

Arturo Alessandri R.
Manuel Somarriva U.
Antonio Vodanovic H.

TRATADO DE DERECHO CIVIL

PARTES PRELIMINAR Y GENERAL

TOMO I

Editorial Jurídica de Chile

DE LAS PERSONAS NATURALES

CAPÍTULO XXVII

PRINCIPIO Y FIN DE LA EXISTENCIA
DE LAS PERSONAS NATURALES

A. PRINCIPIO DE SU EXISTENCIA

497. EXISTENCIA NATURAL Y EXISTENCIA LEGAL

La existencia natural de las personas comienza con la concepción, o sea, el momento en que se unen las células sexuales masculina y femenina, y llega hasta el nacimiento, que marca el inicio de la personalidad legal.

El artículo 74 del Código Civil dice que “la existencia de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre”. Y agrega, reconociendo la existencia natural, que “la criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás”.

498. NACIMIENTO

Para que el nacimiento constituya un principio de existencia, generador de personalidad, se requieren tres condiciones:

a) *Que el niño sea separado de su madre.* El desprendimiento del feto del claustro materno puede obtenerse natural o artificialmente por medios quirúrgicos. Es indiferente a la ley una forma u otra, pues al respecto no hace distinción alguna.

b) *Que la separación sea completa.* ¿Qué ha querido decir el legislador con esta frase? En opinión de ciertos intérpretes, que ningún vínculo haya entre la madre y el hijo, ni siquiera el del cordón umbilical, que une el embrión a la placenta¹ y sirve de conducto a la sangre de la madre que nutre al feto. Otros piensan que las palabras del legislador se refieren al hecho de que la criatura

¹ La placenta es un órgano especial que se forma en las paredes uterinas, mediante el cual, a través del cordón umbilical, el feto toma de la sangre materna la substancia necesaria a la formación de sus tejidos. La placenta ejerce un papel nutritivo y un papel respiratorio, ya que, durante la vida intrauterina, no funcionan los pulmones ni el tubo digestivo del feto.

salga toda del seno materno, sin que importe que el cordón umbilical esté cortado o no. En otras palabras, los primeros sostienen que hay separación completa cuando la criatura ha salido toda del vientre y ha sido cortado el cordón, o cuando, sin estarlo, la placenta ya estuviera expulsada; los segundos afirman que basta que el cuerpo íntegro del hijo haya salido, aunque esté unido todavía a la madre por el cordón umbilical.

Estos últimos apoyan su manera de ver en los argumentos siguientes:

1) La integridad del cordón no significa propiamente unión de los dos cuerpos, pues dicho lazo es un anexo que no pertenece al cuerpo del niño ni al de la madre.

2) Si el individuo no comenzara a existir sino después de practicada la operación a que se alude, resultaría que el nacimiento no sería un acto puramente natural, sino que en muchos casos esencialmente artificial.

3) Los padres podrían decidir a voluntad el principio de la existencia de la persona.²

Los otros contraargumentan que el tenor literal de la disposición en estudio revela que el legislador habla de una separación material entre la madre y el hijo, y a esta separación *nada debe faltar* para que se estime *completa*, ya que ése es el significado que da el Diccionario de la Lengua a esta última palabra; si el cordón permanece uniendo el hijo al cuerpo de la madre, faltaría el seccionamiento de este lazo para reputar completa la separación. La separación completa que menciona el Código, es, pues, una separación total material y no la separación fisiológica que no implica el corte del cordón umbilical.³

A juicio nuestro, el sentido de la ley no es claro. Y si bien el tenor literal parece ajustarse más a la opinión de la separación material, creemos preferible, por las consecuencias, la interpretación de la separación fisiológica.

c) *Que la criatura haya sobrevivido a la separación un momento siquiera.* Para ser persona es suficiente vivir la fracción más insignificante de tiempo; basta un destello de vida. Pero la criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no so-

² Esta interpretación y sus fundamentaciones son del doctor F. PUGA BORNE, ex profesor de Higiene y de Medicina Legal en la Escuela de Medicina de la Universidad de Chile. Véase su *Compendio de Medicina Legal*, Santiago de Chile, 1896, pp. 193 y 194. Don Tomás A. Ramírez siguió esta teoría en sus clases de Medicina Legal en la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, según lo hace presente don FRANCISCO MUÑOZ en el libro *Estudios sobre Antropología Jurídica* (Santiago, 1911), que escribió a base de las explicaciones de aquél. Véase la p. 36. También es partidario de la interpretación del Dr. Puga Borne, don SAMUEL GAJARDO, ex profesor de Medicina Legal en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Véase su *Medicina Legal*, tomo I, Santiago de Chile, 1939, pp. 150 y 151.

³ Partidarios de esta manera de pensar son, entre otros, el ex profesor de Derecho Penal y de Medicina Legal de la Universidad de Chile don J. RAIMUNDO DEL RÍO (*Elementos de Derecho Penal*, Santiago, 1939, p. 528, “in fine”) y don ALFONSO GARCÍA GERKENS, ex profesor de Medicina Legal en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile (*Apuntes de sus clases*, Santiago, 1940, edición mimeográfica). Sigue la misma opinión el ex profesor de Medicina Legal don LUIS COUSINO MAC-IVER, *Manual de Medicina Legal*, Santiago, 1974, p. 118, al final.

brevive a la separación un momento siquiera, se reputa no haber existido jamás (artículo 74, inciso 2°).

Determinar si un individuo ha vivido o no, puede tener mucha importancia en la práctica, por las consecuencias que se derivan, sobre todo en materia de herencias. Supongamos que una persona instituyó heredero de sus bienes a un hijo póstumo (que es el que nace después de fallecido el padre): si éste nace vivo y muere un minuto después, por ejemplo, ha heredado, porque ha sido capaz de derechos, y la madre hereda a su turno; en tanto que si la criatura hubiese nacido muerta, no tendría la madre derecho alguno sobre los mismos bienes.

La supervivencia del hijo a la separación puede probarse por los medios ordinarios, y, principalmente, recurriendo al testimonio del médico, matrona y demás circunstancias. Pero este medio sólo será posible cuando los signos de vida hayan sido muy ostensibles, como tratándose del llanto de la criatura, mas no en otros casos, en que por la carencia de manifestaciones externas evidentes, resulta difícil precisar si el soplo existencial animó el cuerpo humano. Habrá que pedir auxilio, entonces, a los *procedimientos médico-legales*, dirigidos a comprobar las huellas de la respiración, signo por excelencia de la vida. El más usado y el que presenta mayor valor científico, dentro de la relativa seguridad de todos, es el de la *docimasia pulmonar hidrostática*.

Consiste, previas operaciones adecuadas, en sumergir los pulmones de la criatura en una vasija de agua, y si flotan, significa que ha respirado, porque la entrada del aire disminuye la densidad de los pulmones, haciéndolos que sobrenaden; si caen al fondo, debe suponerse lo contrario. Hay diversos hechos que conducen al mismo resultado y que no envuelven la respiración o su ausencia, según el caso, por lo cual la experimentación debe realizarse por un perito. En síntesis, no es ésta una prueba categórica, pero sí de mucho peso. Puede establecerse que si los pulmones flotan, la criatura ha respirado; mas, si caen al fondo, es preciso guardar reserva y acumular otras pruebas para resolver que no ha vivido.

¿A quién corresponde *probar* que la criatura nació viva o muerta? La prueba de un derecho compete al que lo alega. De consiguiente, la persona que, por ejemplo, pretende heredar al niño, deberá demostrar que éste nació vivo.

499. PARTO Y NACIMIENTO

No hay que confundir el nacimiento con el parto. El primero importa la separación completa de la criatura de la madre. En cambio, el *parto* es el conjunto de fenómenos que tiene por objeto hacer pasar el feto, impulsado por el útero, a través del canal pelviano, que consta de dos partes: una dura, la pelvis, y otra blanda, la vulva, vagina y sus anexos.⁴

También se dice que el parto es “el acto por el cual el feto viable, acompañado de sus anexos, es expulsado fuera de los órganos genitales. Si el feto no es viable, el acto se llama aborto”.⁵

⁴ GACTÚA, *Apuntes de Obstetricia*, Santiago, 1930.

⁵ LUIS COUSIÑO MAC-IVER, *Manual de Medicina Legal*, Santiago, 1974, p. 107.

500. DOCTRINA DE LA VIABILIDAD; SUS DIFICULTADES

Acabamos de ver que nuestro Código sólo exige, para conceder la personalidad, que la criatura nazca viva; la duración de la vida extrauterina es indiferente: para la adquisición de los derechos basta vivir el más mínimo espacio de tiempo. Esta es la doctrina jurídica de la *vitalidad*: para ser persona, sólo es indispensable nacer vivo.

Pero ciertas legislaciones, como la francesa y la española, acogen otra doctrina, la de la *viabilidad*, que es la aptitud del ser para continuar viviendo fuera del seno materno; supone, pues, que la criatura nazca viva y sea capaz de seguir viviendo extrauterinamente.

Esta doctrina merece críticas por las muchas dificultades que ofrece.

Desde luego, se basa en un pronóstico, y no en un hecho, como la doctrina de la vitalidad, ya que para afirmar que un recién nacido no es viable, menester es predecir que morirá. Para salvar la duda, algunas legislaciones presumen viable la criatura que viviere veinticuatro horas. Sin embargo, la ciencia demuestra que bien puede el niño vivir dicho lapso y no ser viable. Por otra parte, como dice don Andrés Bello en una de sus notas, “añádase la dificultad de medir con absoluta precisión este espacio de tiempo”. Y todavía, es completamente arbitrario e injustificado designar cierto plazo. Si se exigen, por ejemplo, veinticuatro horas, ¿por qué ha de negarse la existencia legal al que sólo sobrevive doce horas, o seis, o una, o cinco minutos?

501. TENDENCIA MODERNA

La tendencia moderna, que revelan los Códigos Alemán y Suizo, es aceptar la doctrina de la vitalidad, pues está más de acuerdo con los actuales principios que atribuyen la personalidad al ser humano por el hecho de ser tal, sin consideración a la mayor o menor duración de su existencia o a cualquier otra circunstancia.

El mismo criterio siguen el Código Civil Italiano de 1942 (art. 1°), el portugués de 1967 modificado en 1977 (art. 66, el boliviano de 1975 (art. 1°) y el peruano de 1984 (art. 1°).

Existencia anterior al nacimiento

502. RAZONES EN VIRTUD DE LAS CUALES EL LEGISLADOR LA TOMA EN CUENTA

El legislador toma en cuenta la existencia natural, o sea, la anterior al nacimiento, con el fin de proteger la *vida* y los *derechos* del que está por nacer.

503. a) PROTECCIÓN DE LA VIDA DEL QUE ESTÁ POR NACER

La ley protege la vida del que está por nacer (Constitución, art. 19, N° 1; Código Civil, art. 75). Diversas disposiciones tienden a hacer efectiva esta declaración.⁶

⁶ Véanse OSCAR SALAS E., *Situación ante el derecho del hijo que está por nacer*, Mem. de

1) El juez debe tomar, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra (artículo 75, inciso 1º).

2) Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, debe diferirse hasta después del nacimiento (artículo 75, inciso 2º). Y así, el artículo 85 del Código Penal (vigente mientras subsista la pena capital) dispone que no puede ejecutarse la pena de muerte en la mujer que se halla encinta, ni notificársele la sentencia en que se le impone dicha pena hasta que hayan pasado cuarenta días después del alumbramiento.

3) El Código Penal castiga al que *maliciosamente* causare aborto (artículos 342 y siguientes). Pero ahora no está permitido el aborto provocado de ninguna clase, según se expresa más abajo.

Téngase presente que existen dos conceptos del aborto: uno médico y otro legal. “*Médicamente* hablando, el aborto es la expulsión o extracción del claustro materno, de una criatura no viable. Si la criatura es viable, el hecho se denomina *parto prematuro*. *Legalmente* hablando, el aborto es la expulsión o extracción del producto de la concepción en cualquiera época de su vida intrauterina.

El aborto puede ser espontáneo o provocado.

El *aborto espontáneo* se produce naturalmente, por causas predisponentes o determinantes, y no es ni puede ser castigado por la ley.

El *aborto provocado* es el producido artificialmente por medio de diversos procedimientos destinados a desprender la criatura del útero materno para provocar su expulsión o extracción. A su vez, es de dos clases: médico y criminal. El *aborto médico* consiste en la operación deliberada hecha por un facultativo con fines terapéuticos en casos de enfermedad de la madre o de parto que ponga en peligro su vida. El *aborto criminal* consiste en los hechos maliciosos destinados a interrumpir la vida intrauterina normal de la criatura”.⁷

El legislador sólo castigaba el *aborto provocado* de carácter *criminal*, y dejaba fuera el *aborto médico*, o sea, el realizado de propósito pero de buena fe y con el fin legítimo de salvar la vida de una mujer. Así se desprende de la expresión *malicia*, que se substituyó al término de *propósito*, que aparece en el primer proyecto del Código Penal.⁸ Hoy, sin embargo, no puede ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar el aborto. Así lo dispone el nuevo texto del artículo 119 del Código Sanitario establecido por la Ley N° 18.826, de 15 de septiembre de 1989. Los autores de esta ley consideraron que, dados los

Lic., Santiago, 1943; EDMUNDO MANRÍQUEZ, *Protección penal de la vida humana en su primera etapa*, Santiago, 1963; CARLOS FERNÁNDEZ SESSARREGO (profesor de la Universidad de Lima), *Tratamiento jurídico del concebido*, en R., t. 84 (año 1987), primera parte, Derecho, pp. 29 a 50; C. Quintana y otros, *Los derechos del niño antes de nacer*. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1986.

⁷ J. RAIMUNDO DEL RÍO, *Elementos de Derecho Penal*, Santiago, 1939, p. 476.

⁸ *Ibidem*, p. 477, “in fine”.

progresos científicos, en nuestros tiempos no hay necesidad de recurrir al aborto para salvar la vida de la madre o preservar su salud.

4) Las legislaciones sanitarias y del trabajo contemplan diversas medidas en favor de la mujer embarazada que tienden naturalmente a la protección del que está por nacer.

504. b) PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL QUE ESTÁ POR NACER

Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, deberán permanecer suspensos, por orden de la ley, hasta que el nacimiento se efectúe (artículo 77, segunda parte).

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

1) El nacimiento de la criatura constituye un principio de existencia. En ese caso, entra el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron (artículo 77, segunda parte).

2) La criatura muere en el vientre materno, o perece antes de estar completamente separada de su madre, o no sobrevive a la separación un momento siquiera. En ambos extremos pasan los mencionados derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido (artículo 77, última parte, en relación con el artículo 74, inciso 2º).

La reserva de los derechos en beneficio del ser humano simplemente concebido es una política legislativa que viene desde el Derecho Romano, que formuló el principio de que el que está por nacer se considera nacido para todo lo que le favorece (*Infans conceptus pronato habetur quoties de commodis ejus agitur*).

505. “NIÑOS DE PROBETA”

Véase lo que más adelante se dice en el N° 516.

506. ¿QUÉ CLASE DE DERECHO ES EL QUE TIENE LA CRIATURA QUE ESTÁ POR NACER?

¿Es un derecho bajo condición suspensiva? ¿Es un derecho bajo condición resolutoria? ¿O es un derecho eventual?

Alessandri, Claro Solar y otros⁹ opinan que el derecho del *nasciturus*, del concebido, es un derecho sujeto a condición suspensiva. Galecio cree que se trata de un derecho eventual.¹⁰

Somarriva dice que se trata de un derecho especial.

No puede ser un derecho bajo condición suspensiva. Las personas a las que corresponderían los derechos si no nace legalmente el niño tienen un de-

⁹ CLARO SOLAR, obra citada, tomo X, p. 130; O. SALAS E., *Situación ante el derecho del hijo que está por nacer*. Memoria de Prueba, Santiago, 1943, p. 83, párrafo 117.

¹⁰ “Ensayo de una teoría de los derechos eventuales”, Memoria de Prueba, Santiago, 1943, p. 50.

recho bajo la condición suspensiva de que el nacimiento no constituya un principio de vida. De manera que si para estas personas el derecho es condicional suspensivo, no lo puede ser también para la criatura que está en el vientre materno, porque dentro de la ciencia jurídica es inconcebible que un derecho esté subordinado a una misma especie de condición para dos o más personas de intereses opuestos.

Tampoco puede ser el derecho de la criatura que está por nacer condicional resolutorio. La condición resolutoria implica un derecho actual, y el mismo legislador en el artículo 485 habla de “los bienes *que han de corresponder* al hijo póstumo, si nace vivo...”, con lo cual está expresando que el hijo, antes de nacer vivo, no tiene el derecho. Además, si aceptáramos que el derecho de la criatura está sujeto a condición resolutoria, querría decir que alguien que no es persona puede adquirir bienes.

El derecho de la criatura que está en el vientre materno tampoco es un derecho eventual. No hay derechos eventuales si el titular de una situación jurídica no existe o está todavía indeterminado, porque, como todo derecho, el eventual encuentra su fundamento en una relación entre un sujeto de derecho y una regla jurídica, y mientras la criatura no nace no hay sujeto de derecho.¹¹

Después del análisis anterior, puede concluirse que el derecho del que está por nacer no puede catalogarse dentro del derecho condicional suspensivo, condicional resolutorio ni eventual. En realidad, desde el punto de vista de los principios jurídicos rigurosos, el asunto no tiene una explicación satisfactoria.

Epoca de la concepción

507. NECESIDAD DE QUE LA CRIATURA ESTÉ CONCEBIDA AL TIEMPO DE LA DELACIÓN DE LOS DERECHOS

Para que el derecho se adquiera por la criatura que nace viva, es menester que haya estado concebida en el momento de la delación del derecho. El artículo 77 habla, en efecto, de derechos deferidos a la criatura que *está en el vientre materno*, es decir, de derechos que requieren la existencia actual del individuo en el momento en que son deferidos. No se refiere a personas *futuras* que al tiempo de la delación no existen, pero se espera que existan (artículo 926, inciso 3º), sino a seres cuya existencia actual es indispensable para adquirir el derecho deferido.¹²

508. PRESUNCIÓN DE DERECHO RELATIVA A LA ÉPOCA DE LA CONCEPCIÓN

¿Cómo saber si la criatura estaba concebida al tiempo de la delación del derecho?

¹¹ VERDIER, “Les droits eventuels”, París, 1935, Nº 369, p. 296.

Véase V. MALDONADO, “La condición jurídica del nasciturus en el Derecho Español”, Madrid, 1946.

¹² LUIS CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, tomo I (Santiago, 1898), p. 238, Nº 419.

La fecundación o concepción es la fusión del espermatozoide con el óvulo en el interior del organismo femenino. ¿Cuándo se produce? Para los efectos de determinar el momento en que ocurre “sólo se cuenta con tres antecedentes: a) momento de la cópula; b) fecha de la cesación de los menstruos, y c) fecha del nacimiento. De éstos, la ley únicamente considera el último, ya que los dos primeros son de naturaleza privada y escapan a todo control.

a) El momento de la cópula puede servir para determinar con bastante precisión el hecho de la fecundación, ya que hoy se admite que el espermatozoide tiene una vida efímera, a lo sumo de tres días. No obstante, cuando las relaciones sexuales son varias, es arbitrario atribuir a una de ellas la fecundación.

b) La fecha de la cesación de los menstruos también puede contribuir a fijar el momento de la fecundación con alguna precisión, ya que, conforme a la teoría de Ogino y Knaus, ella debería haberse producido en un plazo variable, entre el duodécimo y decimonoveno días anteriores al día en que debió ocurrir la menstruación.

c) La fecha del nacimiento, en cambio, no es índice de valor para establecer el momento de la fecundación, pues la diferencia de desarrollo intrauterino, así como las más variadas causas, pueden traer como consecuencia el que la criatura nazca a término, precoz o tardíamente. No obstante, el médico está en condiciones de resolver sobre este punto.¹³

Nuestro Código Civil, a fin de evitar dificultades y basándose en una observación empírica, señala una presunción de derecho, o sea, irrefragante, en cuanto a la época de la concepción. Tal presunción no entraría en juego tratándose de ciertas fecundaciones artificiales, según veremos más adelante (Nº 516).

La presunción está en el artículo 76 del Código Civil, que dice:

“De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente:

“Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la medianoche en que principie el día del nacimiento”.

La ley, como en toda presunción, parte del hecho conocido, el nacimiento, al hecho desconocido, la concepción.

Algunos critican al artículo 76 una impropiedad del lenguaje. Arguyen que habla “de la *época del nacimiento*”, y –prosiguen– el nacimiento no tiene lugar en una época, sino en una *fecha*, en un día determinado, como quiera que la ley no entiende por nacimiento sino la separación completa de la criatura del seno materno y fija como punto de partida la medianoche en que principia el día del nacimiento, es decir, el día en que esa separación queda completamente realizada.¹⁴

Sin embargo, puede observarse que el Diccionario de la Real Academia Española dice que *época*, en una primera acepción, significa “fecha de un suceso des-

¹³ LUIS COUSIÑO MAC-IVER, *Manual de Medicina Legal*, Santiago, 1974, pp. 34-35.

¹⁴ ALFONSO, *Explicaciones de Código Civil*, a base de las clases de los señores Fabres y Cood, tomo I (Santiago, 1882), p. 184; CLARO SOLAR, obra citada, tomo I, p. 240.

de el cual se empiezan a contar los años". Lo único que cabría manifestar es que en el caso que nos ocupa lo que se empieza a contar son los días y no los años.

Los términos que el artículo 76 adopta para presumir la concepción constituyen la regla tradicional que el Derecho Romano atribuye a Hipócrates, aunque no falta quienes sostienen que representan una interpretación errada de las verdaderas opiniones del sabio médico griego.

509. COMPUTACIÓN DE LOS PLAZOS

Los plazos de presunción de la concepción se computan de acuerdo con las reglas generales. Se cuentan hacia atrás desde la medianoche en que principia el día del nacimiento. Y así, si éste se produce el 2 de junio a las once y media de la noche, el plazo se cuenta hacia atrás, desde las doce de la noche del 1º de junio, hora en que empezó el día 2 de junio, fecha del nacimiento.

El artículo 76 exige que los días sean cabales, es decir, completos, y como se parte de la medianoche van contándose de doce a doce de la noche.¹⁵

510. DURACIÓN DE LA PREÑEZ. NACIMIENTOS ACELERADOS Y TARDÍOS

El período de gestación o duración de la preñez es el tiempo que transcurre desde la fusión de las células sexuales masculina y femenina hasta la completa expulsión del feto.

Normalmente, el nacimiento se produce entre los 270 y 285 días posteriores a la concepción; pero ocurre a veces que tiene lugar antes de dicho plazo (*nacimiento acelerado*), o después de él (*nacimiento tardío*).

En atención a estos hechos y a la necesidad de adoptar una norma para establecer la época de la concepción, la ley fija el término de la gestación mínima en ciento ochenta días cabales, y el de la gestación máxima, en trescientos días, contados hacia atrás desde la medianoche en que principie el día del nacimiento.

511. MARGEN DE TIEMPO DENTRO DEL CUAL PUEDE UBICARSE LA CONCEPCIÓN

La ley presume la gestación mínima y la máxima. Dentro de estos extremos no hay inconveniente alguno en probar que la concepción tuvo lugar en una época dada. Supongamos que una persona instituye heredero al hijo concebido de Juana a la fecha en que se hace la institución, disponiéndose que para el caso que no esté efectivamente concebido en ese día, será heredero Diego. Nace la criatura después de doscientos ochenta días. Diego podría perfectamente pedir examen médico para determinar la edad intrauterina de la criatura, porque si se llegara a la conclusión de que es setemesina, querría decir que no estaba concebida a la fecha de la institución de heredero, no correspondiéndole por lo tanto a ella los derechos, sino a Diego.

¹⁵ Corte de Santiago, 10 de abril de 1885, *Gaceta de los Tribunales*, año 1885, sentencia No 530, p. 307, Considerando 4º.

Esto puede perfectamente hacerse. Lo que no puede tratar de probarse es que la concepción ha precedido al nacimiento menos que ciento ochenta días cabales, y más de trescientos, contados hacia atrás, desde la medianoche en que principió el día del nacimiento.

512. ALCANCE DE LA REGLA SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LA ÉPOCA DE LA CONCEPCIÓN

La disposición del artículo 76 tiene un alcance general. No sólo se aplica para la determinación de la legitimidad de los hijos, que especialmente contemplan los artículos 180 y 185, sino para cualquier caso en que sea menester precisar la fecha de la concepción con algún fin jurídico, pues la ley es general y no trata un caso específico.

513. CRÍTICA AL ARTÍCULO 76

Nuestro legislador no es acertado al elevar a la categoría de presunción de derecho los plazos sobre determinación de la concepción que consagra en el artículo 76. La experiencia enseña que hay casos de gestación de más de trescientos días y de menos de ciento ochenta. Es célebre al respecto lo que sucedió con Richelieu, que nació viable de cinco meses, habiéndose reconocido su legitimidad por el Parlamento de París.¹⁶

El artículo 76 puede llevar a muchas injusticias, especialmente en materia de legitimidad de los hijos.

1) Supongamos que una criatura nace antes de los ciento ochenta días de que habla el artículo 76. El marido de la mujer podría negar o desconocer su calidad de padre, porque el artículo 180 sólo ampara con la presunción de paternidad al que nace después de ese término. Dice, en efecto: "*El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él y tiene por padre al marido*".

Ahora bien, el artículo 180 no podía amparar al hijo que nace antes de dichos ciento ochenta días, porque el artículo 76 lo impide. Este, implícitamente, afirma que toda gestación tiene una duración mínima de ciento ochenta días, y si un niño nace antes, querría decir, para el Código, en el caso del artículo 180, que la concepción tuvo lugar antes del matrimonio. Para el legislador chileno es una verdad inconcusa que ninguna gestación puede durar menos de ciento ochenta días, a pesar de que la ciencia y la práctica digan lo contrario.

2) Si una criatura nace después de trescientos días de disuelto el matrimonio de sus padres, el juez debe declarar su ilegitimidad, a petición de cualquiera persona que tenga interés actual en ello (artículo 185, inciso 1º).

El artículo 185 es también consecuencia del artículo 76, porque de acuerdo con éste, ninguna gestación puede durar más de trescientos días, y si un niño nace después de tal plazo, a contar de la disolución del matrimonio de sus padres, querría decir, para el Código, que fue concebido después de esa diso-

¹⁶ CASANOVA, *Antropología Jurídica* (La Habana, 1937), p. 347.

lución, siendo, por lo tanto, ilegítimo, y no habría medio de desvirtuar la ilegitimidad, porque los plazos sobre la época de la concepción constituyen presunción de derecho, que no admite prueba en contrario. De nada serviría, pues, que a todos constara que la madre de la criatura es la más honesta de las mujeres y que todos los médicos del mundo afirmaran que el niño tuvo una gestación superior a los trescientos días mencionados por el artículo 76.

En atención al absurdo científico que significa el establecer los límites extremos de la época de la concepción con el carácter de presunción de derecho y a los inconvenientes que ello produce, las legislaciones modernas han adoptado otros sistemas en lo que a este punto se refiere.

514. DERECHO COMPARADO

El Código Alemán fija los plazos mínimo y máximo para determinar la concepción con el carácter de mera presunción legal. Esto significa que está permitido probar lo contrario de lo que la ley presume.

Las legislaciones escandinava, inglesa y norteamericana no señalan término alguno; para el caso de controversia, la cuestión a que nos referimos se resuelve de acuerdo con lo que demuestre la *prueba* de los hechos. Este parece ser el mejor criterio, porque sin contar con los nacimientos acelerados y tardíos más o menos corrientes, hay algunos que implican un extremo patológico y no dan margen, en determinadas circunstancias, para juzgarlos injustamente. Sirva de ejemplo el nacimiento ocurrido el 29 de mayo de 1971, después que la madre estuvo embarazada casi trece meses. La señora Cristiene Houghton dio a luz, mediante parto forzado, a una niña viva y viable, en el hospital de Runtington (localidad del sur de Inglaterra), cuando el período de embarazo había llegado ya a los 381 días. Según la explicación del ginecólogo, el embarazo de la señora debió haber sufrido tropiezos, ya que ella mostró indicios de haber tenido un aborto después de cuatro meses de embarazo, por lo cual los médicos opinaron que “la criatura quedó en un estado de *hibernación fetal*”. Otro caso fue el de la señora Linda Wheatte, de Wolverhampton (Gran Bretaña). En junio de 1975 dio a luz en perfectas condiciones a un varón, después de llevarlo casi 13 meses en el claustro materno. Este “récord” está inscrito en el *Libro de Guinness*, autoridad mundial sobre la materia.

515. PARTOS DOBLES

“No contiene el Código disposición especial para determinar qué criatura deberá considerarse mayor cuando nazca más de una en un mismo parto.

Después de la supresión de los mayorazgos y vinculaciones, la primogenitura no tiene la importancia que tenía antes; pero continúa teniéndola para el goce de los censos en que esos mayorazgos o vinculaciones se han transformado y para la adquisición de las donaciones e instituciones que pueden hacerse a favor del primer hijo que nazca de tal o cual matrimonio o que dé a luz tal o cual mujer”.¹⁷

¹⁷ L. CLARO SOLAR, obra citada, tomo I, p. 242, N° 425.

El artículo 2051, que se refiere a los censos, se ha hecho cargo de esta dificultad y dice: “Cuando nacieren de un mismo parto dos o más hijos llamados a suceder, sin que pueda saberse la prioridad del nacimiento, se dividirá entre ellos el censo por partes iguales, y en cada una de ellas se sucederá al tronco en conformidad al acto constitutivo. Se dividirá de la misma manera el gravamen a que el censo estuviera afecto”.

Esta es la única disposición en que el Código trata de este punto y por su tenor puede decirse que el legislador considera mayor a la criatura que nace primero, pues sólo cuando *no puede saberse la prioridad del nacimiento*, ordena dividir entre ellas el censo por partes iguales.

“Aplicando por analogía esta disposición al caso de herencia o *para determinar en general a la persona de mayor edad*, se considerará mayor al que nace primero, es decir, al primero que es separado completamente de su madre, y en caso de no poderse determinar cuál de los nacidos en el mismo parto fue el primero, segundo o tercero que quedó completamente separado de su madre, se estimará que han nacido a un mismo tiempo.

No existiendo datos, pues la ciencia no los establece, para determinar la prioridad de la concepción, es natural que la ley atienda a la prioridad del nacimiento y considere mayor al primero que tuvo una existencia independiente”.¹⁸ Por eso el artículo 125 del Reglamento Orgánico del Registro Civil, publicado en el Diario Oficial de 28 de agosto de 1930 (y cuya vigencia comenzó treinta días después de esta fecha), establece que “cuando se solicitare la inscripción de hermanos gemelos, se dejará constancia de ese hecho en ambas inscripciones, *anotándose, si hubiere sido posible comprobarlo, cuál de ellos nació primero, y, en caso de no ser posible determinarlo, se hará constar esa imposibilidad*”.

516. FECUNDACIÓN ARTIFICIAL

a) *Nociones elementales*. La fecundación (concepción) es la fusión de los gametos, o sea, de las células sexuales masculina y femenina, siguiéndose a la fusión varias transformaciones citológicas y fisiológicas para constituir una célula huevo llamada cigoto. Desde este momento hay un embrión, cuyo desarrollo completo suministrará a la especie un nuevo individuo.

Normalmente, la fecundación se produce espontáneamente en el interior del organismo femenino después de una cópula realizada durante el período mensual fértil de la mujer. Sin embargo, causas anómalas, derivadas de uno u otro sexo, impiden a veces la fecundación, de un modo irremediable en ciertos casos, pero no en otros en que es susceptible de lograrse artificialmente, sea dentro del organismo femenino o fuera de él.

Una de estas formas de fecundación no natural es la llamada ordinariamente *inseminación artificial*. Consiste, mediante una técnica adecuada, en introducir espermatozoides en los órganos sexuales de la mujer dentro de su período mensual fértil.^{18-a}

¹⁸ L. CLARO SOLAR, obra citada, tomo I, p. 243.

^{18-a} Véase: Juan C. Gumucio, *Procreación asistida*, Santiago, 1997.

En otras ocasiones la fecundación del óvulo se realiza fuera del organismo de la mujer, *in vitro*, transfiriéndose después el embrión al interior de ésta.

Por último, existe una técnica muy reciente, comunicada por primera vez en 1984 y que se practica en nuestro país. Se conoce con el nombre de *transferencia intratubaria de gametos* y, en síntesis, se traduce en cuatro operaciones fundamentales: 1) estimulación de la ovulación múltiple; 2) recuperación de los ovocitos (gametos femeninos que todavía no han alcanzado su propia maduración) por punción folicular; 3) preparación y capacitación de los espermatozoides, y 4) transferencia de los gametos a la trompa de Falopio, que no es otra cosa que el conducto por el que los óvulos salen para su fecundación. El encuentro de los gametos femenino y masculino, o sea, la fecundación, no se realiza, pues, en el ambiente externo y artificial del *vitro*, sino en el interno y natural de la mujer, con las ventajas que ello comporta y una mayor posibilidad de buen éxito.

El uso de una u otra forma de fecundación artificial no es arbitrario. Depende de los casos de cada cual. Por ejemplo, para la transferencia intratubaria de los gametos es necesario que la mujer tenga una trompa funcionante.

b) *Reparos éticos*. Hay opositores a la fecundación artificial. Esgrimen argumentos de diversas clases, entre ellos algunos éticos. Dicen que la ley natural repugna de intermediarios entre el hombre y la mujer para conseguir descendencia. Se responde que el ferviente anhelo de la inmensa mayoría de las mujeres de dar a luz hijos también es obra de la naturaleza, y satisfacerlo con ayuda de la ciencia y la técnica cuando resulta imprescindible, no debe merecer críticas.

Agrégase por los críticos que muchas veces un resultado exitoso, un embarazo, cuesta el sacrificio de varios embriones y un verdadero asesinato en masa cuando multitud de embriones congelados en tanques de nitrógeno líquido nadie los reclama después de largo tiempo y son condenados a la destrucción. Muchos médicos contestan breve y secamente que el embrión de apenas cuatro células y que todavía no empieza su desarrollo en el vientre de alguna mujer no es una persona ni siquiera un ente comparable al que principia a germinar en dicho vientre.

En algunos casos el óvulo de una mujer puede ser fecundado *in vitro* con espermatozoides de su marido, pero sin que le pueda ser transferido el embrión porque éste no se desarrollaría en su claustro. Entonces se recurre a otra mujer que permite que la transferencia se haga a sus órganos internos, comprometiéndose la última a entregarle la criatura cuando nazca. Como la extraña suele cobrar por el "servicio" se habla del "arriendo de vientres"* y se tacha de inmoral. Se responde que la mujer que presta su vientre para el normal desarrollo del embrión se expone a todas las molestias que implica el embarazo y que es justo le sean compensadas, máxime si proporciona una noble satisfacción a la otra mujer. Se agrega, todavía que, en último término, esta cuestión no es de moral social, sino de moral individual.

En Estados Unidos ocurrió una situación que llegó a los tribunales. La "arrendadora del vientre", una vez que nació la criatura, no quiso entregarla. Alegó

* Véase: Paulina Silva S., *Arrendamiento de Utero*, Santiago, 1996.

que en el curso del embarazo se había encariñado con el ser que llevaba en sus entrañas. Los jueces decidieron la causa en su favor, más que todo, al parecer, por motivos sentimentales. Nosotros, respetando esos motivos, habríamos fallado, sin embargo, en favor de los padres cuyas células genéticas portaba el niño. Habríamos preferido la verdad biológica.

Podrán discutirse muchos aspectos de la cuestión, pero es indudable que la ciencia ha proporcionado felicidad a mujeres que hasta hace poco no pudieron siquiera soñar en la maternidad. Un buen ejemplo es lo sucedido, en el mes de septiembre de 1989, en Israel. Una dama de 28 años, nacida sin ovarios, alumbró trillizos en la ciudad de Petaj, después de haberse implantado tres embriones en el útero. Los tres óvulos fecundados *in vitro* con espermia de su marido, fueron donados por otra mujer sometida a tratamiento médico por esterilidad.

c) *Reparos jurídicos*. Se dice que jurídicamente los contratos relacionados con la fecundación artificial tendrían un contenido ilícito, porque sería inmoral la intervención médica que maniobra contrariando la naturaleza; inmoral la venta o donación de semen u óvulos, etc. La verdad es que al hablar de los reparos éticos se han examinado algunos de estos argumentos, y es innecesario repetirlos. En cuanto a la enajenación de óvulos y espermatozoides hay que decir, que, en general, el Derecho no se opone a la transferencia de partes del cuerpo o fluidos recuperables, como el pelo, la sangre, o que no menoscaban al individuo, como sería la donación de óvulos o espermios, y aun, en ciertos casos, al menos entre parientes, de órganos que permiten al dador seguir viviendo sin un menoscabo importante de su salud, y de ahí que se permita, por ejemplo, la donación de un riñón a un hijo, un hermano, un padre. Por lo que atañe al "arriendo de vientres" parece más bien un asunto de moral individual y no de moral social.

d) *Problemas jurídicos en el campo penal*. La fecundación artificial engendra problemas jurídicos de difícil solución, tanto en el campo civil como en el penal, porque los legisladores no pudieron prever en su letra ni en su espíritu avances científicos tan revolucionarios.

En el Derecho Penal el asunto es particularmente grave, porque una de las características del delito penal es su tipicidad, o sea, la descripción que hace la ley de los hechos del hombre que sanciona con una pena. Si no se encuentra esta descripción en la ley, el hecho cometido, por grave que sea, no constituye delito ni, consecuentemente, puede merecer pena.

De lo anterior resulta, por ejemplo, que si una mujer, sin su voluntad, es fecundada artificialmente, el hecho no podría castigarse como violación que, en cualquier caso, supone ejecutar el acto carnal con la mujer. Este elemento de la tipicidad de la violación no concurre en la fecundación artificial.

Otro ejemplo. Si una mujer casada se hace practicar la inseminación artificial con espermios que no sean de su marido, la mayoría de los penalistas estima que no podrá ser acusada de adulterio. Porque tal delito implica necesariamente una relación sexual, y aquí no la hay.

También se ha cuestionado si tendría carácter delictual la destrucción de embriones congelados que al cabo de largo tiempo nadie reclama.

Hoy es general el anhelo de tipificar los actos en que interviniendo la fecundación artificial puedan ser tachados de antijurídicos y sancionados penalmente.

e) *Problemas jurídicos en el campo del Derecho Civil.* A continuación veremos por separado algunas de estas cuestiones.

f) *Protección de la existencia de los embriones.* Sabemos que el Código Civil protege la vida del que está por nacer (art. 75), regla que copió, elevándola de rango, la Constitución de 1980 (art. 19, N° 1° inciso segundo).

El embrión, fuera del claustro de la mujer, ¿está protegido por esta norma reiterada? Creemos que no. Un embrión congelado en un tanque de nitrógeno líquido o que no se halle en el vientre femenino en aptitud de desarrollarse no puede considerarse que es un ser humano que está por nacer, a menos que se quiera estrujar mucho el sentido de las palabras o las frases. Que la ley supone que el embrión está en el claustro de la mujer, lo evidencia el inciso 2° del mismo artículo 75, que dice: “Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la *criatura que tiene en su seno*, deberá diferirse hasta después del nacimiento”. También corrobora la aserción el artículo 77 del mismo Código, que resguarda “los derechos que se deferirían a la criatura que está en el *vientre materno*”.

Todo lo anterior no quiere decir que el embrión como un bien no pueda ser protegido.

Lo expuesto significa sólo que el embrión fuera del vientre de la mujer no puede calificarse como un *nasciturus*, como una criatura que está por nacer e invocarse a su respecto, en esta calidad, las medidas protectoras de la ley. Pero esto no significa que en otra calidad no pueda merecer protección.

