede demandar de su deudor¹⁷; la teoría de la causa, la que está fundada en la interrelación de obligaciones recíprocas, de lo cual se sigue que el legislador ha entendido que el lazo que une a los contratantes deriva de que ambos, equilibradamente, han asumido obligaciones recíprocas o esperan beneficios comunes o procuran una liberalidad que compensa el gravamen jurídico que se les impone¹⁸; la conmutatividad de los contratos onerosos, en los cuales la equivalencia está constante y permanentemente presente y determina, en muchos casos, la validez del vínculo contractual¹⁹; la fuerza obligatoria de los contratos, que se expresa en el principio de "*pacta sunt servanda*", según el cual todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes (artículo 1545 del Código Civil). En lo que concierne a los contratos onerosos, para generar una relación contractual válida es necesario que existan prestaciones contrapuestas y que la causa (final) sea real y lícita. Además, los contratos deben ejecutarse de buena fe, con lo cual se incorpora a ellos todo lo que emana precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella (artículo 1546 del Código Civil). Por consiguiente, según se ha visto, la fuerza obligatoria del

¹⁵ Pablo Rodríguez Grez, op. cit., p. 137.

¹⁶ Op. cit., p. 164.

¹⁷ *Ibid.*, p. 167.

¹⁸ *Ibid.*, p. 168.

¹⁹ *Ibid.*, p. 169.

contrato se funda en la interrelación de las obligaciones. De allí que no pueda generarse una relación contractual en que no hay una clara expresión de esta correlación de obligaciones equivalentes (contratos bilaterales), o en que no hay una prestación previa (contratos unilaterales), o una mera liberalidad que justifique subjetivamente la obligación que se contrae. La ley supervigila esta relación, ya sea elevando la conmutatividad a requisito de validez de la convención, sancionando la lesión enorme en ciertos casos con la nulidad del acto o contrato, o bien aplicando la noción de causa final o el principio de buena fe que preside la normativa del cumplimiento o ejecución de los contratos²⁰, restableciendo el contrato a su trasfondo de equidad; la intención como elemento de interpretación del contrato, lo que significa que en el proceso de interpretación del contrato es indispensable indagar la voluntad de los contratantes, que es la verdadera fuente de las obligaciones contractuales. Para que la voluntad de una persona acepte asumir una obligación es necesario una motivación racional, ya que nadie se obliga en el vacío o sin razón de ninguna índole²¹. Ese móvil es racional cuando existe una contraprestación (contratos bilaterales), la cual juega el papel de causa de la obligación, o cuando ha habido una prestación anticipada, que es la causa de la obligación que asume el deudor en los contratos unilaterales, o cuando existe el propósito de favorecer a una persona con una liberalidad (contratos gratuitos). Así, la motivación jurídica de quien se obliga, fuerza motriz de la voluntad, está necesariamente unida a la contraprestación y ello se devela a través de la interpretación del contrato, proceso en el cual se recurre a la intención real y auténtica de los contratantes al dar vida a la convención²². En consecuencia, al interpretar un contrato e indagarse la verdadera intención (voluntad auténtica) de las partes, se llegará inevitablemente a la contraprestación (anticipada o no) o la mera liberalidad, porque toda declaración de voluntad habrá de tener una motivación jurídica, que es el presupuesto de la validez y subsistencia del vínculo contractual²³.

En cuanto a los vicios del consentimiento, hay que considerar el error, la fuerza y el dolo²⁴.

En lo tocante al *error*, obstáculo u obstativo, que se relaciona con la naturaleza del contrato que se ha celebrado o que recae sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 1453 del Código Civil, resulta evidente que ello conduce a un falso concepto de la verdad. En ambos casos hay un perjuicio para quien padece el error y es evidente que de no mediar este falso concepto de la realidad el contratante no habría celebrado el contrato, porque existe una desproporción entre lo que se obligó

²⁰ *Ibíd.* p. 171.

²¹ *Ibíd.* p. 173.

²² *Ibíd.*, p. 174. Cfr., 1445, 1440, 1441, 1467 y 1560 y ss. del Código Civil.

²³ *Ibíd.*, pp. 174 y 175.

²⁴ *Ibíd.*, pp. 175 y ss.

a dar y lo que recibirá a cambio. Así ocurre cuando una de las partes entrega una cosa en mutuo y la otra lo recibe como donación, o cuando se vende una cosa determinada y el comprador cree que ha comprado otra.

En el error substancial (art. 1454 C.C.), que recae en la substancia o calidad esencial del objeto, se da el mismo esquema, porque una de las partes creyó contratar sobre una cosa de cierta calidad o substancia y en la realidad contrató respecto de otra de menor calidad o de substancia inferior. El daño deberá apreciarse en relación a la contraprestación.

Finalmente, el error en la persona (art. 1455 C.C.) apunta a los contratos *intuitu personae*, vale decir, a aquellos que se celebran en atención a una persona determinada, ya sea por sí misma o por sus aptitudes o habilidades.

Tratándose del *dolo*, como vicio del consentimiento, una de las personas es inducida engañosamente a contratar. El que sufre el daño puede demandar la nulidad del contrato si el engaño ha sido urdido por el otro contratante o puede perseguir la responsabilidad (indemnización de perjuicios) de quien lo fraguó sin ser parte del contrato o de quien se aprovecha del dolo ajeno (art. 1458 C.C.).

En los actos unilaterales también tiene cabida el dolo, como acontece en materia sucesoria, en que el artículo 968 N°s 4 y 5 del Código Civil establece causales de indignidad para suceder al difunto. Así, el que por fuerza o dolo obtuvo una disposición testamentaria del difunto, o le impidió testar es indigno de sucederle como heredero o legatario. A su turno, el que dolosamente ha detenido u ocultado un testamento del difunto, es igualmente indigno de sucederlo, presumiéndosele solo por el mero hecho de la detención u ocultamiento.

Por otro lado, ninguna persona tiene derecho para que se rescinda su repudiación, a menos que la misma persona o su legítimo representante hayan sido inducidos por fuerza o dolo a repudiar (art. 1237 C.C.).

El dolo supone un daño o perjuicio que la ley trata de evitar o reparar con la nulidad del acto viciado.

En cuanto a la *fuerza*, quien la ejerce contra una persona, usualmente, procura tener un provecho sea porque consigue una prestación desproporcionada comparada a la suya, sea porque del contrato se derivará un beneficio que no puede obtener por otro medio.

Excepción del contrato no cumplido²⁵

Esta excepción se encuentra contemplada en el artículo 1552 del Código Civil, según el cual en los contratos bilaterales ninguna de las partes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos. El legislador establece esta excepción del contrato no cumplido, porque entendió que una obligación se había asumido en función de la contraria y que mientras una esté pendiente no existe razón para exigir el cumplimiento de la otra. Su fundamento se encuadra en la necesidad de preservar la interrelación equivalente de las prestaciones convenidas en el contrato.

El caso fortuito²⁶

El caso fortuito es un imprevisto al que es imposible resistir (art. 45 del C.C.). Su efecto es de extinguir la obligación cuando el caso fortuito o fuerza mayor genera una imposibilidad absoluta de ejecutar la prestación debida y cuando, con la diligencia de que responde el obligado, no es posible atajar sus efectos.

Abuso del derecho²⁷

El acto abusivo es aquel que se ejecuta excediendo el interés jurídicamente protegido y está íntimamente ligado a la equivalencia de las obligaciones recíprocas.

La norma jurídica, tratándose del derecho contractual, ha estimado que la existencia y equivalencia de las prestaciones recíprocas que realizan las partes constituye una de las exigencias fundamentales para dar validez y continuidad al vínculo jurídico (obligación) que crea el contrato o convención.

• *La causa de la obligación*²⁸

La causa de la obligación corresponde a la fuente que la genera, y tratándose de actos o declaraciones de voluntad, la causa de esas obligaciones será la causa eficiente, o sea el contrato que la genera. Si no existe el contrato, no puede existir la obligación correspondiente. La causa debe ser real y no simulada y debe ser lícita, esto es, no ha de estar prohibida por la ley, o ser contraria a las buenas costumbres o al orden público.

²⁵ *Ibíd.*, pp. 178 y ss.

²⁶ *Ibíd.*, pp. 180 y ss.

²⁷ *Ibíd.*, pp. 184 y ss.

²⁸ *Ibíd.*

a.1.5.) Solemnidades

Dentro de la teoría de los actos jurídicos, se distinguen las formalidades legales y las convencionales. En este aspecto, nos detendremos en las primeras, que se clasifican en solemnidades propiamente tales, formalidades habilitantes, formalidades de prueba, formalidades de publicidad o de simple noticia y formalidades fiscales.