Este punto cobró gran actualidad con la muerte de don Mario Ríos y su mujer de nombre Elsa. Ambos cónyuges, chilenos, perdieron la vida en un accidente de aviación ocurrido en nuestro territorio. Cuando el año 1981 estuvieron en Australia, a Elsa, a la sazón de cuarenta años, le fueron retirados tres óvulos y fertilizados en un recipiente de vidrio, no con espermia de su marido (57 años de edad), sino con la de un donante anónimo. Uno de los tres embriones resultantes fue implantado en la matriz de la mujer, desgraciadamente, el embarazo no prosperó a causa de un aborto ocurrido diez días más tarde. El matrimonio regresó a su hogar en Los Angeles, quedando los dos embriones restantes en el congelador de la clínica en que se formaron. Al morir ambos cónyuges se comprobó que en sus testamentos nada decían de los embriones quedados en Australia. Surgió entonces una pregunta angustiosa. ¿Qué hacer con ellos y con otros cientos sobrantes? La respuesta debería contener una solución que no mereciera reproche legal alguno. Para estar a cubierto de cualquier eventualidad se clama por leyes que determinen la suerte de los embriones cuando los que tienen derecho a ellos no los emplean en un tiempo prudencial, sea por haberse muerto o arrepentido, o divorciado los cónyuges interesados. Agréguese que también se guardan óvulos sobrantes que representan una posibilidad de ser madres para las mujeres que no pueden producirlos. Todos esos gametos, congelados a 196 grados centígrados bajo cero ¿no podrían descongelarse y ser manipulados para implantarse en el claustro de mujeres que lo soliciten? Todo esto es bueno que lo regule la ley, pues en el mundo hay miles de mujeres pendientes y dependientes de la “probeta”.

g) *La presunción de la época de la concepción y los hijos resultantes de la fecundación “in vitro”.* Sabemos que de la fecha del nacimiento se colige la

época de la concepción, presumiéndose de derecho que ésta ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la medianoche en que principie el día del nacimiento (Código Civil, art. 76).

Sin duda, los plazos, tratándose de la fecundación “in vitro”, deben contarse desde que el embrión se implanta dentro del organismo de la mujer. Tal hecho tiene carácter cierto y es directamente comprobable. Esta consideración alcanza trascendencia cuando excepcionalmente la criatura nace antes del plazo mínimo de ciento ochenta días o después del máximo de trescientos. En los casos de fecundación normal o espontánea no sería dable probar para defender la legitimidad del hijo nacido fuera de los extremos señalados por el legislador, ya que la presunción de la época de la concepción es de derecho, que no admite prueba en contrario. El legislador se guió por la fecha de nacimiento para establecer la presunción porque otros antecedentes que pudieran servir para determinar la época de la concepción, como el día de la cópula y el de la cesación de los menstruos, son, como observan los autores, “de naturaleza privada y escapan a todo control”, sin contar con la pluralidad de cópulas que hace imposible determinar la que produjo la fecundación. Ahora bien, puede sostenerse perfectamente que la presunción de derecho de la concepción fue impuesta para los casos de fecundación espontánea, pero no para los de la fecundación *in vitro*, en que la transferencia del embrión al vientre femenino es un hecho que ocurre en día cierto y determinado, comprobable de un modo fehaciente. En consecuencia, la disposición que establece la presunción de derecho en estudio no puede aplicarse a situaciones no previstas por ella en su letra ni en su espíritu.

h) *Hijos posmortem.* Puede suceder que óvulos de una mujer hayan sido fecundados *in vitro* por espermios de su marido y se hayan guardado en un congelador, y que después de muerto el marido se implante y desarrolle uno de los embriones en los órganos internos de la cónyuge sobreviviente. Los hijos concebidos con el semen del padre después de su muerte suelen llamarse *posmortem* para diferenciarlos de los póstumos, que nacen después de la muerte de uno de los padres, pero que han sido concebidos en vida de ellos.

Por cierto, la situación de estos hijos no está prevista por el legislador y el asunto se complica si a la viuda se le vino en gana implantarse el embrión un par de años después de la muerte del marido. Dejando de lado las sonrisas malévolas, comprobada irredargüiblemente la veracidad de los hechos, el juez tendría que llenar la laguna de la ley con la equidad, que tendría que amoldarla a circunstancias del caso concreto, que pueden plantear muchos problemas. Por ejemplo, si este hijo fantasmal llega a tiempo como convidado de piedra al reparto de los bienes de la herencia y en el testamento del padre no figura para nada, ¿podría pedir la reforma del acto de última voluntad para que se le dé su legítima? ¿Tiene derecho a ésta?

i) *Legitimidad del hijo resultante de la fecundación artificial.* Cuando los gametos fusionados en la fecundación artificial son del marido y la mujer, indudablemente no hay problema sobre la legitimidad del hijo; la duda nace cuando una de esas células o ambas son extrañas. Dentro de la legislación chilena, y supuesto que ambos cónyuges hayan estado de acuerdo en la “operación”,

debe aceptarse la legitimidad. En efecto, conforme a la Ley de Adopción de Menores, la llamada adopción plena concede al adoptado el estado de hijo legítimo de los adoptantes, haciendo caducar los vínculos de la filiación de origen del adoptado (Ley N° 18.703, de 10 de mayo de 1988, artículos 1° inciso segundo y 36). Ahora bien, si se puede tener como legítimo a un individuo en cuya gestación y nacimiento en nada contribuyeron los padres adoptantes desde el punto de vista orgánico o biológico, con mayor razón debe aceptarse dicha legitimidad cuando alguna de esa contribución hubo.

j) *Mujer que se somete a la fecundación artificial con espermios ajenos al marido y sin consentimiento de éste.* En tal caso el marido podrá impugnar la legitimidad del hijo, pero, ¿qué podrá hacer contra la mujer?

No creemos que pueda demandarla de divorcio, porque el caso en estudio no está contemplado por la ley entre las taxativas causales de divorcio (Ley de Matrimonio Civil, art. 21), a menos que, como alguien ha insinuado, se lo considere un verdadero adulterio, opinión que rechazamos porque este último es un delito que supone cópula carnal y aquí no la hay.

¿Podría privarse a la mujer de su derecho a alimentos? Antes de responder tengamos presente que al cónyuge se deben alimentos congruos (C. Civil, arts. 321 y 324). Congruos son los alimentos que habilitan al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social, en contraste con los alimentos necesarios, que son los que dan al alimentado lo que basta para sustentar la vida (C. Civil, art. 323).

La obligación de prestar alimentos cesa enteramente en el caso de injuria atroz (C. Civil, art. 324 inciso tercero), es decir, una injuria que pueda calificarse de grande, enorme. Comete esta injuria el cónyuge adúltero. Sin embargo, no puede privárselo totalmente de alimentos porque una disposición especial y, por ende, prevaleciente lo sustrae a esa drástica medida. Tal disposición señala que “el cónyuge que haya dado causa al divorcio por su culpa tendrá derecho para que el otro cónyuge lo provea de lo que necesite para su modesta sustentación...” (C. Civil, art. 175 modificado por el artículo 1° N° 21 de la Ley N° 18.802, de 9 de junio de 1989). Como esta norma no distingue si la causa del divorcio ha sido el adulterio o cualquiera otra, se ha concluido que engloba a todas y de esta manera el cónyuge culpable del divorcio por haber cometido adulterio no pierde enteramente su derecho a alimentos, sino que de congruos los ve reducidos a lo necesario para su modesta sustentación.

Si calificáramos de injuria atroz el hecho de que la mujer sin consentimiento del marido se dejara fecundar artificialmente por espermios ajenos, tendríamos que perdería todo su derecho de alimentos, sufriendo una sanción más dura que la de la mujer por cuyo adulterio se decretó el divorcio, ya que la disposición especial que favorece a ésta no le sería aplicable. Esta solución no puede aceptarse si se parte de la premisa que el adulterio es más grave que el hecho de la fecundación mencionada.

Este último podría considerarse tal vez injuria grave, que es de menor entidad que la atroz, y cuyo efecto es limitar los alimentos congruos “a lo necesario para la subsistencia” (C. Civil, art. 324 inc. 1°).

Esta sanción sería igual a la de la mujer que haya dado causa al divorcio por su adulterio, y aún más severa si, como algunos creen, los alimentos nece-

sarios para la subsistencia no son lo mismo que los necesarios para la modesta manutención, sino algo menos.

La reducción de los alimentos congruos a los necesarios para la subsistencia será considerada una sanción justa para los que creen que proceder a la fecundación artificial con espermios ajenos al marido sin consentimiento de éste es tan grave como el adulterio, pero no para los que no lo estiman así.

B. FIN DE LA PERSONALIDAD NATURAL

517. EXTINCIÓN DE LA PERSONALIDAD NATURAL

La persona termina en la muerte natural (artículo 78).

518. CLASES DE MUERTE

Actualmente, nuestro derecho sólo considera la muerte *natural*, pues suprimió la *civil*. La muerte natural puede ser *real* y *presunta*.

¿Qué es la muerte natural y real? Confucio (en chino *Kung-fu-tse*), el estadista y gran moralista que vivió entre los años 551 y 478 antes de Cristo, contestaba: “Si todavía no se conoce la vida, ¿cómo podrá conocerse la muerte?” (*Diálogos*, XI, 11). Para las religiones en general la muerte es el separarse el alma del cuerpo. Científicamente se dice que es el cese definitivo de las funciones orgánicas de un ser vivo. Este cese, de acuerdo con la enseñanza de los doctos, se produce por un desequilibrio biofísico-químico, que resulta irreversible porque el organismo no reacciona contra él con suficiente intensidad para hacerlo reversible.

519. REFERENCIA A LA MUERTE CIVIL QUE EXISTIÓ EN NUESTRO DERECHO; LEGISLACIÓN TRANSITORIA

Hasta la promulgación de la Ley N° 7.612, de 21 de octubre de 1943, existió entre nosotros la muerte civil, que era la profesión solemne, ejecutada conforme a las leyes, en instituto monástico reconocido por la Iglesia Católica (antiguo artículo 95 del Código Civil, hoy suprimido).

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

Como era una institución arcaica que a ninguna necesidad social respondía fue suprimida de raíz por la citada ley, que en sus artículos transitorios estableció lo siguiente:

“Artículo 4°. El religioso que haya muerte civilmente con anterioridad a la presente ley volverá a la vida civil y se cancelará la partida de defunción correspondiente, pero no por eso podrá reclamar derecho alguno sobre los bienes que antes de la profesión poseía, ni sobre las sucesiones de que por su muerte civil fue incapaz.

“El religioso a que se refiere este artículo gozará del derecho de alimentos en contra de aquellos a quienes pasaron los bienes que, sin esa profesión, hubieren pertenecido a dicho religioso”.

“Artículo 5°. El ex religioso que a la fecha en que entre en vigencia la presente ley esté gozando de alimentos en conformidad al N° 10 del artículo 321 del Código Civil, continuará gozando de ellos con arreglo a la ley”.

Así, pues, a partir de la vigencia de la Ley N° 7.612 –explicaba en una conferencia el decano y profesor Arturo Alessandri Rodríguez– no hay en la legislación chilena sino una clase de muerte: la natural, porque la presunta no es sino una especie de muerte natural. Y agregaba, pidiendo al auditorio que no se sonriera: “Según el mencionado artículo 4° transitorio, los religiosos que murieron civilmente con anterioridad a la vigencia de la ley en análisis, han resucitado gloriosamente”.

520. BIBLIOGRAFÍA

El que quiera informarse sobre la muerte civil que existió entre nosotros puede ver la primera edición del tomo II de nuestra obra, pp. 56 a 70. También puede ver la Memoria de don ORLANDO GODOY R., titulada *La Iglesia y los eclesiásticos ante la legislación chilena y ante el Derecho Canónico*, Santiago, 1943.

Muerte natural

1) Muerte real

521. CONCEPTO

Muerte real es aquélla cuya ocurrencia consta.

Cualquiera que sea la causa que la determine (edad avanzada que debilita los órganos, enfermedad, accidentes), produce el efecto de extinguir la personalidad natural.

¿Cuándo puede decirse con certidumbre que una persona ha muerto realmente? Cuando se produce el llamado *silencio cerebral*, esto es, la extinción de todo trazo de actividad bioeléctrica de la corteza del cerebro. Dicho silencio puede comprobarse mediante la electroencefalografía, completada con la angiografía cerebral, que es la reproducción gráfica por los rayos X de los vasos sanguíneos, y que permite medir el riego sanguíneo del cerebro. Claro que a estos rigurosos métodos de constatación de la muerte real sólo se acude en los casos en que en los hospitales o centros médicos se decide retirar de los pacientes los aparatos que artificialmente los mantienen con vida o en los casos en que se necesita saber con toda certeza si una persona ha muerto para proceder a trasplantar uno de sus órganos a otra persona viva. Corrientemente se considera que un individuo está médicamente muerto cuando hay inmovilidad de las pupilas de ambos ojos durante un plazo de cuarenta

minutos o hay paro de la circulación, es decir, la pérdida del pulso, durante diez minutos.¹⁹

522. MEDIDAS QUE TIENDEN A ACREDITAR LA EFECTIVIDAD DE LA MUERTE Y EVITAR SU FALSEAMIENTO

Como la muerte es un hecho que produce trascendentales consecuencias jurídicas, el legislador ha tomado medidas de diversa índole dirigidas a comprobar en cualquier momento la efectividad de la muerte y evitar su falseamiento: certificado del médico que asistió al difunto, inscripción del deceso en el Libro de Defunciones del Registro Civil, prohibición de sepultar el cadáver sin previa licencia o pase del Oficial del Registro Civil de la comuna en que haya ocurrido la defunción, etc. (Código Sanitario, artículos 135 y ss.; Ley N° 4.808, artículos 5°, 44 y ss.; Reglamento Orgánico del Registro Civil, artículos 174 y ss.).

523. COMURIENTES

El determinar con precisión el momento en que una persona muere, puede tener gran importancia jurídica sobre todo en materia sucesoria. En efecto, puede acontecer que dos personas llamadas a sucederse recíprocamente o una a la otra, mueran sin que se sepa el deceso de cuál fue primero. Surge en este caso el problema de los comurientes.

La situación de los herederos o de los bienes queda subordinada a la demostración de la prioridad del fallecimiento de una persona u otra. Pero, si no se logra demostrar la premorencia de ninguna, ¿qué persona deberá estimarse que murió primero?

524. LOS COMURIENTES EN EL DERECHO ROMANO Y EN EL CÓDIGO FRANCÉS

La norma general en el Derecho Romano, cuando no se puede saber la prioridad de la muerte de dos o más personas, es que todas se consideran fallecidas en el mismo instante. Pero hay una excepción: tratándose del padre e hijo, presúmese premuerto el padre o la madre si el hijo es púber; si éste es impúber, se supone lo contrario. Fundamento de esta regla excepcional es la mayor resistencia que la juventud, representada aquí por la pubertad, opone al peligro.

El Código Francés, siguiendo el camino trazado por el Derecho Romano, establece todo un complicado sistema de presunciones, fundadas en el doble elemento de la edad y el sexo (artículos 720 y ss.).

525. REGLA SOBRE LOS COMURIENTES EN NUESTRO CÓDIGO

Nuestro Código vuelve al principio general del Derecho Romano y dice: “Si por haber perecido dos o más personas en un mismo acontecimiento, como en un naufragio, incendio, ruina o batalla, o por otra causa cualquiera, *no pu-*

¹⁹ ENRIQUE SALGADO, *El Libro de la Vida y la Muerte*, Barcelona, 1974, pp. 36, 37 y 38.

diere saberse el orden en que han ocurrido sus fallecimientos, se procederá en todos casos como si dichas personas hubiesen perecido en un mismo momento, y ninguna de ellas hubiese sobrevivido a las otras" (artículo 79).

El criterio del legislador chileno es el más sencillo y justo; en un accidente, o en cualquier otra circunstancia, la muerte se acerca a las personas al azar y no considerando el sexo o la edad de los individuos. De ahí que si no es posible probar la anterioridad de la muerte de alguien con respecto a otro, el sentido común y la equidad abogan por el temperamento de nuestro Código.

526. LA PRESUNCIÓN DE HABER MUERTO DOS O MÁS PERSONAS AL MISMO TIEMPO PUEDE DESTRUIRSE

El artículo 79 establece una presunción legal y puede, por lo tanto, destruirse demostrando por cualquiera de los medios que admite la ley, que cierta persona falleció antes o después que la otra u otras.

527. LA PRESUNCIÓN DE LOS COMURIENTES SE REFIERE AL CASO DE MUERTE REAL, Y NO AL DE MUERTE PRESUNTA

528. LA DISPOSICIÓN SOBRE LOS COMURIENTES ES DE CARÁCTER GENERAL, lo cual quiere decir que no sólo se aplica cuando dos personas mueren en uno de los acontecimientos señalados expresamente por el artículo 79, sino en cualquier otro, como en un accidente aéreo, porque la enumeración del artículo 79 es enunciativa, estampada por vía de ejemplo, según lo prueba el adverbio *como*, que equivale a *por ejemplo*.

También se aplica el artículo 79 a todos los casos en que *por cualquier* causa no pudiere saberse el orden en que han ocurrido los fallecimientos de dos o más personas. De manera que no es necesario que las personas hayan estado en un mismo sitio: bien puede una haber estado en Antofagasta y la otra en Santiago. Tampoco es menester que las personas hayan perecido a causa de un mismo hecho: una puede haber perecido en un incendio y la otra de una simple enfermedad.

Lo único que se exige, pues, para aplicar el artículo 79 es que no se sepa cuál de dos o más personas falleció primero.

2) Muerte presunta

Generalidades

529. CONCEPTO

Muerte presunta es la declarada por el juez, en conformidad a las reglas legales, respecto de un individuo que ha desaparecido y de quien se ignora si vive o no.

Su nombre se explica: el juez, partiendo de ciertos antecedentes, *presume* la muerte de la persona. Por eso también puede llamarse *presunción de muerte por desaparecimiento*.

Dos circunstancias conocidas dan base a la presunción legal:

1) La ausencia o desaparecimiento del individuo por largo tiempo del lugar de su domicilio, y

2) La carencia de noticias de ese mismo individuo.

En realidad, si una persona desaparece de su domicilio y transcurre un largo tiempo sin que dé noticias de su paradero, es lógico pensar que el individuo ha muerto, porque, dentro de las relaciones de familia y de amistad, apenas puede concebirse que no mantenga comunicaciones con los suyos, sobre todo si tiene bienes en el lugar desde el cual ha desaparecido.

530. OBJETO

El objeto de la muerte presunta es resguardar diversos intereses. La ley considera:

1º El interés de la persona que ha desaparecido;

2º El interés de los terceros, principalmente el de aquellos que tengan derechos eventuales en la sucesión del desaparecido, y

3º El interés general de la sociedad de que no haya bienes y derechos abandonados.

531. IMPORTANCIA

Las legislaciones antiguas fueron muy deficientes en materia de ausencia y desaparecimientos. Sólo contenían algunas disposiciones aisladas sobre nombramiento de curador para la administración de los bienes del desaparecido y para otros fines especiales.

Se justifica la mínima atención del legislador antiguo a la institución que nos afana: las condiciones de aquellas épocas hacían raro el caso del desaparecimiento de una persona.

Pero hoy, la facilidad y rapidez de las comunicaciones entre países distantes, han hecho crecer en la misma proporción la probabilidad de que haya muerto una persona de quien por mucho tiempo no se ha tenido noticia en el centro de sus relaciones de familia y de sus intereses.²⁰

532. FUENTES DEL CÓDIGO CHILENO Y RELATIVA ORIGINALIDAD DE ÉSTE EN MATERIA DE MUERTE PRESUNTA

Al legislar sobre muerte presunta, Bello tuvo presente el Código Francés, con los comentarios de Rogron y de Delvincourt; el Código de Luisiana; el Código de Austria y el Proyecto de Código Español de 1851. Pero en muchos puntos dio soluciones propias, originales, que le parecieron más adecuadas.

533. SIGNIFICADOS DE LA PALABRA "AUSENTE" EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO

Nuestro legislador toma la palabra *ausente* en diversos sentidos:

1) *Para los efectos del nombramiento de un curador de bienes*, considera

²⁰ Nota de don Andrés Bello al artículo correspondiente de uno de los Proyectos.

ausentes a aquellas personas cuyo paradero se ignora, o que a lo menos han dejado de estar en comunicación con los suyos, con grave perjuicio del mismo ausente, o de terceros, y que no han constituido procurador o sólo lo han constituido para cosas o negocios especiales (artículo 473).

2) *Para los efectos de la declaración de muerte presunta*, el Código llama ausentes a los que han desaparecido y se ignora *si viven*, habiendo transcurrido por lo menos cinco años desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de su existencia y llenándose los demás trámites que exige la ley (artículos 80 y 81, modificados por la Ley N° 6.162, de 28 de enero de 1938).

3) *Para los efectos de la apertura y publicación del testamento cerrado*. La ley entiende por escribano y testigo ausentes (artículo 1025) a todos los que no comparecen o no pueden comparecer al acto de apertura del testamento cerrado, cualquiera que sea la causa, como muerte, demencia, etc.²¹

534. CONDICIONES NECESARIAS PARA QUE TENGA LUGAR LA MUERTE PRESUNTA

Del artículo 80 (que dice: “Se presume muerto al individuo que ha desaparecido, ignorándose si vive, y verificándose las condiciones que van a expresarse) y de las disposiciones siguientes dedúcese que para que tenga lugar la muerte presunta deben reunirse cuatro requisitos:

- 1) Que sea declarada por sentencia judicial;
- 2) Que la declaración se haga en conformidad a las disposiciones legales de procedimiento;
- 3) Que el individuo haya desaparecido, esto es, que se haya ausentado de su domicilio, y
- 4) Que no se tengan noticias de su existencia.

535. PERÍODOS DE DESAPARECIMIENTO

El principal objeto de la declaración de muerte presunta “es definir la suerte de los bienes que constituían el patrimonio dejado por el desaparecido o que pudieran corresponderle en las sucesiones abiertas durante su ausencia”. Desde este punto de vista, el desaparecimiento se divide en tres períodos:

- 1° El de *mera ausencia*, al fin del cual se expide la declaración de presunción de muerte;
- 2° El de la *posesión provisoria* de los bienes del desaparecido, y
- 3° El de la *posesión definitiva* de los mismos bienes.

Declaración de la presunción de muerte

536. QUIÉN PUEDE PEDIRLA

La declaración de muerte presunta puede ser provocada por cualquiera persona que tenga interés en ella (artículo 81, N° 3°). Y es tal, toda persona que

²¹ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo IV, sección segunda, p. 17.

tiene un interés pecuniario subordinado a la muerte del desaparecido. Por ejemplo, los herederos presuntivos, el propietario de bienes que el desaparecido usufructúa, el fideicomisario a quien por la muerte del desaparecido se defiere el fideicomiso, los legatarios, etc.

Pero no se hallan en el mismo caso los acreedores del ausente, porque su interés pecuniario no está subordinado a la muerte del desaparecido; y si quieren hacer valer sus derechos, les basta con dirigirse a los apoderados del ausente o provocar el nombramiento de un curador.

“Es más evidente aún que el Ministerio Público, que puede provocar medidas para resguardar los intereses del ausente, y entre ellas el nombramiento de curador, no podría perseguir la declaración de muerte presunta. Los términos empleados en el N° 4° del artículo 81 manifiestan que el defensor de ausentes debe intervenir en el juicio de declaración de muerte contradictoriamente con la persona que la solicite, a fin de procurar el mayor esclarecimiento de los hechos; y debiendo oponerse a la declaración si estima que el ausente está vivo o si las pruebas del desaparecimiento no son completamente satisfactorias, no sería posible que él la provocara”.²²

537. JUEZ COMPETENTE

La presunción de muerte debe declararse por el juez del *último domicilio que el desaparecido haya tenido en Chile* (Código Civil, artículo 81, N° 1, y Código Orgánico de Tribunales, artículo 151).

El fundamento de la competencia de este tribunal se halla en el principio general que prescribe que todos los actos judiciales o extrajudiciales que interesan a una persona, deben efectuarse en su domicilio, y en la consideración especial que supone que una persona es mucho más conocida en su domicilio que en otra parte: “ahí tiene sus relaciones y es muy probable que haya noticias de su paradero”.

Nuestro legislador, como en su oportunidad se verá, acepta la *pluralidad de domicilios*. En este caso parece no haber inconveniente para que cualquier juez, de uno u otro domicilio, si ambos tenía la persona antes de desaparecer, declare la muerte presunta.

Si el desaparecido *no ha tenido domicilio en Chile*, los jueces de este país son incompetentes para declarar la presunción de muerte por desaparecimiento.²³

538. FORMALIDADES QUE DEBEN CUMPLIRSE PARA OBTENER LA DECLARACIÓN DE PRESUNCIÓN DE MUERTE POR DESAPARECIMIENTO

Estas formalidades se hallan enumeradas en el artículo 81 y su fin principal es garantizar los intereses del ausente poniendo en evidencia las circunstancias de su desaparecimiento.

Las veremos a continuación.

²² L. CLARO SOLAR, obra citada, tomo I (Santiago, 1898), p. 251, “in fine”.

²³ Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de noviembre de 1929, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXVII (Santiago, 1930), segunda parte, sección segunda, p. 37.

539. 1º LOS INTERESADOS DEBEN JUSTIFICAR PREVIAMENTE QUE SE IGNORA EL PARADERO DEL DESAPARECIDO Y QUE SE HAN HECHO LAS POSIBLES DILIGENCIAS PARA AVERIGUARLO (ARTÍCULO 81, Nº 1º)

Dichas circunstancias pueden probarse por medio de una información de testigos, sin perjuicio de que el juez, de oficio o a petición de cualquiera persona interesada, o del defensor de ausentes, pueda decretar las medidas que estime necesarias para el esclarecimiento de los hechos (artículo 81, Nº 4º, segunda parte).

540. 2º LA CITACIÓN DEL DESAPARECIDO

“Entre estas pruebas será de rigor la citación del desaparecido; que deberá haberse repetido hasta por tres veces en el periódico oficial, corriendo más de *dos meses* entre cada dos citaciones” (Código Civil, artículo 81, Nº 2º, modificado por la Ley Nº 6.162, artículo 1º, que substituyó las palabras “cuatro meses” por “dos meses”).

El número de avisos que se puede publicar queda a voluntad de los interesados; pero en todo caso el mínimo es de tres, “corriendo más de dos meses entre cada dos citaciones”.

“Siendo tres las citaciones y mediando más de dos meses entre cada dos citaciones, el período de duración de éstas es de cuatro meses a lo menos, suponiendo que la segunda citación se haga al día siguiente de completados los dos meses posteriores a la primera citación y la tercera inmediatamente después de corridos los dos meses de la segunda”.

Las citaciones deben hacerse en el periódico oficial, que es actualmente el Diario Oficial, porque respecto de esta publicación hay seguridad de que llega a todas las autoridades de la República, dentro del territorio nacional, y a todos los representantes diplomáticos y consulares de Chile en el exterior. Así existen grandes probabilidades de que el desaparecido pueda imponerse de que se pretende declarar su muerte presunta.

541. 3º INTERVENCIÓN DEL DEFENSOR DE AUSENTES

Para proceder a la declaración de muerte presunta, y en todos los trámites posteriores, debe ser oído el defensor de ausentes (artículo 81, Nº 4º, primera parte).

Todo defensor público, como es el de ausentes, tiene por misión velar por los *intereses particulares* de las personas que no pueden ejercer todos sus derechos.

No hay que confundir estos defensores públicos con el Ministerio Público, constituido hoy por los Fiscales de la Corte Suprema y de las Cortes de Apelaciones, cuyo cometido es representar ante los tribunales de justicia el *interés general de la sociedad*.

542. 4º INSERCIÓN DE LAS SENTENCIAS EN EL PERIÓDICO OFICIAL

Todas las sentencias, tanto definitivas como interlocutorias, han de insertarse en el periódico oficial (artículo 81, Nº 5º).

543. 5º TRANSCURSO DE CIERTO PLAZO MÍNIMO DESDE LA ÚLTIMA CITACIÓN

Es requisito previo de la declaración de muerte presunta “que hayan transcurrido *tres meses* al menos desde la última citación” (artículo 81, Nº 3º, modificado por la Ley Nº 6.162, cuyo artículo 1º substituyó las palabras “seis meses” por “tres meses”).

544. 6º TRANSCURSO DE CIERTO PLAZO MÍNIMO DESDE LA FECHA DE LAS ÚLTIMAS NOTICIAS QUE SE TUVIERON DEL DESAPARECIDO

Para que proceda la declaración de muerte presunta debe antes justificarse, entre otros hechos ya mencionados, “que desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de la existencia del desaparecido, han transcurrido a lo menos *cinco años*” (artículo 81, Nº 1º, modificado por la Ley Nº 6.162, que substituyó las palabras “cuatro años” por “cinco años”).

La reforma introducida por la Ley Nº 6.162 en este Nº 1º del artículo 81, como también en el Nº 7º del mismo artículo y en el artículo 83 del Código Civil puede hacer creer a primera vista que hay un plazo que se ha aumentado, pues mientras esos preceptos hablan de *cuatro años*, la Ley Nº 6.162 los reemplazó por *cinco*. No es así, sin embargo. En el sistema del Código anterior a la reforma, la muerte presunta sólo podía declararse después de transcurridos cuatro años a lo menos desde la fecha de las últimas noticias y, salvo el caso de excepción del Nº 7º del artículo 81, la posesión provisoria o definitiva no podía concederse en ningún caso sino después de transcurridos diez años desde esa misma fecha. Durante este tiempo, denominado de mera ausencia, cuidaban de sus bienes sus apoderados o representantes legales. Se presentaba así la anomalía de que un individuo que había sido declarado muerto por sentencia judicial, se reputaba, sin embargo, vivo para los demás efectos legales, como quiera que mientras no transcurrieran diez años desde la fecha de las últimas noticias no se concedía la posesión de sus bienes a sus herederos.

La Ley Nº 6.162 hizo desaparecer esta anomalía, y al efecto dispuso que la muerte presunta se declare después de transcurridos cinco años desde las últimas noticias y que conjuntamente con esa declaración se conceda la posesión provisoria de los bienes del desaparecido. La posesión definitiva se concede, como oportunamente veremos, a los dichos cinco años en el caso del Nº 7º del artículo 81 y cuando se pruebe haber transcurrido setenta desde el nacimiento del desaparecido. En los demás casos la posesión definitiva se concede transcurridos que sean diez años desde las últimas noticias.

545. ¿DESDE CUÁNDO SE CUENTA EL PLAZO DE CINCO AÑOS?

¿Desde que son *enviadas* las últimas noticias? ¿O desde la fecha en que son *recibidas*?

Don Andrés Bello observa, en una de sus notas al llamado “Proyecto Inédito”, que “el Código Francés no determina si por día de las últimas noticias se entiende el de la fecha de las últimas noticias, o el de la fecha en que se reciben. Admitida la primera suposición, agrega, si la última noticia es una carta

del desaparecido, ¿qué motivo habría para presumir su fallecimiento en la misma fecha de la carta? Y, en seguida, pudiendo transcurrir mucho tiempo entre la fecha de las últimas noticias y la de su recibo, ¿qué motivo habría para excluir de la herencia a todos los herederos presuntivos que hubiesen fallecido en el tiempo intermedio?"

Como vemos, el señor Bello se contentó con dejar establecido que cualquiera que sea el punto de partida que se tome para contar el plazo, resulta arbitrario; pero no se pronunció en el texto legal ni en sus notas por una de las dos fechas: dejó la misma duda que él observaba en el Código Francés.

Don Luis Claro Solar²⁴ sostiene que los cinco años se cuentan desde la fecha de las últimas noticias y no desde la fecha en que éstas se reciben. Porque "el día de las últimas noticias, después del cual no se volvió a saber más del individuo ausente, había constancia de su existencia; pero no habiéndose vuelto a saber más de él principia la duda de que esté vivo. El día en que las noticias se reciben puede ser muy posterior a aquella fecha y no puede servir de punto de partida".

Don Manuel Somarriva U. opina lo contrario, por dos razones:

1) Porque las noticias se tienen cuando llegan y no cuando se expiden;

2) Por un argumento basado en la historia de la ley. El señor Bello, en la misma nota a que hace poco aludimos, dice que en el punto que examinamos ha tenido presente, entre otras fuentes, los comentarios del tratadista francés Delvincourt,²⁵ y éste piensa que el plazo debe contarse desde el día en que las últimas noticias han sido recibidas.

Por lo demás, entre los autores franceses modernos la cosa es discutida. Baudry-Lacantinerie y Houques-Fourcade,²⁶ por ejemplo, están por la primera opinión aquí citada; Aubry y Rau,²⁷ en cambio, se inclinan por la segunda, lo mismo que los profesores Mazeaud.²⁸

546. EL PLAZO DE CINCO AÑOS BASTA QUE HAYA TRANSCURRIDO CUANDO LLEGA EL MOMENTO DE LA DECLARACIÓN

Se podría también dudar de si este plazo de cinco años debe haber transcurrido antes de iniciarse las gestiones, para provocar la declaración, o si basta que haya transcurrido al llegar el momento de la declaración. "En el primer caso, las gestiones judiciales tendrían que ser posteriores a dicho plazo y, por lo tanto, la declaración de muerte no podría venir de ningún modo antes de cinco años siete meses después de las últimas noticias. Esta disposición tendría en su apoyo el texto literal del artículo 115 del Código Francés y de los demás Códigos posteriores que parecen exigir que haya transcurrido el plazo desde las últimas noticias antes de solicitar la declaración de ausencia; pero nuestro Có-

²⁴ Obra citada, tomo I, p. 254.

²⁵ *Cours de Code Civil*, tomo I, París, 1824. Notes et explications du premier tome, p. 86.

²⁶ *Traité de Droit Civil, Les personnes*, t. II (tercera edición, 1907), número 1.092.

²⁷ *Courts de Droit Civil Français* (5ª edición), t. I, párrafo 151, nota 4.

²⁸ HENRI, LÉON et JEAN MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, t. I, París, 1959, N° 450, p. 467.

digo se ha apartado, sin duda alguna, de aquel antecedente. Así resulta del estudio comparativo de los artículos 81, N° 7º, y 83, según luego veremos. Los trámites de la declaración de muerte presunta pueden ser iniciados antes de los cinco años posteriores a la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de la existencia del desaparecido, porque la ley sólo exige el transcurso de ese tiempo *para la declaración* y autoriza aun la entrega definitiva de los bienes *inmediatamente* de cumplidos los cinco años desde el desaparecimiento en el caso a que se refiere el N° 7º del artículo 81".²⁹

547. ¿ES NECESARIO QUE EL MISMO AUSENTE DÉ NOTICIAS SUYAS?

No; es indiferente que las últimas noticias se hayan obtenido directamente de la persona desaparecida o por vía indirecta. El tenor de la ley es amplio, pues dice: "...y desde la fecha de las últimas noticias *que se tuvieron de su existencia*, han transcurrido cinco años".

548. FIJACIÓN DEL DÍA PRESUNTIVO DE LA MUERTE

"El juez fijará, dice el N° 6º del artículo 81, como día presuntivo de la muerte el último del primer bienio contado desde la fecha de las últimas noticias".

La ley ordena al juez fijar determinado día como presuntivo de la muerte del desaparecido; no ha facultado al magistrado para fijar esa fecha, porque "el juez no podría casi nunca hacerlo sino por medio de conjeturas sumamente falibles y que abrirían gran campo a la arbitrariedad".³⁰

La regla del Código es arbitraria, pero no podría ser de otra naturaleza tratándose de un caso, como éste, en que reina la incertidumbre.

Pueden derivarse de dicha norma algunas injusticias, como la de llamar a la sucesión del desaparecido personas que por no haberle sobrevivido no tendrían derecho a sucederlo; y, por el contrario, pueden excluirse de la sucesión personas que por haberle realmente sobrevivido tienen derecho a ella. Pero, ¿qué regla podría adoptarse que no esté sujeta a ninguno de estos inconvenientes? Y la necesidad de fijar de cualquier modo la fecha de la muerte, es evidente, puesto que por ella se califican los derechos en la sucesión del desaparecido.³¹

El legislador contempla también dos casos de excepción en que el día presuntivo de la muerte de una persona se fija en otra fecha. A continuación nos referiremos a ellos.

549. FIJACIÓN DEL DÍA PRESUNTIVO DE LA MUERTE DE UNA PERSONA QUE RECIBIÓ UNA HERIDA GRAVE EN LA GUERRA O LE SOBREVINO OTRO PELIGRO SEMEJANTE

El N° 7º del artículo 81, modificado por el artículo 1º de la Ley N° 6.162, dice: "Con todo, si después que una persona recibió una herida grave en la guerra,

²⁹ L. CLARO SOLAR, obra citada, tomo I, p. 254.

³⁰ Nota de don Andrés Bello a uno de los Proyectos.

³¹ *Ibidem*.

o le sobrevino otro peligro semejante, no se ha sabido más de ella, y han transcurrido desde entonces cinco años y practicádose la justificación y citaciones prevenidas en los números precedentes, fijará el juez como día presuntivo de la muerte el *de la acción de guerra o peligro*, o, no siendo enteramente determinado ese día, adoptará *un término medio* entre el principio y el fin de la época en que pudo ocurrir el suceso; y concederá inmediatamente la posesión definitiva de los bienes del desaparecido”.

550. DÍA PRESUNTIVO DE LA MUERTE DE UNA PERSONA QUE SE ENCONTRABA EN UNA NAVE O AERONAVE REPUTADA PERDIDA

El N° 8° del artículo 81³² dice:

“Se reputará perdida toda nave o aeronave que no apareciere a los seis meses de la fecha de las últimas noticias que de ella se tuvieron. Expirado este plazo, cualquiera que tenga interés en ello podrá provocar la declaración de presunción de muerte de los que se encontraban en la nave o aeronave. El juez fijará el día presuntivo de la muerte en conformidad al número que precede, y concederá inmediatamente la posesión definitiva de los bienes de los desaparecidos.

Si se encontrare la nave o aeronave naufraga o perdida, o sus restos, se aplicarán las mismas normas del inciso anterior, siempre que no pudieren ubicarse los cuerpos de todos o algunos de sus ocupantes, o identificarse los restos de los que fueron hallados.

Si durante la navegación o aeronavegación cayere al mar o a tierra un tripulante o viajero y desapareciere sin encontrarse sus restos, el juez procederá en la forma señalada en los incisos anteriores; pero deberá haber constancia en autos de que en el sumario instruido por las autoridades marítimas o aéreas ha quedado fehacientemente demostrada la desaparición de esas personas y la imposibilidad de que estén vivas”.

En estos casos no regirán lo dispuesto en el N° 2° (que se refiere a la citación del desaparecido), ni el plazo establecido en el N° 3° (que alude al plazo mínimo de tres meses que debe transcurrir desde la última citación para que pueda ser provocada la declaración de muerte presunta); pero será de rigor oír a la Dirección General de la Armada o a la Dirección General de Aeronáutica, según se trate de nave o aeronave”.

Como de los accidentes de aviación y marítimos se tiene conocimiento rápido, es innecesario citar al desaparecido.

Ha de observarse que la ley que creó la Caja de la Previsión de la Marina Mercante Nacional dice, respecto a sus imponentes:

“La pensión de montepío se defiere el día del fallecimiento.

“En caso de pérdida o naufragio de una nave, de muerte por sumersión o por otro accidente marítimo o aéreo, si no ha sido posible recuperar los restos

³² Este N° 8° fue agregado por la Ley N° 6.162, de 28 de enero de 1938, y sus incisos 2° y 3° fueron intercalados por la Ley N° 17.775, de 17 de octubre de 1972, que modificó además su inciso 4°, tal cual lo transcribimos en el texto.

del imponente, podrá acreditarse el fallecimiento, para todos los efectos de esta ley, con un certificado expedido por la Dirección del Litoral y de Marina Mercante o la Dirección de Aeronáutica, según proceda, que establezca la efectividad del hecho, la circunstancia de que el causante formaba parte de la tripulación o del pasaje y que determine la imposibilidad de recuperar sus restos, y que permita establecer que el fallecimiento se ha producido a consecuencia de dicha pérdida, naufragio o accidente” (Ley N° 6.037, de 5 de marzo de 1937, art. 32, inciso 2°, conforme al texto que le dio el artículo 92 de la Ley N° 16.744, de 1° de febrero de 1968).

551. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL DE LAS SENTENCIAS EJECUTORIADAS QUE DECLAREN LA MUERTE PRESUNTA

Las sentencias ejecutoriadas que declaren la muerte presunta deben inscribirse en el libro de las defunciones del Registro Civil, en la comuna correspondiente al tribunal que hizo la declaración (Ley N° 4.808 sobre Registro Civil, artículo 5°, N° 5°).

Si la sentencia no se inscribe, no puede hacerse valer en juicio (Ley N° 4.808, artículo 8°).

1) Período de mera ausencia

552. DURACIÓN DE ESTE PERÍODO

El período de mera ausencia, al término del cual se declara la muerte presunta, comienza con la fecha de las últimas noticias que se han tenido del desaparecido, y dura hasta el día en que se decreta la posesión provisoria o definitiva de sus bienes, a los cinco años o seis meses, según los casos.

El artículo 83, cuyo texto actual ha sido fijado por la Ley N° 6.162, dice: “Durante los cinco años o seis meses prescritos en los números 6°, 7° y 8° del artículo 81, se mirará el desaparecimiento como *mera ausencia*, y cuidarán de los intereses del desaparecido sus apoderados o representantes legales”.