La sanción por haberse omitido las formalidades indicadas precedentemente varía según la naturaleza de la omisión. Si se trata de la falta de una solemnidad propiamente tal, la sanción es la nulidad absoluta del acto o contrato, si se omite una formalidad habilitante, el acto será nulo relativamente, si falta la formalidad de prueba, como por ejemplo la constancia escrita del acto atendida la cuantía de la obligación que contiene, significará el impedimento de valerse de la prueba de testigos, la ausencia de formalidades de publicidad o de simple noticia es la inoponibilidad de forma por falta de publicidad y la omisión de formalidades fiscales tendrá la sanción que para cada caso establezca la ley.

a.1.5.1.) Requisitos del testamento

Los requisitos del testamento se dividen en internos y externos. Los requisitos internos son la capacidad, la voluntad del testador, el objeto y la causa. Son requisitos externos las solemnidades²⁹.

a.1.5.1.1.) Testamentos solemnes otorgados en Chile³⁰

Son requisitos comunes a los testamentos solemnes otorgados en Chile: escrituración, presencia de testigos hábiles, individualización del testador, de los testigos y del funcionario, si lo hubiere, lugar de otorgamiento, fecha del otorgamiento, continuidad y unidad del acto, firmas del testador, testigos y funcionarios, si los hubiere, y registro del testamento.

- **La escrituración.** Está contemplada en el artículo 1011, el cual señala que el testamento solemne es siempre escrito. La sanción por falta de escrituración consiste en que el testamento no tendrá valor alguno (artículo 1026 C.C.). Por consiguiente, el testamento no existe.
- **Presencia de testigos hábiles.** La presencia de testigos hábiles se justifica para asegurar la libertad del testador y para tener certeza de la voluntad del causante. Su número es variable, dependiendo del tipo

²⁹ Fabián Elorriaga De Bonis, *Derecho Sucesorio*, p. 155, LexisNexis, 2005.

³⁰ *Ibíd.*, pp. 185 y ss.

de testamento. La sanción por la ausencia o inhabilidad de testigos es la nulidad absoluta del testamento, a menos que se hayan presentado más de los testigos necesarios y, a pesar de la inhabilidad, se reúna el número de testigos hábiles exigidos por la ley.

- **Individualización del testador, testigos y funcionario** (artículos 1016, 1023 inciso 5° y 1024 del C.C.). La sanción por la omisión de individualizaciones es la nulidad absoluta del testamento. Sin embargo, según el inciso 2° del artículo 1026 cuando se omitiere una o más de las designaciones prescritas en el artículo 1016, en el inciso 5° del artículo 1023 y en el inciso 2° del artículo 1024, no será por eso nulo el testamento, siempre que no haya duda acerca de la identidad personal del testador, escribano o testigo.
- **Lugar de otorgamiento del testamento** (artículos 1016 inciso 2°, 1023 inciso 5° y 1024 del C.C., en relación con el artículo 414 del C.O.T.). La importancia de la indicación del lugar en que se emitió el testamento sirve, principalmente, para decidir sobre la legislación aplicable a sus requisitos externos, la competencia del funcionario que interviene en el acto testamentario y si los testigos, en el número exigido por el artículo 1012, tienen o no domicilio en la comuna o agrupación de comunas en que se otorga. La sanción por la falta de designación del lugar de otorgamiento del testamento se ha discutido, pero existe la tendencia a considerar que la omisión del lugar no invalida el testamento, fundado en el artículo 1026 del C.C. según el cual dicha omisión no causa la nulidad del testamento, siempre que no haya duda acerca de la identidad personal del testador, escribano o testigo.
- **Fecha y hora del otorgamiento** (artículos 1016 inciso 2° y 1023 inciso 5° del C.C. y 414 del C.O.T.). La importancia de esta formalidad radica en la determinación de la capacidad del testador, los testigos y del funcionario a esa fecha. Asimismo, permite determinar cuál es la ley aplicable a sus formalidades, dado que el testamento se rige por la ley vigente en ese momento, y cuál de los sucesivos testamentos es el último. La hora, por su parte, permite resolver cuál de los dos testamentos es el último que fue otorgado si se emitieran varios en el mismo día. La sanción por la omisión de la fecha y la hora debería ser la nulidad absoluta del testamento, pero ese principio se ve atemperado por el artículo 1026 del C.C., según el cual no hay tal nulidad si no hubiere dudas acerca de la identidad personal del testador, escribano o testigos. La jurisprudencia ha sido contradictoria.
- **Continuidad y unidad del acto.** Ello tiene por objeto evitar cambio de opiniones del testador e impedir la influencia de terceros durante el

proceso de otorgamiento del acto testamentario. Esta exigencia está prevista para el testamento solemne cerrado (artículo 1023 inciso 7° C.C.), pero la doctrina lo extiende al testamento abierto. Sanción por la falta de continuidad o unidad del acto debe ser la nulidad absoluta y no es aplicable el artículo 1026 del C.C.

- **Firmas del testador, testigos y funcionarios si los hubiere** (artículos 1018 inciso 1°, 1023 inciso 6° y 1024 inciso 2° del C.C.). La exigencia que se plantea obedece a la manera en que universalmente se acepta la expresión de voluntad del individuo. Si el testador no sabe o no puede firmar, deberá otorgar testamento abierto (artículo 1022 del C.C.), y según el artículo 1018 inciso 2°, debe mencionarse en el testamento esta circunstancia, expresándose que el testador no firma por encontrarse imposibilitado. La certificación del notario a este respecto sufre la firma, pues equivale a la certificación de la voluntad del testador. No se exige que además un testigo firme a ruego del testador, pero si así se procediere, el testamento no es nulo, pues se trata de una formalidad adicional que no vicia el acto, siempre que se haya dejado la constancia de que el testador o no sabía o no podía firmar. Lo mismo ocurre con los testigos, caso en el que otro de los testigos debe firmar a ruego suyo, expresándolo así. La sanción por la falta de firma es la nulidad absoluta del testamento.
- **Registro del testamento.** El testamento solemne debe ser incorporado en el Registro Nacional de Testamentos, en conformidad con los artículos 13 y 14 de la Ley 19.903, de 3 de octubre de 2003. La sanción por la omisión del registro no es la nulidad ni es inoponible a los herederos *ab intestato*, porque la inscripción en el Registro Nacional no es una solemnidad del testamento y tampoco es una medida de publicidad cuya omisión acarrea la inoponibilidad del acto. La obligación de enviar la nómina de testamentos al Registro Civil recae en el notario, y si éste la incumple compromete su responsabilidad administrativa o eventualmente su responsabilidad civil y hay un perjuicio real y cierto para terceros. Si la información ha sido enviada por el notario, pero el Registro Civil no efectúa las inscripciones de rigor, solo quedará comprometida la responsabilidad administrativa de los funcionarios respectivos y eventualmente hace responsable civilmente al Servicio frente a terceros por el daño causado.

Testamento solemne abierto (artículo 1014 del C.C.). El testamento solemne y abierto debe otorgarse ante competente escribano y tres testigos o ante 5 testigos. Tiene competencia para este efecto el notario de la comuna o agrupación de comunas en que se otorgue el testamento. Si el testamento abierto no se otorga ante funcionario, o se otorga ante

uno incompetente, o ante un funcionario diferente de los señalados en la ley, la sanción es la nulidad absoluta del acto testamentario.

El testamento solemne abierto debe escriturarse, leerse y ha de existir continuidad y unidad del acto y firma de los intervinientes. En el evento de que no se cumpla con las formalidades mencionadas, la sanción es la nulidad absoluta del testamento y no se aplica la excepción del artículo 1026, porque estas exigencias formales están contenidas en los artículos 1017 y 1018 del C.C., preceptos legales que son diferentes de los mencionados en el inciso 2° del artículo 1026 del mismo código.

Testamento solemne cerrado (artículo 1008 inciso 5° del C.C.). Son formalidades del otorgamiento de esta clase de testamentos: a) la escrituración y firma del testamento o memoria; b) la introducción de la memoria o testamento en el sobre; c) la declaración del testador de ser ese su testamento; d) la redacción y firma de la carátula, y e) un acto continuo y sin interrupciones. Por la omisión de una o más de las formalidades antes señaladas, es la nulidad absoluta del testamento. Con todo, si la omisión consiste en la falta en el sobre de algunas de las menciones establecidas en el inciso 5° del artículo 1023, esto es, la circunstancia de hallarse el testador en su sano juicio; el nombre, apellido y domicilio del testador y de cada uno de los testigos, y el lugar, día, mes y año del otorgamiento, podría no haber nulidad del testamento, pues, en tal caso, según el inciso 2° del artículo 1023, no será nulo el testamento, siempre que no haya dudas acerca de la identidad personal del testador, notario o testigos.

a.1.5.1.2.) Testamentos privilegiados o menos solemnes. (Artículos 999, 1008 y 1030 y ss. del C.C.)

Son testamentos privilegiados o menos solemnes, el verbal, el marítimo y el militar.