553. CARACTERÍSTICA

En este primer período, predominando las probabilidades de vida y de regreso del desaparecido, las medidas adoptadas tienden exclusivamente a preservar sus derechos y su patrimonio garantizándole su integridad. Entre los derechos de los presuntos sucesores y el interés del ausente, prevalece el último.³³

554. PERSONAS QUE ADMINISTRAN LOS BIENES DEL DESAPARECIDO

Según el artículo 83, durante el período de mera ausencia deben cuidar los intereses del desaparecido *sus apoderados o representantes legales*.

³³ R. DE RUGGIERO, obra citada, tomo I, p. 409.

Por lo tanto, si el ausente era mujer casada y existía comunidad de bienes entre los cónyuges, continúa el marido en la administración de los bienes; si era hijo de familia o pupilo, continúa su padre o su guardador; y si tenía mandatario general, continúa éste administrando los intereses del desaparecido.

Si el ausente no ha dejado representantes legales o mandatario general, o el mandato ha terminado, procede el nombramiento de curador de bienes, de acuerdo con los artículos 473 y ss.

Si por desaparicimiento del marido se suspende la administración que él ejercía de la sociedad conyugal, esta administración pasa, como extraordinaria, a un curador, que puede ser la mujer si acepta el cargo (C. Civil, artículos 145 y 1758 y ss.).

Como se ve, la posesión de los bienes no se altera en este período.

555. TÉRMINO DEL PERÍODO DE MERA AUSENCIA

El período de mera ausencia puede terminar por:

- 1) El decreto de posesión provisoria;
- 2) El decreto de posesión definitiva, cuando el anterior no tiene cabida;
- 3) El reaparecimiento del ausente, y
- 4) El conocimiento positivo de la fecha de la muerte real del desaparecido.

Pero en estos dos últimos casos no sólo termina el período de la mera ausencia sino todo el proceso de la muerte presunta, pues se desvirtúa la presunción en que se basaba; si el ausente reaparece, recobrará él la administración de sus bienes, y si se logra probar la fecha exacta de la muerte real, corresponde aplicar las reglas de ésta y no las de la muerte presunta.

2) Período de la posesión provisoria

556. DURACIÓN DEL PERÍODO

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

557. CARACTERÍSTICA

En este período de la muerte presunta, no prevaleciendo la probabilidad del regreso, sino que contrapesándose con la probabilidad de la muerte, la ley concilia los derechos del desaparecido con los de las personas a quienes habrían pasado los bienes del ausente si hubiera realmente fallecido.

558. FECHA EN QUE SE DICTA EL DECRETO DE POSESIÓN PROVISORIA

De acuerdo con el N° 6° del artículo 81, el juez, transcurridos *cinco años* desde la fecha de las últimas noticias, concederá la posesión provisoria de los bienes del desaparecido.

559. QUIÉN PUEDE SOLICITAR EL DECRETO DE LA POSESIÓN PROVISORIA

Sólo pueden solicitar la posesión provisoria los *herederos presuntivos* del desaparecido, entendiéndose por tales los testamentarios o legítimos que lo eran a la fecha de la muerte presunta (artículo 84).

Herederos *testamentarios* son los instituidos en el testamento dejado por el desaparecido; herederos *legítimos o abintestato*, los establecidos por la ley.

Este sistema, dice con toda razón don Luis Claro Solar,³⁴ "tiene fundamento racional en lo que se refiere a los nudos propietarios, a los fideicomisarios y demás personas que tengan derechos subordinados a la muerte del desaparecido, porque el derecho de éstos no nace sino con la muerte, y ellos no pueden quejarse desde que para reclamar los bienes tienen que probar que la muerte ha ocurrido. El legislador no concede todos sus efectos a la declaración de muerte presunta, sino cuando parece realmente muy remoto el reaparecimiento del ausente, cuando las probabilidades de su muerte son muy graves.

"No sucede lo mismo con los legatarios. Si el legislador ha creído justo atender a la voluntad del ausente para confiar a los herederos instituidos por él el cuidado de los bienes mientras llega el momento de liquidar su sucesión, no vemos qué motivo pueda haber para no tomar en cuenta esa misma voluntad cuando se refiere a un bien determinado. Conocida por los herederos la voluntad del testador respecto de ese bien, no atenderán a su administración con el mismo cuidado que observarán seguramente en los bienes que han de pertenecerles en definitiva y ni los intereses del ausente, ni los de los legatarios, quedarán garantidos".

560. CASO EN QUE NO SE PRESENTAN HEREDEROS

No presentándose herederos, se procederá en conformidad a lo prevenido para igual caso en el libro III, título "*De la apertura de la sucesión*" (artículo 84). Este artículo se refiere al 1240, según el cual, el juez, a instancia de cualquiera persona interesada en ello, o de oficio, declarará yacente la herencia y le nombrará curador.

561. SÓLO A LOS HEREDEROS CONCEDE LA LEY LA POSESIÓN PROVISORIA DE LOS BIENES DEL DESAPARECIDO

"La ley sólo concede la posesión provisoria de los bienes a los herederos, no a los legatarios. Estos, lo mismo que los nudos propietarios y los fideicomisarios de bienes usufructuados o poseídos fiduciariamente por el desaparecido y, en general, todos aquellos que tengan derechos subordinados a la muerte del desaparecido, no podrán hacerlos valer sino después de decretada la posesión definitiva, según el artículo 91".

³⁴ L. CLARO SOLAR, obra citada, tomo I, p. 263.

562. PATRIMONIO CUYA POSESIÓN SE CONFIERE A LOS HEREDEROS PRESUNTIVOS

El patrimonio en que se presume que suceden los herederos presuntivos, comprenderá los bienes, derechos y acciones del desaparecido, *cuales eran a la fecha de la muerte presunta* (artículo 85, inciso 2°).

De aquí resulta que todas las herencias deferidas al desaparecido antes de la declaración de muerte presunta, pasan a los herederos presuntivos; pero no así las sucesiones abiertas con posterioridad a esa fecha, respecto de las cuales no tienen derecho alguno.

563. EFECTOS DEL DECRETO DE POSESIÓN PROVISORIA

Son los siguientes:

1) *Queda disuelta la sociedad conyugal si la hubiere con el desaparecido* (artículos 84 y 1764, N° 2°).

Don Alfredo Barros Errázuriz cree que la disolución de la sociedad conyugal y, en consecuencia, “la liquidación de dicha sociedad, debe hacerse con relación a la fecha del decreto de posesión provisoria”.³⁵

Pero don Arturo Alessandri,³⁶ don Manuel Somarriva³⁷ y don Luis Claro Solar³⁸ sostienen que la sociedad debe reputarse disuelta el día fijado por el juez como día presuntivo de la muerte con arreglo a los números 6°, 7° y 8° del artículo 81. Su liquidación debe hacerse con relación a ese día y no a la fecha de esos decretos. Así se desprende del artículo 85, que atiende a ese día para determinar quiénes son los herederos del desaparecido y cuáles son los bienes en que suceden.

2) *Se procede a la apertura y publicación del testamento, si el desaparecido hubiere dejado alguno* (artículo 84, inciso 1°).

Como dijimos anteriormente, los bienes se entregan a los herederos testamentarios y legítimos, y para conocer a aquéllos es necesario abrir y publicar el testamento.

3) Se efectúa la *emancipación legal* de los hijos que se hallaban bajo patria potestad del desaparecido, salvo que corresponda ejercitar la patria potestad a la madre (artículo 266, N° 6, en relación con el 1°). Y a la madre corresponde siempre ejercitar la patria potestad en defecto del padre, a menos que esté privada del cuidado personal del hijo por su mala conducta (artículo 240, inciso 4°).

Ahora, si la persona desaparecida es la madre *que ejercita la patria potestad*, se produce lisa y llanamente la emancipación de los hijos de familia (artículo 266, N° 7°).

³⁵ *Curso de Derecho Civil*, tomo I (Santiago, 1930), p. 180, N° 155.

³⁶ *Tratado práctico de las capitulaciones matrimoniales, etc.* (Santiago, 1936), N° 760, pp. 475 y 476.

³⁷ *De la Administración, disolución y liquidación de la sociedad conyugal*. Memoria de Prueba (Santiago, 1928), N° 102, p. 161.

³⁸ Obra citada, tomo I, N° 459, p. 264.

4) Finalmente, en virtud del decreto de posesión provisoria, se da, como el nombre de la resolución judicial lo indica, la *posesión provisoria de los bienes del desaparecido* a los herederos presuntivos; no habiéndolos, se procede a declarar yacente la herencia (artículo 84).

564. OBLIGACIONES DE LOS HEREDEROS PRESUNTIVOS ENCAMINADAS A GARANTIR LOS INTERESES DEL DESAPARECIDO

“Siendo simplemente provisoria la posesión dada a los herederos presuntivos, la ley impone a éstos obligaciones encaminadas a garantizar los intereses del desaparecido”. Estas obligaciones se refieren al inventario y la caución.

1) *Inventario*. Dice el artículo 86: “Los poseedores provisorios formarán ante todo un inventario solemne de los bienes, o revisarán y rectificarán con la misma solemnidad el inventario que exista”.

Mediante el inventario se sabe de qué bienes deben responder los poseedores provisorios. Es inventario solemne el que se hace, previo decreto judicial, por el funcionario competente y con los requisitos que las leyes expresan (Código de Procedimiento Civil, artículo 858).

2) *Caución*. De acuerdo con el artículo 89, “cada uno de los poseedores provisorios prestará caución de *conservación y restitución*, y hará suyos los respectivos *frutos e intereses*”.

Caución significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda (artículo 46).

565. ¿A QUÉ TÍTULO POSEEN LOS BIENES LOS HEREDEROS PRESUNTIVOS?

Algunos, entre ellos Claro Solar,³⁹ sostienen que a título de *usufructo*, y señalan entre los usufructos legales éste, el de los poseedores provisorios de los bienes del desaparecido sobre el patrimonio presuntivo de él. Otros, como Luis F. Borja,⁴⁰ dicen que no se trata de un usufructo y afirman que los poseedores provisorios son *dueños de los bienes bajo condición resolutoria* de que el desaparecido reaparezca, o se tengan noticias que motiven la distribución de sus bienes según las reglas generales; esto último ocurre cuando se llega a saber la fecha exacta de su muerte real.

566. DISPOSICIÓN DE LOS BIENES POR LOS POSEEDORES PROVISORIOS

Respecto de la disposición de los bienes que los herederos presuntivos reciben, hay que distinguir según se trate de muebles o inmuebles.

1) *Muebles*. En conformidad a los incisos 1° y 3° del artículo 88, los poseedores provisorios podrán desde luego vender una parte de los *muebles*, o todos ellos, siempre que:

³⁹ L. CLARO SOLAR, obra citada, tomo I, p. 266, N° 461, y tomo VIII, p. 148, N° 996.

⁴⁰ *Estudios sobre el Código Civil Chileno*, tomo I (París, 1901), p. 283, N° 206.

1º El juez lo creyere conveniente, oído el defensor de ausentes, y

2º La venta se haga en pública subasta.

“Las atribuciones del juez en cuanto a la autorización para enajenar los bienes muebles, son del todo discrecionales, pues hubiera sido muy difícil, tal vez imposible señalar todos los casos. Muchas veces la venta es necesaria, como cuando se trata de bienes que pueden deteriorarse por el transcurso del tiempo, o cuando el desaparecido hubiere dejado deudas cuyo monto pudiera pagarse con el precio de los bienes muebles. Otras, la venta de los muebles sería del todo perjudicial al desaparecido si reapareciese, como cuando existen alhajas u otros objetos que tienen valor de afección, o cuando el desaparecido hubiera dejado colecciones científicas, bibliotecas, cuya reposición es muy difícil aun invirtiéndose grandes sumas de dinero”.⁴¹

2) *Inmuebles*. Respecto de los inmuebles, el legislador toma mayores precauciones. Los bienes raíces del desaparecido no pueden enajenarse ni hipotecarse antes de la posesión definitiva, sino por *causa necesaria* o de *utilidad* evidente, declarada por el juez, con conocimiento de causa, y con audiencia del defensor de ausentes (artículo 88, inciso 2º). La venta de los bienes debe hacerse en pública subasta (artículo 88, inciso 3º).

El juez es, pues, el llamado a calificar, en vista de los antecedentes que se le presentan, si hay causa necesaria o una utilidad evidente en vender o hipotecar los bienes raíces del desaparecido.

Causa necesaria para vender un bien raíz habría, por ejemplo, en el caso de una parcela que no produjese ni siquiera lo necesario para los gastos de administración y pago de las contribuciones.

Utilidad evidente existiría, por ejemplo, si se vendiera un inmueble para cancelar una deuda del ausente, por cuyo motivo le tuvieran embargados los bienes.

Que el juez debe proceder con *conocimiento de causa* quiere decir que debe pronunciar su resolución atendiendo a las pruebas que se le hubieren hecho valer judicialmente respecto de los hechos en que se funda la necesidad o utilidad, circunstancias que pueden demostrarse mediante informaciones, prueba documental u otra clase de datos ilustrativos que convengan al juez.

567. NULIDAD DE LAS ENAJENACIONES

Si un bien entregado a los herederos presuntivos durante la posesión provisoria, es enajenado con omisión de algún requisito que para ello exige la ley, la enajenación adolece de nulidad relativa. Hallándose ésta dispuesta en favor del ausente, si reapareciese, caso en que sólo él puede alegarla (artículos 1682 y 1684). La acción prescribe en cuatro años (artículo 1691) contados, naturalmente, desde el reaparecimiento del desaparecido.

⁴¹ BORJA, obra citada, tomo I, p. 303.

568. REPRESENTACIÓN JUDICIAL DE LA SUCESIÓN

Los poseedores provisorios representan a la sucesión en las acciones y defensas contra terceros (artículo 87).

569. TÉRMINO DE LA POSESIÓN PROVISORIA

Del artículo 90 se desprende que la posesión provisoria puede terminar:

1º Con el decreto de posesión definitiva;

2º Con la reparación del ausente, y

3º Si se tuvieran noticias que motivaren la distribución de los bienes del desaparecido según las reglas generales.

Pero en estos dos últimos casos no sólo termina el período de posesión provisoria, sino todo el proceso de la muerte presunta.

3) Período de posesión definitiva

570. COMIENZO DEL PERÍODO

El período de posesión definitiva se inicia con el decreto del juez que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido.

571. CARACTERÍSTICA

El último período de la muerte presunta es aquél en que las probabilidades de muerte del desaparecido prevalecen sobre las probabilidades de vida, de modo que puede conferirse a los presuntos herederos pleno derecho de goce y disposición sobre los bienes del ausente como si en realidad éste hubiera muerto.

572. CASOS EN QUE TIENE LUGAR LA POSESIÓN DEFINITIVA

La posesión definitiva se concede en los casos siguientes:

1) Cuando cumplidos cinco años desde la fecha de las últimas noticias, se probare que han transcurrido setenta desde el nacimiento del desaparecido (artículo 82, primera parte, modificado por la Ley Nº 6.162). En este caso, el juez concede inmediatamente la posesión definitiva, en lugar de la provisoria.

“Presúmese que el ausente ha muerto si han pasado setenta años desde su nacimiento; presunción tradicional fundada en el siguiente salmo: “Nuestra vida dura setenta años”. Si el ausente era septuagenario a la época del desaparecimiento, la presunción de muerte comienza después de los cinco años, y, según esta regla, se presume que el ausente murió “tan luego como principia la presunción legal de su fallecimiento”.⁴²

2) Inmediatamente después de transcurridos cinco años desde la fecha de la batalla o peligro en que se encontró la persona desaparecida sin haber-

⁴² SAVIGNY, *Traité du droit romain*, tomo II, párrafo 63.

se sabido más de su existencia (artículo 81, N° 7°, modificado por la Ley N° 6.162).

En este caso también se concede la posesión definitiva sin posesión provisoría previa, en atención a las circunstancias en que ha ocurrido el desaparecimiento, que contribuyen a robustecer la convicción de la muerte del ausente.⁴³

3) Después de seis meses desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieren de la nave o aeronave reputada perdida y en las cuales se encontraba la persona desaparecida de cuya existencia no se ha sabido más (artículo 81, N° 8°, agregado por la Ley N° 6.162).

Tampoco en este caso hay posesión provisoría previa. Las razones son obvias.

4) En los casos de sismos o catástrofes, según los términos que más adelante se verán.

5) Finalmente, y esta es la regla general, el juez debe conceder la posesión definitiva transcurridos que sean diez años desde la fecha de las últimas noticias, cualquiera que fuese, a la expiración de dichos diez años, la edad del desaparecido si viviese (artículo 82, modificado por la Ley N° 6.162 y, posteriormente, por la N° 17.775, de 17 de octubre de 1972).

573. PERSONAS QUE PUEDEN PEDIR EL DECRETO DE LA POSESIÓN DEFINITIVA

El artículo 91 dice: “Decretada la posesión definitiva, los propietarios y los fideicomisarios de bienes usufructuados o poseídos fiduciariamente por el desaparecido, los legatarios, y en general todos aquellos que tengan derechos subordinados a la condición de muerte del desaparecido, podrán hacerlos valer como en el caso de verdadera muerte”.

De aquí deducen nuestros tratadistas que todas estas personas pueden solicitar el decreto de posesión definitiva, porque todas ellas tienen interés en que se decrete, y como los herederos, que tienen un interés opuesto, podrían demorar la petición de posesión definitiva de los bienes del desaparecido para no verse obligados a la restitución de los bienes, a que aquellas personas tengan derecho, es claro, concluyen, que ellos tendrían acción para demandarlas.⁴⁴

574. INSCRIPCIÓN DEL DECRETO EN EL REGISTRO CONSERVATORIO

El decreto que confiere la posesión definitiva de los bienes del desaparecido debe inscribirse en el Registro del Conservador de Bienes Raíces (Reglamento de ese Registro, artículo 52, N° 4°). La inscripción se hace en el Conservador de Bienes Raíces que corresponde a la comuna del último domicilio que el desaparecido haya tenido en Chile, o sea, la comuna en que se decretó la muerte presunta.

Si el decreto no se inscribe, es inoponible frente a terceros.

⁴³ L. CLARO SOLAR, obra citada, tomo I, p. 270, N° 470.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 271, N° 474.

575. EFECTOS QUE PRODUCE EL DECRETO DE POSESIÓN DEFINITIVA

El decreto de posesión definitiva produce los efectos siguientes:

1) *Disolución del matrimonio*. Dice el artículo 38 de la Ley de Matrimonio Civil, modificado por la Ley N° 6.162: “Se disuelve también el matrimonio por la muerte presunta de uno de los cónyuges, si cumplidos cinco años desde las últimas noticias que se tuvieren de su existencia, se probare que han transcurrido setenta desde el nacimiento del desaparecido. Se disolverá, además, transcurridos que sean quince años desde la fecha de las últimas noticias, cualquiera que fuere, a la expiración de dichos quince años, la edad del desaparecido, si viviere”.

En el caso del número 8° del artículo 81 del Código Civil (reproducido anteriormente en nuestro N° 550), el matrimonio se disuelve transcurridos dos años desde el día presuntivo de la muerte (Ley de Matrimonio Civil, artículo 38, inciso 2°, agregado por la Ley N° 8.581, de 10 de octubre de 1946).

2) *Ejercicio de los derechos subordinados al hecho de la muerte del desaparecido*. Decretada la posesión definitiva, todos los que tienen derechos subordinados al suceso de la muerte del desaparecido, pueden hacerlos valer como en el caso de verdadera muerte (artículo 91). Así, el legatario puede reclamar la cosa legada; el fideicomisario la cosa de la cual el desaparecido era propietario fiduciario; el nudo propietario la cosa de que era usufructuario el desaparecido, etc.

3) *Apertura de la sucesión*. Si no hubiere precedido posesión provisoría, por el decreto de posesión definitiva se abre la sucesión del desaparecido según las reglas generales (artículo 90, inciso 3°).

4) *Cancelación de cauciones y cesación de restricciones*. Decretada la posesión definitiva, se cancelan las cauciones (artículo 90, inciso 1°). Asimismo, cesan las restricciones impuestas por el artículo 88 en cuanto a la enajenación e hipoteca de los bienes del desaparecido (artículo 90, inciso 2°).

5) *Partición de bienes*. Se hace la partición de bienes en conformidad a las reglas generales que rigen esta materia.

576. PRUEBA CONTRARIA A LA PRESUNCIÓN DE MUERTE. ¿A QUIÉN INCUMBE?

“El que reclama un derecho para cuya existencia se suponga que el desaparecido ha muerto en la fecha de la muerte presunta, no estará obligado a probar que el desaparecido ha muerto verdaderamente en esa fecha; y mientras no se presente prueba en contrario, podrá usar de su derecho en los términos de los artículos precedentes”.

“Y, por el contrario, todo el que reclama un derecho para cuya existencia se requiera que el desaparecido haya muerto antes o después de la fecha, estará obligado a probarlo; y sin esa prueba no podrá impedir que el derecho reclamado pase a otros ni exigirles responsabilidad alguna” (artículo 92).

En este artículo no hay sino aplicación de los principios inherentes a las presunciones simplemente legales.

Rescisión del decreto de posesión definitiva

577. MAL EMPLEO DE LA PALABRA "RESCISIÓN"

El Código habla de *rescisión* del decreto de posesión definitiva, esto es, de su nulidad relativa. Y esto supone un vicio que permite la anulación del decreto, lo cual es absurdo, porque las causales que el legislador señala para dejar sin efecto el mencionado decreto, no son vicios del mismo, sino hechos a que el legislador atribuye la virtud de hacer caer las consecuencias derivadas de una presunción que se desvanece ante la realidad.

Prueba también de que no se trata de una verdadera rescisión, es la circunstancia de que no se retrotraen sus efectos a una fecha anterior, como debería ocurrir si nos halláramos ante un caso de nulidad relativa.

Lo que el artículo 93 ha querido decir es únicamente que los efectos del decreto de posesión definitiva cesan en beneficio de las personas que nombra. Por eso habría sido más acertado emplear la palabra *revocación*, o decir, en forma más sencilla aún, que el decreto de posesión definitiva puede *dejarse sin efecto*.

Usamos, sin embargo, en el texto de este libro, la misma terminología del Código, a fin de evitar complicaciones.

578. CASOS EN QUE TIENE LUGAR

La ley autoriza para pedir la rescisión del decreto de posesión definitiva en tres casos:

- 1) Si se tuvieren noticias exactas de la existencia del desaparecido;
- 2) Si se tuvieren noticias exactas de la muerte real del mismo, y
- 3) Si el presunto muerto reapareciere.

579. PERSONAS A FAVOR DE LAS CUALES PUEDE RESCINDIRSE

"El decreto de posesión definitiva —dice el artículo 93— podrá rescindirse a favor del desaparecido si reapareciere, o de sus legitimarios habidos durante el desaparecimiento, o de su cónyuge por matrimonio contraído en la misma época".

580. 1) RESCISIÓN A FAVOR DEL DESAPARECIDO

Es natural que el desaparecido pueda pedir que quede sin efecto el decreto de posesión definitiva: son sus intereses los que están en juego.

El único título que tienen los poseedores es el de herederos presuntivos; si la presunción se destruye, su título cae, y no pueden ser herederos de una persona viva.

581. 2) RESCISIÓN A FAVOR DE LOS LEGITIMARIOS HABIDOS DURANTE EL DESAPARECIMIENTO

Son legitimarios: 1) Los hijos legítimos personalmente o representados por su descendencia legítima; 2) Los ascendientes legítimos; 3) Los hijos naturales per-

sonalmente o representados por su descendencia legítima; 4) Los padres naturales que hubieren reconocido al hijo con arreglo a los números 1º ó 5º del artículo 271º (art. 1182).

El legislador se refiere a los legitimarios habidos *durante el desaparecimiento*. Y así, por ejemplo, podría pedir la rescisión del decreto de posesión definitiva, un hijo legítimo habido durante esa época, y cuya existencia se ignoraba.

Entre los legitimarios figuran los ascendientes legítimos y los padres naturales; pero a éstos hay que excluirlos de las personas que pueden solicitar la rescisión de que hablamos, porque es imposible adquirir ascendientes o padres "durante el desaparecimiento": sería necesario que el desaparecido naciera de nuevo, a menos que se hubiera producido adopción plena respecto de un menor desaparecido.

Recordemos que la Ley N° 18.703, de 10 de mayo de 1988, establece dos clases de adopción. Una de ellas, llamada *simple*, que crea entre adoptante y adoptado sólo los derechos y obligaciones que ella misma señala. La otra, llamada adopción *plena*, concede al adoptado el estado civil de hijo legítimo de los adoptantes (art. 1º).

582. 3) RESCISIÓN A FAVOR DEL CÓNNYUGE DEL AUSENTE POR MATRIMONIO CONTRAÍDO EN LA ÉPOCA DEL DESAPARECIMIENTO

También aquí la ley considera a una persona ligada al ausente *durante el desaparecimiento* y no durante el tiempo en que estuvo presente. Alude al cónyuge con quien ha contraído matrimonio el desaparecido en la época del desaparecimiento, porque sus derechos, sin duda alguna, no han sido considerados.

583. ¿PUEDEN PEDIR LA RESCISIÓN DEL DECRETO DE POSESIÓN DEFINITIVA OTRAS PERSONAS QUE LAS MENCIONADAS POR LA LEY?

La respuesta es negativa; de otro modo, no tendría objeto la enumeración que hace el artículo 93.⁴⁵

* Art. 271. Son hijos naturales:

"1º Los que el padre, la madre o ambos hubieren reconocido como hijo suyo mediante una declaración formulada con ese determinado objeto en escritura pública, en la inscripción de nacimiento del hijo o en acto testamentario. Con todo, el hecho de consignarse el nombre del padre o de la madre, a petición de ellos, en la inscripción del nacimiento, es suficiente reconocimiento de filiación natural. El reconocimiento por acto entre vivos señalado en este número, podrá efectuarse por medio de mandatario constituido por escritura pública y especialmente facultado con este objeto".

"5º Aquellos que hayan sido reconocidos por el supuesto padre, cuando, citado éste por el hijo a la presencia judicial, confesare la paternidad bajo juramento. Nadie podrá ejercer este derecho más de una vez con relación a la misma persona".

⁴⁵ L. CLARO SOLAR, obra citada, tomo I, p. 274.

584. TIEMPO DENTRO DEL CUAL PUEDE PEDIRSE LA RESCISIÓN DEL DECRETO DE POSESIÓN DEFINITIVA

Hay que distinguir en este punto entre el desaparecido, por una parte, y el cónyuge y los legitimarios, por otra.

1) *El desaparecido* puede pedir la rescisión en cualquier tiempo que se presente, o que haga constar su existencia (artículo 94, regla primera).

2) *Las demás personas* no pueden pedirla sino dentro de los respectivos plazos de prescripción contados desde la fecha de la verdadera muerte (artículo 94, regla segunda).

Estos plazos son de cinco y diez años, según que la posesión sea regular o irregular (artículos 1269 y 2512, excepción 1).

Y así, el que reclama la rescisión a título de legitimario, probando haber sobrevivido al desaparecido, no será oído después de transcurridos los diez años subsiguientes a la verdadera muerte, cuya fecha ha probado o se ofrece probar.

585. A QUIÉNES APROVECHA LA RESCISIÓN DEL DECRETO DE POSESIÓN DEFINITIVA

Este beneficio, dice la tercera regla del artículo 94, aprovechará *solamente* a las personas que por sentencia judicial lo obtuvieren.

“La ley quiere que, en lo posible, no se altere una situación que tiene en su apoyo el largo tiempo transcurrido sin noticias del desaparecido, situación que ha creado derechos y hecho nacer expectativas que no deben ser defraudadas sino ante el ejercicio efectivo del derecho preferente”.⁴⁶

Y así, por ejemplo, si de varios hijos del desaparecido, habidos durante el desaparecimiento, uno sólo entabla la acción, éste será el único que aprovechará de la rescisión pedida, y no podrá reclamar sino la cuota que a él le corresponda.

586. EFECTOS DE LA RESCISIÓN DEL DECRETO DE POSESIÓN DEFINITIVA

En virtud de la rescisión del decreto de posesión definitiva, se recobran los bienes *en el estado en que se hallen, subsistiendo* las enajenaciones, las hipotecas y demás derechos reales constituidos legalmente en ellos (artículo 94, regla cuarta).

Permitiendo la ley a los poseedores definitivos gozar de los bienes como dueños, no responden ni siquiera de la *culpa lata*. Y de ahí que puedan devolver los bienes sensiblemente deteriorados sin que tengan que responder por esta causa, a menos que se les pruebe *dolo*, intención de dañar (artículo 94, regla quinta).

Los poseedores definitivos no están obligados a devolver el precio que hubieren percibido por la venta de los bienes del desaparecido como ocurre en otras legislaciones, la francesa, por ejemplo. Y de esto hay expresa constancia en la historia de la ley. En el Proyecto Inédito se obligaba a devolver “el precio de los bienes que se hayan enajenado a cualquier título”. Pero la Comisión Revisora, a propuesta del señor Bello, suprimió la frase.

⁴⁶ L. CLARO SOLAR, obra citada, tomo I, p. 273, N° 479.

587. PRESUNCIÓN SOBRE LA BUENA FE; HECHOS QUE CONSTITUYEN MALA FE

Para toda restitución serán considerados los demandados como poseedores de buena fe, a menos de prueba contraria (artículo 94, regla quinta).

Como consecuencia de esta presunción *legal*, los herederos no responden de los deterioros de los bienes y tienen derecho al abono de las mejoras necesarias y útiles conformes a las reglas que el Código da al tratar de las *prestaciones mutuas*, en el caso de la reivindicación. Cosa distinta sería si los poseedores definitivos estuvieran de mala fe.

La última regla del artículo 94 ordena perentoriamente que “el haber sabido y ocultado la verdadera muerte del desaparecido, o su existencia, constituye mala fe”.

588. SUERTE QUE CORREN LOS FRUTOS

En cuanto a los frutos, los poseedores definitivos, lo mismo que los provisionarios, no están obligados a restituirlos; pero en el caso de mala fe, hay lugar a la restitución.

589. SUBINSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL DE LA SENTENCIA QUE RESCINDE LA DECLARACIÓN DE MUERTE PRESUNTA

La sentencia que rescinde la declaración de muerte presunta debe anotarse, como subinscripción, al margen de la partida correspondiente (Reglamento Orgánico del Registro Civil, artículo 204, N° 9°). De lo contrario, no puede hacerse valer en juicio (Reglamento Orgánico del Registro Civil, artículo 205).

Legislación especial

590. LEY DICTADA CON MOTIVO DEL TERREMOTO DE 24 DE ENERO DE 1939

La Ley N° 6.761, de 5 de diciembre de 1940, dice:

“*Artículo 1°.* Las disposiciones de la presente ley se aplicarán solamente a las defunciones y declaraciones de muerte por desaparecimiento ocurridas en las provincias de Talca, Linares, Maule, Ñuble, Concepción, Biobío y Malleco, con motivo del terremoto de 24 de enero de 1939.

Artículo 2°. Se declaran válidas las inscripciones de defunción que hubieren sido practicadas por Oficiales del Registro Civil, por el personal designado al efecto por el Conservador del Registro Civil o por autoridades militares, respecto de personas identificadas, aun cuando no se hubieren llenado las formalidades que la ley prescribe para efectuarlas.

Artículo 3°. Exímese de responsabilidad penal a las personas que hubieren sepultado cadáveres de víctimas del terremoto en algún lugar de los territorios de que en esta ley se trata.

Artículo 4°. Las declaraciones de muerte por desaparecimiento que correspondan practicar en las provincias indicadas en el artículo 1°, se harán con sujeción a las disposiciones del Código Civil, y en especial a la del N° 7° del

artículo 81 (que trata de la persona que recibió una herida grave en la guerra, o le sobrevino otro peligro semejante, no sabiéndose más de ella) de ese cuerpo de leyes; pero reduciéndose a dieciocho meses el plazo que establece, y fijándose, además, el día 24 de enero de 1939, como fecha del fallecimiento.

Artículo 5º. Esta ley regirá desde la fecha de su publicación en el Diario Oficial.

591. LEYES DICTADAS CON MOTIVO DE LOS TERREMOTOS DE LOS DÍAS 21 Y 22 DE MAYO DE 1960 Y DE 28 DE MARZO DE 1965

La Ley Nº 13.959, de 4 de julio de 1960, estableció una serie de medidas jurídicas en beneficio de las provincias dañadas con los terremotos de los días 21 y 22 de mayo de 1960. En su artículo 8º dicha ley dispone:

“La muerte presunta de las personas desaparecidas con ocasión de los sismos del mes de mayo de 1960 o de sus consecuencias en las provincias a que se refiere el artículo 1º (provincias de Ñuble, Arauco, Biobío, Malleco, Cautín, Valdivia, Osorno, Llanquihue y Chiloé), se declarará con sujeción a las disposiciones del Código Civil, y en especial a la del Nº 7º del artículo 81 de ese cuerpo de leyes con las siguientes modificaciones:

a) La citación del desaparecido se hará mediante un aviso publicado por una vez en el Diario Oficial correspondiente a los días primero o quince, o al día siguiente, si no se ha publicado el diario en las fechas indicadas y por dos veces en un periódico de la cabecera del departamento, o de la cabecera de la provincia, si en aquél no lo hay, corriendo no menos de un mes entre estas dos publicaciones. El juez podrá, además, ordenar la publicación de un aviso en un diario de Santiago, y

b) El plazo de cinco años a que se refiere el número 7º del citado artículo 81 se reducirá a doce meses.

Todas las gestiones, trámites y actuaciones a que dieran lugar las declaraciones de muerte presunta a que se refiere el presente artículo, gozarán de privilegio de pobreza, por el solo ministerio de la ley”.

El artículo 4º de las disposiciones transitorias de la Ley Nº 16.282 establece normas especiales sobre muerte presunta de los desaparecidos con motivo del sismo de 28 de marzo de 1965. Antes, la Ley Nº 15.631, de 13 de agosto de 1964, había consagrado algunas modificaciones para el caso de las personas desaparecidas en Coñaripe, provincia de Valdivia.

592. MUERTE PRESUNTA EN CASOS DE SISMOS O CATÁSTROFES

La experiencia de las leyes especiales determinó la dictación de una ley permanente que fija normas para los casos de sismos o catástrofes que se produzcan en el país y para la reconstrucción de la zona afectada por el sismo de 28 de marzo de 1965. Dicha ley es la número 16.282, de 28 de julio de 1965; ha sufrido diversas modificaciones, la última de las cuales está constituida por el D.F.L. Nº 1 (del Ministerio del Interior), publicado en el Diario Oficial el 15 de mayo de 1971. Pues bien, el artículo 18 de la Ley Nº 16.282 ordenó agregar el Nº 9º al artículo 81 del Código Civil; ese número 9º dice:

“Después de un año de ocurrido un sismo o catástrofe que provoque o haya podido provocar la muerte de numerosas personas en determinadas poblaciones o regiones, cualquiera que tenga interés en ello podrá pedir la declaración de muerte presunta de los desaparecidos que habitaban en esas poblaciones o regiones.

En este caso, la citación de los desaparecidos se hará mediante un aviso publicado por una vez en el Diario Oficial correspondiente a los días primero o quince, o al día siguiente hábil, si no se ha publicado en las fechas indicadas, y por dos veces en un periódico de la cabecera del departamento o de la provincia si en aquél no lo hubiere, corriendo no menos de quince días entre estas dos publicaciones. El juez podrá ordenar que por un mismo aviso se cite a dos o más desaparecidos.

El juez fijará como día presuntivo el del sismo, catástrofe o fenómeno natural y concederá *inmediatamente* la posesión definitiva de los bienes de los desaparecidos, pero será de rigor oír al Defensor de Ausentes”.

Derecho Comparado

593. REFERENCIAS A LOS SISTEMAS

Todas las legislaciones se preocupan de los bienes del desaparecido, aunque no siguen el mismo sistema.

Algunas, como la alemana y la chilena, adoptan el sistema de la muerte presunta como una institución de orden general. Pero otras, al estilo de la francesa, si bien regulan la suerte de los bienes del desaparecido en forma muy semejante a la de nuestro Código, incluyendo también la posesión definitiva de los bienes que se da a los herederos presuntivos, no llegan hasta declarar muerto presunto al ausente, sino en casos excepcionales, como los de guerra y accidentes de aviación.

Sin embargo, en Francia, al lado de la institución de la *ausencia*, que supone la no presencia del individuo en su domicilio sin dejar ni dar después noticias suyas, se ha establecido la *declaración judicial de fallecimiento* para los casos en que éste se ha producido y el cadáver no ha podido encontrarse o el individuo ha desaparecido en circunstancias de naturaleza tal que han puesto en peligro su vida. La declaración judicial de muerte se estatuyó por primera vez por una ordenanza de 30 de octubre de 1945, que modificó los artículos 87 a 92 del C. Civil; más tarde, una ordenanza de 23 de agosto de 1958 volvió a reformar esos artículos y agilizó más el nuevo instituto.

593-a. BIBLIOGRAFÍA

- C. VERGARA BRAVO, *La muerte presunta*, Mem. de Lic., Santiago, 1917.
 R. STRAPPA, *Noción de la ausencia en el Código Civil y sus efectos jurídicos*, Mem. de Lic., Santiago, 1945.
 J. SERRANO y SERRANO, *La ausencia*, Madrid, 1943.
 GABRIEL MORGAN L., *La ausencia en el Derecho Civil*, Mem. de Lic. (U. Católica de Chile), Santiago, 1967.

ATRIBUTOS DE LAS PERSONAS NATURALES

A. GENERALIDADES

594. CONCEPTO Y ENUMERACIÓN DE DICHS ATRIBUTOS

La teoría clásica llama atributos de la personalidad a ciertos elementos necesariamente vinculados a toda persona e indispensables para el desenvolvimiento de ella como sujeto de derechos.

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

- 1) La capacidad de goce;
- 2) La nacionalidad;
- 3) El nombre;
- 4) El estado civil (del cual carecen las personas jurídicas);
- 5) El domicilio, y
- 6) El patrimonio.

En esta parte de la obra trataremos los atributos sólo con respecto a las personas naturales; con respecto a las personas jurídicas, los analizaremos cuando de ellas nos ocupemos en especial.

B. LA CAPACIDAD DE GOCE

595. REFERENCIA

Dijimos en otro lugar que la capacidad es “la aptitud de una persona para adquirir derechos y poderlos ejercer por sí misma”.

De esta definición se desprende, añadimos, que la capacidad puede ser de goce o adquisitiva y de ejercicio.

La *capacidad de goce*, que también se llama capacidad jurídica, es la aptitud de una persona para adquirir derechos.

La *capacidad de ejercicio*, denominada también capacidad de obrar, es la aptitud para ejercer los derechos por sí mismo, o, como dice el Código Civil, el poder obligarse por sí mismo, y sin el ministerio o autorización de otro (art. 1445, inciso 2°).

596. CAPACIDAD DE GOCE Y PERSONALIDAD

Persona es todo ente dotado de capacidad de goce, y ésta es atributo característico y exclusivo de las personas. Los conceptos de personalidad y capacidad de goce se implican recíprocamente: no hay persona sin capacidad de goce, y capacidad de goce sin persona.

597. NO HAY INCAPACIDADES DE GOCE GENERALES

Por lo anteriormente dicho, no existen seres humanos desprovistos en absoluto de la capacidad de goce. Privar a un ser humano de la capacidad para adquirir todo derecho, sería borrarlo del número de las personas.

Al estudiar los actos jurídicos volveremos a ocuparnos de la capacidad de goce y también de la de ejercicio.

C. NACIONALIDAD

Generalidades

598. DEFINICIÓN

La nacionalidad, desde el punto de vista jurídico, es el vínculo que liga una persona a un Estado determinado.

599. DERECHOS Y OBLIGACIONES RECÍPROCOS ENTRE EL ESTADO Y SUS NACIONALES

El vínculo de la nacionalidad establece derechos y obligaciones recíprocos. “El Estado debe a sus nacionales la protección de sus leyes y de sus magistrados, les reconoce ciertos derechos civiles y políticos y se encarga de hacerlos respetar. En cambio, el Estado tiene el derecho de exigir a sus nacionales, aun expatriados, la observación rigurosa de las leyes; de gobernar por estas leyes su capacidad, sus relaciones de familia y castigarlos por las infracciones que hayan cometido a la distancia; puede obligarlos a participar en los cargos públicos y en la defensa del territorio”.

600. NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA

No debe confundirse la nacionalidad con la ciudadanía. Esta última es la que habilita para ejercer los derechos políticos y, especialmente, el derecho a sufragio. La Constitución chilena dice que la calidad de ciudadano otorga los derechos de sufragio, de optar a cargos de elección popular y los demás que la misma Carta Fundamental o la ley confieran (Constitución, art. 13, inc. 2°).