Las solemnidades comunes a los testamentos privilegiados se refieren a la habilidad de los testigos que intervienen en el testamento (art. 1031 C.C.) y a las formalidades coetáneas que deben observarse al momento de otorgarlo. Respecto de estas últimas, el testador debe declarar expresamente su intención de testar; el acto ha de ser unitario, ya que las personas cuya presencia es necesaria serán las mismas desde el principio hasta el fin, y el otorgamiento del testamento debe ser continuo, interrumpiéndose en breves intervalos de tiempo si algún suceso o accidente lo impone (art. 1032 C.C.).

El testamento verbal caduca y carece de todo valor si el testador falleciere después de los 39 días subsiguientes al otorgamiento; o si habiendo fallecido

antes, no se hubiere puesto por escrito el testamento, con las formalidades que indica la ley, dentro de los 30 días subsiguiente a su muerte (art. 1036 C.C.).

El testamento militar, abierto o cerrado, caduca en el plazo de 90 días contado desde que cesan las circunstancias que habilitaban al testador para otorgar esta clase de testamento privilegiado (art. 1044 del C.C.).

El testamento militar verbal caduca por el hecho de sobrevivir el testador al peligro (art. 1046 del C.C.). Si el testador fallece, deberá ponerse por escrito el acto de última voluntad en la forma prescrita en los artículos 1037 y ss. del Código Civil.

a.1.6.) De los regímenes matrimoniales

Sociedad conyugal es el régimen legal del matrimonio y, por lo mismo, no hay necesidad de pactarlo (arts. 135 inciso 1° y 1718 del C.C.). Por excepción, los que se hayan casado en país extranjero se mirarán en Chile como separados de bienes, a menos que inscriban su matrimonio en el Registro de la Primera Sección de la comuna de Santiago, y pacten en ese acto sociedad conyugal o régimen de participación en los gananciales, dejándose constancia de ello en dicha inscripción (art. 135 inciso 2° del C.C.). Si no se cumple con la formalidad indicada, se entiende que el régimen matrimonial es de separación total de bienes.

- **Separación de bienes**

La separación total de bienes convencional puede acordarse en las capitulaciones matrimoniales celebradas antes del matrimonio (art. 1720 del C.C.) y deberá cumplirse con las formalidades de escritura pública y de subinscripción de las capitulaciones al margen de la inscripción matrimonial al tiempo de efectuarse el matrimonio o dentro de los 30 días siguientes a su celebración (art. 1716 inciso 1° del C.C.). Puede convenirse la separación total de bienes al momento de celebrarse el matrimonio, en cuyo caso deberá dejarse constancia en la inscripción matrimonial. Finalmente, durante el matrimonio puede acordarse la sustitución del régimen matrimonial por el de separación total de bienes, pacto que deberá otorgarse por escritura pública y subinscribirse al margen de la respectiva inscripción matrimonial dentro de los 30 días siguientes a la fecha de la escritura en que se pacte la separación (art. 1723 C.C.).

La sanción por la infracción de los requisitos señalados precedentemente es la nulidad absoluta, no obstante que también es aplicable como sanción la caducidad si no se cumple con la formalidad de la subinscripción dentro del plazo fatal indicado por la ley (art. 49 C.C.).

- **Participación en los gananciales**

La participación en los gananciales es un régimen convencional que puede pactarse en las capitulaciones matrimoniales celebradas antes del matrimonio y cumpliéndose los requisitos del artículo 1716 del C.C. (art. 1792-1). Al momento de contraer matrimonio, se puede pactar el régimen de participación en los gananciales, dejándose constancia del pacto en la inscripción matrimonial (art. 1716 del C.C.). Durante el matrimonio los cónyuges pueden sustituir el régimen de sociedad conyugal o el de separación de bienes por el de participación en los gananciales, en los términos del artículo 1723 del Código Civil (art. 1792-1 del C.C.).

La sanción por la omisión de las solemnidades establecidas por la ley es la nulidad absoluta, lo cual es sin perjuicio de que es también aplicable la caducidad de tales pactos si no se subinscriben al margen de la inscripción matrimonial dentro del plazo fatal indicado en la ley.

a.1.7.) Filiación

- **Patria potestad convencional**, se rige por el artículo 244 del Código Civil, esto es, será ejercida por el padre o la madre o ambos conjuntamente, según convengan en acuerdo suscrito por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, que se subinscribirá al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento.
- **Sanción**: el incumplimiento de las exigencias legales trae aparejada como sanción la inoponibilidad del acuerdo frente a terceros³¹ (art. 246 C.C.).

Cuidado de los hijos cuando los padres viven separados. Los progenitores podrán determinar de común acuerdo que el cuidado de los hijos corresponderá al padre, a la madre o a ambos en forma compartida. Este acuerdo se otorgará por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil y deberá ser subinscrito al margen de la inscripción del nacimiento del hijo dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento. Mientras una nueva subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros (art. 225 del C.C.).

³¹ René Ramos Pazos, *Derecho de Familia*, Tomo II, p. 434, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, 2000.

a.2.) Como condición para adquirir un derecho

a.2.1.) Son requisitos para suceder a una persona por causa de muerte, la capacidad y dignidad para suceder (art. 961 del C.C.). Las incapacidades son de orden público y, por lo tanto, la sanción a las disposiciones en favor de incapaces para suceder es la nulidad absoluta por objeto ilícito (art. 1682 del C.C.).

Las indignidades deben ser declaradas judicialmente y se purgan o sanean por la posesión de la herencia o legado durante cinco años (art. 975 del C.C.).

a.2.2.) Fuera de los requisitos generales para suceder a una persona por causa de muerte, tratándose de las asignaciones forzosas, se exige que no exista desheredamiento, es decir, una disposición testamentaria en que se ordena que un legitimario sea privado del todo o parte de su legítima (art. 1207 del C.C.). La desheredación es una sanción dispuesta por el testador, fundado en una causa legal, expresada específicamente en el testamento y probada judicialmente en vida del testador o probada después de la muerte del testador por las personas interesadas en el desheredamiento (art. 1209 inc. 1°).

a.3.) Leyes imperativas de contenido

a.3.1.) En materia sucesoria la ley distingue diversas situaciones en relación con la libertad de testar. Es así que si el testador no tiene herederos forzosos puede disponer de sus bienes para después de sus días con absoluta libertad. Sin embargo, si existen tales herederos forzosos la libertad del testador se restringe dependiendo si se trata de la disposición de la cuarta de mejoras o de las legítimas.

En cuanto a la disposición de la cuarta de mejoras, el testador tiene una libertad relativa, porque puede hacer la distribución que quiera entre sus descendientes, su cónyuge y sus ascendientes, pudiendo asignar a uno o más de ellos toda la dicha cuarta con exclusión de los otros. Por otro lado los gravámenes impuestos a los partícipes de la cuarta de mejoras serán siempre en favor del cónyuge, o de uno o más de los descendientes o ascendientes del testador (artículo 1195 del C.C.).

En lo que concierne a las legítimas, el testador solo puede favorecer con ellas a los hijos, personalmente o representados por su descendencia; a los ascendientes, y al cónyuge sobreviviente (artículo 1182 del C.C.). A su vez, los legitimarios concurren, son excluidos y representados según el orden y reglas de la sucesión intestada (artículo 1183 del C.C.). Es más, la legítima rigorosa no es susceptible de condición, plazo, modo o gravamen alguno (artículo 1192 del C.C.).

De esta manera, se advierte una graduación de la libertad del testador, que parte con una libertad absoluta cuando no hay legitimarios; decrece hacia una libertad relativa en lo tocante a la cuarta de mejoras, y se restringe aún más en lo que se refiere a la asignación de las legítimas.

La sanción que prevé la ley para el caso de que el testador no respete las legítimas o mejoras es la rescisión del testamento en la parte que las infringe, lo cual se remedia mediante el ejercicio de la acción de reforma del testamento, como lo dispone el artículo 1216 del Código Civil. Con todo, hay quienes sostienen que la sanción es la inoponibilidad de las disposiciones del testador que vulneran las asignaciones forzosas o semiforzosas.

De otro lado, si se perjudican tales asignaciones, éstas están protegidas mediante la formación de acervos imaginarios (arts. 1185, 1186 y 1187 del C.C.).

a.3.2.) En el derecho de familia también existen leyes imperativas de contenido patrimonial, como acontece:

a.3.2.1.) En las capitulaciones matrimoniales celebradas antes del matrimonio si bien el objeto puede ser variado, porque se puede pactar, por ejemplo, un régimen de separación total o parcial de bienes (art. 1720 inciso 1° C.C.); que la mujer disponga libremente de una determinada suma de dinero o de una determinada pensión periódica (art. 1720 inciso 2° C.C.); la renuncia de los gananciales por la mujer (arts. 1719 y 1721 C.C.), se establecen ciertos límites en el artículo 1717, que dispone que tales acuerdos “no contendrán estipulaciones contrarias a las buenas costumbres ni a las leyes ni serán en detrimento de los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge respecto del otro o de los descendientes comunes, ni se podrá convenir que la sociedad conyugal será administrada por la mujer, o que ésta no podrá tener un patrimonio reservado. Tampoco se admite que la mujer esté impedida de renunciar en las capitulaciones matrimoniales a la facultad de pedir la separación de bienes a que le dan derecho las leyes (art. 153 C.C.). Finalmente, no se puede pactar que la sociedad conyugal tenga principios antes o después de contraerse el matrimonio, siendo nula toda estipulación en contrario (art. 1721 inciso final C.C.).

En lo que concierne a los bienes familiares, no se admite que en las capitulaciones matrimoniales se prohíba demandar la declaración de “bien familiar” (art. 149 C.C.).

a.3.2.2.) En las convenciones matrimoniales celebradas al momento de contraer matrimonio solo puede pactarse separación total de bienes o régimen de participación en los gananciales (artículo 1715 inciso 2° C.C.).

a.3.2.3.) Durante el matrimonio los cónyuges mayores de edad pueden substituir el régimen de sociedad de bienes por el de participación en los gananciales o por el de separación total. También pueden substituir la separación total por el régimen de participación en los gananciales. Sin embargo, no pueden reemplazar la separación total de bienes o el régimen de participación en los gananciales por el de sociedad conyugal (art. 1723 inciso 1° C.C.).

Los pactos a que se refieren el artículo 1723 y el artículo 1715 inciso 2° no son susceptibles de condición, plazo o modo alguno.

Sanción: La infracción del contenido de los pactos mencionados en lo precedente trae consigo la nulidad absoluta de ellos.

b) Leyes prohibitivas

Son aquellas que impiden hacer algo bajo cualquier circunstancia o respecto. Entre las leyes prohibitivas se encuentran:

- Las incapacidades particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos (art. 1447 inciso final C.C.).
- Los casos de objeto ilícito del artículo 1464 N°s 1 y 2, que disponen: "Hay un objeto ilícito en la enajenación: 1) De las cosas que no están en el comercio; 2) De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona".
- La sanción por la infracción de lo dispuesto en las normas prohibitivas es la nulidad absoluta del acto o contrato, porque así lo disponen los artículos 10, 1466 y 1682 del Código Civil.

Por excepción, la sanción no es la nulidad absoluta. La ley prohíbe constituir dos o más usufructos sucesivos o alternativos. Si de hecho se constituyen, los usufructuarios posteriores se considerarán como substitutos, para el caso de faltar los anteriores antes de deferirse el primer usufructo. El primer usufructo que tenga efecto hará caducar los otros; pero no durará sino por el tiempo que le estuviere designado. El artículo 745 del C.C., por su parte, prohíbe constituir dos o más fideicomisos sucesivos, de manera que restituido el fideicomiso a una persona, lo adquiera ésta con el gravamen de restituirlo eventualmente a otra. Si de hecho se constituyeren, adquirido el fideicomiso por uno de los fideicomisarios nombrados, se extinguirá para siempre la expectativa de los otros. En consecuencia, en reemplazo de la nulidad absoluta el legislador establece la sanción de la caducidad cuando se constituyen usufructos o fideicomisos sucesivos.

c) Leyes permisivas

Las leyes permisivas son aquellas que autorizan a hacer algo. Si un tercero impide ilegítimamente a otro el ejercicio de una facultad contemplado en una ley permisiva incurre por regla general en una sanción que consiste en la indemnización de perjuicios por el obstáculo que se impone a quien desea ejercitar un derecho o facultad o cuando se desconoce o daña un derecho ya adquirido por su titular.

La indemnización de perjuicios puede tener como fuente la responsabilidad contractual regida especialmente por los artículos 1556 y ss. del C.C. o su origen puede encontrarse en las demás fuentes de las obligaciones (art. 1437 del C.C.) y especialmente en la responsabilidad extracontractual, contemplada en los artículos 2314 y ss. del C.C.

3. El principio de la especialidad de las normas y su aplicación preferente

Los artículos 4° y 13 del Código Civil recogen el principio de especialidad entre cuerpos legales distintos y normas contenidas en un mismo texto legal, en la forma que se indica a continuación:

“Artículo 4°. Las disposiciones contenidas en los Códigos de Comercio, de Minería, del Ejército y Armada, y demás especiales, se aplicarán con preferencia a las de este Código”.

“Artículo 13. Las disposiciones de una ley, relativas a cosas o negocios particulares, prevalecerán sobre las disposiciones generales de la misma ley, cuando entre las unas y las otras hubiere oposición”.

Estos preceptos reglamentan la prevalencia de la ley o disposiciones especiales sobre las leyes o normas generales en los casos en que hubiese oposición entre ellas. Pero también el principio de especialidad incide en la derogación de las normas jurídicas, porque una ley o norma general no puede derogar una ley o norma especial.

4. El principio de inexcusabilidad del desconocimiento de la ley

En lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la promulgación, Rosende Subiabre³² explica que “la promulgación reviste a la ley de un sello de exterioridad

³² Hugo Rosende Subiabre, *La promulgación y la publicación de la ley*, N° 128, p. 122, Editorial Nascimento, 1941.

y la transforma en un documento público y auténtico, lo cual permite que sea puesta en conocimiento de los administrados y que su ejecución se lleve a efecto”.

La promulgación de la ley constituye, entonces, un acto formal del Presidente de la República conforme al cual aprueba el proyecto ya aprobado por ambas cámaras, sanciona la autenticidad del texto legal aprobado por los órganos colegisladores, y ordena su ejecución y publicación (artículos 72 y 75 de la Constitución Política de la República y artículos 6° y siguientes del Código Civil).

El principio de publicidad está contemplado en el artículo 8° del Código Civil, según el cual *“Nadie podrá alegar ignorancia de la ley después que ésta haya entrado en vigencia”*. A su turno, el artículo 7° del mismo cuerpo legal señala que la publicación de la ley se hará mediante su inserción en el Diario Oficial, y desde la fecha de éste se entenderá conocida de todos y será obligatoria. Para todos los efectos legales, la fecha de la ley será la de su publicación en el Diario Oficial³³. Sin embargo, en cualquiera ley podrán establecerse reglas diferentes sobre su publicación y sobre la fecha o fechas en que haya de entrar en vigencia.

Esta materia plantea la cuestión de saber si se acepta o no que se invoque el error de derecho en el ámbito civil.

Sobre el particular cabe enunciar algunos casos en que se acepta el error de derecho, que son³⁴:

- El error de derecho en el pago de lo no debido (arts. 2297 y 2299 C.C.).
- El error de derecho en el pago de la obligación natural (arts. 1470 y 2296 C.C.).
- El error de derecho en las manifestaciones tácitas de voluntad (arts. 1241, 1243, 1244, (1236), 2494 C.C.).
- El error de derecho y la nulidad absoluta (art. 1683 C.C.).
- El error de derecho y la repetición de lo dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas (art. 1468 C.C.).
- El error de derecho en el matrimonio putativo (arts. 51 y 52 L.M.C.).

³³ El artículo 7° del Código Civil fue sustituido por la ley 9.400, publicada en el *Diario Oficial* del 6 de octubre de 1949, disponiendo, en lo que aquí interesa, que la fecha de la ley es la de su publicación en el *Diario Oficial*, sin perjuicio que en cualquiera ley pueden establecerse reglas diferentes sobre publicación y sobre la fecha o fechas en que haya de entrar en vigencia.

³⁴ Hernán Felipe Corral Talciani, *De la ignorancia de la ley*, pp. 144 y ss., Editorial Jurídica de Chile, 1987.

- El error de derecho en la transacción (art. 2454 C.C.).
- El error de derecho en la accesión.
 - Adjunción (art. 658 C.C.).
 - Especificación (art. 662 incisos 2° y 3° C.C.).
 - Mezcla (art. 663 inciso 1° C.C.).
 - Edificación (art. 668 C.C.).
- El error de derecho en el pago de buena fe al que estaba entonces en posesión del crédito (art. 1576 C.C.).
- El error de derecho y el guardador aparente (art. 426 C.C.).
- El error de derecho en el pago por consignación (art. 1599 C.C.).
- El error de derecho en la restitución de alimentos provisorios (art. 327 C.C.).
- El error de derecho en la acción de reforma de testamento (art. 1216 C.C.).

Casos en que no se acepta el error de derecho³⁵

- El error de derecho no vicia el consentimiento (art. 1452 C.C.).
- El error de derecho en la posesión (art. 706 inciso 4° C.C.).
- El error de derecho en la revocación de la confesión (art. 1713 inciso 2° C.C.).
- El error de derecho no vicia la acción testamentaria (arts. 1058, 1452 C.C.).

5. El principio de la irretroactividad de las leyes. (artículo 9° C.C.)

Respecto de la vigencia y de la obligatoriedad de la ley, se pueden distinguir tres períodos: el que media entre su entrada en vigor y su derogación; el anterior a su entrada en vigencia, y el posterior a su derogación.