601. NUESTRO CÓDIGO CIVIL NO REGLAMENTA LA NACIONALIDAD

Al revés del Código de Napoleón, el Código Civil de Bello no reglamenta la nacionalidad. Comprendió que si bien ella tenía alguna importancia en el cam-

po del Derecho Privado, mayor la tenía dentro del Derecho Público. Por eso dejó sometida la materia a la Constitución Política, limitándose a decir que son chilenos los que la Constitución declara tales y que los demás son extranjeros (artículo 56).

Actualmente, en la mayor parte de los países, la nacionalidad se reglamenta en la Carta Fundamental o en leyes especiales.

602. CHILENOS Y EXTRANJEROS

Como acabamos de recordar, el Código Civil chileno dice espartanamente, como corresponde en su esfera, que son chilenos los que la Constitución del Estado declara tales. Los demás son extranjeros (art. 56).

Extranjero (del latín *extraneus*, extraño, extranjero) es palabra que en castellano se escribe como ahora desde comienzos del siglo XVII. La emplea, por ejemplo, el jesuita Juan de Mariana en su *Historia de España* (Toledo, 1601). En general, como sustantivo denota al que es o viene de país extraño. El primer Diccionario de la Real Academia Española, el llamado de *Autoridades* (publicado en el curso de los años 1726 a 1739), dice que “*extrangero* (con “g” en esos tiempos), usado como sustantivo se toma por el que no es de aquella tierra y país donde está y donde vive”.

En la doctrina jurídica suele decirse que *extranjero* es la persona que transitoria o permanentemente se encuentra en un país distinto del suyo de origen o de adopción o que es apátrida (sin patria o nacionalidad). No se consideran extranjeros aquellos que se naturalizan o, como decimos en Chile, se nacionalizan en el país en que están, esto es, que adoptan formalmente la nacionalidad de éste.

603. REGLAS FUNDAMENTALES DEL DERECHO INTERNACIONAL EN CUANTO A LA NACIONALIDAD

Tradicionalmente el Derecho Internacional consagra tres reglas fundamentales relativas a la nacionalidad. En seguida las analizamos.

1° *La nacionalidad no se impone*. El Estado no puede prohibir a sus nacionales la renuncia, bajo algunas condiciones, de la nacionalidad de origen o de elección. Llenando las condiciones legales, cualquier individuo puede renunciar a su nacionalidad.

2° *Todo individuo debe tener una nacionalidad*. “La sociedad civil —observa el tratadista de Derecho Internacional Privado Weiss—, para constituirse y para funcionar regularmente, necesita del concurso de los individuos. A su vez, a éstos les es preciso, para la satisfacción completa de sus necesidades, el concurso de sus semejantes. Así, pues, todo individuo debe pertenecer a un grupo social, más o menos denso, dentro del cual desarrollará sus actividades. De aquí se infiere que todo individuo ha de poseer una nacionalidad”.

Empero, hay individuos que legalmente carecen de patria, como por ejemplo, los que han perdido su nacionalidad primitiva sin adquirir una nueva. Estas personas que carecen de nacionalidad se llaman, dentro del Derecho Internacional, *apátridas* (sin patria).

Ahora bien, hay casos en que debe aplicarse la ley nacional del sujeto; pero como esto no puede hacerse con los apátridas, el Derecho Internacional Privado indica algunos medios para salvar la dificultad. Y así, en algunos países se aplica a los apátridas la ley del último país a que han pertenecido, o la ley del domicilio, o la de la residencia (Ley de Introducción del Código Civil Alemán, artículo 20; Código Civil Japonés, artículo 8°).

Algunas convenciones internacionales procuran evitar la apatridia y paliar sus efectos, porque no es natural ni justo que haya personas sin nacionalidad alguna.

3° *Nadie puede tener más de una nacionalidad*. Así como no se puede tener dos madres, ha dicho Proudhon, tampoco se puede tener dos patrias. Podría contestarse, sin embargo, que se puede tener una madre biológica o de nacimiento y otra adoptiva, sobre todo hoy en que la regla admite excepciones y se concibe, en algunos casos, la doble nacionalidad.

La antigua regla de que nadie puede tener más de una nacionalidad, se fundamenta diciendo que la nacionalidad impone ciertos deberes, y como los intereses de los Estados pueden encontrarse en oposición, los deberes de los súbditos de diversos Estados pueden ser opuestos entre sí; y en el supuesto de admitirse que un mismo individuo puede ser nacional de dos o más Estados se llegaría a la conclusión de que aquél estaría obligado al cumplimiento de deberes contradictorios e incompatibles los unos con los otros.¹

Doble o múltiple nacionalidad. Sucede, sin embargo, que por la diferencia de legislaciones una misma persona puede tener más de una nacionalidad. Ejemplo: Un hijo de alemanes nacido en Chile, es alemán, porque en conformidad a la legislación de ese país, los hijos de padres alemanes siguen la nacionalidad de éstos; y es también chileno, porque, salvo las excepciones legales, lo es todo individuo nacido en el territorio de Chile (Constitución, artículo 10, N° 1°).

Pero estas personas que tienen más de una nacionalidad, sólo pueden hacer valer una de ellas, y esa nacionalidad será la que determinen las leyes del Estado en que el conflicto se plantea o, en defecto de éstas, la que señalen las normas de Derecho Internacional. Nuestra jurisprudencia ha dicho al respecto: “El conflicto que en Derecho Internacional Privado se llama de la *doble o múltiple nacionalidad* surge cuando cada una de las legislaciones de Estados diversos establece para sí la calidad de nacional respecto de un mismo individuo. El intérprete en este caso debe buscar la solución del conflicto primeramente en las leyes positivas del Estado cuya soberanía representa y en defecto de esas leyes en las normas generales reconocidas por el Derecho Internacional.”²

El conflicto de la doble nacionalidad puede surgir por diversas causas, y si no existe una ley expresa que lo resuelva, la solución deberá buscarse atendiendo a la causa específica. El Derecho Internacional Privado se encarga de dar pautas al respecto.

¹ CAICEDO, *Manual de Derecho Internacional Privado*, Bogotá, 1939, p. 41.

² Corte de Valdivia, 13 de abril de 1943, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XL, sección segunda, p. 70.

Pero en nuestros tiempos la doble nacionalidad no deriva sólo de una pugna de legislaciones; también hay casos en que, por excepción, se reconoce la doble nacionalidad y se la deja imperar, cada una en el respectivo país de manera que no se produzca una situación conflictiva. Nuestra Constitución reconoce la calidad de chilenos a los extranjeros que, *renunciando* expresamente a su nacionalidad, obtienen carta de nacionalización en conformidad a la ley. Sin embargo, no exige esta *renuncia* a los nacidos en país extranjero que, en virtud de un tratado internacional, concede este mismo beneficio a los chilenos (art. 10, N° 4°, inciso 1°).

Algunos países no tienen reparo en conceder su nacionalidad a extranjeros sin imponerles explícita ni implícitamente que renuncien a su nacionalidad anterior y formalmente, sin necesidad de tratado, respetan la otra nacionalidad. Así sucede con Canadá. Los pasaportes que otorga dicho Estado resumen en pocas palabras la situación; dicen: “Los canadienses pueden tener otra nacionalidad, sea por el hecho de nacimiento, de origen, de matrimonio o de naturalización. Aquellos que se dirigen al país de su otra nacionalidad pueden estar sometidos a todas las leyes y obligaciones de ese país, y especialmente al servicio militar”.

Cabe preguntar si un canadiense podría pretender nacionalizarse en Chile sin renunciar a su nacionalidad alegando que, aunque no hay tratado, conforme a las leyes generales de su país los chilenos gozan de ese beneficio allá. Creemos que no, porque la Carta Fundamental nuestra requiere en esta materia la existencia de un tratado internacional, y las normas constitucionales son de interpretación estricta.

604. NACIONALIDAD DE ORIGEN Y NACIONALIDAD DE ELECCIÓN

La nacionalidad depende del nacimiento y de la elección.

La primera, llamada de *origen*, se adquiere por el hecho de nacer, y a ella permanece ligada la persona mientras no adquiera otra.

La nacionalidad de *elección* es la que obtiene un individuo mediante la “naturalización” o “nacionalización”, que más adelante estudiaremos.

605. SISTEMAS PARA DETERMINAR LA NACIONALIDAD DE ORIGEN

Las diversas legislaciones siguen tres sistemas para determinar la nacionalidad de origen: el del *jus sanguinis*, el del *jus soli* y un tercero, que consiste en la combinación de los otros dos (sistema mixto).

Conforme al sistema del *jus sanguinis*, que viene desde el Derecho Romano, es nacional de un Estado el individuo cuyos padres son nacionales de ese Estado, aunque aquél haya nacido en el extranjero.

Según el sistema del *jus soli*, cuya raíz se remonta a la época feudal, es nacional de un Estado todo individuo nacido dentro del territorio de ese Estado, aun cuando los padres sean extranjeros.

Como uno y otro sistema ofrecen inconvenientes, la mayor parte de las legislaciones combina los dos, adoptando un *sistema mixto*, aunque en unas prevalece el “jus sanguinis” y en otras el “jus soli”. Lo primero sucede en las

legislaciones de los países europeos; lo segundo, en las legislaciones de los países americanos.

Esta diferencia se explica. A los Estados de los cuales salen emigrantes les conviene que los hijos de éstos nacidos en otros territorios queden vinculados a la patria ancestral porque así ella puede exigirles el cumplimiento de ciertas importantes obligaciones derivadas de la nacionalidad, como, por ejemplo, la de defender el suelo y los intereses nacionales en caso de guerra con otros Estados. Por el contrario, a los países que reciben emigrantes les interesa que los hijos de los mismos nacidos en sus territorios adquieran la nacionalidad de esos países para que incrementen la población nativa, se eviten conflictos de leyes y puedan exigirse a dichos hijos todas las obligaciones anexas a la nacionalidad.

Adquisición de la nacionalidad chilena

606. QUIÉNES SON CHILENOS

La Constitución indica, en el artículo 10, quiénes son chilenos. A continuación veremos cada caso en particular.

607. 1° SON CHILENOS LOS NACIDOS EN EL TERRITORIO DE CHILE (*JUS SOLI*)

La palabra “territorio” está tomada aquí en el sentido que le da el Derecho Internacional. Según esto, son chilenos por nacimiento o de origen:

- a) Los individuos que hubieren nacido en el territorio que materialmente comprende la República de Chile;
- b) Los que hubieren nacido en buques o aeronaves de guerra chilenos, en cualquier parte que éstos se encuentren;
- c) Los que hubieren nacido a bordo de naves mercantes chilenas, surtas en aguas de la República o en alta mar;
- d) Los que nacen en buques mercantes extranjeros surtos en aguas territoriales chilenas;
- e) Los nacidos a bordo de una aeronave mercante chilena o extranjera que navegare en el espacio atmosférico que cubre el territorio que materialmente comprende la República y sus aguas territoriales;
- f) Los que hubieren nacido a bordo de una aeronave mercante chilena que navegue en el espacio atmosférico que cubre la alta mar, y
- g) Los individuos que, nacidos en la casa de un agente diplomático chileno, residente en el extranjero, o en la legación chilena existente en el extranjero, gozaren de este derecho con arreglo a los principios del Derecho Internacional.

El principio del “jus soli” consagrado en la primera parte del N° 1 del artículo 10 de la Constitución sufre excepciones, pues la segunda parte de este precepto dice: “...con excepción de los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su Gobierno, y de los hijos de extranjeros transeúntes, todos los que, sin embargo, podrán optar por la nacionalidad chilena”.

El Decreto N° 5.142 (Ministerio del Interior) de 13 de octubre de 1960, publicado en el Diario Oficial de 29 de octubre de 1960, fija el estatuto legal definitivo sobre nacionalización de extranjeros.³ Y en su artículo 10 reglamenta el procedimiento para la opción entre la nacionalidad chilena y una extranjera. Dispone:

“Los nacidos en el territorio de Chile que, siendo hijos de extranjeros que se encuentren en el país en servicio de su Gobierno, o hijos de extranjeros transeúntes, resolvieren optar por la nacionalidad chilena conforme al artículo 5° (Hoy 10), N° 1°, de la Constitución, deberán hacerlo mediante una declaración en que manifiesten que optan por la nacionalidad chilena. Dicha declaración deberá hacerse en el plazo fatal de un año, contado desde la fecha en que el interesado cumpla veintiún años de edad, y ante el Intendente o Gobernador respectivo, en Chile, o el Agente Diplomático o Cónsul de la República en el extranjero, y después de acreditar fehacientemente que el interesado se encuentra en alguno de los casos consignados en el artículo 5°, N° 1°, de la Constitución” (correspondiente al artículo 10, N° 1°, de la Constitución de 1980).

“Estos funcionarios remitirán inmediatamente las declaraciones en referencia al Ministerio del Interior para que sean anotadas en el Registro que se lleva en la sección respectiva.

“El documento en que se deje testimonio del acto deberá llevar el mismo derecho que las cartas de nacionalización”.⁴

608. 2° HIJOS DE CHILENOS NACIDOS EN EL EXTRANJERO QUE SIGUEN LA NACIONALIDAD DE SUS PADRES (*JUS SANGUINIS*)

Según la Constitución son chilenos “los hijos de padre o madre chilenos nacidos en territorio extranjero, hallándose cualquiera de éstos en actual servicio de la República, quienes se considerarán para todos los efectos como nacidos en el territorio chileno” (art. 10, N° 2°).

También “son chilenos los hijos de padre o madre chilenos, nacidos en territorio extranjero, por el solo hecho de avecindarse por más de un año en Chile” (Constitución, art. 10, N° 3°).

Menester es haber nacido en territorio chileno para ser elegido Presidente de la República (Constitución, artículo 25).

609. 3° SON CHILENOS LOS EXTRANJEROS QUE OBTUVIEREN CARTA DE NACIONALIZACIÓN

El número 4° del artículo 10 de la Constitución dice que son chilenos “los extranjeros que obtuvieren carta de nacionalización en conformidad a la ley, renunciando expresamente a su nacionalidad anterior. No se exigirá esta renuncia

³ El texto completo y actualizado de este decreto aparece en la *Legislación y Jurisprudencia sobre Extranjeros*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1995, pp. 155 a 164.

⁴ La misma cita anterior.

a los nacidos en país extranjero que, en virtud de un tratado internacional, conceda este mismo beneficio a los chilenos. Los nacionalizados en conformidad a este número tendrán opción a cargos públicos de elección popular sólo después de cinco años de estar en posesión de sus cartas de nacionalización”.

El otorgamiento, la denegación y la cancelación de las cartas de nacionalización están reglamentados, como ya expresamos, por el Decreto N° 5.142 (Ministerio del Interior), de 13 de octubre de 1960. Dicho decreto, conforme a la autorización legislativa, fija el texto refundido de todas las disposiciones legales vigentes sobre nacionalización de extranjeros. Con posterioridad ha sufrido algunas modificaciones.⁵

En síntesis, los requisitos para obtener carta de nacionalización son los siguientes: a) haber cumplido *veintiún años de edad*; b) tener más de *cinco años* de residencia continuada en el territorio de la República y que sean titulares del permiso de residencia definitiva; c) renunciar a la nacionalidad de origen o a cualquiera otra adquirida (se sobreentiende que esta renuncia no rige en el caso de excepción a que anteriormente se ha hecho referencia; d) no tener las inhabilidades que señala el texto legal sobre nacionalización de extranjeros para obtener esta gracia: incapacidad para ganarse la vida; estar condenado o actualmente procesado por simples delitos o crímenes, hasta que se sobresea definitivamente respecto al peticionario; etc. (Decreto N° 5.142, art. 2°, inc. 1°, y art. 3°). En cuanto a la edad de veintiún años exigida, hay una excepción: puede otorgarse carta de nacionalización a los hijos de padre o madre chilenos nacionalizados, que hayan cumplido *18 años de edad* y que reúnan los demás requisitos que se han mencionado para obtener carta de nacionalización (Decreto N° 5.142, artículo 2°, inc. 3°).

La nacionalización debe otorgarse por el Presidente de la República, en decreto refrendado por el Ministro del Interior (Decreto N° 5.142, art. 1°). Y el decreto que deniegue la carta de nacionalización ha de ser siempre fundado y firmado por el Presidente de la República (Decreto N° 5.142, art. 7°).

610. 4° SON CHILENOS LOS QUE OBTUVIEREN ESPECIAL GRACIA DE NACIONALIZACIÓN POR LEY (CONSTITUCIÓN, ARTÍCULO 10, N° 5°)

Esta forma de nacionalización, que tiene la particularidad de no hacer perder la nacionalidad de origen o cualquiera otra que el individuo posea, se concede a los extranjeros que han prestado grandes servicios al país. Por el alto honor que implica, se llama también “gran naturalización”; el primero que la obtuvo en Chile, y nada menos que por determinación del Director Supremo don Bernardo O’Higgins, fue el educador inglés don Diego Thompson, que desarrolló una provechosa labor en la enseñanza de nuestro país. Después alcanzaron ese honor otros extranjeros ilustres: Andrés Bello, José Joaquín de Mora, Claudio Gay, Ignacio Domeyko, el principal autor de nuestro Código de Comercio, el argentino don Gabriel Ocampo, el médico francés don Lorenzo Sazié, etc. Al biólogo italiano don Juan Noé y a sus hijos nacidos en el extranjero se les concedió la

⁵ Véase nota 3.

nacionalidad chilena como homenaje póstumo al primero por los “grandes servicios que prestó al país” (Ley N° 8.951, de 9 de junio de 1948). Por Ley N° 17.684, de 14 de julio de 1972, se concedió “al Padre Gustavo Le Paige la nacionalidad chilena en reconocimiento de la gran obra realizada en beneficio de Chile”.

Pérdida de la nacionalidad chilena

611. CAUSALES

El artículo 11 de la Constitución señala las causales por las cuales se pierde la nacionalidad chilena. A continuación las estudiamos en párrafos separados.

612. 1° NACIONALIZACIÓN EN PAÍS EXTRANJERO

La nacionalidad chilena se pierde por nacionalización en país extranjero. Sin embargo, no pierden su nacionalidad los chilenos en el caso en que adquieren la nacionalidad de un Estado con el cual Chile ha celebrado un tratado que permite a los nacionales de uno y otro país adquirir la respectiva nacionalidad extraña sin renuncia de la nacionalidad anterior. Tampoco los chilenos pierden su nacionalidad chilena en el caso en que, a causa de disposiciones constitucionales, legales o administrativas del Estado en cuyo territorio residen, adopten la nacionalidad extranjera como condición de su permanencia en él, o de igualdad jurídica en el ejercicio de los derechos civiles con los nacionales del respectivo país (Constitución, art. 11, N° 1°).

Observemos que por derechos civiles se entiende en general aquellos derechos que la ley concede para la realización de un interés privado del sujeto. Hállanse en contraposición a los derechos públicos que, como los políticos, se otorgan para la realización de un interés público.

613. 2° PRESTACIÓN DE SERVICIOS DURANTE UNA GUERRA EXTERIOR A ENEMIGOS DE CHILE O DE SUS ALIADOS

En este caso, para perder la nacionalidad chilena, es necesario que un decreto supremo declare la pérdida por la causal señalada (Constitución, art. 11, N° 2°).

614. 3° DELITOS CONTRA LA DIGNIDAD DE LA PATRIA O LOS INTERESES ESENCIALES Y PERMANENTES DEL ESTADO

La nacionalidad chilena se pierde también por sentencia judicial condenatoria por delitos contra la dignidad de la patria o los intereses esenciales y permanentes del Estado, así considerados por ley aprobada con quórum calificado. En estos procesos los hechos han de apreciarse siempre en conciencia (Constitución, art. 11, N° 3°).

De acuerdo con los términos constitucionales es necesario, para que la causal opere, que haya una ley de quórum calificado que tipifique, o sea, describa y caracterice los delitos contra la dignidad de la patria o los intereses esenciales

y permanentes del Estado. Y esto es razonable porque de lo contrario entraría en juego, con todos sus peligros, el subjetivismo de los jueces.

Que los hechos han de apreciarse en conciencia quiere decir que han de examinarse y valorarse conforme a un criterio recto, imparcial, lógico y equitativo.

615. 4° CANCELACIÓN DE LA CARTA DE NACIONALIZACIÓN

La nacionalidad chilena se pierde por cancelación de la carta de nacionalización (Constitución, art. 11, N° 4°).

Se comprende que existan casos en que una persona que ha obtenido la carta de nacionalización por parte del Gobierno de Chile, se haga indigna de este beneficio y entonces procede la cancelación de esa carta, cancelación que debe efectuarse por decreto supremo fundado que lleve la firma del Presidente de la República, previo acuerdo del Consejo de Ministros (Decreto N° 5.142, citado anteriormente, artículos 3° y 8°).

616. 5° REVOCACIÓN DE LA NACIONALIZACIÓN CONCEDIDA POR GRACIA

Finalmente la nacionalidad chilena se pierde por ley que revoque la nacionalización concedida por gracia (Constitución, art. 11, N° 5°). Es posible que un extranjero que haya recibido la mentada distinción cometa hechos contrarios a su graciosa patria, y nada más justo entonces que se le revoque el honorífico beneficio, y se haga por ley, estricto requisito acorde con la gravedad de la medida contra una persona extranjera que antes se honró.

617. LA NACIONALIZACIÓN AUTOMÁTICA EN PAÍS EXTRANJERO NO HACE PERDER LA NACIONALIDAD CHILENA

La nacionalización en país extranjero puede obtenerse mediante una manifestación de voluntad expresa, como es la petición de la carta de nacionalización, o puede adquirirse sin dicha manifestación, como consecuencia de un acto al que la ley de un país le da la virtud de cambiar la nacionalidad de la persona que lo realiza. Por ejemplo, en algunos países se dispone que la extranjera que se casa con un nacional, sigue la condición de su marido, pasa a tener la nacionalidad de éste.

Ahora bien, es indudable que la nacionalidad chilena se pierde por la nacionalización en país extranjero que resulta del requerimiento expreso del interesado; en otros términos, el chileno que pide y obtiene carta de nacionalización de un país extranjero, pierde la nacionalidad chilena. Pero, ¿se perderá también la nacionalidad chilena por el solo hecho de la adquisición de otra que se obtiene no por expresa petición, sino como consecuencia de un acto que por mandato de la ley extranjera atribuye la nacionalidad de ese país?

Nuestra Corte Suprema⁶ ha sostenido que “el precepto del artículo de la Constitución Política que establece que la nacionalidad chilena se pierde por

⁶ Cas. fondo, 11 de enero de 1937, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXXIV (Santiago, 1937), segunda parte, sección primera, p. 187.

nacionalización en país extranjero, resulta obscuro al lado de los que le preceden, que indican los únicos títulos para nacionalizarse en Chile, a saber: carta de nacionalización y gracia de nacionalización por la ley, y, como no se encuentran en las fuentes de que se derivan las disposiciones de nuestra Carta Fundamental, antecedentes que permitan precisar el alcance de aquel precepto, fuerza es interpretarlo siguiendo las reglas establecidas al efecto, conforme al sentido que mejor se armonice con el mismo cuerpo de leyes o con el espíritu general de la legislación”.

“Si la Constitución impone determinadas formalidades para que un extranjero adquiera la nacionalidad chilena, no puede permitir que un chileno pierda la suya sin la concurrencia de iguales requisitos y, en especial, del que preside esencialmente los actos de nacionalización en Chile: la manifestación *expresa* de la voluntad de abandonar la nacionalidad de origen para adquirir una distinta; o, en otros términos, el concepto de nacionalización en país extranjero sólo debe ser tomado en el sentido que nuestras leyes le dan”.

“Si hubiera de aceptarse que la nacionalidad se pierde por cualquier motivo que las leyes de otros países tengan establecido o establecieron para la nacionalización de los extraños que cayeren bajo su imperio, en desarmonía con las exigencias impuestas a los extranjeros que manifiestan su voluntad de cambiar su nacionalidad por la chilena, ello importaría atribuir efecto en Chile a leyes extranjeras”.

“La nacionalización en país extranjero establecida en la Constitución, como causal para que se pierda la nacionalidad chilena, requiere formalidades equivalentes a las que la misma Carta Política exige para la nacionalización de un extranjero en Chile, sin que a ello obste la disposición legal de otro país en que se establece que: la extranjera que se case con un nacional seguirá la condición de su marido”.

En consecuencia, la mujer chilena no pierde su nacionalidad por el hecho de casarse con un extranjero cuyo país dispone que la mujer sigue la nacionalidad del marido.

En la Constitución de 1980 el contexto de las disposiciones que versan sobre la adquisición y la pérdida de la nacionalidad chilena (artículos 10 y 11) demuestra que los chilenos para perder su nacionalidad deben renunciar expresamente a ésta, sin que sean valederas las renunciaciones presuntas.

618. READQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD CHILENA

Los que hubieren perdido la nacionalidad chilena por cualquiera de las causas que hemos visto, señaladas en el artículo 11 de la Carta Fundamental, sólo podrán ser rehabilitados por ley (Constitución, artículo 11, último inciso). Y la rehabilitación puede ser en forma póstuma, como lo hizo la Ley N° 18.979, de 11 de mayo de 1990, respecto de don Orlando Letelier del Solar.

619. RECURSO CONTRA LA DETERMINACIÓN DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA QUE PRIVA A UNA PERSONA DE SU NACIONALIDAD CHILENA O SE LA DESCONOCE

La persona afectada por acto o resolución de autoridad administrativa que la prive de su nacionalidad chilena o se la desconozca tiene derecho a recurrir,

por sí o por cualquiera a su nombre, dentro del plazo de treinta días, ante la Corte Suprema. Esta conoce de la cuestión como jurado y en tribunal pleno. La interposición del recurso suspende los efectos del acto o resolución en contra de la cual se hace valer el recurso (Constitución, art. 12).

Derechos de los extranjeros

620. BREVE NOTICIA HISTÓRICA

En los *pueblos teocráticos de la antigüedad* se negaba la personalidad jurídica del extranjero. Razón: el nacional era un ser elegido de la divinidad, protegido por la religión, de la cual se derivaban todos los derechos; el extranjero era un ser impuro, que no participaba de la religión y que, por lo mismo, no poseía derechos.⁷

Los pueblos *comerciantes y conquistadores*, como los *griegos*, consagraron principios más equitativos; pero siempre subsistieron grandes diferencias entre el nacional y el extranjero.

En el *Derecho Romano*, la legislación de los primeros tiempos era exclusiva respecto de los extranjeros; pero después las costumbres y las necesidades del comercio suavizaron bastante su desmedrada situación.

Los *bárbaros*, que alzaron su dominación sobre las ruinas del Imperio Romano, hicieron retroceder el avance del derecho en éste como en otros puntos. Consideraron al extranjero como un elemento del todo extraño, colocado más allá de la comunidad jurídica y social.

Bajo el *régimen feudal*, imperó el mismo criterio de aversión hacia los extranjeros; se equiparó la condición de éstos con la de los siervos, que soportaban todas las cargas y no gozaban sino de escasas garantías. La incapacidad más importante para el extranjero era la que se designaba con el nombre de *derecho de albana o albinagio* (con la palabra albana denotábase a los extranjeros). Consistía en que el extranjero no podía recibir ni transmitir una sucesión; a su muerte los bienes que le pertenecían pasaban al señor feudal. Este derecho, que en un principio fue de los señores feudales, pasó en Francia después a los reyes.

En una época posterior, el derecho de albana fue sustituido por el *derecho de detracción*, que era un impuesto sobre el valor de la sucesión dejada por un extranjero.

La Revolución Francesa abolió los derechos del albinagio y de detracción e impulsó grandemente, con sus ideas de igualdad y de fraternidad, la evolución jurídica hacia una perfecta asimilación de nacionales y extranjeros. Sin embargo, el Código de Napoleón no aceptó en toda su integridad el principio de la igualdad civil entre unos y otros.

⁷ CAICEDO, *Derecho Internacional Privado*, p. 115.

621. LOS EXTRANJEROS EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

El artículo 56, después de decir que son *chilenos* los que la Constitución del Estado declara tales, agrega: “Los demás son *extranjeros*”. Tienen, pues, este carácter todos aquellos que no son chilenos.

Entran, por lo tanto, en este calificativo no sólo los nacionales de otro Estado, sino los chilenos de origen o naturalizados que han perdido la nacionalidad y todos aquellos que carecen de una nacionalidad determinada (apátridas).

Para estudiar la situación de los extranjeros dentro de nuestra legislación, es preciso distinguir entre derechos públicos y privados o civiles.

622. DERECHOS PÚBLICOS

Los derechos *políticos*, que son los principales derechos públicos, son aquéllos en cuyo ejercicio va envuelta parcialmente la soberanía. Consisten en la facultad de elegir y ser elegido para cargos de representación popular, para participar en plebiscitos y otras formas de consulta popular y para integrar jurados.

Estos derechos constituyen la ciudadanía. De acuerdo con el artículo 13 de la Constitución, “son ciudadanos los chilenos que hayan cumplido dieciocho años de edad y que no hayan sido condenados a pena aflictiva. La calidad de ciudadano otorga los derechos de sufragio, de optar a cargos de elección popular y los demás que la Constitución o la ley confieran”.

Sin embargo, el artículo siguiente agrega: “Los *extranjeros* avecindados en Chile por más de cinco años, y que cumplan con los requisitos señalados en el inciso primero del artículo 13 (tener cumplidos dieciocho años y no haber sido condenado a pena aflictiva), podrán ejercer el derecho de sufragio en los casos y formas que determina la ley”.

Los extranjeros gozan también dentro del Derecho Público, de las *garantías individuales*, es decir, de los derechos que tiene el individuo en relación con la sociedad y el Estado considerado como poder público. La Constitución Política asegura dichas garantías no sólo a los nacionales, sino “*a todas las personas*” (artículo 19).

623. DERECHOS PRIVADOS O CIVILES; PRINCIPIO

Los derechos privados o civiles son los que se fundan en las normas del derecho privado,⁸ o sea, los que la ley concede para la realización de un interés privado del sujeto.

Con respecto a ellos, nuestro Código Civil consagra un amplio principio de igualdad entre chilenos y extranjeros. Dice, en efecto, que “la ley no reconoce diferencia entre el chileno y el extranjero en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regla este Código” (artículo 57).

De manera que la regla general en nuestro Derecho es que la nacionalidad no ejerce influencia en la adquisición y goce de los derechos civiles.

⁸ ROBERTO DE RUGGIERO, obra citada, tomo I, p. 220.

624. EXCEPCIONES A LA REGLA DE IGUALDAD CIVIL ENTRE EL CHILENO Y EL EXTRANJERO

Véanse estas excepciones, señaladas con este mismo título lateral, en el N° 397.

D. EL NOMBRE

624-a. DEFINICIÓN Y FUNCIÓN

El nombre de las personas se define como la palabra o palabras que sirven legalmente para distinguir a una de las demás:

“La misión es procurar la identificación y la individuación de las personas; puede considerarse como una etiqueta colocada sobre cada uno de nosotros. Todo individuo representa una suma de derechos y obligaciones, un valor jurídico, moral, económico y social, y es de importancia que este valor aparezca al solo enunciado de un nombre, sin equívoco, sin confusión posible”. “Nuestro nombre –ha dicho el conocido escritor francés Paul Bourget– somos nosotros mismos, es nuestro honor en los labios y en el pensamiento de los demás”.⁹ “Preciso es evitar que un individuo pueda aparentar en forma falsa cualidades que no posee, como, por ejemplo, el crédito de que otro goza. Resulta indispensable que la personalidad de cada cual se destaque de todas las otras. Gracias al nombre, esta necesidad se logra”.¹⁰

El nombre es verdaderamente un atributo esencial, primordial de la personalidad, a la cual preserva de toda confusión y protege contra cualquiera usurpación.¹¹

1. Breve noticia histórica

625. ANTIGÜEDAD

El nombre, entre los pueblos primitivos, era único e *individual*; cada persona llevaba sólo uno y no lo transmitía a sus descendientes. Esta costumbre perduró mucho tiempo en algunos pueblos, principalmente entre los griegos (Leonidas, Aristóteles, Platón) y los hebreos (Moisés, David, Salomón).¹²

Los romanos, por el contrario, poseían un sistema de nombres sabiamente organizado, aunque no sencillo. Sus elementos constitutivos eran el *nomen* o *gentilium*, palabra que designaba al nombre de la familia (*gens*) y era, por lo tanto, llevado por todos los miembros de ésta; y el *praenomen*, o nombre individual, propio de cada individuo, cuya designación se explica porque se colocaba antes del nombre de familia (*prae*, antes). Como los nombres propios o individuales masculinos eran poco numerosos, se sintió la necesidad de agregar al nom-

⁹ *Cosmópolis*, cap. IV.

¹⁰ JOSSELAND, obra citada, tomo I, p. 149, N° 207.

¹¹ PLANIOL, obra citada, tomo I, p. 145, N° 376.

¹² *Ibidem*.

bre un tercer elemento, el *cognomen*, mucho más variado en su elección, que era una especie de sobrenombre particular que algunos individuos adoptaban para identificarse mejor. Finalmente, existía el *agnomen*, que no era sino un apodo y servía para designar a las ramas de las familias numerosas; equivalía al apellido, pero no era transmisible a todos los hijos sino que, a semejanza de los títulos de nobleza, pasaba de primogénito a primogénito. Tomemos como ejemplo para explicar todo este sistema de nombres recordando a uno de los prototipos de ciudadano y gran militar romano, general a los 24 años de edad, hombre culto, aficionado a las letras griegas, buen orador, orgulloso e impulsivo. Nos referimos al vencedor de Aníbal, Publio Cornelio Escipión Africano: Publius (nombre propio o *praenomen*), Cornelius (apellido de familia o *nomen*), Scipio (sobrenombre o *cognomen*), Africanus (apodo o *agnomen*).

El sistema de los romanos tenía la doble ventaja de evitar toda confusión y de indicar por el solo enunciado del nombre la filiación del individuo.

Los nombres propios femeninos no estaban limitados por el número; pero los nombres de las mujeres no se componían ordinariamente sino de dos elementos: el *praenomen* y el *nomen*.¹³

626. UNIDAD DEL NOMBRE EN LA EDAD MEDIA

El uso del nombre individual y único reapareció con los bárbaros, después de la disolución del Imperio Romano, manteniéndose largo tiempo.

La institución del nombre sufrió, en consecuencia, durante este período de la historia, un verdadero retroceso jurídico.

Los nombres bárbaros eran todos significativos; expresaban ideas de fuerza física, poder guerrero o audacia. Así, por ejemplo, Clodoveo quiere decir “eminente guerrero”; Childerico, “fuerte en el combate”; Teodorico, “poderoso en el pueblo”, etc.

627. REAPARICIÓN DE LOS NOMBRES DOBLES

Era preciso, sin embargo, evitar confusiones entre personas que llevaban el mismo nombre. Dos diferentes procedimientos tendientes a este fin, se pusieron en práctica. El más antiguo parece ser el de los sobrenombres, que incluso los mismos reyes usaron: Pepino el Breve, Roberto el Fuerte, Alfonso el Católico, Sancho el Gordo, etc. El otro consistió en agregar al nombre del individuo el nombre de su padre. Hasta en el siglo XIV se encuentran personas designadas de esta manera, como los juriconsultos *Joannes Rolandi*, *Petrus Jacobi*.¹⁴

628. RECONSTITUCIÓN DEL NOMBRE DE FAMILIA

Los nombres llegaron a ser así dobles; sólo faltaba dar un paso para volver a uno de ellos hereditario, a fin de reconstruir la antigua distinción romana del

¹³ PLANIOL, obra citada, tomo I, p. 145, N° 376.

¹⁴ PLANIOL, obra citada, tomo I, p. 146, N° 378.

nomen (nombre de familia) y del *praenomen* (nombre individual). La herencia o transmisibilidad de los nombres recomenzó en el siglo XII.

A fines del siglo XV, los que todavía no se habían asimilado al uso de los nombres de familia, empezaron a formarlos. La mayor parte de estos nombres se hicieron derivar del *lugar* en que el individuo había nacido o vivía (Toledo, Córdoba, Avilés); de la *profesión* u *oficio* que desempeñaba (Herrero, Escribano, Alcalde, Coronel, Lavandero); de sus *cualidades* o *defectos* u *otras circunstancias físicas* (Calvo, Barriga, Valiente); del nombre de *plantas* o *árboles* (Robles, Pino, Parra, Olmo, Manzano, Sarmiento, Olivares); del *nombre de animales* (Lobos, Cordero, León, Toro, Becerra, Gallo, Cuervo); del *nombre de substancias minerales* (Peña, Fierro, Plata); del *nombre de muebles* o *parte de un edificio* (Paredes, Salas, Mesa, Espejo, Portales); o de la *fantasía*.

En fin, puede decirse que desde el siglo XII se comenzó a volver en forma general y definitiva al uso del apellido hereditario precedido del nombre.

2. Del nombre civil

629. COMPOSICIÓN DEL NOMBRE

El nombre comprende dos elementos: *el nombre propiamente dicho, strictu sensu*, o nombre de familia o apellido, y *el nombre propio*, individual o “de pila”, llamado así porque se impone precisamente en la pila bautismal.

630. DETERMINACIÓN DEL NOMBRE

Distinguiremos al respecto el nombre de familia o patronímico, y el o los nombres propios.

631 a) NOMBRE DE FAMILIA O PATRONÍMICO

El nombre de familia o patronímico es, como lo indica la terminología, revelador de la familia, de los orígenes del individuo que lo lleva. Hállase, en principio, subordinado a la *filiación*, pero bajo ciertas condiciones que debemos precisar, distinguiendo entre las filiaciones legítima, ilegítima y adoptiva y el caso de un origen legalmente desconocido.

1° *Filiación legítima*. Las partidas de nacimiento deben contener el nombre y apellido del nacido, que indique la persona que requiere la inscripción (Ley N° 4.808, sobre Registro Civil, publicada en el Diario Oficial de 10 de febrero de 1930, artículo 31, N° 3°). El Reglamento Orgánico del Registro Civil (publicado en el Diario Oficial de 28 de agosto de 1930), dice, por su parte, que al inscribir un nacimiento se designará al inscrito por el nombre que indique la persona que requiera la inscripción; si el nacido es hijo legítimo, se le pondrá a continuación el apellido del padre y en seguida el de la madre (artículo 126, incisos 1° y 2°).

Los hijos *legitimados* se rigen por las mismas normas que los hijos legítimos (Código Civil, artículo 215). En consecuencia, deberán llevar primero el apellido del padre y después el de la madre, aunque antes hayan llevado sólo

el de uno de ellos en su calidad de hijos ilegítimos o naturales. Obviamente, una vez aceptada la legitimación, los legitimados deberán solicitar la rectificación de la partida inscrita con anterioridad en el Registro Civil.

2° *Filiación ilegítima*. El Reglamento Orgánico del Registro Civil, refiriéndose al nombre y apellidos que deben colocarse al inscribir un nacimiento, habla de los *hijos ilegítimos*, sin distinguir entre los *simplemente ilegítimos* y los *naturales*, por lo cual, de acuerdo con las reglas de interpretación legal, debemos entender que comprende a ambas categorías.

Tratándose de un hijo ilegítimo, también debe designarse al inscrito por el nombre que señale la persona que requiere la inscripción del nacimiento, poniéndose a continuación el apellido del padre o madre que hubiere pedido se deje constancia de su paternidad o maternidad, y si ambos lo hubieren solicitado, debe procederse como en el caso del hijo legítimo: primero el apellido del padre y después el de la madre (Reglamento Orgánico del Registro Civil, artículo 126, inciso final). Es de notar que hoy el hecho de consignarse el nombre del padre o de la madre, a petición de ellos, en la inscripción del nacimiento, es suficiente reconocimiento de la filiación natural (C. Civil, artículo 271, de acuerdo con el texto que le dio el art. 1° de la Ley N° 10.271, de 2 de abril de 1952).

Reconocimientos sucesivos. Puede acontecer que uno de los padres reconozca primero al hijo que el otro. Si el que reconoce primero es el padre, ninguna dificultad se presenta. Pero si es la madre la que reconoce primero al hijo, y el padre lo hace con posterioridad, ¿podría solicitarse que se ponga en primer término el apellido de éste? La jurisprudencia francesa ha resuelto la cuestión en ambos sentidos.

Algunos observan que es preferible que se mantenga la situación creada por el primer reconocimiento, porque el cambio de apellido, además de poner de manifiesto a los ojos de todos la calidad ilegítima del hijo, provoca molestias y confusiones de toda índole. Un cambio de nombre, añade Josserand,¹⁵ desconcierta al público y daña los intereses del individuo que, después de llamarse por varios años Durand, pasa a denominarse Dubois el día de hoy o mañana.