³⁵ *Ibíd.*, pp. 134 y ss.

- **Principio de la irretroactividad de la ley³⁶.**

La ley se aplica por regla general entre el día de su entrada en vigencia y el de su derogación y rige todos los actos y hechos que ocurran durante este período. Lo anterior significa que la ley solo puede disponer para lo futuro y no tendrá jamás efecto retroactivo, según lo dispone el artículo 9° del C.C. Por consiguiente, los hechos, relaciones o situaciones jurídicas que han surgido y producido todos sus efectos bajo el imperio de la ley antigua, no son, naturalmente, alcanzado por la nueva norma.

El problema se plantea con respecto a los hechos, relaciones o situaciones que han surgido al amparo de los preceptos de una ley y que por una razón cualquiera vienen a desarrollarse o a producir todos o algunos de sus efectos cuando dicha norma ya no rige y tiene imperio otra. En estos casos, ¿qué ley debe aplicarse? ¿La antigua o la nueva?

- **Efecto retroactivo de la ley y efecto inmediato.**

La retroactividad consiste en la prolongación de la aplicación de la ley nueva a una fecha anterior a la de su entrada en vigencia.

El efecto inmediato de la ley nueva consiste en que ella no permite la subsistencia de la ley antigua, ni siquiera para las situaciones jurídicas nacidas en el tiempo en que esta última regía; los efectos de ellas producidos después de la entrada en vigor de la nueva norma quedan sujetos a ésta, en virtud del efecto inmediato.

El principio de irretroactividad de la ley obliga al juez pero no al legislador porque su fuente se encuentra en el Código Civil y no en la Constitución Política de la República.

Por excepción el principio de irretroactividad está contemplado en la Constitución en materia penal, porque "Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho (art. 19 N° 3 de la Constitución).

En el orden civil existe una prohibición indirecta en lo que respecta al derecho de propiedad, que impide al legislador dictar leyes retroactivas (art. 19 N° 24 de la Constitución).

³⁶ Arturo Alessandri Rodríguez, Manuel Somarriva Undurraga y Antonio Vodanovic H., *Curso de Derecho Civil. Parte General y los Sujetos de Derecho*. 1ª parte, pp. 177 y ss., Cuarta Edición, Editorial Nascimento, 1971.

“El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.

Solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales”.

Teoría de los derechos adquiridos y de las meras expectativas.

Esta teoría puede enunciarse así: una ley es retroactiva cuando lesiona intereses que para sus titulares constituyen derechos adquiridos en virtud de la ley antigua; pero no lo es cuando solo vulnera meras facultades legales o simples expectativas.

Se entiende por **derechos adquiridos** todos aquellos derechos que son consecuencia de un hecho apto para producirlos bajo el imperio de la ley vigente al tiempo en que el hecho se ha realizado y que han entrado inmediatamente a formar parte del patrimonio de la persona, sin que importe la circunstancia de que la ocasión de hacerlos valer se presente en el tiempo en que otra ley rige.

Las **facultades legales** constituyen el supuesto para la adquisición de derechos y la posibilidad de tenerlos y ejercerlos, como, por ejemplo, la capacidad de obrar, la facultad de testar.

Las **simples expectativas** son las esperanzas de adquisición de un derecho fundado en la ley vigente y aún no convertidas en derecho por falta de alguno de los requisitos exigidos por la ley.

Teoría de Paul Roubier.

Esta teoría se ocupa de las situaciones jurídicas, que en concepto de Roubier son superiores a los derechos adquiridos, porque no entrañan forzosamente, como éstos un carácter subjetivo, pudiendo aplicarse a situaciones como las del

menor, interdicto, pródigo, etc., en las cuales no puede hablarse de derechos adquiridos. También las situaciones jurídicas representan una situación superior a los derechos adquiridos debido a que se extienden no solo al ámbito patrimonial, sino también al de familia, en cambio los derechos adquiridos se refieren exclusivamente al ámbito patrimonial. Es igualmente superior a la noción de relación jurídica que presupone una relación directa entre dos personas, lo que no sucede con la situación jurídica, que puede ser unilateral y oponible a todos.

La situación jurídica puede ser observada en tres momentos: el de su constitución, en el de su extinción, o en el momento que produce sus efectos.

La ley nueva no tiene efecto retroactivo en el sentido de que no ataca a las situaciones jurídicas ya constituidas o extinguidas, ni a los elementos ya existentes que forman parte de la constitución o de la extinción de una situación jurídica en vías de constituirse o extinguirse.

La nueva ley produce efecto inmediato en el sentido de que rige, desde su entrada en vigor, los efectos de las situaciones jurídicas anteriormente establecidas, así como su extinción y la constitución de situaciones jurídicas nuevas.

El efecto inmediato es la regla general, porque tiende a asegurar la unidad de la legislación, pero tiene una importante excepción en cuanto no afecta a los contratos celebrados válidamente bajo el imperio de la ley antigua. Esta excepción, sin embargo, opera tratándose de contratos patrimoniales y no así respecto de contratos de familia, como el matrimonio, la adopción, los acuerdos de cuidado del hijo o sobre el ejercicio de la patria potestad, porque en lo tocante a ellos y a los efectos o los modos de disolución del matrimonio se aplica inmediatamente la ley nueva a los matrimonios anteriormente celebrados.

- **La ley sobre efecto retroactivo de las leyes, de 7 de octubre de 1861**, adhiere a la teoría clásica de los derechos adquiridos y de las meras expectativas, aunque a veces se aparta de ella, y tiene por objeto decidir los conflictos que resulten de la aplicación de leyes dictadas en diversas épocas (art. 1°)
- **Leyes sobre el estado civil de las personas.**

“El estado civil adquirido conforme a la ley vigente a la fecha de su constitución, subsistirá aunque ésta pierda después su fuerza ...” (artículo 3° de L.E.R.).

La teoría clásica sobre derechos adquiridos y meras expectativas no explica satisfactoriamente el respeto de la nueva ley por el estado civil adquirido, ya que considera como carácter esencial del derecho adquirido su incorporación a un patrimonio, y el estado civil no es un derecho patrimonial.

La teoría de Paul Roubier ofrece una solución más sencilla, porque el estado civil adquirido, con arreglo a la ley antigua, es una situación jurídica constituida que la ley nueva no puede desconocer sin incurrir en la retroactividad.

El estado civil que no ha sido adquirido en conformidad con la ley antigua solo puede adquirirse de acuerdo con las nuevas leyes. El artículo 2° de la L.E.R. dice: "Las leyes que establecieron para la adquisición de un estado civil, condiciones diferentes de las que exigía una ley anterior, prevalecerán sobre ésta desde la fecha en que comiencen a regir".

Las consecuencias que derivan del estado civil, es decir, los derechos y obligaciones que trae aparejados, se subordinan a la ley nueva sin que en ello opere la retroactividad de la ley. El artículo 3° de la L.E.R. dispone: "El estado civil adquirido conforme a la ley vigente a la fecha de su constitución, subsistirá aunque ésta pierda después su fuerza; pero los derechos y obligaciones anexos a él, se subordinarán a la ley posterior, sea que ésta constituya nuevos derechos u obligaciones, sea que modifique o derogue los antiguos".

Los efectos o consecuencias del estado civil son facultades o aptitudes que se rigen por la ley vigente al momento de su ejercicio, y no constituyen derechos adquiridos según la doctrina clásica.

Paul Roubier plantea que los derechos y obligaciones anexos al estado civil son situaciones legales establecidas por la ley y susceptibles de ser modificadas por ella en cualquier momento.

El artículo 3° incisos 2°, 4°, 5° y 6° de la L.E.R., hace aplicación de todos los principios anteriores relativos al estado civil. Lo propio acontece en los artículos 4°, 5° y 6° de la L.E.R.

En cuanto a las personas jurídicas, la constitución de éstas se rige por la ley vigente a la época en que ellas se formaron y en cuanto a los efectos, esto es, los derechos y obligaciones de las personas jurídicas se rigen por la ley nueva (art. 10 en relación con el art. 3° de la L.E.R.).

- **Leyes sobre la capacidad de las personas.**

- En cuanto a la capacidad de goce, ésta queda sometida a la ley nueva. Por consiguiente, si una persona, de acuerdo con la ley antigua, tiene aptitud para adquirir derechos, la pierde si se dicta otra ley que niega esa aptitud o exige otras condiciones para constituirla. El artículo 7° inciso 2° de la L.E.R. expresa "Las meras expectativas no forman derecho".

Doctrinariamente la capacidad de goce constituye una abstracta facultad legal, o sea, un supuesto para la adquisición de derechos, y las facultades legales no constituyen derechos adquiridos.

Para Roubier se trata de una situación no constituida que se rige por la ley nueva.

- En cuanto a la capacidad de ejercicio, es una facultad legal y por lo tanto no constituye derecho adquirido ni representa una situación jurídica constituida.