Otros sostienen que debe rectificarse el nombre del hijo, porque uno de los fines principales del nombre es indicar el origen, la filiación de la persona. Y esto se consigue colocando primero el apellido del padre y después el de la madre, sin que influya el hecho de que el reconocimiento de aquél sea posterior al de ésta.

Ante la laguna de la ley, no habría otra solución que decidirse por la que se estimara más equitativa de las dos anteriores.

La legislación chilena no contemplaba la situación que se produce con respecto al nombre por los reconocimientos sucesivos. De manera que en este punto no había norma a la cual ceñirse. Pero hoy creemos que la alteración se impone, considerando el tenor y el espíritu de la letra c) del artículo 1° de la Ley N° 17.344, que más adelante reproducimos.

¹⁵ Obra citada, tomo I, p. 151, "in fine".

3° *Filiación adoptiva*. Dice la actual Ley de Adopción, N° 7.613, de 21 de octubre de 1943: "El adoptado personalmente o por medio de sus representantes, podrá tomar el o los apellidos del o de los adoptantes, según el caso, manifestándolo así en la escritura pública de adopción. Por esta circunstancia no se procederá a alterar la partida de nacimiento del adoptado, pero se hará, al margen de ella, la anotación correspondiente. Los descendientes legítimos del adoptado podrán también seguir usando el o los apellidos del o de los adoptantes" (artículo 14).

La palabra *pueden* indica que es facultativo tomar el nombre del adoptante. Puede, pues, el adoptado conservar o no su apellido derivado de la filiación legítima o ilegítima.

4° En la legitimación adoptiva, el adoptado necesariamente debía tomar el nombre civil de los padres adoptivos; el cambio de apellido se verificaba en la nueva inscripción de nacimiento que correspondía hacer (Ley N° 16.346, de 20 de octubre de 1965, art. 8°).

5° *Ley sobre adopción de menores*.

La Ley N° 16.346, sobre legitimación adoptiva, citada anteriormente, fue derogada por la Ley N° 18.730, de 10 de mayo de 1988, que dicta normas sobre adopción de menores. Esta regula dos especies de adopción, la simple y la plena.

La adopción *simple* dura mientras el adoptado sea menor de edad, no constituye estado civil y, por cierto, no trae ningún cambio de nombre, ya que no altera la filiación original.

La adopción *plena*, que es irrevocable, concede al adoptado el estado civil de hijo legítimo de los adoptantes en los casos y con los requisitos que señala la misma Ley N° 18.730 en su Título III. El adoptado pleno adquiere los apellidos de los adoptantes conforme a las normas legales de los hijos legítimos. En cuanto a los nombres propios, nada dispone la Ley N° 18.703; pero de su artículo 32 en relación con el 31 de la Ley N° 4.808, sobre Registro Civil, se deduce que compete a los adoptantes (requerentes de la inscripción) atribuir el o los nombres propios al adoptado que, por lo demás, es lo más lógico.

6° *Filiación oficialmente desconocida*. Respecto a los recién nacidos abandonados o expósitos (recién nacidos expuestos en un paraje público), dice el Reglamento Orgánico del Registro Civil que se "expresará la hora, día, mes y año en que fuere encontrada la criatura, su edad aparente, las señas particulares que se le notaren, y se indicarán los efectos y documentos que sobre él se encontraren, como también todo detalle que permita comprobar la identidad del expósito. Estas menciones se estamparán, siempre que sean conocidas, además de las generales, requeridas por las disposiciones vigentes" (artículo 128).

Entre nosotros ninguna disposición legal existe que determine el nombre y apellido que debe darse a dichas criaturas. En Francia, el nombre y apellido se los elige el Oficial del Registro Civil, si a este funcionario es llevado directamente el niño; o la administración del establecimiento por el cual ha sido recogido (circular ministerial, 30 de enero de 1812). La misma circular recomienda no atribuir a estas criaturas el nombre de una familia existente, ni un nombre ridículo o evocador de la irregularidad de su origen.

En Chile, en el hecho, elige el nombre y apellido del niño quien solicita su inscripción.

Y esta práctica tiene asidero legal, porque la parte final del citado artículo 128 del Reglamento Orgánico del Registro Civil dice que en la inscripción de un recién nacido abandonado o expósito se estamparán las menciones que indica, *además de las generales*, requeridas por las disposiciones vigentes –y entre éstas se encuentra la que dice que las partidas de nacimiento deben contener el nombre y el apellido del nacido– que indique la persona que requiera la inscripción (artículo 31, N° 3, de la Ley N° 4.808). Y está obligada a requerir la inscripción la persona que haya recogido al recién nacido abandonado (Ley N° 4.808, artículo 29, N° 6).

632-633. b) NOMBRE PROPIO INDIVIDUAL

A diferencia del nombre patronímico o de familia, que revela, por lo general, la filiación, los nombres propios o “de pila”, tienen un carácter individual y, en consecuencia, arbitrario. El niño lleva el o los nombres propios que le han sido dados en la inscripción del nacimiento. Se designa al inscrito por el nombre que señala la persona que requiere la inscripción (Ley N° 4.808, art. 31; Reglamento Orgánico del Registro Civil, artículo 126, inciso 1°).

Pueden darse a una persona todos los nombres propios que se quieran, y su elección, en Chile, es enteramente libre; no hay necesidad de atribuirle un nombre de santo o nombres ya en uso: es posible designar a la criatura con un nombre inventado o con cualquiera otro; sin embargo, a esta absoluta libertad vino a poner cortapisas la Ley N° 17.344, de 22 de septiembre de 1970, que autoriza el cambio de nombres y apellidos en determinados casos. El artículo 6° de dicha ley ordenó agregar los siguientes incisos finales al artículo 31 de la Ley N° 4.808, sobre Registro Civil:

“No podrá imponerse al nacido un nombre extravagante, ridículo, impropio de personas, equívoco respecto del sexo o contrario al buen lenguaje”.

“Si el Oficial del Registro Civil, en cumplimiento de lo que dispone el inciso anterior, se opusiere a la inscripción de un nombre y el que lo solicite insistiere en ello, enviará de inmediato los antecedentes al Juez de Letras, quien resolverá en el menor plazo posible, sin forma de juicio, pero con audiencia de las partes, si el nombre propuesto está comprendido o no en la prohibición. Estas actuaciones estarán exentas de impuesto”.

3. Cambio de nombre

634. PRINCIPIO

El nombre no tiene un carácter inmutable; definitivo en principio, puede, sin embargo, modificarse en el curso de la existencia de una persona.

El cambio puede producirse por vía *principal* o por vía de *consecuencia*.

El cambio por vía principal o directa está constituido por el procedimiento que tiende única y exclusivamente a obtener la mutación del nombre.

El cambio por vía de consecuencia o indirecta es el que se produce como consecuencia del cambio de una situación jurídica dada. Ejemplo: el hijo natural reconocido por la madre es legitimado por el matrimonio posterior de sus padres. En consecuencia, pasa a llevar el apellido paterno y materno en lugar de sólo éste que antes tenía.

635. a) CAMBIO DEL NOMBRE PATRONÍMICO POR VÍA PRINCIPAL Y DIRECTA

En ciertos países, se admite excepcionalmente que una persona cambie de nombre, ya porque el que tiene es grotesco u odioso, ya porque desee adoptar otro más glorioso que quiere perpetuar (Francia, ley de 11 de germinal año XI), ya, en fin, por otras causas que las leyes señalan.

En nuestra legislación se discutía si era posible cambiar el nombre por vía principal. En pro, se decía, por ejemplo, que la Ley de Impuesto de Timbres, Estampillas y Papel Sellado de la época preceptuaba que la subinscripción de la sentencia que ordene el cambio de nombre de una persona, siempre que no sea fundado en adopción, debe pagar determinado impuesto. O sea, el legislador daba por admitido que el cambio de nombre era posible. La actual Ley de Timbres nada dispone al respecto.

Una sentencia del Segundo Juzgado de Letras de Valparaíso, servido en aquel entonces por don Carlos Anabalón, dio lugar a la solicitud de cambio de nombre de un extranjero; éste basó su petición en que la palabra que denotaba su nombre causaba hilaridad en Chile. La sentencia, de fecha 20 de noviembre de 1931, dice en una de sus partes “que el nombre no es inmutable para la legislación chilena y puede variar a voluntad de su dueño, siempre que con tal actitud no se dañen derechos de terceros ni el interés o el orden públicos”. Más adelante, justificando la competencia, expresa “que las leyes de Registro Civil no permiten alterar una inscripción, como tampoco, implícitamente, asentar nuevas inscripciones con variación del apellido de los padres sino en virtud de una resolución judicial, con lo cual se explica y justifica la intervención que corresponde a este tribunal para conocer del presente negocio”. Finalmente, da lugar al cambio de nombre solicitado.

En otro caso, por sentencia de 24 de septiembre de 1942, y previo informe favorable del Director del Registro Civil, el juez del entonces Tercer Juzgado de Letras de Menor Cuantía de Santiago, dio lugar al cambio de nombre de un solicitante ordenando rectificar las correspondientes inscripciones.

Sin embargo, en diciembre de 1945, el Director del Registro Civil, en un informe solicitado por el Cuarto Juzgado de Letras de Menor Cuantía (Santiago) de la época, con relación a la petición de don Ricardo Neftalí Eliecer Reyes para que se rectificara su partida de nacimiento y matrimonio en el sentido de alterar su nombre y apellido por el de Pablo Neruda, el Director del Registro Civil –repetimos– opinó que en nuestra legislación el cambio de nombre es improcedente, porque una serie de disposiciones supone su inmutabilidad y por los enredos que se crearían. Con todo, dicho Director estimó que el solicitante puede modificar su petición en el sentido de pedir, no la rectificación de las partidas, sino una subinscripción en que se deje constancia que don Ricardo Reyes y Pablo Neruda son una misma persona. Así,

termina el informe, si bien no se autoriza el cambio de nombre, se solucionan los inconvenientes que para el peticionario existen de ser conocido por su seudónimo literario y no por su nombre legal; cualquier acto en que figurara por su seudónimo, no podría objetarse, ya que el solicitante estaría en condiciones de probar legalmente que es la misma persona que figura en las partidas con el nombre de Ricardo Reyes.

En resumen, la opinión dominante era que en Chile no podía cambiarse el nombre por vía principal, aunque uno se llamara, como sucedía con el hijo de un español, Ingenio De Abajo.

636. LEY ESPECIAL QUE AUTORIZA EL CAMBIO DE NOMBRES Y APELLIDOS
POR VÍA PRINCIPAL EN DETERMINADOS CASOS

I. *Generalidades.* El legislador comprendió que en muchos casos la mutación del nombre por vía principal constituía una necesidad. Y al efecto dictó una ley especial, la N° 17.344, publicada en el Diario Oficial de 22 de septiembre de 1970.¹⁶

Comienza ella por declarar: "Toda persona tiene derecho a usar los nombres y apellidos con que haya sido individualizada en su respectiva inscripción de nacimiento" (art. 1°, inc. 1°).

II. *Casos en que procede el cambio de nombres o apellidos o de ambos a la vez.* Sin perjuicio de los casos en que las leyes autorizan la rectificación de inscripciones del Registro Civil, o el uso de nombres y apellidos distintos de los originarios a consecuencia de una legitimación, legitimación adoptiva o adopción, cualquiera persona puede solicitar, *por una sola vez*, que se la autorice para cambiar sus nombres o apellidos, o ambos a la vez, en los casos siguientes (artículo 1°):

a) Cuando unos u otros sean ridículos, risibles o menoscaben moral o materialmente a la persona;

b) Cuando el solicitante haya sido conocido durante más de cinco años, por motivos plausibles, con nombres o apellidos, o ambos, diferentes de los propios (escritores, artistas, deportistas, etc.), y

c) En los casos de filiación natural o de hijos ilegítimos, para agregar un apellido cuando la persona hubiere sido inscrita con uno solo o para cambiar uno de los que se hubieran impuesto al nacido, cuando fueren iguales (art. 1°).

III. *Supresión de nombres propios cuando se cuenta con más de uno.* Hay personas a las cuales sus padres han inscrito con dos, tres, cuatro y hasta cinco nombres propios; por lo general, esas personas usan sólo uno o, a lo sumo, dos de esos nombres (Juan Antonio, José Luis). Pues bien, la ley dispone que en los casos en que una persona haya sido conocida, durante más de cinco años, con uno o más de los nombres propios que figuran en su partida de

¹⁶ Véanse JORGE RAPOSO ARCOS, *El cambio de nombres y apellidos en la legislación chilena*, Memoria de Licenciado, Santiago, 1973 (edición mimeográfica); PEDRO ESCANDÓN O., *El cambio de nombres y apellidos y de la rectificación de las partidas del Registro Civil*, Santiago, 1988.

nacimiento, el titular podrá solicitar que se supriman en la inscripción, en la de su matrimonio y en las de nacimiento de sus descendientes menores de edad, en su caso, el o los nombres que no hubiere usado.

IV. *Traducción o cambio de nombres y apellidos que no son de origen español.* Sin perjuicio de lo anteriormente dispuesto, la persona cuyos nombres o apellidos, o ambos, no sean de origen español, puede solicitar se la autorice para traducirlos al idioma castellano. Puede, además, pedir autorización para cambiarlos, si la pronunciación o escrituración de los mismos es manifiestamente difícil en un medio de habla castellana (art. 1°, inc. penúltimo).

V. *Peticiones entabladas por los menores de edad.* Si se trata de un menor de edad que carece de representante legal, o si teniéndolo éste se hallare impedido por cualquier causa o se negare a autorizar al menor para solicitar el cambio o supresión de los nombres o apellidos, a que se refiere esta ley, el juez debe resolver con audiencia del menor, a petición de cualquier consanguíneo de éste o del Defensor de Menores y aun de oficio (art. 1°, inciso final).

VI. *Competencia y publicación.* Es juez competente para conocer de las gestiones a que se refiere la ley en análisis, el Juez de Letras en lo Civil del domicilio del peticionario (art. 2°, inc. 1°).

La solicitud correspondiente debe publicarse en extracto en el Diario Oficial de los días 1° o 15 de cada mes, o al día siguiente hábil si dicho diario no apareciere en las fechas indicadas. El extracto, redactado por el Secretario del Tribunal, ha de contener necesariamente la individualización del solicitante y la indicación de los nombres y apellidos que éste pretende usar en reemplazo de los propios (art. 2°, incisos 2° y 3°).

La publicación que debe efectuarse en el Diario Oficial es gratuita (art. 2°, inc. final). Esta publicación no es necesaria cuando se trate de suprimir uno o más nombres propios que una persona tiene, conservando sólo el o los nombres con que ha sido conocida durante más de cinco años (art. 2°, inc. penúltimo).

VII. *Oposición, prueba, necesidad de oír a la Dirección General del Registro Civil e Identificación.* Dentro del término de treinta días, contados desde la fecha del aviso, cualquiera persona que tenga interés en ello puede oponerse a la solicitud. En tal caso el oponente ha de allegar, conjuntamente con su oposición, los antecedentes que la justifiquen y el juez debe proceder sin forma de juicio, apreciando la prueba en conciencia y en mérito de las diligencias que ordene practicar. Nótese que no se admite oposición tratándose de la supresión de nombres propios cuando una persona cuente con más de uno, hipótesis que consideramos en el número III (art. 2°, incisos 4° y penúltimo).

Si no hubiere oposición (en las demás hipótesis en que por regla general es admisible), el tribunal debe proceder con conocimiento de causa, previa información sumaria. En todo caso es obligatorio oír a la Dirección General del Registro Civil e Identificación (art. 2°, incisos 5° y 6°).

VIII. *Casos en que debe denegarse la solicitud.* No debe autorizarse el cambio de nombre o apellido o supresión de nombres propios si del respectivo extracto de filiación que como parte de su informe remite la antedicha Dirección, aparece que el solicitante se encuentra actualmente procesado o ha sido condenado por crimen o simple delito que merezca pena aflictiva, a menos

que en este último extremo hubieren transcurrido más de diez años contados desde la fecha en que quedó ejecutoriada la sentencia de condena y se encuentre cumplida la pena (art. 2º, inc. antepenúltimo).

IX. *Inscripción y surtimiento de efectos de la sentencia que acoge la solicitud.* La sentencia que autorice el cambio de nombre o apellidos, o de ambos a la vez, o la supresión de nombres propios, debe inscribirse de acuerdo con el Reglamento Orgánico del Registro Civil (D.F.L. N° 2.128, de 10 de agosto de 1930, publicado el 28 de agosto del mismo año), y sólo surtirá efectos legales una vez que se extienda la nueva inscripción en conformidad al artículo 104 del cuerpo legal citado (art. 3º, inc. 1º).

Para estos efectos, tratándose de personas nacidas en el extranjero y cuyo nacimiento no está inscrito en Chile, será necesario proceder antes a la inscripción del nacimiento en el Registro de la Primera Sección de la comuna de Santiago (art. 3º, inc. 2º).

X. *Obligación de usar el nuevo nombre o apellido.* Una vez modificada la partida de nacimiento, la persona que haya cambiado de nombre o apellidos de acuerdo con las normas de esta ley, sólo puede usar, en el futuro, en todas sus actuaciones, su nuevo nombre propio o apellidos, en la forma ordenada por el juez (art. 4º, inc. 1º).

El uso malicioso de los primitivos nombres o apellidos y la *utilización fraudulenta* del nuevo nombre o apellido para eximirse del cumplimiento de obligaciones contraídas con anterioridad al cambio de ellos, tienen la sanción de la pena de presidio menor en su grado mínimo (art. 5º).

XI. *Personas a las cuales alcanza el cambio de apellido de una persona.* El cambio de apellido no puede hacerse extensivo a los padres del solicitante, y no altera la filiación. Pero alcanza a sus descendientes legítimos sujetos a patria potestad, y también a los demás descendientes que consientan en ello (art. 4º, inc. 1º).

Si el solicitante es casado o tiene descendientes menores de edad, debe pedir también, en el mismo acto en que solicite el cambio de su apellido, la modificación pertinente en su partida de matrimonio y en las partidas de nacimiento de sus hijos (art. 4º, inc. 3º).

637. b) CAMBIO DEL NOMBRE PATRONÍMICO POR VÍA DE CONSECUENCIA

Los diversos actos que determinan indirectamente el cambio de nombre, ya los hemos visto, y son: el reconocimiento de un hijo como natural o ilegítimo si figuraba con otro nombre que el del padre reconociente; la legitimación; el matrimonio posterior de los padres de un hijo primitivamente reconocido solo por su madre como hijo natural. En cuanto a la adopción, tratándose de la realizada conforme a las normas de la Ley N° 7.613, el adoptado puede conservar el apellido de su familia o tomar el del adoptante; en la legitimación adoptiva, como en la llamada adopción plena, el adoptado debe necesariamente tomar el nombre de los padres adoptivos; en la adopción simple no hay cambio de nombre, según apuntamos todo esto en su oportunidad. La legitimación adoptiva fue suprimida, como dijimos, pero las consumadas o pendientes, quedaron sometidas a las disposiciones de la ley que las regía.

638. EXIGENCIA DE SENTENCIA JUDICIAL PARA ALTERAR EL NOMBRE EN LA INSCRIPCIÓN DEL REGISTRO CIVIL

Con respecto al cambio de nombre, debe tenerse presente que las inscripciones del Registro Civil no pueden ser alteradas ni modificadas sino en virtud de sentencia judicial ejecutoriada (Ley de Registro Civil, artículo 17, y Reglamento Orgánico, artículo 101). No debe olvidarse que el Director General del Registro Civil e Identificación sólo puede ordenar, por la vía administrativa, las rectificaciones de inscripciones que contengan omisiones o errores manifiestos, entendiéndose por tales todos aquellos que se desprendan de la sola lectura de la respectiva inscripción o de los antecedentes que le dieron origen o que la complementan. También el Director puede ordenar de oficio la rectificación de una inscripción en que aparezca subinscrita una legitimación o un reconocimiento de hijo natural, con el solo objeto de asignar al inscrito el o los apellidos que le correspondan, y los nombres y apellidos de sus legitimantes o el del padre o madre que le haya reconocido (Ley N° 4.808, art. 17, modificado por el Decreto Ley N° 2.850, publicado en el Diario Oficial de 14 de septiembre de 1979).

639. NOMBRE DE LA MUJER CASADA

En la mayor parte de los países de Europa y en Estados Unidos, la mujer, por disposición de la ley, en algunos (Alemania, Suiza), o por mera costumbre, en otros, pierde, al casarse, su apellido y adopta el de su marido. Y en Francia, por ejemplo, la práctica llega hasta el extremo de que la mujer, anulando externamente su personalidad, toma el nombre íntegro del marido. Y así, para designar a la señora de monsieur Lucien Grand, no se dice, pongamos por caso, madame Vivianne de Grand, sino madame Lucien Grand, con lo cual, abreviadamente, se quiere decir: señora de Lucien Grand.

Esta costumbre, afianzada a través de siglos y consagrada o no en las leyes, de que la mujer tome el nombre de su marido, no es sino la supervivencia del antiguo concepto que los romanos tenían de la mujer, la cual era considerada como una hija, y en tal calidad quedaba sometida a los derechos y autoridad del marido.¹⁷

En España, y en la mayoría de los países americanos, incluso Chile, la mujer conserva su apellido de soltera completándolo con el apellido de su marido, precedido de la preposición *de*. Y así se dice, por ejemplo, señora Gloria Soto de Flores.

En nuestro país, ninguna disposición impone esta práctica, que es una simple costumbre desprovista de valor legal.

640. CAMBIO DEL NOMBRE PROPIO DE LOS TRANSEXUALES

Aunque ninguna ley nuestra se refiere a la posibilidad de que los sujetos que han cambiado de sexo demanden el cambio de nombre propio como conse-

¹⁷ SUDRÉ, *Le droit au nom*, p. 124.

cuencia de la mutación de su identidad física, la equidad y la lógica elemental obligan a reconocer ese derecho junto con el de solicitar la rectificación de la mención del sexo asentada en la inscripción de nacimiento del Registro Civil.

Dejando de lado las controversias relativas a la definición científica del sexo y la posibilidad de un verdadero cambio de éste, es evidente que los tratamientos hormonales y quirúrgicos exitosos producen un cambio, si no de sexo estrictamente hablando, uno irreversible de la apariencia y la identidad física. Así, por ejemplo, los hombres que se han sometido a dichos tratamientos y han obtenido un resultado positivo presentan un desarrollo de las mamas análogo al de las mujeres y también ostentan una pseudovagina que les permite mantener relaciones a la manera de las parejas heterosexuales. Por todo esto a las personas que han obtenido un cambio de sexo se les reconoce el derecho de solicitar la enmienda de la inscripción de nacimiento en cuanto a la mención de su sexo y consecuentemente al nombre propio.

Tales modificaciones deberán pedirse al juez para que las ordene practicar al Servicio de Registro Civil, correspondiendo al solicitante probar de una manera concluyente el buen éxito de los tratamientos y las intervenciones quirúrgicas que lo han llevado a la “conversión sexual”. Si el juez estima necesario que, para resolver con completo conocimiento de causa, es necesaria una pericia médico-legal, habrá que llevarla a cabo.

En la legislación extranjera, como en algunas provincias de Canadá, se exige que el requirente de las modificaciones de la inscripción, no esté casado al momento de hacer la petición. De manera que sólo estarían legitimados para el trámite los solteros, viudos y los que han logrado el divorcio vincular o la nulidad del matrimonio. Si se admitiera que la petición la formularan también los casados y se accediera a ella, tendríamos en los libros del Registro Civil la incongruencia de un matrimonio en que ambos cónyuges son del mismo sexo.

Algunos, para dar asidero legal al cambio de nombre propio como consecuencia de la mutación sexual, sostienen que se puede invocar un *error sobreviniente* de la inscripción de nacimiento por lo que toca al sexo y al nombre del inscrito, lo que autoriza para solicitar las pertinentes enmiendas. También se dice que puede buscarse apoyo en el artículo 1º letra a) de la Ley Nº 17.344, sobre cambio de nombres y apellidos, disposición que hace procedente el cambio cuando unos u otros sean ridículos, risibles o menoscaben moral o materialmente a la persona.¹⁸ Y no hay duda que un varón que se convirtió en mujer ha de sentirse ridículo, o fuente de risas o menoscabado arrastrando el antiguo nombre masculino.

Nosotros pensamos que invocar el error sobreviniente es algo forzado y poco elegante y nos parece mejor valerse de la otra causal, aunque, en definitiva, estimamos inútiles estos rodeos y creemos que, derechamente, debe pedirse que en los registros se deje constancia de un hecho nuevo: que el inscrito con mención de determinado sexo lo cambió a partir de cierta fecha y que, consiguientemente, cabe armonizar el nombre con dicho sexo. Hay una lagu-

¹⁸ En este sentido: PEDRO ESCANDÓN, obra citada, p. 165, al final.

na de la ley con relación al nuevo hecho y el juez está autorizado para llenarla en cada caso concreto.

4. Naturaleza jurídica

641. TEORÍAS

Sobre la naturaleza jurídica del hombre se han emitido diversas teorías. A continuación veremos las principales.

642. TEORÍA DE LA PROPIEDAD

Aubry y Rau consideran que el nombre constituye un derecho de propiedad.¹⁹ La jurisprudencia francesa²⁰ ha adoptado esta doctrina y ha dicho “que el nombre patronímico constituye, para quien legítimamente lo lleva, una propiedad, de la cual le es permitido, en principio al menos, gozar y disponer de la manera más absoluta”.²¹

Crítica. La mayoría de la doctrina rechaza esta opinión, porque la naturaleza del nombre no se aviene con los caracteres de la propiedad.

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

2) La propiedad es de orden patrimonial y susceptible de valuación pecuniaria; no así el nombre, por lo menos dentro del campo civil.

3) Una propiedad es natural si no esencialmente exclusiva: lo que es mío a nadie otro pertenece; pero los nombres de familia y los nombres propios son llevados por cientos y aun miles de individuos: trataríase aquí, entonces, dice Josserand,²² de una propiedad singularmente confusa y enredada, cuya forma normal y casi uniforme sería la copropiedad que dentro del derecho es una situación excepcional.

643. TEORÍA DE LA MARCA DISTINTIVA DE LA FILIACIÓN

Colin y Capitant ven en el nombre “la marca distintiva de la filiación”;²³ y la prueba es que se determina generalmente por la filiación.

Crítica. En principio, la afirmación es verdadera; pero no siempre: hay nombres que en ciertos casos, en algunos países, son atribuidos por decreto de la autoridad administrativa; la mujer casada toma el nombre de su marido, perdiendo o no el suyo, según las legislaciones; el niño abandonado o expósito

¹⁹ *Cours de droit civil français*, tomo II, p. 263.

²⁰ Puede verse la cita de los principales fallos en JOSSEAND, obra citada, tomo I, p. 155, Nº 217.

²¹ Corte de París, 27 de diciembre de 1893.

²² Obra citada, tomo I, p. 155, Nº 217.

²³ Nota a la sentencia de la Corte de París, de 21 de enero de 1903 ((Dalloz, 1904, p. 1); *Cours élémentaire de droit civil français*, tomo I (2ª edición), pp. 348 y ss.

adquiere el nombre que a bien tienen darle, con prescindencia de toda relación de filiación. Por lo demás, si el nombre es corrientemente revelador de la filiación, su importancia excede en mucho este orden de ideas, ya que revela la situación de un individuo en la familia y en la sociedad; da la clave de la personalidad toda entera.²⁴

644. TEORÍA DEL NOMBRE INSTITUCIÓN DE POLICÍA CIVIL

Para otra teoría, sostenida por Planiol, el derecho al nombre no existe; sólo se trata en este caso de una reglamentación administrativa para procurar la identificación de los individuos. “El nombre —dice Planiol— es una institución de policía civil; es la forma obligatoria de la designación de las personas”.²⁵

Para el maestro francés, todo el interés de la determinación jurídica del nombre se reduce a lo siguiente: si el nombre constituye una propiedad, la persona que lo lleva puede obtenerle sea respetado por otro, *sin tener la necesidad de probar que su usurpación le causa daño*; pero si el nombre no es objeto de un verdadero derecho de propiedad, el reclamante *debe probar un perjuicio derivado de la usurpación*.

Crítica. Colin²⁶ observa que esta teoría del perjuicio es en sí misma un círculo vicioso, porque aun cuando se considere el nombre como propiedad de una persona, los terceros usurpadores no son responsables de delito, sino cuando constituye una injuria al derecho. De donde resulta que, de cualquier modo que el nombre se considere, para que prospere la acción, hay necesidad de probar el perjuicio.

645. TEORÍA DEL NOMBRE ATRIBUTO DE LA PERSONALIDAD

Salecilles,²⁷ Perreau,²⁸ Josserand²⁹ y otros ven en el nombre el *signo distintivo y revelador de la personalidad*; es uno de los elementos constitutivos, junto a la capacidad de goce, la nacionalidad, el estado civil, el domicilio. Es un bien innato, como el derecho a la vida, al honor y, al mismo tiempo, es una *institución de policía*, en tanto cuanto sirve como medio de identificación destinado a prevenir la confusión de las personalidades.

Como atributo de la personalidad que es, el nombre presenta las siguientes características:

- 1) No es comerciable;
- 2) No es susceptible de una cesión entre vivos, ni transmisible por causa de muerte;

²⁴ JOSSERAND, obra citada, tomo I, p. 155, N° 218.

²⁵ *Traité élémentaire de droit civil*, tomo I (París, 1911), p. 252, N° 398.

²⁶ Nota de la sentencia de la Corte de París de 21 de enero de 1903. Dalloz, 1904, II, p. 1.

²⁷ *Le droit au nom individuel dans le Code Civil Allemand, Revue critique de législation et de jurisprudence*, año 1900, p. 94.

²⁸ *Le droit au nom en matière civile*.

²⁹ Obra citada, tomo I, p. 156, N° 219.

- 3) Es inembargable;
- 4) Es imprescriptible;
- 5) Es, por lo general, inmutable, y
- 6) Es uno e indivisible.

646. LAS SENTENCIAS QUE SE DICTAN EN MATERIA DE NOMBRE PRODUCEN EFECTOS ABSOLUTOS

De la característica de ser el nombre uno e indivisible, se desprende que los fallos judiciales que sobre él versan producen efectos absolutos y no relativos. Sería inadmisibles que un individuo llevara un nombre con respecto a las personas con quienes litigó sobre el nombre o sobre un punto que trae como consecuencia el mantenimiento o cambio de éste y otro diferente con respecto a todas las demás personas. El nombre, por definición misma, es *uno e indivisible*; y si así no fuera no llenaría su misión de individualización. Este resultado, como se comprenderá, sería imposible de obtener si los fallos judiciales pertinentes no produjeran efectos absolutos.

647. PROTECCIÓN DEL NOMBRE; SANCIONES

El derecho al nombre está garantido con sanción penal. El artículo 215 del Código respectivo dice que “el que *usurpare* el nombre de otro será castigado con reclusión menor en su grado mínimo, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponderle a consecuencia del daño que en su fama o intereses ocasionare a la persona cuyo nombre ha usurpado”.

Para que exista este delito, “es necesario que el nombre usurpado sea el de una persona que exista actualmente. El que toma un *nombre supuesto* no usurpa nombre ajeno y no comete este delito, sino la falta prevista en el N° 5° del artículo 496 del Código Penal, siempre que lo haga ante la autoridad o ante persona que tenga derecho para exigir del sujeto la noticia de su verdadero nombre”.³⁰

Nótese que el Código Penal considera la usurpación del nombre dentro del título que castiga las falsificaciones y falsedades (Título IV del Libro II) y no en el título que castiga los delitos contra la propiedad (Título IX del mismo libro). De aquí se sigue que nuestro legislador *no* ha estimado el derecho al nombre como un *derecho de propiedad*, sino como un derecho del individuo digno de protección.

Es evidente que si la usurpación del nombre irroga perjuicios o daño a la persona que legítimamente lo lleva puede hacer efectiva, contra el usurpador, además de la responsabilidad *penal*, la responsabilidad *civil*. Basta invocar como fundamentos legales los artículos 2314 y 2329 del Código Civil. Dice el primero: “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”.

³⁰ J. R. DEL RÍO, *Elementos de Derecho Penal*, Santiago, 1939, p. 396.

Y el artículo 2329, agrega: “Por regla general, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta”.

Otra manifestación de la protección al nombre en nuestro Derecho lo constituye la prohibición de registrar como marca comercial³¹ el nombre, el seudónimo o el retrato de una persona natural cualquiera, salvo consentimiento dado por ella o por sus herederos, si hubiere fallecido. Sin embargo, serán susceptibles de registrarse los nombres de personajes históricos cuando hubieren transcurrido, a lo menos, 50 años de su muerte, siempre que no afecte su honor. (Ley N° 19.039, sobre Privilegios Industriales y Protección de los Derechos de Propiedad Industrial, publicada en el Diario Oficial de 25 de enero de 1991, art. 20, letra c.) Con todo, no pueden registrarse nombres de personas cuando ello envuelva determinadas infracciones señaladas por la ley recién citada. (Art. 20, segundo inciso de la letra e.)

5. El sobrenombre y el seudónimo

648. EL SOBRENOMBRE

El *sobrenombre* o *apodo* es el nombre que suele darse a una persona, tomado de sus defectos corporales o de alguna otra circunstancia.

Carece de todo valor jurídico. No forma parte de la designación legal de la persona. Sin embargo, en los campos, en el mundo del hampa y de los vagos, a menudo el individuo es más conocido por el apodo que por el verdadero nombre. Puede entonces adquirir un papel útil para mejor asegurar la identidad. De ahí que en ciertos documentos judiciales y de policía se considere el sobrenombre, mencionándolo precedido de las palabras “alias” o “apodado”.

Entre los pocos casos en que se menciona el apodo en las leyes, puede citarse el artículo 321 del Código de Procedimiento Penal, que dispone que en la primera declaración se preguntará al inculcado, entre otras cosas, su apodo, si lo tuviere.

649. EL SEUDÓNIMO

El seudónimo es un nombre supuesto que la persona se da a sí misma para ocultar al público su verdadero nombre.

Los escritores, los periodistas, los dramaturgos suelen ser conocidos bajo un nombre de fantasía. Molière, Voltaire, Gabriela Mistral (Premio Nobel 1945), Pablo Neruda (Premio Nobel 1971), etc., son seudónimos.

³¹ Bajo la denominación de marca comercial se comprende todo signo visible, novedoso y característico que sirva para distinguir productos, servicios o establecimientos industriales o comerciales. (Ley N° 19.039, Art. 19, inc. primero.)

Véase: SANTIAGO LARRAGUIBEL ZAVALA, *Tratado sobre la propiedad Industrial*, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 1995.

También, antiguamente, los hombres de armas tenían la costumbre de colocarse un seudónimo. Por eso éste es llamado a veces *nombre de guerra*.

El seudónimo no es, como tampoco el apodo, un derecho de la personalidad. Pero esto no quiere decir que el legislador no lo ampare. El artículo 8° de la Ley sobre Propiedad Intelectual (Ley N° 17.336, de 2 de octubre de 1970), deja en claro que la ley protege el seudónimo inscrito en el Registro de Propiedad Intelectual, como quiera que presume que es autor de la obra la persona que figure como tal en el ejemplar que se registra, o aquella a quien, *según la respectiva inscripción, pertenece el seudónimo* con que la obra es dada a la publicidad.

El reglamento sobre Concesión de Personalidad Jurídica dispone que no puede darse dicha personalidad a corporaciones que lleven el nombre de una persona natural o su seudónimo sin su consentimiento expreso, o el de sus herederos, que se manifieste en instrumento privado, autorizado por un notario, o hubiesen transcurrido veinte años después de su muerte. Tampoco puede otorgarse el referido beneficio a aquellas corporaciones cuyo nombre sea igual o tenga similitud con el de otra existente en la misma provincia. Toda esta disposición no rige para los Cuerpos de Bomberos, Clubes de Leones y Rotarios que se organicen en el país (artículo 5°).

Si un individuo adopta el seudónimo de otro puede ser obligado a dejarlo y a pagar, conforme a las reglas generales, indemnización por daños y perjuicios al verdadero dueño del seudónimo.

¿Podría cederse el seudónimo? Parece que no hay inconveniente alguno, debiendo procederse en la misma forma que para la transferencia de la propiedad intelectual, siempre, por cierto, que con la cesión no se induzca a error que signifique fraude al público.

La Ley sobre Privilegios Industriales y Protección de los Derechos de Propiedad Industrial prohíbe, salvo las excepciones, registrar como marca comercial el seudónimo de una persona cualquiera (Art. 20, letra c).

6. El nombre comercial

650. NOCIÓN

Aunque el nombre comercial es materia de Derecho Mercantil, diremos dos palabras sobre él.

Puede definirse como la denominación bajo la cual una persona ejerce el comercio.

Cuando se refiere a una sociedad mercantil, recibe la denominación específica de *razón social*.

Su naturaleza y función son discutidas. El Derecho Comercial las estudia.

No debe confundirse el nombre comercial con el *nombre del establecimiento de comercio* (tienda, banco, bazar). Mientras aquél distingue a la *persona* del comerciante, éste individualiza a una *cosa*, a esa universalidad de carácter mueble, constituida por elementos incorporales y corporales, destinada al ejercicio de un comercio, y que se llama establecimiento mercantil o de comercio.

Ejemplo: existe por ahí una librería que se llama “El Quijote”; es el nombre del establecimiento de comercio; pero el nombre comercial de sus dueños es “García y Cía. Ltda.”.

Puede perfectamente ponerse a un negocio el nombre de su dueño; pero esto no debe perturbar; sólo quiere decir que un mismo nombre tiene la persona del comerciante y su establecimiento, sin que jurídicamente se confundan.

E. ESTADO CIVIL

Observación previa: En este lugar sólo daremos ideas generales y someras sobre el estado civil; el desarrollo integral de la materia corresponde al Derecho de Familia.

651. ESTADO DE LAS PERSONAS

Existe la mayor discrepancia sobre el alcance y contenido de la frase “estado de las personas”. Nosotros seguimos a los autores que dicen que en un sentido amplio, esas palabras designan la cualidad o posición jurídica de los individuos. Estos pueden ser considerados en sí mismos, y entonces se habla de estados *individuales* (mayor de edad, lúcido, etc.). También pueden ser consideradas las personas con relación a los grupos humanos de que forman parte, y entonces se habla de *estados sociales*: estado de nacionalidad, estado de ciudadanía, estado de familia, etc.³²

652. EL ESTADO CIVIL DENTRO DE LA LEGISLACIÓN CHILENA

El Código define el estado civil como “la calidad de un individuo en cuanto le habilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles” (artículo 304).

Pero esta fórmula tan amplia y general (en la que caben muchas situaciones jurídicas, como la capacidad, la nacionalidad, etc., no se compadece con el contenido del título dentro del cual está ubicada. Todas las disposiciones de este título (XVII del Libro D), como las de otras leyes, consideran el estado civil en una forma restringida, mirando al individuo en sus relaciones de familia. Por eso, dentro de nuestro Derecho Civil, es más acertado decir que “el estado civil es la posición *permanente* que un individuo ocupa en la sociedad, *en orden a sus relaciones de familia*, en cuanto le confiere o impone determinados derechos y obligaciones civiles”.

Está de más subrayar que el estado civil es propio de las personas naturales; no se extiende a las personas jurídicas, porque éstas no tienen relaciones de familia. Alguien ha dicho que “no aman ni sufren”.

³² La palabra estado viene del latín *status*, que designaba los atributos necesarios para poseer la personalidad. En Roma, estos atributos eran tres: el *status libertatis*, el *status civitatis* y el *status familiae*. Para gozar de personalidad era necesario ser libre y no esclavo; ciudadano y no latino o peregrino; jefe de familia y no *alieni juris*.

653. CONSECUENCIAS DEL ESTADO CIVIL

El estado civil produce diversos efectos.

1) Da origen a derechos y obligaciones. Así, el estado civil de casado, trae derechos y obligaciones entre los cónyuges; el de padre legítimo e hijo legítimo, obligaciones y derechos recíprocos, etc.

2) En muchas ocasiones influye en la capacidad de las personas; si el individuo cambia de estado civil, su capacidad puede modificarse. Si, por ejemplo, una mujer mayor de 18 años se divorcia perpetuamente, la plena capacidad que tenía se amplía en cierto modo, pues bienes que le pertenecían en todo o en parte y que antes administraba el marido, ahora pasa a administrarlos y disponer ella por sí sola (arts. 170 y 173).

3) Da origen al parentesco, ya que tanto éste como el estado civil emanan de las relaciones de familia.

654. FUENTES DEL ESTADO CIVIL

El estado civil emana de tres clases de hechos.