No obstante lo anterior, el artículo 8° de la L.E.R. se apartó de los principios doctrinarios y establece “el que bajo el imperio de una ley hubiese adquirido el derecho de administrar sus bienes, no lo perderá bajo el de otra, aunque la última exija nuevas condiciones para adquirirlo; pero en el ejercicio y continuación de este derecho, se sujetará a las reglas establecidas por la ley posterior”.

- **Leyes sobre la protección de las personas.**

Los guardadores válidamente constituidos bajo el imperio de una legislación anterior seguirán ejerciendo sus cargos en conformidad a la legislación posterior, aunque según ésta hubieren sido incapaces de asumirlos; pero, en cuanto a sus funciones, a su remuneración y a las incapacidades, o excusas sobrevinientes, estarán sujetos a la legislación posterior.

- **Leyes relativas a los bienes.**

- **§ La irretroactividad de las leyes sobre derechos reales.**

Todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad a ella subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a sus goces y cargas y en lo tocante a su extinción, prevalecen las disposiciones de la nueva ley (art. 12 L.E.R.).

La teoría clásica afirma que se está en presencia de un derecho adquirido la constitución del derecho real, pero en lo tocante a las facultades anexas, éstas no constituyen derechos adquiridos y por lo tanto están afectas a las disposiciones de la nueva ley sin que en ello haya un efecto retroactivo.

Sin perjuicio de lo anterior, la circunstancia de que la ley nueva prevalezca sobre la antigua en lo concerniente a la extinción del derecho real, a la luz de la teoría clásica la nueva ley tiene efecto retroactivo, porque afecta un derecho adquirido. Sin embargo, de acuerdo con los principios de la teoría de Roubier, ello no acontece, porque si la nueva ley establece otra forma de extinción de un derecho ella no rige el pasado, sino el presente y el futuro.

- **§ La irretroactividad de las leyes sobre el derecho de dominio.**

Las leyes sobre el derecho de propiedad son irretroactivas por mandato constitucional, según ya se ha dicho antes en este trabajo.

§ Leyes sobre la posesión.

La posesión constituida bajo una ley anterior no se retiene, pierde o recupera bajo el imperio de una ley posterior, sino por los medios o con los requisitos señalados en ésta (art. 13 L.E.R.).

Las leyes sobre la posesión no tienen efecto retroactivo, porque la posesión es un hecho y no un derecho.

§ Derechos adquiridos bajo condición.

Los derechos deferidos bajo una condición que, atendidas las disposiciones de un ley posterior, debe reputarse fallida sino se realiza dentro de cierto plazo, subsistirán bajo el imperio de ésta y por el tiempo que señalare la ley precedentemente, a menos que este tiempo excediese el plazo señalado por una ley posterior contado desde la fecha en que ésta empiece a regir; pues en tal caso si dentro de él no se cumpliera la condición se mirará como fallida (art. 14 L.E.R.).

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

Siempre que una ley nueva prohíba la constitución de varios usufructos sucesivos y expirado el primero antes de que ella empiece a regir, hubiese empezado a disfrutar la cosa alguno de los usufructuarios subsiguientes, continuará éste disfrutándola bajo el imperio de la nueva ley por todo el tiempo a que le autorizara su título; pero caducará el derecho de los usufructuarios posteriores si los hubiere. La misma regla se aplicará a los derechos de uso o habitación sucesivos y a los fideicomisos; sin perjuicio de lo que se haya dispuesto o se dispusiere por leyes especiales relativas a mayorazgos y vinculaciones (art. 15 L.E.R.).

Según la teoría clásica la persona que bajo el imperio de la ley antigua está gozando de un usufructo tiene un derecho adquirido sobre él y la prohibición de la ley nueva de los usufructos sucesivos afecta las meras expectativas que tienen los futuros usufructuarios y, por lo tanto, no tiene efecto retroactivo porque no afecta derechos adquiridos.

§ Leyes sobre servidumbres.

Las servidumbres naturales y voluntarias constituidas válidamente bajo el imperio de una antigua ley se sujetarán en su ejercicio y conservación a las reglas que estableciere otra nueva (art. 16 L.E.R.).

Se ha criticado el empleo de las expresiones servidumbres naturales y omitido las servidumbres legales. En definitiva, las servidumbres naturales son aquellas

que provienen de la natural situación de los lugares y ellas no son impuestas por la ley. Por lo mismo, resulta evidente que ese tipo de servidumbres se mantienen de la misma manera como existían bajo el imperio de la antigua ley, salvo que se altere la naturaleza de la ubicación de ellas, en cuyo caso su ejercicio y conservación se rige por la ley nueva.

En cuanto a las servidumbres voluntarias, ellas quedan regidas por las normas de los contratos, esto es, por el artículo 22 de la Ley Sobre Efecto Retroactivo.

En verdad la norma del artículo 16 hay que entenderla reservada a las servidumbres legales, lo que el legislador ha omitido decir en este precepto legal.

- **Leyes sobre sucesiones.**

- **§ Principio.**

Las sucesiones se rigen por la ley vigente al tiempo de su apertura, vale decir, por la ley que impera en el momento de la muerte del causante. Dicha norma determina la capacidad e incapacidad de los asignatarios, todo lo relativo a la desheredación, al derecho de transmisión y a la representación; y en conformidad a ella debe hacerse la repartición de bienes.

Las leyes relativas a las sucesiones no tienen efecto retroactivo, porque afectan meras expectativas y no a derechos adquiridos. Desde el punto de vista de Roubier, la situación jurídica se constituye al momento de la muerte del causante, que es el instante en que se aprecia la capacidad, habilidad para suceder, los derechos hereditarios, etc.

- **Sucesión testamentaria.**

- **§ Testamento.**

En todo testamento se distinguen los requisitos externos o solemnidades para la validez del testamento y para su prueba; los requisitos internos, referidos a la capacidad y a la voluntad libre y espontánea del testador, y las disposiciones de bienes que efectúa el testador ya sea como herencias o legados.

- **§ Requisitos externos.**

Los requisitos externos o solemnidades del testamento se rigen por el artículo 18 de la ley sobre efecto retroactivo, esto es, por la ley vigente al tiempo de su otorgamiento. Ello significa respetar la validez del testamento que ha sido otorgado bajo una determinada formalidad aunque una ley nueva fije más tarde otras solemnidades para su otorgamiento. Por consiguiente, en esta materia la ley nueva no tiene efecto retroactivo, porque respeta facultades legales ejercidas bajo el imperio de la ley antigua o de situaciones jurídicas consumadas antes de la vigencia de la nueva ley.

§ Requisitos internos.

Los requisitos internos del testamento se rigen por la ley vigente al tiempo de su otorgamiento, materia que no resuelve el artículo 18 de la ley sobre efecto retroactivo de las leyes, pero sí lo aclaran los artículos 1005 y 1006 del Código Civil, el primero de los cuales señala quiénes son hábiles para testar y el segundo expresa que “el testamento otorgado durante la existencia de cualquiera de las causas de inhabilidad expresadas en el artículo precedente es nulo, aunque posteriormente deje de existir la causa. Y por el contrario el testamento válido no deja de serlo por el hecho de sobrevenir después alguna de estas causas de inhabilidad”.

§ Disposiciones.

Las disposiciones del testamento, vale decir, las concernientes a su contenido, están sujetas a la ley vigente al tiempo de la muerte del testador, prevaleciendo ésta sobre las leyes anteriores al fallecimiento, y regula la incapacidad o indignidad de los asignatarios, las asignaciones forzosas y semiforzosas y las desheredaciones.

Las disposiciones del testador se rigen por la ley vigente a su muerte, porque desde ese momento van a producir sus efectos, habida cuenta de que con anterioridad el testamento es esencialmente revocable. Por eso el artículo 19 de la L.E.R. dispone que “si el testamento contuviera disposiciones que según la ley bajo la cual se otorgó no debían llevarse a efecto, lo tendrán sin embargo, siempre que ellas no se hallen en oposición con la ley vigente al tiempo de morir el testador”. Por el contrario, si el testador al otorgar el testamento deja todos sus bienes a un extraño y no respeta las asignaciones forzosas, y si antes de su fallecimiento se dicta una nueva ley que suprime las asignaciones forzosas, sus disposiciones tendrán pleno efecto, según lo establece el artículo 19 mencionado en lo precedente.

Sucesión abintestato.

La misma regla del artículo 18 de la L.E.R. se aplica a la sucesión abintestato, de manera que rige la sucesión intestada la ley vigente al tiempo del fallecimiento del causante. Y esa ley se aplica a las incapacidades o indignidades para suceder y a las normas que regulan los órdenes de sucesión.

El derecho de representación.

Es una ficción legal que supone que una persona tiene el lugar y, por consiguiente, el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre o madre, si éste o ésta no quisiese o no pudiese suceder (art. 984 inciso 2° del C.C.).