1) *De la imposición de la ley*, como en el caso del nacimiento. Así, un hijo es legítimo si proviene de una unión entre hombre y mujer autorizada por la ley; la voluntad del hijo o de sus padres ninguna influencia tiene: es hijo legítimo con, sin o contra la voluntad de él o de ellos. Y, a la inversa, la persona que nace de una unión ilegítima, es hijo ilegítimo, aunque todas las voluntades quieran que sea legítimo.

2) *De hechos ajenos a la voluntad humana*, como la muerte. En un matrimonio la muerte del marido, por ejemplo, da a la mujer el estado civil de viuda.

3) *De la voluntad humana, de la realización de hechos jurídicos*: matrimonio (que da a los contrayentes el estado civil de casados), legitimación, reconocimiento de un hijo natural.

655. CAPACIDAD Y ESTADO CIVIL

El estado civil influye en la capacidad; pero no debe confundirse con ella.

Como notas diferenciales, pueden señalarse las siguientes:

1) La *capacidad* depende del individuo considerado en sí mismo; para determinar si éste es capaz o incapaz, hay que mirar sólo a su persona: para saber la edad de un sujeto o si es demente o disipador, es innecesario averiguar su condición de casado, de hijo legítimo o ilegítimo, etc. El *estado civil*, en cambio, que depende de las relaciones de familia, implica, por su naturaleza misma, la necesidad de relacionar al individuo cuyo estado se trata de determinar con otro sujeto: una persona es hijo legítimo, porque sus padres estaban unidos legalmente.

2) El *estado civil* es un *vínculo*, que une al individuo con la familia, con el medio social en que actúa. La *capacidad* es una noción que ningún vínculo supone: es simplemente la aptitud para adquirir y ejercer derechos.

3) De lo anterior se desprende una consecuencia que viene a ser un signo diferencial más: todas las personas tienen un *estado civil*; pero no todas son

capaces (capaces de ejercicio, se entiende, ya que la capacidad de goce es inherente a toda persona).

4) La *capacidad* no influye en el estado civil. Pero éste muchas veces influye en aquélla, según vimos más arriba.

656. ACCIONES DEL ESTADO CIVIL

La importancia del estado civil es tanta que la ley lo ha protegido con una serie de acciones comparables a las que se dan con respecto al dominio o propiedad.

Pero entre las acciones que protegen el dominio y las que amparan el estado civil hay grandes diferencias: las primeras están en el comercio humano y pueden valuarse en dinero; pero las segundas no. Por eso las acciones que protegen el estado civil no están en el patrimonio.

657. CARACTERÍSTICAS DEL ESTADO CIVIL

1) *Todo individuo tiene un estado civil*, pues siendo éste un atributo de la personalidad, es inconcebible una persona que no lo tenga.

2) El estado civil es *uno e indivisible*. La mayoría de los atributos de la personalidad tienen esta característica. Así, la nacionalidad, la capacidad de goce, y el nombre, son unos e indivisibles. En el domicilio, la línea se quiebra por razones prácticas.

Aparentemente, puede un individuo tener dos o más estados civiles, cuando el origen del estado civil emana de hechos diferentes. Así, por ejemplo, un individuo perfectamente puede ser hijo legítimo y casado. Aquí hay dos estados civiles que pueden coexistir, porque dependen de dos hechos diferentes: el de hijo legítimo, por mandato imperativo de la ley, y el de casado, por voluntad del individuo.

Pero la unidad e indivisibilidad se relaciona con un mismo hecho de origen. Por ejemplo, en el caso del hijo legítimo y del hijo natural; ambas calidades emanan de la ley y no pueden coexistir. Tampoco un individuo puede ser casado para unos y soltero para otros. Es, pues, desde este punto de vista que puede decirse que el estado civil es uno e indivisible.

De esta característica se derivan algunas consecuencias. De acuerdo con el artículo 315 del Código Civil, las sentencias que se dictan en materia de estado civil, producen *efectos absolutos*, con lo que se hace excepción al artículo 3º del Código, según el cual, "las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren".

3) Las leyes sobre el estado civil son de *orden público*. El estado civil está fuera del comercio humano y, por ende, no puede renunciarse, transferirse ni transmitirse. El artículo 2450 dice expresamente que no se puede *transigir* sobre el estado civil de las personas. Además, no puede adquirirse por prescripción, pues el artículo 2498 establece que sólo pueden adquirirse por prescripción las cosas que están en el comercio humano.

4) El estado civil es permanente. Un estado civil no se pierde mientras no se adquiere otro. Así, por ejemplo, un individuo soltero no pierde esta calidad mientras no contraiga matrimonio.

La familia y el parentesco

658. CONCEPTO DE FAMILIA

Como el estado civil depende de las relaciones de familia, resulta indispensable dar una ligera idea de esta noción y del parentesco. En este lugar nos ocuparemos del concepto de familia, y después del relativo al parentesco.

El concepto de *familia* no es único, pues hay varios tipos, como la *nuclear*, pequeño grupo social que comprende sólo a los cónyuges y sus hijos; la familia de *extensión lata*, grupo social que abarca a todos los que viven bajo el mismo techo del padre de familia, incluso la servidumbre; el *tipo intermedio* es el que se vincula al estado civil. Se define como el grupo social de dos o más personas vivientes, ligadas entre sí por un vínculo colectivo, recíproco e indivisible de matrimonio o de parentesco, sea éste de consanguinidad o de afinidad. Esta noción incluye parientes legítimos e ilegítimos, y es la única que por lo general tiene valor jurídico.

Sin embargo, en algunas leyes modernas y en la lengua corriente suele entenderse la familia en un sentido restringido que abarca sólo a los cónyuges y sus hijos legítimos. Es lo que, como hemos visto, algunos sociólogos y antropólogos llaman la *familia nuclear*. Por ejemplo, cuando se otorga un subsidio familiar se atiende a este concepto y no al amplio.

659. CLASES DE PARENTESCO

El parentesco, que es la relación de familia que existe entre dos personas, se divide en natural, legal y de adopción.

Parentesco *natural* o de *consanguinidad* es la relación de sangre que hay entre dos personas que descienden las unas de las otras o de un tronco o progenitor común.

Parentesco *legal* o de *afinidad* es la relación que existe entre una persona que ha conocido carnalmente a otra y los consanguíneos de ésta.

Parentesco de *adopción* es el que resulta del contrato de adopción. La adopción es un contrato que crea entre dos personas relaciones puramente civiles de paternidad o de maternidad y de filiación. En nuestro Derecho, sólo establece relaciones jurídicas entre el adoptante y el adoptado; pero no entre uno de ellos y la familia del otro (Ley N° 7.613). Véase lo dicho sobre la legitimación adoptiva y la llamada adopción plena al referirnos al nombre (Supra N° 631).

660. LA LÍNEA Y EL GRADO EN EL PARENTESCO POR CONSANGUINIDAD

En el parentesco por consanguinidad hay que distinguir la línea y el grado.

La *línea* es la serie de parientes que descienden los unos de los otros o de un autor común. Puede ser *recta*, que es la que forman las personas que descienden unas de otras, o *colateral*, llamada también *oblicua* o *transversal*, y que es la que forman las personas que sin descender unas de otras, tienen un progenitor común (hermanos, primos, tíos y sobrinos).

La línea *recta es ascendente o descendente*, según que, con relación a una persona determinada, se considere el lazo que la une a aquéllos de quienes ella desciende, o el que la une a los que descienden de ella. Así, desde el bisnieto al bisabuelo, la línea es recta ascendente, lo mismo que desde el hijo al padre. Desde el bisabuelo hasta el bisnieto la línea es recta descendente, como también lo es desde el padre al hijo.

661. LOS GRADOS; MANERA DE COMPUTARLOS

Se entiende por *grados* el número de generaciones que separan a los parientes. Los grados de consanguinidad entre dos personas, dice el artículo 27 del Código Civil, *se cuentan por el número de generaciones*.

Entre dos parientes en *línea recta*, hay tantos grados como generaciones. Así, el nieto está en segundo grado de consanguinidad con el abuelo, porque del nieto a su padre hay una generación y de éste al abuelo, otra.

La computación del grado de parentesco en la *línea colateral* es un poco más complicada. Para contar los grados hay que subir de uno de los parientes al ascendiente común, contando el número de generaciones que los separan y añadir a este número el de las generaciones que se cuenten descendiendo desde el tronco hasta el otro pariente. Y de este modo se encontrará que dos hermanos son parientes de segundo grado: porque de uno de ellos al padre, que es el tronco o autor común, hay un grado, y del padre al otro hermano, otro grado. En la línea colateral, éste es el grado más próximo, porque no puede haber primer grado, o sea, un grado sólo de parentesco.

En el *Derecho Canónico*, los grados de parentesco en la *línea colateral* se computan de otra manera: no se cuentan las generaciones sino de un solo lado, o de una sola rama. Si las dos personas *distan igual* del ascendiente, son entre sí parientes en el grado en que cada una dista del ascendiente; dos hermanos son parientes en primer grado de la línea colateral, porque de cualquiera de los dos al padre, hay una generación; dos primos hermanos son parientes en segundo grado de la línea colateral, porque de cualquiera de ellos al progenitor común, el abuelo, hay dos generaciones. Si las dos personas *distan desigualmente* del ascendiente, el grado se determina por aquél que une a la persona más distante con el ascendiente: tío y sobrino se hallan en segundo grado de parentesco colateral, porque si bien el tío con respecto al autor común, se halla en primer grado, el sobrino se encuentra en segundo.

Para distinguir este parentesco, el Derecho Canónico, llama *puro* o *simple* el parentesco cuyas dos ramas son iguales, y *mixto*, el de ramas desiguales.

662. PARENTESCO DE CONSANGUINIDAD LEGÍTIMO E ILEGÍTIMO

El parentesco de consanguinidad se divide en legítimo e ilegítimo.

Legítimo “es aquel en que todas las generaciones de que resulta han sido autorizadas por la ley; como el que existe entre dos primos hermanos, hijos legítimos de dos hermanos, que han sido también hijos legítimos del abuelo común” (artículo 28).

Ilegítimo “es aquel en que una o más generaciones de que resulta, no han sido autorizadas por la ley; como entre dos primos hermanos, hijos legítimos de dos hermanos, uno de los cuales ha sido ilegítimo del abuelo común” (artículo 29).

Para calificar de legítimo el parentesco, no es necesario que el matrimonio haya precedido a la concepción; la legitimación basta para producirlo. Porque “la legitimidad conferida a los hijos por matrimonio posterior de los padres produce los mismos efectos civiles que la legitimidad nativa. Así, dos primos hermanos, hijos legítimos de dos hermanos que fueron legitimados por el matrimonio de sus padres, se hallan entre sí en el cuarto grado de consanguinidad transversal legítima” (artículo 30).

663. PARENTESCO DE DOBLE CONJUNCIÓN Y DE SIMPLE CONJUNCIÓN

El parentesco en la línea colateral puede ser de doble o de simple conjunción. Es de *simple conjunción* cuando el parentesco es sólo por parte de padre o por parte de madre: los hermanos de padre solamente se llaman *paternos*, y los hermanos sólo de madre se denominan *maternos*. El parentesco es de *doble conjunción* cuando los colaterales son parientes a la vez en la línea paterna y materna, o sea, cuando proceden de un mismo padre y de una misma madre: estos hermanos se llaman *carnales*.

664. PARENTESCO DE AFINIDAD LEGÍTIMO E ILEGÍTIMO

El parentesco de afinidad se divide también en legítimo e ilegítimo.

Afinidad legítima “es la que existe entre una persona que está o ha estado casada, y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer” (artículo 31, inciso 1°).

Afinidad ilegítima “es la que existe entre una de dos personas que no han contraído matrimonio y se han conocido carnalmente, y los consanguíneos legítimos o ilegítimos de la otra, o entre una de dos personas que están o han estado casadas y los consanguíneos ilegítimos de la otra” (artículo 32).

La afinidad, pues, dentro de nuestro Derecho, no sólo resulta del matrimonio, sino también de las relaciones ilícitas.

665. LA AFINIDAD SUBSISTE AUN DESPUÉS DEL FALLECIMIENTO DE UNA DE LAS PERSONAS QUE LA DETERMINAN, pues el Código habla de personas que *están o han estado casadas* (artículos 31, inciso 1°, y 32). Y así, si uno de los cónyuges muere subsiste el parentesco de afinidad entre el sobreviviente y su suegra, y sus cuñados, etc.

666. PERSONAS LIGADAS POR EL PARENTESCO DE AFINIDAD

El parentesco de afinidad, según las propias definiciones del legislador, sólo existe entre una de las personas que se han conocido carnalmente y los parientes consanguíneos de la otra. Pero no hay parentesco alguno entre los consanguíneos de la una con los consanguíneos de la otra, como tampoco lo hay entre los cónyuges: éstos, entre sí, dentro del Derecho Chileno, no son parientes.

667. MODO DE DETERMINAR LA LÍNEA Y EL GRADO DE AFINIDAD

La línea y grado de afinidad legítima o ilegítima de una persona con un consanguíneo de la otra a quien ha conocido carnalmente, se califican por la línea y el grado de consanguinidad legítima o ilegítima de esta última persona con el dicho consanguíneo (artículo 31, inciso 2º, primera parte, y artículo 33). Así, un varón está en primer grado de afinidad legítima, en la línea recta, con los hijos habidos por su mujer en anterior matrimonio; y en segundo grado de afinidad legítima, en la línea transversal, con los hermanos legítimos de su mujer (artículo 31, inciso 2º, segunda parte).

Del Registro Civil

668. NOCIÓN

El Registro Civil es una oficina organizada por el Estado donde se hace constar de un modo auténtico los hechos que constituyen y modifican el estado civil de las personas.

Se da también el nombre de *registro civil* a los libros en que se anotan los hechos constitutivos o modificatorios del estado civil de las personas.

El nacimiento, el matrimonio y la muerte son los tres hechos principales a que está subordinado el estado civil. Por eso la ley se refiere directamente a ellos para establecer las secciones en que se divide el Registro Civil, lo que no impide que al enumerar los hechos o actos que deben inscribirse comprenda otros que influyen en el estado de las personas.³³

669. FUNCIONARIOS ENCARGADOS DEL REGISTRO CIVIL

Antiguamente, los registros corrían a cargo de los curas-párrocos, dentro de sus respectivas parroquias; pero la ley de 17 de julio de 1884 creó los oficiales del Registro Civil y a ellos encomendó dicha función.

En cada circunscripción (que corresponde a una comuna, o secciones de ésta, o a una agrupación de dos o más comunas) hay una Oficina del Registro Civil, que tiene su sede en la población que el Presidente de la República determina y que es servida por un Oficial y personal auxiliar (Reglamento Orgánico del Registro Civil, artículos 33, 44 y 45).

En la capital de la República existe una *Oficina del Conservador del Registro Civil* que hoy se llama "Director General Abogado", funcionario que tiene a su cargo la dirección superior y vigilancia del Servicio, con las atribuciones y deberes determinados por la ley y el Reglamento respectivo (Reglamento Orgánico, artículo 1º).

³³ CLARO SOLAR, obra citada, tomo IV (Santiago, 1926), p. 24, N° 1.872. Véase el interesante libro de FERNANDO FUEYO L., *Teoría general de los registros*, Buenos Aires, 1982.

670. FUNCIONES DE LOS CÓNSULES EN LO RELATIVO A LOS ACTOS DEL ESTADO CIVIL

El Reglamento Consular (decreto del Ministerio de Relaciones N° 172, de 1977, publicado en el Diario Oficial de 29 de julio del mismo año) faculta a los cónsules para actuar en calidad de Ministros de Fe Pública y de Oficial del Registro Civil con las restricciones que el mismo Reglamento señala (art. 3º, letra g). Entre esas restricciones está la de que no pueden intervenir como Oficial Civil en la celebración de matrimonios (art. 54, N° 1).³⁴

671. LEYES SOBRE REGISTRO CIVIL

La primera ley sobre registro civil fue la de 17 de julio de 1884; posteriormente, se dictó la Ley N° 4.808, de 10 de febrero de 1930 y es la que actualmente rige junto con su Reglamento Orgánico, publicado en el Diario Oficial de 28 de agosto de 1930. Este Reglamento ha sido considerado como decreto con fuerza de ley, menos en lo relativo a las disposiciones dictadas sólo en ejercicio de la potestad reglamentaria, como las que se refieren al otorgamiento de testamentos.³⁵

Con anterioridad a la ley de 1884, todo lo relacionado con el estado civil estaba entregado a la Iglesia Católica. Por eso las partidas de los libros parroquiales continúan sirviendo de instrumentos probatorios para acreditar los nacimientos, defunciones y matrimonios ocurridos antes del 1º de enero de 1885, fecha en que con arreglo al artículo 33 de la ley de 1884 comenzaron a ejercer sus funciones los Oficiales del Registro Civil y se abrieron los respectivos registros.

Finalmente, conviene recordar que el decreto con fuerza de ley N° 51/7.102, de 30 de diciembre de 1942 (expedido por el Ejecutivo dentro de las facultades otorgadas por la Ley N° 7.200, llamada Ley de Emergencia), refundió los Servicios de Registro Civil y de Identificación, bajo el nombre de Registro Civil Nacional. La Dirección del Servicio de Identificación dejó de estar a cargo del Director General de Investigaciones y pasó a depender del Conservador del Registro Civil, funcionario que tomó el nombre de "Director General del Registro Civil Nacional". Con posterioridad, la Ley N° 10.509, de 12 de septiembre de 1952, sustituyó esta denominación por la de "Director General Abogado" y reemplazó el nombre de "Dirección General del Registro Civil Nacional" por el de "Dirección General del Registro Civil e Identificación" (art. 38).

672. LOS LIBROS DEL REGISTRO CIVIL

Los libros, o simplemente registros, en los cuales se estampan las inscripciones de los actos constitutivos del estado civil de las personas, son de tres clases:

³⁴ Véase JULIO BARRENECHEA D., *Manual de Derecho y Práctica Consulares*, Santiago, 1984.

³⁵ Corte Suprema, 4 de julio de 1942, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XL, sección primera, p. 71.

- 1) De *nacimientos* (con tapas color verde);
- 2) De *matrimonios* (con tapas color rojo), y
- 3) De *defunciones* (con tapas color negro) (Ley N° 4.808, artículo 2°, y Reglamento, artículos 62 y 63).

También existe un registro Especial para la anotación de los nacidos muertos (Reglamento, artículo 64).

Los libros se llevan por duplicado (Ley N° 4.808, artículo 2°, y Reglamento, artículo 65) para asegurar su conservación.

673. LAS PARTIDAS Y LOS CERTIFICADOS

Los certificados son documentos expedidos por los Oficiales del Registro Civil para dar fe de las inscripciones y subinscripciones efectuadas en los registros.

Cualquiera persona puede solicitarlos (Reglamento, artículo 211).

Los certificados de las inscripciones del Registro Civil han venido a reemplazar a las *partidas* de los antiguos libros parroquiales. Tienen el carácter de instrumentos públicos, porque dan fe de declaraciones o hechos ocurridos ante funcionarios públicos en asuntos de su competencia.

674. RECTIFICACIÓN DE LAS INSCRIPCIONES

Las inscripciones que se hacen en los libros de nacimientos, matrimonios y defunciones no pueden ser alteradas ni modificadas sino en virtud de sentencia judicial ejecutoriada (Ley N° 4.808, artículo 17, y Reglamento, artículo 101).

Es juez competente para autorizar estas rectificaciones, el *juez de letras* del domicilio de la persona interesada (Código Orgánico de Tribunales, artículos 33 y 134). Véase lo dicho en la ley que autoriza el cambio de nombres y apellidos en determinados casos, ley expuesta anteriormente. En ese lugar también nos referimos a las rectificaciones de las partidas del Registro Civil por la vía administrativa. Estas rectificaciones puede hacerlas el Director General del Registro en los casos de omisiones o errores manifiestos y con los requisitos y bajo las condiciones que impone la ley, según expusimos oportunamente.

674-a. LAS SUBINSCRIPCIONES

Las subinscripciones son anotaciones de actos relacionados con determinada inscripción y que se hacen al margen de ésta en el sitio destinado a este efecto en los registros (Reglamento, artículo 203).

De las pruebas del estado civil

675. DIVERSAS CLASES DE PRUEBAS

En líneas generales, las pruebas del estado civil son cuatro:

1° Las partidas o certificados de matrimonio, de nacimiento y de muerte y demás instrumentos concernientes al estado civil de que se trate;

2° Otros documentos auténticos referentes a dicho estado civil, o que con él tengan relación (por ejemplo, un testamento en que el padre declara que sus hijos son legítimos);

3° Las declaraciones de testigos que hayan presenciado los hechos que constituyen el estado civil; y

4° La posesión notoria del estado civil.

En general, este último medio de prueba se traduce en demostrar que se ha gozado de un estado civil a la vista de todos y sin protesta o reclamo de nadie. Así, "la posesión notoria del estado de matrimonio consiste principalmente en haberse tratado los supuestos cónyuges como marido y mujer en sus relaciones domésticas y sociales; y en haber sido la mujer recibida en ese carácter por los deudos y amigos de su marido, y por el vecindario de su domicilio en general" (C. Civil, art. 310).

Las partidas constituyen el *medio principal* de prueba; los demás son *medios supletorios*.

Cabe decir que la jurisprudencia afirma que la ley no exige para aceptar la prueba supletoria del estado civil que se establezca el motivo por el cual faltan las partidas (desaparecimiento, destrucción, etc.). En el Derecho de Familia se explican éste, como otros puntos, con todo detalle.

Identificación personal

676. GENERALIDADES

La *identificación* consiste en comprobar la individualidad de la persona humana, en verificar que ésta es la misma que se pretende o supone.

Existen varios sistemas de identificación. En nuestro país, el Decreto Ley N° 26, de 18 de noviembre de 1924, estableció el servicio de identificación personal obligatoria según el sistema de Juan Vucetich y la descripción morfológica de Alfonso Bertillon (artículo 1°). El primero nació en Yugoslavia cuando este país formaba parte del Imperio Austro-Húngaro. Emigró a Argentina y ahí se nacionalizó.

El procedimiento *antropométrico o bertillonaje* (llamado así en honor de su inventor, Alfonso Bertillon, Director de los Servicios de Identidad Personal de París) "se fundamenta en la relativa invariabilidad de ciertas mediciones antropométricas a partir de la época en que existe un desarrollo físico completo, esto es, desde los veinte años, más o menos".³⁶ Las medidas principales se refieren a la talla, la braza, el busto, etc.

El *retrato hablado* —otra fase constitutiva del bertillonaje— es una descripción metódica y precisa de las facciones humanas.³⁷

En la última etapa de su desenvolvimiento el bertillonaje abarca, además, la *filicación por marcas particulares*, o sea, la observación y descripción de ciertos distintivos físicos del individuo: lunares, verrugas, cicatrices, quemaduras, tatuajes, etc.

³⁶ ALFONSO GARCÍA GERKENS, *Apuntes de Medicina Legal* (edición poligráfica), Santiago, 1937, p. 444; LUIS COUSIÑO MAC-IVER, *Manual de Medicina Legal*, Santiago, 1974, p. 480.

³⁷ BALTHAZARD, mencionado por COUSIÑO, obra citada, p. 481.

La *fotografía* también es usada entre nosotros como medio de identificación.

Pero el sistema más importante es el *dactiloscópico*, que consiste en cotejar las impresiones digitales (esto es, las marcas o señales dejadas por los dedos) valiéndose de claves que se agrupan en cierto número de tipos fundamentales y detalles diversos que dan origen a subclasificaciones.

Fue Francisco Galton, Jefe del Gabinete de Identificación de Londres, quien, en 1888, resumió todas las críticas dirigidas a los vacíos del bertillonaje y expuso de una manera metódica las ventajas que reportaba el empleo de las impresiones digitales en la identificación de las personas.

Al nombre de Galton debe asociarse el de Juan Vucetich (1858-1925). Este "hizo práctico el sistema al encontrar un medio de clasificación de los dactilogramas y archivo de las fichas dactilares". Por eso Lacassagne propuso llamar al sistema "vucetichismo".³⁸

En Chile, se utiliza el sistema de Vucetich con las modificaciones introducidas por un ex alto funcionario de la Dirección de Investigaciones, el señor Julio Larraín.

Los fundamentos científicos de la identificación dactiloscópica son los siguientes:

1) La *perennidad* de los dactilogramas durante toda la vida del individuo. Los dibujos papilares se forman en el sexto mes de vida fetal y se mantienen hasta después de la muerte, hasta que la putrefacción destruye los tejidos.

2) La *inmutabilidad* de las figuras dactiloscópicas, que no se modifican por las enfermedades ni por las intervenciones quirúrgicas.

3) La *individualidad* de los dactilogramas: son siempre diferentes de un sujeto a otro.

677. IDENTIFICACIÓN DE LOS RECIÉN NACIDOS

En nuestro país se había comenzado a practicar la identificación de los recién nacidos, empleándose el sistema llamado "Papilosopia", creado por el funcionario chileno de Identificación, señor Humberto Orrego Gauthier. Consiste el aludido sistema en tomar las impresiones del pulgar derecho de la madre y, si es posible, el del padre, y de las plantas y palmas con sus respectivos pulgares, de los recién nacidos (Decreto Supremo N° 1.547, de 17 de abril de 1944, publicado en el Diario Oficial de 25 de mayo del mismo año, N° 3°). Sin embargo, la papilosopia no se ha seguido practicando porque se encontraron algunas fallas en su aplicación.

678. LA CÉDULA DE IDENTIDAD

La cédula o tarjeta de identidad es un documento otorgado por el Servicio de Registro Civil e Identificación que, conforme a la ley, es suficiente para acreditar la personalidad del titular en todos los actos públicos o privados en que

³⁸ COUSIÑO, obra citada, p. 481.

sea presentado (Decreto Ley N° 26 de 1924, publicado en el Diario Oficial de 18 de noviembre de ese año, artículo 6°).

Están obligados a solicitar dicha cédula los chilenos y extranjeros que residan en el territorio de la República, mayores de 18 años de edad, salvo los extranjeros que tengan la calidad de residentes oficiales, los turistas y los tripulantes. Los menores de la edad señalada están obligados a requerir la cédula de identidad cuando por disposición legal han obtenido o deban obtener ésta (Decreto con Fuerza de Ley N° 1.729, de 1976, publicado en el Diario Oficial de 24 de noviembre de 1976, art. 1°). Por ejemplo, es necesaria la cédula a los menores de 18 años que viajan al extranjero.

La cédula de identidad *para chilenos* contiene, en el anverso, las siguientes menciones. Como encabezamiento lleva la leyenda *Cédula nacional de identidad*; bajo la leyenda aparece el número del Rol Unico Nacional (RUN)³⁹ del titular del documento, los nombres, apellidos y firma del mismo; a la izquierda de estos datos va su fotografía, en blanco y negro. En el reverso de la cédula aparecen la fecha de nacimiento del titular, la circunscripción, número y año de su inscripción de nacimiento, su profesión, si aparece en el Registro de Profesionales, la fecha de vencimiento de la cédula y la impresión digital del titular (Resolución N° 287 exenta, de 1989, del Director del Servicio de Registro Civil e Identificación, que refunde diversas resoluciones anteriores, publicada en el Diario Oficial de 13 de junio de 1989, disposición 2).

La cédula de identidad *para extranjeros* contiene los mismos datos que la consagrada para los chilenos, salvo ciertas variantes obvias. Así, el anverso de la cédula lleva como encabezamiento la leyenda *Cédula identidad extranjeros*; en cuanto al nacimiento del titular, se indica sólo la fecha; se menciona el país de nacionalidad y el tipo de visa que se le hubiere concedido (Resolución citada, disposición 3).

F. DOMICILIO

1. Generalidades

679. CONCEPTO

Así como la nacionalidad determina el Estado a que un individuo pertenece y el estado civil la familia a la cual una persona se encuentra ligada, el domicilio precisa el lugar en que el individuo es considerado siempre presente, aunque momentáneamente no lo esté, para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

680. FUNCIÓN DEL DOMICILIO

La función del domicilio no es otra que la de permitir ubicar la persona, de

³⁹ Este rol fue establecido para fines de identificación y estadística por el Decreto N° 18, de 1973, de Guerra (Diario Oficial de 13 de marzo de 1973).

una manera regular, cierta y permanente, para todos los efectos jurídicos, en un lugar determinado del territorio.

681. CONCEPTO VULGAR Y CONCEPTO JURÍDICO

En el lenguaje vulgar se llama domicilio la morada de una persona, su habitación. En la terminología jurídica, el domicilio tiene un sentido diferente. Se define, en términos generales, como el asiento legal de la persona.

Se trata no de un concepto de hecho, sino de un *concepto jurídico*,⁴⁰ porque su noción está determinada por el Derecho.

682. CONCEPCIONES SOBRE EL DOMICILIO

Hay dos: una clásica y otra que ve en el domicilio una noción concreta.

683. a) TEORÍA CLÁSICA

El domicilio no es un lugar sino una noción ficticia y abstracta. Es la relación jurídica entre una persona y un lugar, donde aquélla se considera siempre presente para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.⁴¹

684. b) TEORÍA DEL DOMICILIO-NOCIÓN CONCRETA

Si bien el domicilio crea una relación entre la persona y un lugar determinado, no puede afirmarse que sea esta relación misma. El domicilio, dice Marcadé,⁴² no es una relación establecida por la ley entre una persona y un lugar, sino que es el asiento que la ley crea con el objeto de conseguir una relación. Del domicilio resulta el beneficio de la relación...

El domicilio –se insiste– no es una noción abstracta y ficticia, sino concreta: es un *lugar* en que la ley supone siempre presente a una persona para los efectos jurídicos.⁴³ El Diccionario de la Real Academia Española concuerda con esta idea; en una de las tres acepciones que da de la palabra domicilio, dice que éste es “el *lugar* en que legalmente se considera establecida una persona para el cumplimiento de sus obligaciones y el ejercicio de sus derechos”.

Los partidarios de esta teoría arguyen que “hacer del domicilio una ficción, como lo hace la doctrina clásica, es suprimir todo interés y toda utilidad a esta noción. En efecto, ¿qué importa al acreedor que persigue a su deudor que el domicilio sea una abstracción, si puede emplazarlo ahí, en el lugar mismo?”⁴⁴

⁴⁰ Corte de Talca, 29 de julio de 1925, *Gaceta de los Tribunales*, año 1925, 2º sem., sentencia Nº 114, p. 543; ENNECERUS-KIPP-WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, trad. castellana, tomo I (Barcelona, 1934), párrafo 89; primera parte, p. 403.

⁴¹ AUBRY Y RAU, *Cours de Droit Civil Français*, tomo I (4ª edic.), párrafo 141, p. 575.

⁴² *Explication de Code Civil*, 7ª edición, tomo I (París, 1873), p. 252.

⁴³ Partidarios de esta doctrina son, entre otros: PLANIOL, RIPERT Y SAVATIER, obra citada, tomo I (La Habana, 1927), p. 137.

⁴⁴ DIDIER GOMPEL-NETTER, *La conception moderne du domicile de la femme mariée en Droit Privé Français*, París, 1937, p. 6.

Los antiguos autores no se sintieron perturbados por esa creación jurídica puramente imaginativa que es la teoría clásica. Así, Pothier, Argou y Merlin declaran que el domicilio es un lugar.⁴⁵

El error de la concepción clásica queda de manifiesto, dice Planiol,⁴⁶ si se considera que toda buena definición debe permitir la substitución en una frase cualquiera de la palabra definida por la definición misma. Si este medio de verificar la bondad de una definición se ensaya en la fórmula de Aubry y Rau, obtiéndose un galimatías en frases como ésta: “la demanda debe notificarse en el domicilio del demandado”. Hecha la substitución aludida, resulta la siguiente frase ininteligible: “la demanda debe notificarse en la relación jurídica del demandado”.

La legislación moderna se inclina por la concepción concreta. Algunas lo hacen derechamente, como el Código Civil etíope de 1960, que dice: “El domicilio de una persona *es el lugar* donde ella ha establecido asiento principal de sus negocios y de sus intereses con la intención de vivir ahí de una manera permanente” (art. 183). Otros Códigos no se refieren directamente al lugar sino que dicen que “el domicilio de una persona *está en el lugar* donde ella reside con la intención de establecerse ahí” (C. Civil suizo, art. 23). Sigue la huella el Código Civil italiano de 1942, según el cual “el domicilio de una persona *está en el lugar* en que ella ha establecido la sede principal de sus negocios e intereses. La residencia *está en el lugar* en el cual la persona tiene la morada habitual” (art. 43). Esta forma de hablar da a entender que el domicilio es una cosa que *está* situada en otra cosa, distinta, por cierto.⁴⁷ Y entonces los autores se ven obligados a afirmar que el domicilio es la *sede jurídica* de la persona; pero lo que interesa es el lugar en que la persona tiene su sede jurídica, y por eso es mejor aludir directamente a este lugar y calificarlo de domicilio, como lo hace el citado Código etíope e incluso, los autores italianos, que no sostienen que “el domicilio *está en...*”, como reza su Código, sino que prefieren decir que el domicilio “*es el lugar...*”. Así, por ejemplo, Torrente manifiesta que el domicilio “es el lugar en el cual una persona ha establecido la sede principal de sus negocios e intereses, incluso morales y familiares”, y agrega que la residencia “es el lugar en que la persona tiene la morada habitual, y la morada el lugar en que la persona actualmente se encuentra”.⁴⁸

685. CONCEPCIÓN QUE ACEPTA EL CÓDIGO CIVIL CHILENO

En Francia, la mayor parte de los autores estima que su Código acepta la noción abstracta de domicilio, la de relación jurídica entre una persona y un lugar. Sólo una minoría cree ver la noción concreta del lugar.

⁴⁵ GOMPEL-NETTER, obra citada, p. 7.

⁴⁶ *Traité élémentaire de droit civil*, tomo I (París, 1911), p. 201.

⁴⁷ SALVADOR PUGLIATTI llama la atención sobre el hecho de que “el domicilio, al mismo tiempo que es la sede jurídica de la persona, es también el lugar en que la persona tiene su sede jurídica” (*Introducción al Estudio del Derecho Civil*, traducción de la 2ª edición italiana, México, 1943, p. 146).

⁴⁸ TORRENTE Y SCHLESINGER, *Manuale di Diritto Privato*, Milano, 1995, párrafo 41, pp. 84-85.

Entre nosotros, parece que esta última fuera la concepción acogida, principalmente si se repara en las fuentes de que se sirvió Bello en materia de domicilio. Así, Savigny y Merlin, cuyas obras el autor de nuestro Código tuvo a la vista, consideraban el domicilio como un lugar.⁴⁹

686. CARACTERES

El domicilio es necesario u obligatorio, fijo y, en principio, único. Más adelante estudiaremos estos caracteres.

686-a. RESIDENCIA Y HABITACIÓN

En oposición al asiento de derecho, constituido por el domicilio, está el asiento de hecho de una persona, que es la *residencia*, esto es, el lugar donde habitualmente vive una persona.⁵⁰

La residencia puede ser la misma o distinta del domicilio. Así, el abogado que vive y ejerce en Santiago y que se traslada durante los meses de verano a Viña del Mar, tiene durante la mayor parte del año su domicilio y residencia en un mismo lugar, Santiago; pero en verano su residencia es Viña del Mar y su domicilio, Santiago.

En cuanto a la habitación, “puede decirse que es una variante de la residencia; por *habitación* se entiende el asiento ocasional y esencialmente transitorio de una persona”, como la ciudad que se visita en un viaje.

Hay una simple diferencia de grado entre la habitación y la residencia; aquélla es el lugar en que *accidentalmente* está la persona; y ésta, el lugar en que *habitualmente* vive o permanece.

687. EJEMPLO DE DOMICILIO, RESIDENCIA Y HABITACIÓN DE UNA MISMA PERSONA

Supóngase que un menor de edad que vive y estudia en Santiago se dirija a visitar a sus padres que viven y tienen su domicilio en Puerto Montt; y supóngase también que el menor pernocte durante el viaje en Temuco. Dicho menor tiene: 1) su *domicilio* en Puerto Montt, porque, en conformidad al artículo 72 del Código Civil, el sujeto a patria potestad sigue el domicilio paterno o materno según el caso; 2) su *residencia* en Santiago, porque ahí tiene su asiento real, y 3) su *habitación* en Temuco, porque en este lugar se encuentra accidentalmente.

⁴⁹ SAVIGNY, *Sistema del Derecho Romano actual*, trad. castellana, Madrid, 1879, pp. 158 y 159; MERLIN, *Repertoire universel et raisonné de jurisprudence*. Domicile. Véase la definición y el párrafo 11.

⁵⁰ La expresión *residir* no exige el hecho de la habitación o morada, donde la persona pernocta, y como esta expresión no se ha definido por la ley debe tomarse en el sentido que le da el Diccionario de la Lengua (Tribunal Calificador Provincial de Santiago, 14 de mayo de 1944, reclamación de Manuel Salas Salinas contra Vicente Poblete Caro, Protocolo Electoral, tomo II, pp. 349, 406 y 409).

688. IMPORTANCIA DEL DOMICILIO

El domicilio tiene importancia enorme para los actos de la vida jurídica.

A. *Derecho Civil*. 1) El matrimonio debe celebrarse ante el Oficial del Registro Civil de la circunscripción en que cualquiera de los contrayentes tenga su domicilio o en que haya vivido durante los últimos tres meses anteriores a la celebración del matrimonio (Ley N° 4.808, artículo 35).

2) El pago de otra cosa que un cuerpo cierto, si no se ha estipulado un lugar determinado, debe hacerse en el domicilio del deudor (artículo 1588).

3) La sucesión en los bienes de una persona se abre en su último domicilio (artículo 955, inciso 1°).

4) La escritura en que se otorga la adopción debe inscribirse en el Registro Civil correspondiente al domicilio del adoptado (Ley N° 7.613, publicada en el Diario Oficial de 21 de octubre de 1943, artículo 7°, inciso 1°).

B. *Derecho Procesal*. 1) En general, es juez competente para conocer de una demanda civil o para intervenir en un acto no contencioso, el del domicilio del demandado o interesado, sin perjuicio de las reglas establecidas en otras disposiciones legales (Código Orgánico de Tribunales, artículo 134).

2) Es juez competente en materia de quiebras, cesión de bienes y convenios entre deudor y acreedores el del lugar en que el fallido o deudor tuviere su domicilio (C. O. de T., artículo 154).

3) El juez competente para conocer de todas las diligencias judiciales relativas a la apertura de la sucesión, formación de inventarios, tasación y partición de los bienes que el difunto hubiere dejado, el del último domicilio del causante (C. O. de T., artículo 148, en relación con el Código Civil, artículo 955).

4) El juez competente para declarar la presunción de muerte el del último domicilio que el desaparecido haya tenido en Chile (Código Civil, artículo 81, N° 1).

C. *Derecho Internacional*. En Derecho Internacional también tiene gran importancia el domicilio, pero no cae dentro de nuestro campo analizarlo desde este punto de vista.

D. *Legislación tributaria*. Así, el impuesto global complementario es de carácter subjetivo, dice relación con la persona del contribuyente y mira, en forma primordial, a que éste tenga domicilio o residencia en el país. En cambio, el impuesto cedular es de carácter real, y se aplica sobre las rentas de cualquier origen, sea que la fuente de entrada esté situada dentro o fuera del país.⁵¹

689. IMPORTANCIA DE LA RESIDENCIA

En general, la residencia carece de significación jurídica; pero hay casos en que el Derecho la considera.

1) El matrimonio debe celebrarse ante el Oficial del Registro Civil de la circunscripción en que cualquiera de los contrayentes tenga su domicilio, o en

⁵¹ C. Santiago, 4 junio de 1945, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XLII, sección segunda, p. 65.

que haya vivido durante los últimos tres meses anteriores a la celebración del matrimonio (Ley N° 4.808, artículo 35, y Reglamento Orgánico respectivo, artículo 157).

2) La mera residencia hace las veces de domicilio civil respecto de las personas que no tienen domicilio civil en otra parte (Código Civil, artículo 68).

3) La residencia tiene importancia para los efectos de la Ley de Impuesto a la Renta, que salvo excepciones obliga a pagar este gravamen a toda persona domiciliada o residente en Chile (art. 2°).

La tendencia actual es darle cada vez más importancia a la residencia, porque la vida moderna impele a los hombres a trasladarse de un lugar a otro, relajándose así los lazos que atan al individuo con el lugar de su principal asiento. La noción de domicilio, pues, cede terreno a la de residencia.

690. IMPORTANCIA DE LA HABITACIÓN

1) Las leyes obligan a todos los habitantes de la República, sean nacionales o extranjeros, domiciliados o transeúntes. El que sólo permanece en nuestro país breves minutos queda sujeto durante ese lapso a nuestras leyes.

2) La habitación hace también las veces de domicilio civil respecto de las personas que no tienen éste en otra parte (artículo 68). El artículo 68 habla de "mera residencia", pero esta última palabra está tomada en un sentido amplio, comprensivo de la residencia propiamente tal y de la habitación.

691. DIVISIONES DEL DOMICILIO

El domicilio se divide, en primer lugar, en político y civil (artículo 59, inciso 2°). El primero es relativo al territorio del Estado en general (artículo 60), y el segundo, a una parte determinada del territorio del Estado (artículo 61).

El domicilio civil puede dividirse, a su vez, en general y especial.

Domicilio general es el que se aplica a la generalidad de los derechos y de las obligaciones que entran en la esfera del Derecho Civil.

Domicilio especial es el que sólo se refiere al ejercicio de ciertos derechos o a relaciones jurídicas especialmente determinadas.

El domicilio general y el especial pueden ser legales o voluntarios, según los fije la ley o la voluntad de las partes.

Finalmente, y atendiendo a la naturaleza de las relaciones de que se trata, el domicilio puede ser de Derecho Público o de Derecho Privado o Civil. Ejemplo de domicilio de Derecho Público: el que se tiene en cuenta para el empadronamiento en los registros electorales, el que se considera para las inscripciones del servicio militar, etc.

692. DOMICILIADOS Y TRANSEÚNTES

Entre otras divisiones que hace el Código de las personas figura la de domiciliados y transeúntes (artículo 58): las primeras son las que tienen domicilio en el territorio del Estado en general o en una parte determinada de él; y las segundas las que no lo tienen en ese territorio o en una parte determinada de él.

Esta división de las personas, por la amplitud de sus términos, dice relación tanto con el domicilio político como con el civil; pero generalmente las leyes aluden a los transeúntes y a los domiciliados *políticamente*. Así, el artículo 10 N° 1° de la Constitución habla de los hijos de extranjeros transeúntes, es decir, de los que están de paso por el territorio de la República; el artículo 497 del Código Civil dice que son incapaces de toda tutela o curaduría los que carecen de domicilio en la República, etc.

Huelga decir que tanto los chilenos como los extranjeros pueden tener en Chile las calidades de domiciliados o transeúntes.

2. Domicilio político

693. DOCTRINA EXTRANJERA

Sabido es que el domicilio es el lugar que la ley señala como asiento de una persona para los efectos jurídicos. Estos efectos pueden referirse al Derecho Público o al Derecho Privado. De ahí la distinción de los autores extranjeros en domicilio *político* y domicilio *civil*.⁵²

A juicio de los autores extranjeros domicilio *político* es, pues, el que la ley toma en cuenta para los efectos del Derecho Público; y domicilio *civil* el que la ley considera para los efectos del Derecho Privado.

Serían domicilios políticos: el lugar donde el individuo ejerce sus derechos cívicos, el domicilio del contribuyente, el señalado para el servicio militar, etc.⁵³

694. DERECHO CHILENO

Dice el artículo 60 de nuestro Código Civil: "El domicilio político es relativo al territorio del Estado en general. El que lo tiene o adquiere es o se hace miembro de la sociedad chilena, aunque conserve la calidad de extranjero. La constitución y efectos del domicilio político pertenecen al Derecho Internacional".

La concepción chilena del domicilio político es, pues, *distinta* de la extranjera. La palabra *político* se usa en el sentido de *nacional*; de modo que este domicilio podría llamarse también, dentro de nuestra legislación, *domicilio nacional*.⁵⁴

En la acepción que toma el artículo 60 del Código Civil la palabra *domicilio* se dice, verbigracia, que un chileno o un extranjero están domiciliados en *Chile*, y que no lo están en Argentina o Francia, o que lo están en alguno de esos países y no en Chile.⁵⁵

⁵² BAUDRY-LACANTINERIE Y HOUQUES-FOURCADE, tomo II, N° 963; A. FERNANDES, *Curso de direito civil brasileiro*, tomo I, 1942, p. 108.

⁵³ BUSSO, Código Civil Anotado, tomo I (Buenos Aires, 1944), párrafo 14, p. 527.

⁵⁴ PAULINO ALFONSO, *Explicaciones de Código Civil*, basadas principalmente en las clases de don JOSÉ CLEMENTE FABRES y de don ENRIQUE COOD, tomo I (Santiago, 1882), p. 166.

⁵⁵ *Ibidem*.

En síntesis, podría definirse directamente el domicilio político diciendo que es todo el territorio sujeto a la soberanía de la nación en que se entiende avecindada la persona.⁵⁶

A este domicilio se refieren, entre otros, los artículos 15, inciso 2º, 497, 611, 1012 del Código Civil, y 16, inciso 6º, de la Ley de Matrimonio Civil. También la Ley sobre Impuesto a la Renta considera este concepto al establecer que “salvo disposición en contrario de la presente ley, toda persona domiciliada o residente en *Chile* pagará impuestos sobre sus rentas de cualquier origen...” (Decreto Ley Nº 824, de 1974, publicado en el Diario Oficial de 31 de diciembre de ese año, art. 3º, inciso 1º).

3. Domicilio civil

695. DEFINICIÓN

El domicilio civil, que se llama también *vecindad*, es relativo a una parte determinada del territorio del Estado (artículos 61 y 62). Y como la base de la división territorial de la República es hoy la *comuna*, con ésta se relaciona la idea del domicilio civil.

Concordando disposiciones de nuestro Código Civil, podemos decir que el domicilio civil consiste en la residencia en una parte determinada del territorio del Estado, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella (artículos 59, inciso 1º, y 62).

La definición del artículo 59 (según la cual el domicilio consiste en la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella) ha sido criticada.

1) Se dice que el domicilio depende no sólo de la residencia y el ánimo, sino también de otros factores, como, por ejemplo, el estado civil. Todos los casos de domicilio legal, en que la ley considera como asiento de derecho de una persona el mismo de otra de la cual depende, no cabrían en la definición del artículo 59.

2) Se agrega que hay también domicilios reconocidos por el Código en que no concurren copulativamente los dos requisitos aludidos: la mera residencia hace las veces de domicilio civil respecto de las personas que no tienen domicilio civil en otra parte (artículo 68).

Pero si la primera objeción es justa, la segunda carece de fundamento, porque la mera residencia no es domicilio sino que se *asimila* a éste para proveer a sus efectos prácticos, y siendo así no tiene por qué caber dentro de la definición de domicilio.

696. PRUEBA

El domicilio —ha dicho nuestra jurisprudencia— es, antes que un mero y simple hecho, un concepto jurídico, y, como tal, no se prueba con la sola aseveración

⁵⁶ PAULLINO ALFONSO, *Explicaciones de Código Civil*, basadas principalmente en las clases de don JOSÉ CLEMENTE FABRES y de don ENRIQUE COOD, tomo I (Santiago, 1882), p. 166.

de que lo tiene la persona que pretende atribuírselo, sino que debe resultar como una consecuencia legal de hechos materiales susceptibles de caer bajo la acción de los sentidos del testigo, y de los cuales el juez, con su superior criterio, pueda derivarlo.⁵⁷

697. APLICACIÓN GENERAL DEL DOMICILIO CIVIL

Cuando una ley no precisa lo que para sus efectos se entiende por domicilio, hay que atenerse a lo que al respecto dispone el Código Civil. Así lo ha fallado la Corte Suprema.⁵⁸ Pero habría que agregar: “a menos que ello no se avenga con la inteligencia lógica de la norma de que se trate”.

698. CONCEPTOS DE DOMICILIO EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

Cabe preguntarse si el Código de Procedimiento Civil entiende por *domicilio* lo mismo que el Código Civil. La respuesta de la jurisprudencia ha sido que en algunas disposiciones sí y en otras no.

Así, se ha declarado que al exigir el número 1º del artículo 170 (antiguo 193) del Código de Procedimiento Civil que las sentencias que señala contengan la designación precisa del domicilio de los litigantes, se refiere al domicilio que contempla el Código Civil, relativo a una parte determinada del territorio del Estado (C. Civil, arts. 61 y 62) y no a la morada o casa en que ellos viven con mención de la calle y número en que está situada en un pueblo o una ciudad.⁵⁹

Pero en otras disposiciones del Código de Procedimiento (arts. 45, 48, 49, 320, etc.), la palabra domicilio está empleada en el sentido vulgar de morada o casa en que se vive de modo fijo y permanente, como dice el Diccionario de la Real Academia Española al explicar una de las tres acepciones que registra de la palabra domicilio.⁶⁰ Cuando, por ejemplo, el citado artículo 48 manda entregar las cédulas de notificación “en el domicilio del notificado”, no las manda entregar en el territorio de la comuna en que éste vive, sino justamente en la morada fija y permanente que tiene en ella.

698-a. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DOMICILIO

Los elementos constitutivos del domicilio (que pueden equipararse al *corpus* y al *animus* de la posesión) son dos: 1) la *residencia* en una parte determinada

⁵⁷ C. de Talca, 29 de julio de 1925, G. T., 1925, 2º sem., Nº 114, p. 543.

⁵⁸ C. Suprema, 14 enero 1941, R., t. 38, sec. 1ª, p. 590.

⁵⁹ C. Suprema: 20 agosto 1920, R., t. 20, sec. 1ª, p. 92; 12 noviembre 1923, R., t. 22, sec. 1ª, p. 650; 30 noviembre 1923, R., t. 22, sec. 1ª, p. 685; C. Ap. Valdivia, 9 octubre 1924, R., t. 24, sec. 2ª, p. 33.

⁶⁰ C. Tacna, 7 septiembre 1911, *Gaceta de los Tribunales*, 1911, 2º semestre, Nº 856, p. 174; C. Suprema, 7 agosto 1920, R., t. 19, sec. 1ª, p. 209; C. Suprema, 12 noviembre 1923, R., t. 22, sec. 1ª, p. 650.

del territorio del Estado, y 2) el *ánimo* de permanecer en esa residencia (*animus manendi*). Este último puede ser real y verdadero o presunto.⁶¹

El primer elemento es fácil determinarlo. Trátase de un hecho *material*, puesto que la residencia es susceptible de ser reconocida por medio de los sentidos.

El ánimo es un elemento *moral*, mental o psicológico, y no puede ser conocido sino por manifestaciones externas que lo revelan o suponen.⁶²

Como dijimos, hay dos especies de ánimo: el *real* y el *presunto*. El primero es el que tiene una existencia cierta y efectiva; el segundo es el que se deduce de ciertos hechos o circunstancias. La intención de permanecer en el lugar no debe interpretarse como ánimo de quedar ahí para siempre, sino por largo tiempo, hasta que surjan razones que obliguen al cambio de domicilio.

Pero es preciso que el ánimo no sea sólo de permanecer temporalmente en el lugar de la residencia, para un fin determinado y por el tiempo que éste dure. Por eso el enfermo que ingresa al sanatorio para seguir un tratamiento, no constituye domicilio en ese lugar.

Los dos elementos, ánimo y residencia, son necesarios para constituir domicilio. La residencia actual, por larga que sea, no basta por sí sola para constituirlo, porque la persona puede conservar el ánimo de volver a la residencia anterior. El ánimo por sí solo tampoco es suficiente para constituir domicilio si no hay efectivamente un cambio de residencia. Pero el solo ánimo basta para *conservar* el domicilio: si se abandona la residencia con la intención de volver a ella, la falta de permanencia en el lugar, por prolongada que sea, no hace perder el domicilio. De ahí que se diga que el ánimo es el principal de los elementos constitutivos del domicilio.

699. CARACTERES DEL DOMICILIO

De acuerdo con la teoría clásica, el domicilio es fijo, necesario u obligatorio y único.

a) *Fijeza del domicilio*: éste no cambia por el simple hecho de que una persona se traslade a vivir a otro lugar; mientras la nueva residencia no responda a la definición del artículo 59 del Código Civil, quedará en simple residencia y no constituirá domicilio.

b) *Necesidad u obligatoriedad del domicilio*. Puesto que la personalidad —dicen los sostenedores de la teoría clásica— atribuye sus caracteres a todas las instituciones que la afectan, del hecho de existir la persona se sigue que tiene necesariamente un domicilio.

Los que piensan que el domicilio es sólo un medio de individualizar la persona, admiten la posibilidad de que un individuo carezca de él o, lo que viene a ser lo mismo, no tenga domicilio conocido.

⁶¹ C. Suprema, 5 de julio 1921, *Gaceta de los Tribunales*, 1921, 2º sem., Nº 5, p. 22 (Considerando 3).

⁶² PAULLINO ALFONSO, *Explicaciones de Código Civil*, basadas principalmente en las clases de don JOSÉ CLEMENTE FABRES y don ENRIQUE COOD, tomo I (Santiago, 1882), p. 165.

En nuestro Derecho, la mera residencia hace las veces de domicilio civil respecto de las personas que no tienen domicilio civil en otra parte (artículo 68).

En todo caso las personas sin domicilio constituyen excepción; la regla general es que todo individuo tenga uno.

c) *Unidad del domicilio*. Como la persona es una, dice la teoría clásica, el domicilio también debe ser uno.

El domicilio único no se adapta a las condiciones de la vida moderna. Nuestro Código, adelantándose a su época, acepta la pluralidad de domicilios. Igual criterio siguieron los Códigos Alemán y Brasileño.

Los inconvenientes de la unidad del domicilio han debido ser salvados por la jurisprudencia francesa con la ingeniosa *teoría del domicilio aparente*. Los tribunales, con el fin de proteger a los terceros, hacen producir efecto a una simple apariencia, atribuyendo al domicilio aparente el papel del domicilio verdadero, siempre que los terceros estén de buena fe y su error sea excusable; este error constituye derecho en su favor.⁶³

700. LEYES DE ORDEN PÚBLICO

La base de la legislación del domicilio está en la Constitución Política, que entre las garantías individuales consagra la libertad de permanecer (por consiguiente, de constituir domicilio) en cualquier punto de la República, trasladarse de un lugar a otro o salir de su territorio.

Por ser de orden público las leyes que lo rigen, el domicilio *general u ordinario* no puede sujetarse en los actos jurídicos a modalidad alguna que entrañe la alteración, suspensión o extinción de sus caracteres esenciales. Así, no podría imponerse a una persona la condición de habitar siempre un mismo lugar, o sujetar la elección de domicilio a la voluntad de un tercero.

701. CONDICIÓN DE VIVIR FUERA DEL PAÍS

¿Es lícita la condición de vivir fuera del país, impuesta, no como pena, sino en beneficio de uno o de ambos contratantes? En sentencia de 4 de diciembre de 1913⁶⁴ la Corte de Apelaciones de Santiago responde afirmativamente, “porque las disposiciones constitucionales y legales (que consagran la libertad de permanecer en cualquier punto de la República) tienden sólo a asegurar la libertad de los ciudadanos contra las arbitrariedades y abusos de las autoridades, pero no se refieren en manera alguna a las limitaciones que en ejercicio de esa misma libertad, se impongan libremente los contratantes, consultando su propio interés y como condición del contrato. La condición de vivir fuera del país, impuesta no ya como pena, sino en beneficio de uno o ambos contratantes, es pues perfectamente lícita y puede estipularse sin transgredir la ley; pero esto, por cierto, no puede autorizar la acción de la autoridad para asegurar su cumplimiento, por

⁶³ JOSSEERAND, obra citada, tomo I (París, 1930), p. 146.

⁶⁴ *Gaceta de los Tribunales*, año 1913, 2ª sem., Nº 1.051, p. 3040. Véase especialmente los considerandos transcritos en el texto, números 23 y 24 que figuran en la p. 3052.

oponerse a ello las disposiciones constitucionales y legales antes aludidas, y por tener la contravención, como única sanción, la resolución del contrato y la pérdida del derecho adquirido mediante la aceptación de la condición”.

El Ministro señor J. Astorquiza manifestó su opinión contraria en un voto disidente. Dijo que “el citado móvil o causa de la obligación es por su naturaleza y trascendencia, de suyo ilícito, es inductivo a un hecho que lesiona los derechos de libertad que la Constitución y las leyes de la República garantizan a todo habitante, vulnerando abiertamente las bases en que descansa nuestro Derecho Público”. Más adelante, el Ministro disidente expresa que “la disposición del artículo 12 del Código Civil no tiene aplicación a este caso, toda vez que el derecho de residir y vivir libremente en Chile no es de aquellos que atañen sólo al interés particular, sino que es de interés público y social. De tal suerte que al exigirse imperiosamente la renuncia de ese derecho, como condición ineludible, como causa determinante del crédito, hay transgresión de una garantía constitucional, y se induce a ejecutar una acción reprobada por la Constitución y las leyes”. Finalmente, dice también el señor Astorquiza “que así como no es permitido a un particular que caprichosamente se constituya preso o arrestado, sino en los casos que la ley, por razones de interés público, autoriza esa medida; del propio modo, no es lícito renunciar al derecho inalienable que tiene una persona de vivir en el país, y mucho menos al de hacerlo en otros países de Sudamérica, a los cuales no alcanza la jurisdicción de Chile, imponiéndose de hecho una verdadera pena de extrañamiento que el Código Penal sólo inflige a los reos condenados por delitos especiales”.⁶⁵

4. Domicilio legal

702. GENERALIDADES

El domicilio legal o de derecho es el que la ley impone de oficio a ciertas personas en razón del estado de dependencia en que se encuentran con respecto a otras o por consideración al cargo que desempeñan.

Dentro del domicilio legal cabe el *domicilio de origen*, que es el que tiene el hijo al momento de nacer. Por lo general, este domicilio es el que tiene el padre el día del nacimiento del hijo.

El domicilio legal es un verdadero imperativo de la ley. De ahí que siempre tenga carácter *forzoso* y que en algunos casos concretos sea *ficticio*.

Sólo existen los domicilios legales *manifiestamente establecidos por la ley*; no pueden extenderse por analogía o por otro principio de hermenéutica legal. Su interpretación es, pues, restrictiva.

La determinación del domicilio legal de una persona es una *cuestión de derecho*.⁶⁶

⁶⁵ Los considerandos citados del voto disidente figuran en la *Gaceta de los Tribunales* aludida en la nota anterior. Véanse especialmente los considerandos 7º y ss., pp. 3053 y ss.

⁶⁶ LAURENT, *Principes de Droit Civil Français* (París-Bruselas, 1878), tomo II, N° 83.

703. PERSONAS SOMETIDAS A DOMICILIO LEGAL

En el Derecho Chileno están sometidas a domicilio legal las siguientes personas:

- 1) Los menores;
- 2) Los interdictos;
- 3) Los criados y dependientes, y
- 4) Ciertos funcionarios.

El artículo 71 del Código Civil establecía como domicilio legal de la mujer casada no divorciada el domicilio del marido mientras residiera en Chile. Pero la Ley N° 18.802, de 9 de junio de 1989, derogó la disposición, y concordantemente, al mismo tiempo, sustituyó el texto del artículo 133, que reafirmaba la norma del artículo 71, por otro según el cual “ambos cónyuges tienen el derecho y el deber de vivir en el *hogar común*, salvo que a alguno de ellos le asistan razones graves para no hacerlo”.⁶⁷

Hoy, pues, la mujer no sigue el domicilio del marido y si tiene el de éste es porque ambos viven en el mismo lugar, en aquel en que está el hogar común. Pero si marido y mujer viven separados de hecho, cada uno tiene su propio domicilio, al igual que cuando están divorciados.

704. LAS PERSONAS SOMETIDAS A DOMICILIO LEGAL, CON EXCEPCIÓN DE LOS INCAPACES ABSOLUTOS, PUEDEN TENER ADEMÁS UN DOMICILIO INDEPENDIENTE Y ESPECIAL

El Código Civil, para señalar a las personas incapaces relativamente, un domicilio especial toma en cuenta que, no pudiendo ejercer sus derechos y obligaciones por sí mismas sino por ministerio de sus representantes legales, deben tener el mismo domicilio que éstos, en aquello que se conforme a su situación de incapacidad; pero ello no impide que puedan tener otro domicilio si se trata de ejercitar sus derechos o cumplir sus obligaciones emanadas de actos en que el incapaz pueda intervenir como persona *sui juris*, tales como los relacionados con el peculio profesional o industrial del hijo de familia.⁶⁸

Sólo no pueden tener domicilio especial distinto del general legal los incapaces absolutos (dementes, impúberes y sordomudos que no pueden darse a entender por escrito), en virtud de la naturaleza misma de su incapacidad, que les impide obrar en todo caso como persona *sui juris*. Recordemos que en Derecho Romano se llamaba así a la persona capaz civilmente, dueña de sí misma y apta para disponer de sus derechos. La expresión suele usarse en nuestros tiempos con el mismo significado.

Por cierto que los funcionarios sometidos a domicilio legal en razón de sus funciones, pueden tener domicilios especiales, pues nada se opone a ello.

⁶⁷ La Ley N° 18.802 comenzó a regir el 7 de septiembre de 1989, salvo determinadas disposiciones –por ahora no interesan– que entraron en vigor desde la fecha de su publicación en el Diario Oficial del 9 de junio de 1989.

⁶⁸ Corte Suprema, 18 de abril de 1942, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXXIX, sección primera, p. 524.

a) Domicilio de los menores

705. DISTINCIÓN

Para precisar el domicilio legal de los menores, hay que distinguir entre los hijos legítimos, ilegítimos y adoptados.

706. a) HIJOS LEGÍTIMOS

De acuerdo con el artículo 72, "el que vive bajo patria potestad sigue el domicilio paterno o materno, según el caso".

Esta disposición se refiere sólo al domicilio legal de los hijos legítimos, porque sólo el padre legítimo o la madre legítima pueden tener patria potestad.

De acuerdo con lo dicho, el *domicilio de origen*, que es una especie de domicilio legal y que le corresponde al hijo al momento de nacer, será el que tiene el padre en el día en que el hijo nace, a menos que se trate de un hijo póstumo, pues lógicamente en este caso sigue el domicilio de la madre.

¿Cuál es el *fundamento* del domicilio legal del hijo? El asiento de sus negocios, que se encuentra en el domicilio del padre o, en defecto de éste, en el de la madre, ya que a ellos está confiada la gestión de sus intereses. Por esta razón este domicilio subsistirá sólo *mientras el hijo viva bajo la patria potestad*, paterna o materna, según el caso; de modo que si el padre o la madre pierden la patria potestad y se nombra al hijo un guardador, seguirá el domicilio de éste.

707. b) HIJOS ILEGÍTIMOS

Dentro de los hijos ilegítimos hay que distinguir los naturales y los simplemente ilegítimos. Unos y otros siguen el domicilio del guardador; cuando éste es el padre o madre que los ha reconocido, tienen el domicilio de dicho padre o madre, pero no por la paternidad o maternidad (la patria potestad, por lo demás, sólo existe respecto de los hijos legítimos), sino por la circunstancia de la guarda, pues el que se halla bajo tutela o curaduría, sigue el domicilio de su tutor o curador (art. 72).

708. DOMICILIO DEL MENOR NO SUJETO A PATRIA POTESTAD NI A GUARDA

Nuestra Corte Suprema ha dicho que antes de nombrársele guardador al menor que no lo tiene ni que está sujeto a patria potestad, debe considerarse domiciliado en el lugar de su residencia.⁶⁹

⁶⁹ Sentencia de 28 de abril de 1933, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXX, sección primera, p. 321, considerando 7, p. 324.

En otro fallo dice la Corte Suprema que la mera residencia hace las veces de domicilio civil respecto de una menor que es huérfana y que carece de guardador.⁷⁰

709. c) ADOPTADO DE ACUERDO CON LA LEY N° 7.613

Si el adoptado conforme a la Ley N° 7.613 es menor de edad, una vez perfeccionada la adopción, el adoptante pasa a ejercer la patria potestad de aquél (Ley de Adopción, art. 15, incisos 2° y 3°); en consecuencia, el adoptado sigue el domicilio del adoptante (C. Civil, art. 72).

710. d) ADOPTADOS SIMPLES Y ADOPTADOS PLENOS

Hay otras adopciones. A ellas se refiere la Ley N° 18.703, de 10 de mayo de 1988, que regula dos clases de adopción. Una *simple*, que crea entre adoptante y adoptado sólo los derechos y obligaciones que se establecen en el Título II de la misma ley. La otra adopción consagrada por esta ley se llama *plena* y tiene por objeto conceder al adoptado el estado civil de hijo legítimo del o los adoptantes.

Como se comprenderá, el adoptado *pleno*, desde que pasa a ser hijo legítimo de los adoptantes, sigue el domicilio de éstos.

También el menor adoptado simple sigue el domicilio del adoptante, pues a éste pasan los derechos conferidos por la patria potestad y a él incumbe tener al adoptado en su hogar (artículos 13 y 14).

711. e) LEGITIMADOS ADOPTIVOS

Aunque la Ley N° 16.346, de 20 de octubre de 1965, que estableció la legitimación adoptiva, fue derogada por la Ley N° 18.703, de 10 de mayo de 1988, que señala normas sobre la adopción (simple y plena) de menores, debemos detenernos en ella considerando la situación de las personas que se legitimaron adoptivamente ajustándose a sus disposiciones.

Los legitimados adoptivos menores de edad están sometidos en general, salvo ciertas excepciones (relativas a la representación, administración y usufructo vinculados con bienes provenientes de la familia anterior del legitimado, y que éste adquiera por donación, herencia o legado de sus miembros), a la patria potestad del padre legitimante y, a falta de éste, a la mujer legitimante; en consecuencia, siguen el domicilio de aquél o de ésta, según el caso.

712. f) PUPILOS NO DOMICILIADOS EN CHILE

Si los pupilos nunca han estado domiciliados en Chile, no procede aplicar el artículo 72, que preceptúa que los pupilos siguen el domicilio del curador.⁷¹

⁷⁰ Sentencia de 29 de mayo de 1952, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XLIX, secc. 1ª, p. 165.

⁷¹ Corte de Santiago, 28 de noviembre de 1929, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXVII, sección segunda, p. 37, considerando 6° de primera instancia, p. 38.

b) Los interdictos

712-a. SU DOMICILIO LEGAL

Los interdictos, esto es, las personas a quienes se priva legalmente de administrar sus bienes, siguen el domicilio de sus curadores.

Pueden declararse en interdicción los dementes, los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito y los pródigos.

c) Los criados y dependientes

713. SU DOMICILIO LEGAL

Los criados y dependientes tienen el domicilio de la persona a cuyo servicio están, siempre que residan en la misma casa que ella y no tengan un domicilio derivado de la patria potestad, o la guarda (artículo 73).

Llámanse *criados* las personas empleadas en el servicio doméstico, esto es, en el hogar: cocineras, niñeras, jardineros, choferes particulares, etc.

Dependientes son las personas que están al servicio de otra, bajo cuyas órdenes o autoridad se desempeñan. Sin duda, el concepto es amplísimo. Una profesora de párvulos para educar a los niños de corta edad de una familia y que vive en la residencia de ésta, no es, por cierto, una criada, pero sí una dependiente del jefe o la jefa de hogar que le paga el sueldo. Generalmente se incluyen entre los dependientes a empleados consagrados a labores más altas que las de servicio doméstico: secretarios, preceptores, bibliotecarios, etc.

Observemos que las leyes contemporáneas de los países de lengua castellana han desterrado de sus textos las palabras *criado* y *serviente*, porque, con el transcurso de las épocas, se ha llegado a estimarlas ofensivas. En este sentido, no reprochemos a Bello, ya que en sus tiempos los vocablos hoy repudiados todavía no indignaban.

En nuestros días la susceptibilidad ha crecido. Tampoco se tolera la calificación de doméstica para las empleadas de casa. Preciso es hablar de empleada o, como en Chile, de asesora del hogar.

Digamos, de paso, que *asesor* proviene del vocablo latino *assessor*, literalmente “el que se sienta al lado”, y significa ayudante que participa en una función. Claro que en nuestro idioma asesor quiere decir principalmente el que da consejo o dictamen. Por eso, con todo respeto, algunos se sonríen de los consejos y dictámenes emitidos por la “niña de mano”...

714. FUNDAMENTO

El centro de la actividad jurídica de los criados y dependientes es el domicilio de la persona a quien sirve.

715. CONDICIONES PARA QUE LOS CRIADOS Y DEPENDIENTES TENGAN EL DOMICILIO DE SU PATRÓN O EMPLEADOR

Son tres y se enumeran a continuación:

1) *Que el criado o dependiente trabaje habitualmente en la casa de la persona de que se trata*, y no con intermitencias. Por eso, la cocinera, el chofer, el secretario, si reúnen los demás requisitos, tienen el domicilio de la persona que sirven; pero no el enfermero, a menos que se trate de uno que viva permanentemente en una casa para atender, por ejemplo, a un miembro inválido de la familia del jefe de hogar.

2) *Que el criado o dependiente resida en la misma casa del patrón o empleador; que viva bajo el mismo techo*. No queda incluido, pues, el profesor que sin residir en la casa en que presta sus servicios, va a dar clases, aunque sea habitualmente; tampoco cabe la empleada doméstica “puertas afuera”.

Según se desprende de la letra de la ley, los criados y dependientes deben vivir, para seguir el domicilio de su patrón o empleador, en la casa que constituye el domicilio de éste, y no en otra parte que le sirva de residencia temporal.

Una doctrina contraria, dice Planiol,⁷² no sólo sería absurda, sino que tampoco estaría justificada por los fundamentos de la ley.

Los que trabajan en una residencia temporal tienen allí un simple domicilio de *hecho*,⁷³ es decir, voluntario.

3) *Que la persona no tenga un domicilio derivado de la patria potestad o la guarda*, porque las disposiciones sobre estos domicilios se aplican con preferencia. Así, por ejemplo, el hijo legítimo tiene el domicilio de su padre, aunque resida en la casa de la persona a quien sirve.

d) Personas domiciliadas legalmente en razón de sus funciones

716. QUIÉNES SON ESTAS PERSONAS

De acuerdo con el artículo 66 “los obispos, curas y otros eclesiásticos obligados a una residencia determinada, tienen su domicilio en ella”.

Los jueces están obligados a *residir* constantemente en la ciudad o población donde tenga asiento el tribunal en que deban prestar sus funciones (C. Orgánico de Tribunales, art. 311, inc. 1°).

En la generalidad de los casos, los jueces tendrán su domicilio en el lugar en que ejercen sus funciones, porque seguramente concurrirá en ellos el ánimo de permanecer ahí. Pero no es éste propiamente un domicilio legal, porque la ley sólo les impone la *residencia*, y si bien, por otra parte, en conformidad al artículo 64, les *presume* el ánimo de permanecer en ese mismo lugar, los jueces pueden destruir esa presunción, ya que es simplemente legal.

La disposición del artículo 66 hoy no se justifica, después de la separación de la Iglesia y el Estado.

Las legislaciones modernas, como el Código Alemán y el nuevo Código Italiano, no imponen domicilio legal a los funcionarios civiles ni a los eclesiásticos.

⁷² Obra citada, tomo I, N° 586.

⁷³ BAUDRY-LACANTINERIE y HOUQUES-FOURCADE, obra citada, tomo II, N° 1.005.

5. Domicilio real o de hecho

717. GENERALIDADES

Toda persona, como consecuencia de la amplia libertad de obrar que reconoce nuestra Constitución, puede establecer su domicilio donde le plazca, a menos que la ley expresamente le imponga uno.

Este domicilio que las personas eligen a su arbitrio se llama libre o voluntario, real o de hecho: *libre o voluntario*, porque depende de la voluntad de la persona; *real*, porque aquí se encuentra efectivamente su asiento jurídico, y *de hecho*, para distinguirlo del domicilio legal o de derecho.

Como todo individuo, desde el momento mismo en que nace, tiene un domicilio, el *de origen*, que es una especie de domicilio legal, el estudio debe concretarse, no a la formación sino al *cambio* de domicilio.

718. CONDICIONES NECESARIAS PARA QUE SE EFECTÚE EL CAMBIO DE DOMICILIO

Para que haya cambio de domicilio es preciso que concurren copulativamente las dos condiciones siguientes:

- a) La residencia de la persona en otro lugar distinto del anterior, y
- b) La intención de permanecer o establecerse en el lugar de la nueva residencia.

719. a) RESIDENCIA

La traslación de la residencia importa asentarse en otro lugar, o ejercer habitualmente su profesión u oficio en un lugar distinto del de la residencia anterior.

La prueba de esta condición, la residencia, es fácil, porque se trata de un hecho material que cae bajo el dominio de los sentidos.

Como la ley no ha fijado un tiempo mínimo, la residencia más corta basta para el cambio de domicilio si va acompañada del ánimo de permanecer en el nuevo lugar.

720. b) ANIMO DE PERMANECER; PRESUNCIONES

Si el cambio de residencia es un hecho fácil de comprobar, no sucede lo mismo con el ánimo de avecindarse en ella. De ahí que para determinararlo la ley se haya visto obligada a entrar en el terreno de las presunciones.

El Código Francés y algunos otros reglamentan el ánimo *expreso*, y dicen que lo hay cuando se hace una declaración ante la autoridad del lugar en que la persona tenía su domicilio y otra ante la autoridad del lugar en que la persona piensa constituir su nuevo domicilio. Pero esta disposición, según el decir de los tratadistas, jamás se ha cumplido. Nuestro Código, con la experiencia de cincuenta años de aplicación del Código Francés, no reglamentó el ánimo expreso, por ser innecesario, y sólo se preocupó de reglamentar los casos en que el ánimo es *presunto*.

Las presunciones que la ley establece al respecto, son *positivas* y *negativas*, es decir, en algunos casos el legislador presume el ánimo de constituir un nuevo domicilio, y en otros deduce de ciertos hechos que no hay ánimo de cambiar domicilio.

721. PRESUNCIONES POSITIVAS

Están indicadas en los artículos 62 y 64.

El primero dice: “El lugar donde un individuo está de asiento o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio, determina su *domicilio civil o vecindad*”.

Y, según el artículo 64, se presume desde luego el ánimo de permanecer y avecindarse en un lugar, por el hecho de abrir en él tienda, botica, fábrica, taller, posada, escuela u otro establecimiento durable, para administrarlo en persona; por el hecho de aceptar en dicho lugar un cargo concejil, o un empleo fijo de los que regularmente se confieren por largo tiempo: *y por otras circunstancias análogas*.

Según el Diccionario, cargo concejil “es el obligatorio para los vecinos”, como en tiempos de la promulgación del Código lo era en muchos países el de concejal.

En todos los casos, en que se presume el avecindamiento, la naturaleza misma del hecho que el individuo ejecuta, manifiesta su intención de establecerse en ese lugar.

La Corte Suprema ha dicho que si una persona acepta el cargo de albacea con tenencia de bienes, debe deducirse el ánimo de permanecer en el lugar de la apertura de la sucesión. El fundamento de la doctrina es la última parte del artículo 64, que permite presumir el ánimo de permanecer y avecindarse en un lugar por otras circunstancias análogas a las que él mismo señala, y no pueden ser más análogas las circunstancias del que acepta un cargo de albacea con el del que acepta uno concejil o un empleo fijo.⁷⁴

722. PRESUNCIONES NEGATIVAS

Los artículos 63 y 65 establecen los hechos que no hacen presumir, en concepto del legislador, cambio de domicilio.

Dice el artículo 63: “No se presume el ánimo de permanecer, ni se adquiere, consiguientemente, domicilio civil en un lugar, por el solo hecho de habitar un individuo por algún tiempo casa propia o ajena en él, si tiene en otra parte su hogar doméstico, o por otras circunstancias aparece que la residencia es accidental, como la del viajero, o la del que ejerce una comisión temporal o la del que se ocupa en algún tráfico ambulante”.

El mismo criterio informa el artículo 65, que dice: “El domicilio civil no se muda por el hecho de residir el individuo largo tiempo en otra parte, voluntaria o forzosamente, conservando su familia y el asiento principal de sus negocios en el domicilio anterior. Así, confinado por decreto judicial a un paraje

⁷⁴ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XX, segunda parte, sección primera, p. 502.

determinado, o desterrado de la misma manera fuera de la República, retendrá el domicilio anterior, mientras conserve en él su familia y el principal asiento de sus negocios”.

723. TODAS ESTAS PRESUNCIONES SON SIMPLEMENTE LEGALES, Y, POR LO TANTO, PUEDEN DESTRUIRSE DEMOSTRANDO LO CONTRARIO DE LO QUE SUPONEN

Será por cierto a la persona que sostenga el cambio de domicilio, a la que corresponderá probarlo.

724. CONSERVACIÓN DEL DOMICILIO

Para conservar el domicilio no se precisa una residencia constante; basta la intención de no cambiarlo.

725. EL ABANDONO DEL DOMICILIO, ¿SUPONE NECESARIAMENTE LA ADQUISICIÓN DE OTRO?

Los que consideran el domicilio como un atributo de la personalidad responden afirmativamente, porque de lo contrario habría personas sin domicilio, y esto es inconcebible dentro de su teoría.

Según el Derecho Chileno la respuesta parece ser negativa, pues el artículo 68 del Código Civil dice que “la mera residencia hará las veces de domicilio civil respecto de las personas que *no tuvieran domicilio civil en otra parte*”. Esto quiere decir que si respecto de una persona no concurren, en parte alguna, los requisitos constitutivos de domicilio civil, carece de éste; pero la mera residencia provee a los efectos prácticos del domicilio.

En el Derecho Alemán, el abandono del domicilio no supone la necesidad de constituir uno nuevo;⁷⁵ pero sí en los Derechos Francés (artículo 103) y Suizo (artículo 24), según los cuales el domicilio sólo puede suprimirse mediante la constitución de uno nuevo. En el Derecho Anglosajón, si se abandona el domicilio actual y no se constituye uno nuevo, revive el domicilio de origen.⁷⁶

726. CUESTIONES DE HECHO

Determinar si una persona está domiciliada o no en un lugar o si ha cambiado o no de domicilio, constituyen cuestiones de hecho.⁷⁷ Así, ha dicho nuestra jurisprudencia, la aceptación de un hotel como domicilio o residencia de una persona es una simple cuestión de hecho, que no puede servir de base a un recurso de casación en el fondo.

⁷⁵ ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, traducción castellana, tomo I (Barcelona, 1934), p. 405.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 405, nota 9.

⁷⁷ Corte Suprema, 12 de abril de 1935, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXXII, sección primera, p. 297; Corte Suprema, 14 de enero de 1941, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXXVIII, sección primera, p. 590.

En cambio, determinar el domicilio legal es, como dijimos, una *cuestión de derecho*.

6. Pluralidad de domicilios

727. TEORÍAS DE LA UNIDAD Y DE LA PLURALIDAD

Según la teoría de la unidad, cada persona no puede tener sino un domicilio, porque siendo una la persona también debe ser uno el domicilio.⁷⁸

Pero se ha objetado que cuando una persona tiene varios centros de actividad jurídica, establecer el domicilio único es contrariar la realidad y provocar dificultades prácticas de todo orden. Lo lógico es que si concurren los supuestos de un domicilio voluntario en varios lugares, la persona tenga un domicilio plural.⁷⁹

728. DERECHO COMPARADO

El principio de la pluralidad, aceptado por la doctrina más moderna, ya lo admitía el Derecho Romano, aunque con ciertas dudas y vacilaciones.

Los Códigos Chileno (artículo 67), Alemán (artículo 7º), Brasileño (artículo 32), aceptan la pluralidad del domicilio.

Se pronuncian por la teoría de la unidad, los Códigos Francés, Suizo, Argentino, aunque con ciertas limitaciones o atenuaciones establecidas por la legislación respectiva misma o por obra de la jurisprudencia.

729. LEGISLACIÓN CHILENA

Dice el artículo 67 de nuestro Código Civil: “Cuando concurren en varias secciones territoriales, con respecto a un mismo individuo, circunstancias constitutivas de domicilio civil, *se entenderá que en todas ellas lo tiene*; pero si se trata de cosas que dicen relación especial a una de dichas secciones exclusivamente, ella sola será para tales casos el domicilio civil del individuo”.

Corroborata esta disposición el Código Orgánico de Tribunales, que dice: “Si el demandado tuviere su domicilio en dos o más lugares, podrá el demandante entablar su acción ante el juez de cualquiera de ellos” (artículo 140). Más adelante, agrega: “Cuando el demandado fuere una persona jurídica, se reputará por domicilio, para el objeto de fijar la competencia por el juez, el lugar donde tenga su asiento la respectiva corporación o fundación. Y si la persona jurídica demandada tuviere establecimientos, comisiones u oficinas que la representen en diversos lugares, como sucede con las sociedades comerciales, deberá ser demandada ante el juez del lugar donde exista el establecimiento,

⁷⁸ AUBRY et RAU, obra citada, tomo I, párrafo 142, p. 886, nota 1 bis.