La ley sobre efecto retroactivo señala que “en las sucesiones forzosas o intestadas el derecho de representación de los llamados a ella se regirá por la ley bajo la cual se hubiere verificado su apertura” (art. 20 inciso 1°).

Adjudicación y partición de la herencia y legados.

En la adjudicación de un herencia o legado deben observarse las reglas que regían al tiempo de la delación (art. 21 L.E.R.).

- **Leyes relativas a la prueba de los actos.**

La prueba, vale decir, los diversos medios que sirven para demostrar la existencia de un hecho o un acto, se encuentra sometida a leyes sustantivas y adjetivas o procesales. A las primeras, en cuanto a la procedencia o admisibilidad de los medios de prueba, y a las segundas, en lo que atañe a la manera cómo deben producirse en juicio.

La parte sustantiva de la prueba se rige por la ley vigente a la época de celebración del acto o contrato que se trata de probar, pero la parte adjetiva queda sometida a la ley bajo cuyo imperio se rinda la prueba (art. 23 L.E.R.).

- **Leyes relativas al procedimiento judicial.**

Las leyes concernientes a la substanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubiesen empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.

Para la teoría clásica las leyes sobre procedimientos judiciales se aplican *in actum* porque ellas no confieren derechos susceptibles de ser adquiridos, lo que significa que no existe ningún obstáculo que pueda oponerse a su inmediato cumplimiento.

Roubier justifica la aplicación inmediata de las leyes de procedimiento diciendo que el proceso mismo constituye una situación actual y pendiente, que nada tiene que ver con las situaciones pasadas que se debaten dentro del pleito. De ahí resulta que sea lógico la aplicación de la nueva ley. Si la nueva norma pretendiera aplicarse al pasado, tendría efecto retroactivo, alcanzando los procedimientos anteriores a los plazos ya cumplidos, lo que resulta inadmisibles.

- **Leyes de prescripción.**

La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas o no haberse ejercido

dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales (art. 2492 C.C.).

Si una prescripción ha transcurrido íntegramente bajo el imperio de una ley o si corre completamente bajo otra posterior, no hay dificultad alguna, porque se regirán por la ley vigente durante el tiempo en que operó la prescripción.

El conflicto surge cuando una parte del plazo ha transcurrido durante la vigencia de una ley y otra nueva modifica las condiciones necesarias para que opere la prescripción adquisitiva o se extinga una acción por la prescripción extintiva.

El artículo 25 de la L.E.R. establece “la prescripción iniciada bajo el imperio de una ley y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra ley que la modifique, podrá ser regida por la primera o segunda, a voluntad del prescribiente, pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que aquella hubiese empezado a regir”.

Según la teoría clásica, una prescripción no consumada no alcanza a conferir un derecho adquirido al prescribiente. Sin embargo, la estricta aplicación de este principio puede traer graves inconvenientes, porque por consideraciones personales o por motivos ajenos a su intención de renunciar a su derecho, el titular de este derecho podría dejar de ejercerlo, contando para ello con el plazo que la ley le señala. Si antes de la expiración de ese plazo una nueva ley redime el término de la prescripción, su derecho quedaría súbitamente extinguido y castigada la generosidad que hubiese usado para con el prescribiente. Al darse al prescribiente la posibilidad de elegir entre el plazo de prescripción de la ley antigua y el de la ley nueva, se deja a su voluntad elegir aquel que más le convenga.

Ley nueva que declara imprescriptible lo que la antigua ley permitía prescribir.

Lo que una ley posterior declara absolutamente imprescriptible no podrá ganarse por tiempo bajo el imperio de ella, aunque el prescribiente hubiese principiado a poseerla conforme a una ley anterior que autorizaba la prescripción (art. 26 L.E.R.).

La ley sobre efecto retroactivo hace una cabal aplicación de la teoría de los derechos adquiridos y de las meras expectativas. La prescripción iniciada bajo la vigencia de la antigua ley, pero que no se ha consumado durante ella, se mira como una mera expectativa y, por lo tanto, la nueva ley puede desconocer el lapso transcurrido sin que con ello produzca un efecto retroactivo, porque no ha atentado contra un derecho adquirido bajo la antigua ley. Por otro lado, la prescripción reviste aspectos de orden público y conforme a ello el legislador puede verse inducido a declarar imprescriptible una cosa.

- **La ultractividad de la ley.**

En todo contrato se distinguen los requisitos internos y las solemnidades, y los efectos del contrato, esto es, los derechos y obligaciones que de él emanan.

Los requisitos internos están enumerados en el artículo 1445 del Código Civil y consisten en el consentimiento exento de vicios, la capacidad de las partes, el objeto lícito y la causa lícita.

Las solemnidades son los requisitos externos del acto jurídico y consisten en aquellas formalidades que la ley ha dispuesto para la existencia o valor de ciertos actos o contratos, sin los cuales no producen efectos civiles.

La ley que rige los requisitos internos y los efectos de los contratos es aquella vigente al tiempo de su celebración, porque en todo contrato legalmente celebrado se entienden incorporadas las leyes que regían al tiempo de su otorgamiento (art. 22 inciso 1° L.E.R.). Lo mismo acontece respecto de las solemnidades legales del acto o contrato y de los efectos que éste produce. Por consiguiente, las leyes nuevas no tienen efecto retroactivo, porque no alcanzan los requisitos internos y externos ni los efectos de los contratos celebrados bajo el imperio de una ley anterior.

Son excepciones al principio de que los contratos llevan incorporadas las leyes vigente al tiempo de su celebración las concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren de ellos, y las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado en ellos; pues esta será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido (art. 22 N°s 1 y 2 L.E.R.).

La ley interpretativa y el efecto retroactivo de las leyes.

Las leyes interpretativas son aquellas mediante las cuales el legislador determina su verdadero sentido y alcance, aclarando el sentido dudoso, oscuro o controvertido de una ley anterior.

Las leyes interpretativas no tienen efecto retroactivo, porque se entienden incorporadas a la ley interpretada, formando con ella un solo todo, y, por lo tanto, se entiende que comenzó a regir en la misma fecha de la entrada en vigencia de la ley interpretada. Sin embargo, lo recién expuesto constituye una ficción y para que efectivamente la ley interpretativa no tenga efecto retroactivo es preciso que se le aplique la siguiente limitación: la ley interpretativa no podrá afectar en manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio (art. 9° inciso 2° C.C.).

6. El principio de la autonomía privada

Este principio aparece reconocido en el artículo 12 del Código Civil, según el cual *“Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia”*.

La autonomía privada se encuentra inserta en la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado. En palabras de Rodríguez Grez³⁷, *“El orden jurídico, mediante esta distinción, puede abarcar todos los comportamientos, puesto que mientras en el Derecho Público puede hacerse todo aquello que la ley expresamente permite,³⁸ habiendo en su silencio una prohibición; en el Derecho Privado puede hacerse todo aquello que la ley no prohíbe, habiendo en el silencio de la norma una autorización o permisión”*.

El principio de la autonomía privada tiene limitaciones en el Derecho Civil, que se expresan en el título preliminar en las leyes imperativas y prohibitivas y en aquellos casos en que la ley declara nulo algún acto, con el fin expreso o tácito de precaver un fraude, o de proveer a algún objeto de conveniencia pública o privada, porque 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 C.C.).

Las restricciones a la autonomía privada en razón de las leyes imperativas se manifiestan, por ejemplo, en los requisitos de los actos jurídicos en cuanto a la capacidad, al objeto, a la causa y a las formalidades o solemnidades legales. También se expresan en las limitaciones de la libertad de testar habiendo legitimarios en la sucesión.

En cuanto a las limitaciones en función de leyes prohibitivas (artículo 10 del C.C.), estas se encuentran, por ejemplo, en los contratos prohibidos por las leyes (artículo 1466 del C.C.) o en las incapacidades especiales (artículo 1477 inciso final del C.C. en relación con los artículos 1796 a 1800, entre otros, todos del C.C.).

7. Principio de la territorialidad de la ley chilena.

La ley chilena es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros (art. 14 del C.C.), lo cual está en armonía con el principio de igualdad de trato de chilenos y extranjeros para la adquisición y goce de los derechos civiles contemplados en el Código Civil (art. 57 C.C.).

³⁷ Pablo Rodríguez Grez, *Teoría de la interpretación jurídica*, p. 12, Editorial Jurídica de Chile, 1995.

³⁸ El inciso 2° del artículo 7° de la Constitución Política establece *“Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes”*.

La ley chilena rige los bienes situados en Chile aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en el país (artículo 16 inciso 1° C.C.). También gobierna los contratos que se celebren en Chile tanto en lo que concierne a sus requisitos externos (artículo 17 C.C.) como los efectos que produzcan en Chile esos mismos actos.

Los contratos válidamente celebrados en el extranjero se rigen en cuanto a la forma por la ley del país en que hayan sido otorgados (artículo 17 inciso 1° del C.C.). Sin embargo, en los casos en que las leyes chilenas exijan instrumentos públicos para pruebas que hayan de rendirse y producir efecto en Chile, carecen de valor las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el país en que hubieren sido otorgadas (artículo 18 C.C.).

Los efectos de los actos otorgados en país extraño se regirán por la ley extranjera, a menos que los efectos de los contratos otorgados en ese país hayan de cumplirse en Chile, pues entonces se regirán por las leyes chilenas (artículo 16 inciso final C.C.).

Excepciones:

Hacen excepción al principio de territorialidad las normas sobre capacidad y estado civil de los chilenos, no obstante su residencia o domicilio en país extranjero.

El artículo 15 del Código Civil establece:

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

1° En lo relativo al estado de las personas³⁹ y a su capacidad para ejecutar ciertos actos, que hayan de tener efecto en Chile;

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

También se exceptúa el principio de territorialidad lo concerniente al derecho sucesorio, porque de acuerdo con el artículo 955 del Código Civil *“La sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte en su último domicilio; salvo los casos expresamente exceptuados. La sucesión se regla por la ley del domicilio en que se abre; salvo las excepciones legales”.*

³⁹ Cfr. Artículos 80 y 81 de la Ley 19.947 de 2004, que Establece Nueva Ley de Matrimonio Civil.

Las contraexcepciones, esto es, cuándo vuelve aplicarse el principio de territorialidad, se encuentran en los artículos 80 y ss., 997 y 998, todos del C.C.

8. Principio de la obligatoriedad de la interpretación de las leyes por vía de la autoridad pública (artículo 3° C.C.)

La interpretación efectuada por el legislador tiene efectos generales y obligatorios⁴⁰ (artículo 3° inciso 1° C.C.).

La interpretación judicial tiene efectos obligatorios relativos, porque solo alcanza a las partes que fueron emplazadas en el juicio y a los terceros que intervinieron en él alegando derechos coincidentes con los de alguna de ellas, o independiente, o excluyentes de aquellas (art. 3° inciso 2° del C.C.). Igual efecto relativo tienen los equivalentes jurisdiccionales como la transacción (arts. 2446 y ss. del C.C.), la conciliación (arts. 262 y ss. del C.P.C.) y el avenimiento (art. 434 N° 3 del C.P.C.).

9. Principio de la interpretación reglada de la hermenéutica judicial

- **Proceso interpretativo de la doctrina moderna**⁴¹.

La interpretación jurídica de la ley por parte del juez consta de dos etapas o fases: la fase formal y la fase sustancial de la interpretación.

- **La fase formal** del proceso interpretativo que está encaminada a desentrañar el verdadero sentido y alcance de la norma jurídica, y que contiene tres subfases: la primera indaga limitadamente el sentido literal de la norma para establecer si éste es claro u oscuro; en la segunda subfase se sigue adelante en el supuesto que el sentido literal de la norma sea oscuro, contradictorio o ambiguo; en la tercera subfase se clausura el proceso de interpretación formal cuando ninguna de las fases anteriores ha permitido desentrañar el verdadero sentido de la norma.

En **la primera subfase** se analizan las palabras empleadas por el legislador, las cuales pueden clasificarse en: palabras de uso corriente; palabras definidas por la ley, y palabras técnicas de alguna ciencia o arte.

⁴⁰ Pablo Rodríguez Grez, *Teoría de la interpretación jurídica*, pp. 62 y ss.

⁴¹ Pablo Rodríguez Grez, *Teoría de la Interpretación Jurídico*. Colección manuales jurídicos N° 99, pp. 71 y ss., Editorial Jurídica de Chile, 1995.

La **segunda subfase** se aplica cuando el sentido de la norma es oscuro, contradictorio o ambiguo, en cuyo caso habrá de recurrirse a los elementos histórico, lógico y sistemático.

En la **tercera subfase**, denominada de conclusión o clausura, permiten al intérprete disponer de los medios que requiere para fijar el sentido de la norma y que no ha podido lograr en la primera y segunda subfase de la interpretación formal. En este caso habrá de recurrir a los principios generales de derecho (espíritu general de la legislación) y luego a la equidad natural.

– **La fase sustancial de la interpretación.**

En esta etapa se concreta el mandato general y abstracto de la norma jurídica. Conocida la voluntad propia de la ley, deberá ella regular las conductas específicas, para lo cual el intérprete debe atender varios criterios o elementos interpretativos. En otras palabras se procura que la norma general, cuyo sentido y alcance ya fue fijado con motivo de la interpretación formal, transmita a la regla particular que extraerá el juez en su interpretación todos los elementos genéticos de la norma jurídica interpretada y que se va a aplicar. Estos criterios son de coherencia lógica o genética; de coherencia axiológica o teleológica; de coherencia orgánica, y de coherencia jurisprudencial.

A falta de norma jurídica o presencia de laguna legal se tendrá que aplicar en la fase sustancial el criterio de coherencia analógica, de coherencia global y de coherencia de equidad.

– **Establecimiento de los hechos.**

Incide en la interpretación la apreciación de los hechos que constituyen los presupuestos de la norma jurídica, cuyo establecimiento y ponderación dependerá del sistema legal tasado de los medios de prueba o de la persuasión racional de la prueba, sea que ésta se aprecie en conciencia o de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

La fase formal de la interpretación hace obligatoria la aplicación de las normas contenidas en los artículos 19 a 24 del Código Civil y la ponderación de los hechos y su establecimiento hace imperativo sujetarse al sistema de apreciación que contempla la ley.

- Otros criterios de la interpretación aparecen planteados por la doctrina clásica con diversas variantes entre los autores, y se circunscriben a la fase formal de interpretación sin entrar a la fase sustancial de ella, como lo plantea la doctrina moderna⁴².

⁴² Cfr. Alessandri Rodríguez, Arturo, Somarriva Undurraga, Manuel, y Vodanovic H., Antonio, *Curso de Derecho Civil Parte General y Los Sujetos de Derecho*, primera parte, pp. 118 y ss., cuarta edición,

10. Principio de la temporalidad de las normas jurídicas (artículos 52 y ss. C.C.).

La cesación de eficacia legal de las normas jurídicas se produce por causas extrínsecas e intrínsecas⁴³.

- **Causa extrínseca de la cesación de la eficacia legal.**

La constituye la derogación de las leyes, cuyas formas son la derogación expresa, tácita y orgánica, y la derogación total o parcial de los preceptos legales.

- **Causas intrínsecas que producen la cesación de la eficacia de la ley.**

Elas son:

- el transcurso del tiempo fijado para la vigencia de la ley, ya sea que ese tiempo aparezca predeterminado o que resulte del mismo objeto de la ley, como sucede con las leyes transitorias, es decir, las que se dictan mientras dure una situación anormal o las que rigen entre tanto se promulgue una nueva ley;
- la consecución del fin que la ley se propuso alcanzar, y
- la desaparición de una institución jurídica, o la imposibilidad de un hecho que era un presupuesto necesario de la ley.

No puede estimarse causal de cesación de la ley el desaparecimiento de los motivos de hechos que determinaron su promulgación. Tampoco es causal de cesación de la ley el desuso, es decir, la no aplicación de una ley.

Conclusión:

Este trabajo tiene la pretensión de ser un pequeño paso que permita a los alumnos, y especialmente a quienes estudian su examen de grado, ubicarse en la geografía del Código Civil, considerando luego los principios que rigen los distintos libros y títulos que lo componen, proyectando esos principios en diversas instituciones que le permitan al estudiante lograr una visión sistemática y no de

Editorial Nascimento, 1971; Carlos Ducci Claro, *Interpretación Jurídica*, pp. 53 y ss., Editorial Jurídica de Chile, 1977; Fernando Fueyo Laneri, *Interpretación y juez*, pp. 41 y ss., Universidad de Chile y Centros de Estudios Ratio Iuris, 1976.

⁴³ Alessandri Rodríguez, Arturo, Somarriva Undurraga, Manuel, y Vodanovic H., Antonio, *Curso de Derecho Civil Parte General y Los Sujetos de Derecho*, primera parte, pp. 152 a 161, Cuarta edición, Editorial Nascimento, 1971.

compartimento estanco de las distintas materias tratadas en el Código de Bello, para que finalmente los alumnos o egresados estén en condiciones de emplear sus conocimientos en la fase de aplicación del derecho y que en esta Casa de Estudios se conoce como la metodología de enseñanza de solución de casos.

Este artículo solo pretende indicar un rumbo en el camino que ha trazado nuestro Decano, pero el medio adoptado en este escrito podrá ser corregido, mejorado y profundizado en la cátedra de Bases del Orden Jurídico y en los repasos que se hagan al final del estudio de la carrera con la mira de obtener mejores resultados en los exámenes de licenciatura con los que culminan los estudios de los alumnos de Derecho, sin disminuir las exigencias académicas para la obtención del grado de licenciado en ciencias jurídicas.