⁷⁹ ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, obra citada, tomo I, párrafo 89, p. 407.

comisión u oficina que celebró el contrato o que intervino en el hecho que da origen al juicio" (artículo 142).

730. ¿ADMITE LA LEGISLACIÓN CHILENA LA PLURALIDAD DE DOMICILIOS GENERALES?

Algunos responden negativamente, porque sería imposible que en dos o más parajes puedan concurrir, respecto de una persona, las circunstancias constitutivas de domicilio civil general (la residencia y el asiento principal de sus negocios). Además, se arguye, diversas disposiciones parten del supuesto de un solo domicilio: los artículos 81, N° 1, y 955 hablan del *último domicilio* del desaparecido y del difunto, respectivamente.⁸⁰

Otros, que forman la opinión predominante, admiten la pluralidad de domicilios generales. No ven imposibilidad alguna para que así pueda ser, como ocurre, por ejemplo, con un comerciante que tiene establecidas en varias ciudades tiendas para la venta de mercaderías y reside indistintamente en todos esos lugares atendiendo personalmente sus negocios.⁸¹ En cuanto al supuesto de la unidad de domicilio, nada significa, porque lo normal y corriente es que la persona tenga un solo domicilio, y las leyes siempre se ponen en los casos generales.

731. CONDICIONES NECESARIAS PARA QUE SE ADMITA LA PLURALIDAD DE DOMICILIOS

Si bien el artículo 67 reconoce la pluralidad de domicilios, es a condición de que en las diversas secciones territoriales concurren, con respecto a la persona, todas las circunstancias constitutivas de domicilio. Así lo da a entender claramente el vocablo "cuando", que aparece empleado por el referido precepto en la acepción que el Diccionario le atribuye como equivalente a la locución "en caso que".⁸²

La ley (artículos 59, 61 y 62), explica nuestra Corte Suprema,⁸³ dice que esas circunstancias constitutivas consisten en la *residencia* en una parte determinada del territorio del Estado acompañada real o presuntivamente del *ánimo de permanecer en ella*. Y siendo así, es manifiesto que para reconocer la pluralidad de domicilio hay que *establecer las circunstancias prescritas por esas disposiciones*.

⁸⁰ BORJA, *Estudios sobre el Código Civil Chileno*, tomo II, París, 1901, pp. 142 y ss. Sigue fielmente a este autor don ISAAC AZERMANN en su Memoria de Prueba, *El domicilio*, Santiago, 1935, pp. 34 y 35.

⁸¹ CLARO SOLAR, obra citada, tomo I (Santiago, 1943), p. 207.

⁸² Corte Suprema, 4 de mayo de 1932, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXIX, sección primera, p. 532; Corte Suprema, 28 de abril de 1933; *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXX, sección primera, p. 321; Corte de Santiago, 19 de marzo de 1934, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXXII, sección primera, p. 296 (Consid. 4º, p. 298); Corte Suprema, 26 de mayo de 1936, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXXIII, sección primera, p. 316.

⁸³ Sentencia citada anteriormente en primer lugar. Don ARTURO ALESSANDRI R., en una nota a la misma sentencia, la comenta en términos favorables.

El artículo 67 es una excepción al principio de la unidad del domicilio y las circunstancias a que alude dicha disposición deben *probarse* plena y especialmente, pues las excepciones no se presumen.⁸⁴

Aunque la ley prevé pluralidad de domicilio civil, como es una situación excepcional, corresponde probarla, por regla general, a la parte que la invoque o alegue.⁸⁵

7. Domicilio especial

732. GENERALIDADES

Al lado del domicilio general u ordinario hay *domicilios* especiales, que pueden adquirirse sin que desaparezca el primero, y los cuales sólo se refieren al *ejercicio de ciertos derechos* o a relaciones jurídicas especialmente determinadas.

733. DOMICILIOS ESPECIALES VOLUNTARIOS E IMPUESTOS POR LAS LEYES

Las partes, a veces, eligen domicilio especial por propia iniciativa, como en el caso del domicilio convencional; en otras ocasiones, la ley misma lo impone u obliga a elegirlo, según se verá en las explicaciones que siguen.

734. DOMICILIO PARROQUIAL, MUNICIPAL, PROVINCIAL

Dice el artículo 70 del Código Civil: "El domicilio parroquial, municipal, provincial o relativo a cualquiera otra sección del territorio, se determina principalmente por las leyes y ordenanzas que constituyen derechos y obligaciones especiales para objetos particulares de gobierno, policía y administración en las respectivas parroquias, comunidades, provincias, etc., y se adquiere o pierde conforme a dichas leyes u ordenanzas. A falta de disposiciones especiales en dichas leyes u ordenanzas, se adquiere o pierde según las reglas de este título".

El *domicilio parroquial* está determinado por el territorio que cae bajo la jurisdicción espiritual del cura de almas. Su reglamentación pertenece, naturalmente, al Derecho Canónico. Antes tenía gran importancia porque determinaba el lugar en que debía celebrarse el matrimonio. Actualmente el domicilio matrimonial es determinado por la circunscripción del Registro Civil en que cualquiera de los contrayentes tenga su domicilio, o en que haya vivido durante los últimos tres meses anteriores a la celebración del matrimonio (Ley de Matrimonio Civil, de 10 de enero de 1884, artículo 9º, Ley N° 4.808, de 10 de

⁸⁴ C. Suprema, 4 mayo 1932 (R. de D., y J, t. 29, sec. 1ª, p. 532), y 28 abril 1933 (R. de D. y J., t. 30, sec. 1ª, p. 321).

⁸⁵ Corte de Concepción, 14 de abril de 1934, *Gaceta de los Tribunales*, 1934, 1º sem., N° 71, p. 387 (C. 5º, p. 388, "in fine").

febrero de 1930, sobre Registro Civil, artículo 35; Reglamento Orgánico del Registro Civil, aprobado por Decreto N° 2.128, de 10 de agosto de 1930, publicado en el Diario Oficial el día 28 del mismo mes y año, artículo 157).

El *domicilio municipal* comprende el de la comuna respectiva y nada tiene que ver con el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles. Sólo dice relación con la administración de los intereses comunales y muy especialmente con el pago de los impuestos y contribuciones locales.

El *domicilio provincial* abarca el territorio de la provincia. Es puramente teórico; carece de aplicación.

La referencia a los domicilios especiales que mencionamos sólo la hizo el legislador con el fin de establecer la regla general con que termina el artículo 70: dichos domicilios se adquieren o pierden, de la misma manera que el domicilio civil general, cuando las leyes u ordenanzas especiales que deben regirlos, nada disponen al respecto.

735. DOMICILIO ELEGIDO PARA FACILITAR EL DILIGENCIAMIENTO DE LAS NOTIFICACIONES POR CÉDULA

El artículo 48 del Código de Procedimiento Civil –que ya tuvimos ocasión de citar– indica las resoluciones que deben notificarse por *cédulas* que contengan la copia íntegra de la resolución y los datos necesarios para su acertada inteligencia. También señala la forma en que debe practicarse la notificación.

Ahora bien, el artículo 49 del mismo Código dice que “para los efectos del artículo anterior, todo litigante deberá, en su primera gestión judicial, designar un domicilio conocido dentro de los límites urbanos del lugar en que funcione el tribunal respectivo, y esta designación se considerará subsistente mientras no haga otra la parte interesada, aun cuando de hecho cambie su morada. En los juicios seguidos ante los tribunales inferiores el domicilio deberá fijarse en un lugar conocido dentro de la jurisdicción del tribunal correspondiente, pero si el lugar designado se hallare a considerable distancia de aquél en que funciona el juzgado, podrá éste ordenar, sin más trámites y sin ulterior recurso, que se designe otro de límites más próximos”.

El objeto de esta disposición es facilitar al contendor el diligenciamiento de las notificaciones personales o por cédula que deben hacerse a cada litigante durante el pleito (Corte de Santiago, 21 de agosto de 1903, *Gaceta de los Tribunales*, año 1903, tomo II, sentencia N° 1.846, p. 441).

De acuerdo, pues, con el artículo 49 del Código de Procedimiento Civil, la persona es libre para designar una casa o un edificio a fin de que ahí se hagan las notificaciones; “pero no es libre –y en esto estriba el domicilio legal especial– para elegir esa casa o edificio en cualquier parte, sino que tiene que hacerlo dentro de determinados límites que la misma ley señala. Y esos límites territoriales pueden coincidir o no con el domicilio general. Coincidirán, por ejemplo, si el demandante tiene el domicilio en el mismo lugar en que funciona el tribunal; pero no coincidirán cuando esta situación no se presente, como cuando el actor, domiciliado en Magallanes, demanda a su deudor, que vive en Santiago, en este último punto. El domicilio general del actor continuará siendo Magallanes, aunque durante el pleito permanezca en Santiago; pero su

domicilio constituido estará en Santiago, dentro de los límites mencionados en que funcione el tribunal competente.⁸⁶

736. DOMICILIO DEL FIADOR

Otro caso de domicilio constituido encontramos en el artículo 2350 del Código Civil, según el cual el obligado a prestar fianza debe dar un fiador que esté domiciliado o elija domicilio dentro de la jurisdicción de la respectiva Corte de Apelaciones.

737. DOMICILIO ESPECIAL CONSTITUIDO POR VOLUNTAD DE LAS PARTES

El domicilio que fijan libremente las partes para determinados efectos por una manifestación de voluntad, se llama *domicilio de elección*. Puede crearse en los actos *unilaterales* (como sería el que se indicara en el testamento para los efectos de cumplir un legado) o en las *convenciones*. En este último caso se llama específicamente *domicilio convencional o contractual*.

Domicilio convencional

738. FINALIDAD

A fin de evitar gastos, molestias y dificultades puede interesar a las personas que celebran un contrato, o a una de ellas –generalmente el acreedor de la obligación principal– no tener que acudir al domicilio general y real. En tal caso, la ley permite que en un contrato puedan las partes establecer de común acuerdo un domicilio civil especial para los actos judiciales o extrajudiciales a que dé lugar el mismo contrato (artículo 69).

Un ejemplo evidenciará en qué consiste el domicilio especial y hará resaltar sus ventajas prácticas:

Primus, domiciliado en la ciudad de Santiago, tiene una casa en la comuna de San Fernando; Secundus, domiciliado en el lugar en que está situada la propiedad, quiere arrendársela. Están de acuerdo las partes en todas las condiciones del contrato; pero Primus observa que si el día de mañana tuviera que demandar a Secundus el cumplimiento de la convención, tendría que deducir su acción ante el juez de San Fernando, lo que traería gastos y molestias. Para evitarlos, pide a Secundus que elija un domicilio especial en la ciudad de Santiago, donde él pueda demandar el cumplimiento de las obligaciones que sean efectos del arrendamiento convenido.

⁸⁶ SAN MARTÍN, *El domicilio*, Memoria de Prueba, Santiago, 1943, pp. 42-43.

Sobre este domicilio a que alude el artículo 49 del Código de Procedimiento Civil, puede consultarse la Memoria de Prueba de don VÍCTOR A. VILLAVICENCIO, titulada *De las notificaciones judiciales*, Concepción, 1944 (298 páginas en 1/16. Véanse las pp. 153 y ss.). Véase también JOSÉ R. CAMIRUAGA CH., *Los actos procesales. Las notificaciones*, Santiago, 1958.

En la práctica, se acostumbra establecer el domicilio especial en una cláusula del contrato que dice más o menos así: "Para todos los efectos del presente contrato las partes fijan su domicilio en la ciudad X".

739. EL DOMICILIO CONVENCIONAL DEBE ACEPTARSE POR LAS DOS PARTES

Generalmente el domicilio lo elige e impone el acreedor al deudor; pero puede cada una de las partes hacer la elección, y pueden fijarlo ambas en un mismo lugar o en lugares distintos.⁸⁷ Lo que sí es esencial es que ambas partes *accepten* el domicilio elegido. Esta mutua aceptación es lo que le da fisonomía contractual al domicilio de que se habla. De ahí también que la simple enunciación que hacen las partes de su domicilio en un contrato, para el solo efecto de individualizarse, no importa el establecimiento de un domicilio convencional.

740. EL DOMICILIO CONVENCIONAL DEBE DETERMINARSE Y NO FIJARSE VAGAMENTE

Por eso nuestra jurisprudencia ha dicho que carece de valor la cláusula que fija como domicilio del deudor "el lugar que el acreedor designe" o "donde judicialmente se pida el cumplimiento del contrato". Por su vaguedad, estipulaciones de esta naturaleza no importan fijación de un domicilio civil especial.⁸⁸

741. MANIFESTACIÓN EXPRESA O TÁCITA DE VOLUNTAD

Autores como Merlin⁸⁹ y Laurent⁹⁰ sostienen que el domicilio convencional siempre debe establecerse en forma *expresa*; otros, en cambio, como Planiol⁹¹ y Josserand,⁹² admiten la constitución del domicilio contractual por manifestación de la voluntad tácita de las partes.

Se sostiene que no es admisible constituir domicilio especial por manifestación tácita de voluntad, porque supone renunciar al derecho de ser demandado ante los jueces naturales, y es un principio general que la renuncia de los derechos no se presume. Se añade también que la elección de domicilio deroga las reglas generales del domicilio, y es un axioma que las excepciones no existen si no se establecen formalmente.

Pero se ha contraargumentado que una cosa es la voluntad tácitamente manifestada, voluntad *real* de la persona, que no deja lugar a dudas sobre su in-

⁸⁷ AUBRY y RAU, obra citada, tomo I, p. 587; BAUDRY-LACANTINERIE y HOUQUES-FOURCADE, obra citada, tomo II, N° 1.035; PLANIOL, obra citada, tomo I, N° 605.

⁸⁸ Corte de Concepción, 19 de octubre de 1909, *Gaceta de los Tribunales*, año 1909, tomo II, N° 916, p. 352 (Cons. 3°, p. 352); Corte de Valdivia, 13 de julio de 1919, *Gaceta de los Tribunales*, 1919, 2° sem., N° 241, p. 925; Corte de Santiago, 26 de noviembre de 1927, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXVI, sección segunda, p. 52.

⁸⁹ MERLIN, voz "Domicile", en *Repertoire*, párrafo 2, N° IV.

⁹⁰ Obra citada, tomo II, N° 104.

⁹¹ Obra citada, tomo I, N° 607.

⁹² Obra citada, tomo I, N° 240.

tención, y otra es la voluntad *presunta*, simplemente atribuida por la ley. Por otro lado, si la voluntad de las partes existe y se manifiesta claramente, ¿qué importa que se trate de una renuncia a un derecho o de una derogación o excepción a las reglas generales del domicilio? ¿Acaso la ley limita a su respecto el principio general que admite la expresión tácita de voluntad? Una excepción a este principio, para ser admisible, ¿no tendría que estar expresamente establecida por la ley?

Entre nosotros, Claro Solar está con los primeros, porque nuestra ley exige el "común acuerdo" "y ese acuerdo no puede existir si no se trata *especialmente* de establecer un domicilio para el cumplimiento del contrato"⁹³

Se ha refutado esta opinión, porque *común acuerdo* significa acuerdo o consentimiento de *todos* los que son partes en el contrato; pero no acuerdo o consentimiento expreso o especial.⁹⁴ Lo único necesario sería que la voluntad de las partes exista y se manifieste claramente, sea en forma expresa o tácita.

La Corte de Valparaíso, en una sentencia de 22 de octubre de 1914, resolvió que el domicilio convencional debe ser expresamente pactado.⁹⁵

742. LA DESIGNACIÓN DEL LUGAR DEL PAGO EN LA CONVENCION

¿IMPORTA ELECCIÓN TÁCITA DE DOMICILIO?

La determinación de lugar para el pago no implica elección de domicilio en ese lugar para todo cuanto sea ajeno al pago mismo.⁹⁶ Pero el demandante puede entablar su acción tendiente a obtener dicho pago ante el juez del lugar donde se estipuló que debía hacerse el pago (C. Orgánico de Tribunales, artículos 135 y 138).

743. FORMA VERBAL O ESCRITA

La elección del domicilio puede realizarse en forma verbal o escrita.⁹⁷ Pero en la práctica se usa sólo la segunda por las dificultades de prueba de la forma verbal.

Por otra parte, no faltan autores que estiman la forma escrita como necesaria para el acto.⁹⁸

⁹³ Obra citada, tomo I (Santiago, 1943), p. 208, N° 404.

⁹⁴ SAN MARTÍN, obra citada, pp. 46-47.

⁹⁵ *Gaceta de los Tribunales*, 1914, 2° sem., N° 481, p. 1324.

⁹⁶ AUBRY y RAU, obra citada, tomo I, párrafo 145, p. 899; BAUDRY-LACANTINERIE y HOUQUES-FOURCADE, tomo II, N° 1.040; LAURENT, obra citada, tomo II, N° 105.

⁹⁷ BAUDRY-LACANTINERIE y HOUQUES-FOURCADE, tomo II, N° 1.038; BEUDANT, obra citada, tomo I, N° 171; JOSSEAND, obra citada, tomo I, N° 240; CLARO SOLAR, obra citada, tomo I (Santiago, 1943), p. 208, N° 404.

⁹⁸ RUGGIERO, obra citada, tomo I (Milán, 1935), p. 381; FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, Roma, 1921, tomo I, p. 558; PACCHIONI, *Diritto civile italiano*, PADUA, 1937, tomo I, p. 293.

744. ELECCIÓN EN INSTRUMENTO PÚBLICO O PRIVADO

En principio, la elección de domicilio puede hacerse tanto en instrumento público como en instrumento privado; no hay limitación legal al respecto.

745. ACTO EN QUE PUEDE EFECTUARSE LA ELECCIÓN

La elección de domicilio especial puede realizarse en el mismo acto para cuyos efectos se establece o en otro acto posterior. Ningún principio legal limita la voluntad de las partes en esta materia, y, por otro lado, toda estipulación posterior relacionada con un contrato, se entiende incorporada a éste.⁹⁹

En nuestra legislación positiva la conclusión se refuerza ante la letra del artículo 186 del Código Orgánico de Tribunales, que se refiere a la prórroga de la jurisdicción, uno de los principales efectos del domicilio convencional. Dice dicho artículo 186: "Se prorroga la jurisdicción expresamente cuando en el contrato mismo o en un *acto posterior* han convenido en ello las partes, designando con toda precisión el juez a quien se someten".

746. CAPACIDAD DE LAS PARTES

Las partes que establecen un domicilio convencional deben ser *capaces de contratar*.¹⁰⁰

747. CONSTITUCIÓN POR MANDATARIO

De acuerdo con los principios generales, el domicilio especial puede ser constituido por medio de un mandatario; pero éste, según los autores,¹⁰¹ deberá tener poder especial.

748. LUGAR QUE SE DETERMINA: LOCALIDAD O CASA

La elección de domicilio puede cumplirse simplemente con la designación de una sección territorial, provincia o comuna; pero puede señalarse asimismo una *casa* en especial.¹⁰²

749. ELECCIÓN DEL DOMICILIO DE UN TERCERO

También puede fijarse como domicilio convencional el domicilio real de un tercero. Se crea, entonces, entre las partes constituyentes y el tercero un mandato, y son las reglas de este contrato las que gobiernan sus relaciones.

⁹⁹ AUBRY y RAU, obra citada, tomo I, p. 587; BEUDANT, obra citada, tomo I, N° 171; PLANIOL, obra citada, N° 605.

¹⁰⁰ FERRARA, obra citada, tomo I, p. 558.

¹⁰¹ AUBRY y RAU, obra citada, tomo I, párrafo 146, p. 900; DEMOLOMBE, obra citada, tomo I, N° 374; LAURENT, obra citada, tomo II, N° 106.

¹⁰² AUBRY y RAU, obra citada, tomo I, párrafo 146, p. 900.

750. ELECCIÓN DEL DOMICILIO REAL

A veces se elige el domicilio real, entendiéndose por tal el que tenían las partes al celebrar el acto. Y este domicilio, entonces, subsiste como convencional cuando deja después de ser ordinario para una o ambas partes. Subsiste aunque la parte que lo constituyó muera y los herederos se domicilien en otro lugar.¹⁰³

751. EFECTOS

Salvo estipulación en contrario, los efectos del domicilio convencional consisten, de acuerdo con el artículo 69, en que deben realizarse en él los actos judiciales o extrajudiciales a que diere lugar el contrato para el cual se estableció el domicilio especial.

Entre los efectos del domicilio convencional resalta por su importancia el de la prórroga de competencia o de jurisdicción, como se dice usual aunque impropia.

752. PRÓRROGA DE COMPETENCIA

En virtud de este efecto del domicilio convencional, los jueces del domicilio elegido, y no los jueces naturales, deben entender en todo lo relativo a la convención, a su ejecución y cumplimiento, a las indemnizaciones a que diere lugar, etc.

¿Puede faltar la prórroga de competencia en el domicilio convencional? Baudry-Lacantinerie y Houques-Fourcade piensan que podría establecerse que el domicilio elegido no produjera su efecto normal de prorrogar la competencia.¹⁰⁴ Planiol y el italiano Ferrara afirman que dicha prórroga en ningún caso puede faltar, pues es la razón de ser fundamental del domicilio de elección.¹⁰⁵

Nuestra ley permite pactar el domicilio convencional para los actos judiciales o *extrajudiciales* a que diere lugar el contrato. En el último extremo, claro está, no hay margen para la prórroga de que se habla.

753. DOMICILIO ESPECIAL SIN SEÑALAMIENTO DE CASA DETERMINADA; NOTIFICACIONES

Puede ocurrir que en la designación del domicilio especial no se haya señalado una casa determinada, sino sólo la ciudad o la comuna. En tal caso, ¿dónde debe realizarse la citación y el emplazamiento para contestar la demanda y las notificaciones que deben hacerse al demandado?

Una opinión sostiene que las diligencias deben practicarse en el domicilio convencional, supliéndose la falta de ubicación o certeza con los medios gene-

¹⁰³ AUBRY y RAU, obra citada, tomo I, párrafo 146, p. 900; BAUDRY-LACANTINERIE y HOUQUES-FOURCADE, obra citada, tomo II, N° 1.036; BEUDANT, obra citada, tomo I, N° 172; DEMOLOMBE, obra citada, N° 375; PLANIOL, obra citada, tomo I, N° 606.

¹⁰⁴ Obra citada, tomo II, N° 1.034.

¹⁰⁵ PLANIOL, obra citada, tomo I, N° 601; FERRARA, obra citada, tomo I, p. 161.

rales que establece el Código de Procedimiento Civil, porque de lo contrario el domicilio convencional perdería gran parte de su valor.¹⁰⁶

Otra opinión afirma que las diligencias deben efectuarse en el domicilio real, correspondiendo al juez del domicilio especial tomar las providencias necesarias al efecto. Aceptar otro camino, se agrega, equivaldría muchas veces a dejar en la indefensión al demandado.¹⁰⁷

754. COMPETENCIA PARA DECLARAR LA NULIDAD DEL CONTRATO QUE CONTEMPLA DOMICILIO ESPECIAL

Las acciones tendientes a la declaración de nulidad del contrato, ¿pueden ejercitarse ante el juez del domicilio convencional? La mayoría de los autores dice que en este caso las acciones deben ejercitarse ante el juez del domicilio real, porque la nulidad pugna con el cumplimiento del contrato y porque sería contradictorio que la misma parte que alega la nulidad se fundase en las cláusulas del contrato cuya nulidad pretende.¹⁰⁸ Una minoría piensa que aun esta acción de nulidad puede ser interpuesta en el domicilio convencional,¹⁰⁹ porque todo acto se presume válido mientras el juez no declare su nulidad y siendo así debe recurrirse al juez del domicilio convencional, y porque nuestra ley no dice, como en otras legislaciones, que el domicilio convencional se establece para el *cumplimiento* del contrato, sino “para los actos judiciales o extrajudiciales a que diere lugar”, y la acción de nulidad se traduce en un acto judicial “a que da lugar” el mismo contrato, que debe presumirse válido hasta que el juez no declare lo contrario. Claro que esta última opinión reconoce, lógicamente, que si el domicilio convencional está fijado en el solo interés del demandante, puede éste emplazar al demandado en el domicilio real, si prefiere, porque nada se opondrá a que renuncie al fuero establecido en su favor.

755. NOTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA QUE CONDENA AL DEUDOR

Se ha sostenido que la notificación de la sentencia que condena al deudor no puede hacerse en el domicilio convencional, porque en éste sólo podrían realizarse las notificaciones que se derivan de la ejecución misma del contrato, y una vez trabada la litis y pronunciada la sentencia, las notificaciones serían relativas al juicio y no al contrato. Se ha replicado que la sentencia que condena al deudor a la ejecución del contrato, es un acto judicial a que da lugar el mismo contrato; por lo tanto, la notificación de dicha sentencia correspondería hacerla en el domicilio convencional.¹¹⁰

¹⁰⁶ SAN MARTÍN, obra citada, p. 49.

¹⁰⁷ PLANIOL, obra citada, tomo I, N° 602; COLIN y CAPITANT, obra citada, tomo I, p. 429.

¹⁰⁸ AUBRY y RAU, tomo I, párrafo 146, p. 902; BAUDRY-LACANTINERIE y HOUQUES-FOURCADE, tomo II, N° 1.046; DEMOLOMBE, tomo I, N° 379.

¹⁰⁹ SALVAT, *Tratado de Derecho Civil Argentino*. Parte General (B. Aires, 1931). N° 1.125; SAN MARTÍN, obra citada, p. 49.

¹¹⁰ SAN MARTÍN, obra citada, p. 49.

756. ESPECIALIDAD DEL DOMICILIO CONVENCIONAL

Todo domicilio de elección es siempre especial: sólo vale para el acto en vista del cual fue elegido; para toda otra operación el domicilio real subsiste. No hay aquí sino aplicación del principio general de las convenciones según el cual el alcance de ellas es restringido y determinado por su objeto.¹¹¹

757. DURACIÓN DEL DOMICILIO CONVENCIONAL

La elección del domicilio es una cláusula accesoria que forma parte de una convención y que dura lo que ella. Las partes están *ligadas*, y el domicilio elegido subsiste hasta que se ejecute enteramente el acto para el cual ha sido elegido.

Consecuencias. 1. El domicilio elegido, a la muerte de la parte que lo eligió, pasa a sus herederos; éstos deben respetarlo como la convención misma a la cual se refiere. En esto se diferencia del domicilio ordinario que no es transmisible: los herederos no adquieren el domicilio real del difunto; ellos conservan el suyo.¹¹²

2. El domicilio elegido no puede cambiarse por la sola voluntad de la parte que lo ha escogido, a menos que la elección haya sido hecha sólo en su interés exclusivo. El autor de la elección de domicilio está ligado por la convención, y, para modificarla, precisa el consentimiento de la otra parte.¹¹³

Sin embargo, dice Planiol, no debe exagerarse esta inmutabilidad; hay una modificación que puede ser hecha sin que importe vulneración del contrato. Si el mandatario encargado de representar al deudor ausente ha perdido la confianza de éste, o ha muerto aquél, el que ha hecho la elección de domicilio puede indicar otra persona en su lugar. Es indiferente al acreedor dirigir sus observaciones a Pedro o Pablo, si la persona que substituye a la primera reside en la misma ciudad, pues el cambio no lo perjudica.¹¹⁴

758. LOS SUCESORES A TÍTULO PARTICULAR, ¿SE HALLAN OBLIGADOS POR EL DOMICILIO ESPECIAL?

Sí, afirman algunos. “La elección de domicilio —dice Dalloz¹¹⁵— se transmite activa y pasivamente a los herederos u otros sucesores de las partes contratantes. El discurso del tribuno Malherbe ante el Cuerpo Legislativo no deja duda alguna”. Los efectos del domicilio de elección, expresan por su parte Aubry y Rau,¹¹⁶ “se transmiten, activa y pasivamente, a los herederos u otros sucesores de las partes contratantes. Se transmiten también a sus acreedores...”

Otros, en cambio, como los argentinos Colmo¹¹⁷ y Busso,¹¹⁸ dicen que los sucesores particulares en principio no se hallan obligados por el domicilio es-

¹¹¹ PLANIOL, obra citada, tomo I, N° 603.

¹¹²⁻¹¹³ *Ibidem*, N° 604.

¹¹⁴ PLANIOL, obra citada, t. I, N° 604.

¹¹⁵ Citado por BORJA, obra citada, t. I, p. 152.

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ Citado por BUSO, obra citada, t. I, p. 572, N° 26.

¹¹⁸ Obra citada, t. I, p. 572, N° 26.

pecial. “Si en ciertos casos –añade el último de los nombrados– pueden aparecer obligados, no es por el hecho de ser sucesores particulares, sino por haber asumido las obligaciones en las condiciones primitivas”.

759. ¿PASA EL DOMICILIO ESPECIAL DEL DEUDOR DIRECTO AL ADQUIRENTE DEL INMUEBLE HIPOTECADO?

Aunque el deudor, dice la Corte de Talca,¹¹⁹ haya fijado domicilio en el contrato para su cumplimiento, esta obligación debe estimarse meramente personal e independiente del contrato accesorio de hipoteca, gravamen constituido por el mismo deudor para asegurar el cumplimiento de la obligación principal. En consecuencia, agrega la Corte, el domicilio del tercer poseedor debe determinarse según los principios generales y sin tomarse en cuenta lo que se convino en el contrato celebrado con el deudor directo.

Los Ministros señores Herrera y Román disintieron de esta resolución, y opinaron que debe considerarse como domicilio del tercer poseedor el mismo que con el acreedor hipotecario convino el deudor directo.

Don Luis Claro Solar, en una nota a la sentencia citada, criticó la doctrina de la mayoría del tribunal. A su juicio, si el deudor después de haber fijado domicilio para el ejercicio de la acción hipotecaria, vende la propiedad que hipotecó, en uso de las facultades que la ley acuerda, no por eso puede alterar las condiciones del contrato que el acreedor exigió como condiciones del mutuo.

760. RENUNCIA DEL DOMICILIO DE ELECCIÓN

Si el domicilio convencional se ha elegido en interés de ambas partes, es lógico que ninguna modificación pueda hacerse al respecto sin la intervención de ambas. Pero si la elección se ha realizado sólo en favor de una de las partes, como ha sido un beneficio que la otra le ha concedido, puede renunciarlo, pues la renuncia mira sólo a su interés individual y no se encuentra prohibida por la ley. Y así, el acreedor en cuyo beneficio se estipuló el domicilio especial, puede demandar al deudor en el domicilio ordinario de éste y no en el que fija el contrato.¹²⁰

761. INTERPRETACIÓN DEL DOMICILIO CONVENCIONAL

La cláusula del domicilio convencional, ha dicho acertadamente nuestra Corte Suprema,¹²¹ debe interpretarse de acuerdo con las reglas de interpretación de los contratos. Así el contrato en que las partes establecen que para los efectos

¹¹⁹ Sentencia de 16 de agosto de 1904, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. III, sec. 2ª, p. 39.

¹²⁰ BAUDRY-LACANTINERIE y HOUQUES-FOURCADE, obra citada, tomo I, N° 1.048; PLANIOL y RIPERT, obra citada, tomo I, N° 173.

¹²¹ Sentencia de 16 de julio de 1942, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XL, sección primera, p. 114.

legales fijan su “residencia” en determinada ciudad, debe interpretarse, de acuerdo con el artículo 1562 (que dice que el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno), en el sentido de que su intención es fijar su “domicilio” para esos efectos.

762. SUSPENSIÓN DEL DOMICILIO CONVENCIONAL CON RESPECTO A LOS JUICIOS UNIVERSALES

Los efectos del domicilio especial cesan o se suspenden en los casos de los *juicios universales*, que son los que se refieren a todo el patrimonio de la persona: juicio sucesorio, juicio de quiebra.

El fundamento de esta solución radica en que el *fuero de atracción* que ejercen los juicios universales se halla instituido en pro del interés general y de los terceros, debiendo, por lo tanto, prevalecer sobre el interés individual de los estipulantes del domicilio especial.

Pero el domicilio especial recobra su imperio si por cualquier circunstancia el contrato debe subsistir con posterioridad al término del juicio universal, como, por ejemplo, si después de realizada la partición de los bienes del causante, uno de los herederos se hace cargo de la obligación.

“El efecto del fuero de atracción del juicio universal, es, pues, más que el de hacer cesar el domicilio especial, el de *suspenderlo* mientras aquél subsiste. Si en muchos casos se produce la cesación, es porque generalmente ocurrirá que en el juicio universal se liquidará el contrato y habrá cesado con él el negocio para el cual el domicilio especial fue instituido”.¹²²

G. EL PATRIMONIO

763. ETIMOLOGÍA

Patrimonio es palabra que viene del vocablo latino *patrimonium*: “lo que se hereda de los padres”. La voz castellana, tal como hoy se escribe, comenzó a usarse a partir del siglo XIII.

763-a. SENTIDO JURÍDICO

En el idioma, patrimonio tiene varias acepciones. A nosotros interesa por ahora sólo su sentido jurídico. Desde este punto de vista se define tradicionalmente como el conjunto de derechos y obligaciones de una persona valuables en dinero.

En consecuencia, en el patrimonio no sólo entran los derechos, los bienes, los créditos sino también las deudas. Cuando estas últimas, en un momento dado, son más que las relaciones activas, se dice que el patrimonio tiene un pasivo mayor que el activo.

¹²² BUSSO, obra citada, tomo I, p. 574, N° 49.

En el patrimonio sólo entran los derechos que pueden apreciarse *económicamente*; los que no admiten semejante estimación quedan fuera, y por eso se llaman *extrapatrimoniales*. Tienen este carácter, por ejemplo, los derechos políticos, los derechos de la personalidad (derecho a la vida, al honor), los derechos de familia. Todos ellos en sí mismos carecen de valor pecuniario, sin perjuicio de que el daño que derive de su violación sea indemnizable en dinero.

764. DISTINCIÓN DEL PATRIMONIO RESPECTO DE LOS BIENES QUE LO COMPONEN; CARÁCTER VIRTUAL

El patrimonio es algo distinto de los bienes que lo integran o componen en un momento dado de su existencia. En efecto, abarca no sólo los bienes presentes de su titular, sino también los futuros, es decir, los que adquiera después. Así lo revela nítidamente la norma según la cual el acreedor puede perseguir la ejecución de su derecho sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean *presentes* o *futuros*, exceptuándose solamente los que la ley declara inembargables (C. Civil, art. 2465). De esta manera —explican los autores— el patrimonio aparece más como una virtualidad, un potencial que como una masa congelada de elementos. Es un continente, una bolsa —agregan— que puede estar vacía, o incluso tener un contenido negativo, como cuando existen más deudas que bienes.

765. ACTIVO BRUTO, PASIVO Y ACTIVO NETO DEL PATRIMONIO

La suma de todos los elementos positivos del patrimonio (bienes y derechos de valor pecuniario) forman su *activo bruto* y la suma de todos sus elementos negativos (deudas y cargas pecuniarias) constituyen su *pasivo*. Cuando el activo es mayor que el pasivo, la diferencia recibe el nombre de *activo neto*. Si una persona tiene bienes que en total valen 10 millones de pesos y deudas que suman 4 millones, el activo neto es igual a 6 millones de pesos.

Veremos más adelante que una minoría de autores identifica el patrimonio con el activo bruto.

766. UTILIDAD DEL CONCEPTO DE PATRIMONIO

El patrimonio, en razón de las funciones que desempeña, sirve para explicar varios mecanismos y figuras jurídicos, entre ellos, principalmente, los siguientes: la sucesión hereditaria, la garantía genérica de los acreedores y la subrogación real.

a) Desde luego, el patrimonio permite comprender cabalmente cómo a la muerte de una persona todo el conjunto de sus derechos y obligaciones transmisibles pasa unitariamente a los herederos en el estado en que se encuentre.

b) El concepto de patrimonio explica el llamado *derecho de prenda general* o *garantía genérica* de los acreedores, según la cual todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, pueden servir para que sobre ellos persiga el acreedor la ejecución de su crédito no satisfecho (C. Civil, art. 2465). Esta garantía permite al

acreedor expropiar los bienes del deudor, mediante el procedimiento de ejecución establecido por la ley, y hacerlos vender en pública subasta para pagarse con el precio obtenido.

c) El patrimonio, dada su naturaleza, sirve también para explicar el fenómeno de la *subrogación real*. Aclaremos antes que, en general, por subrogación se entiende la sustitución de una persona por otra o de una cosa por otra. En el primer caso se habla de subrogación personal y, en el segundo, de subrogación real, que es la que ahora conviene precisar. Defínese ella como la sustitución de una cosa a otra en términos tales que la nueva pasa a ocupar, jurídicamente, el mismo lugar de la antigua. La cosa que sustituye, sin cambiar de naturaleza, queda colocada dentro del patrimonio en la misma situación jurídica que tenía la cosa sustituida. Por ejemplo, si un bien raíz se incendia, pasa a ser reemplazado en el patrimonio por la indemnización que pague la compañía aseguradora. Ahora bien, la subrogación se explica por el carácter de universalidad de derecho que, según la teoría clásica, tiene el patrimonio y que permite la mutación de los elementos constitutivos de éste, sin que por ello se altere el conjunto unitario formado por los mismos. Josserand, un célebre profesor francés de la primera mitad del presente siglo, dice que “es interesante comprobar que el patrimonio constituye una universalidad jurídica, de la cual los valores positivos (bienes, derechos, créditos) o negativos (deudas, cargas), no constituyen sino células. De aquí resulta, por lo que se refiere a estos valores, una aptitud para reemplazarse los unos por los otros; son fungibles entre sí, *intercambiables*; los bienes que salen del patrimonio son reemplazados jurídicamente por los bienes que los suceden, y esto en virtud del fenómeno de la *subrogación real*”. Un adagio expresa que en las universalidades jurídicas el precio toma el lugar de la cosa vendida y la cosa comprada el del precio pagado. El que la cosa substitutiva tome la posición jurídica de la substituida sólo puede producirse en las universalidades de derecho y no en las de hecho, como una biblioteca o un rebaño.¹²³

767. TEORÍA CLÁSICA DEL PATRIMONIO

La noción de patrimonio existió ya en el Derecho Romano, con mayor o menor amplitud; pero sus juristas comprendieron en ella sólo los elementos activos, la totalidad de los bienes pertenecientes a un sujeto, no englobando también las deudas del mismo.

El Código Civil Francés, al igual que el chileno, no formula en ningún título o párrafo una teoría general sobre el patrimonio, aunque muchas normas diseminadas de uno y otro cuerpo legal se refieren a éste y le aplican principios que la doctrina ha sistematizado. Nuestro Código Civil habla, por ejemplo, del patrimonio del desaparecido (art. 85), de las fuerzas y obligaciones de los patrimonios (artículos 1066, 1170 y 1744), de la separación de patrimonios (artículos 1170 y 1382), etc.

¹²³ LOUIS JOSSERAND, *Derecho Civil*, tomo I, volumen 1, traducción del francés, Buenos Aires, 1950, p. 456, N° 651.

El primero en exponer una teoría general del patrimonio fue el jurista alemán, K. S. Zachariae, que, a mediados del siglo pasado, escribió una célebre obra titulada *El Derecho Civil Francés*. No debe extrañar que un germano haya consagrado un trabajo completo a ese Derecho si recordamos que, en una época, él imperó en algunas regiones alemanas. Zachariae puso de relieve varios caracteres del patrimonio (su naturaleza abstracta, la idea de que es una proyección de la persona humana misma con relación a sus bienes) que la doctrina moderna, o parte de ella, conserva; pero, lo mismo que los romanos, sólo concibió el patrimonio como una unidad jurídica “de todos los objetos exteriores perteneciente a una persona”.¹²⁴

Inspirándose en Zachariae los famosos autores franceses Aubry y Rau construyeron la teoría del patrimonio que ha llegado a ser clásica. Lo hicieron en su *Cours de Droit Civil* que, en un comienzo, se presentó como traducción del libro del profesor de Heidelberg, Zachariae. En las ediciones sucesivas, sobre todo a partir de la cuarta (8 volúmenes, publicados entre los años 1869 y 1878) la obra alcanzó perfiles propios, y desde entonces hasta hoy es considerada como “la obra maestra del Derecho Civil francés”. En esas páginas –repetimos– se encuentra firmemente delineada la teoría clásica del patrimonio que perdura hasta nuestros días, aunque, de parte de algunos, con ciertos reparos.

768. COMPOSICIÓN DEL PATRIMONIO Y DE LA ESFERA JURÍDICA

De acuerdo con la teoría clásica, el patrimonio está compuesto de relaciones activas y pasivas, es decir, de derechos y obligaciones o deudas susceptibles de valoración económica. Los derechos constituyen el elemento activo, el haber del patrimonio, y las obligaciones o deudas su elemento pasivo o el debe.

No faltan autores que, como los jurisconsultos romanos y el profesor alemán citado anteriormente, Zachariae, consideran que el patrimonio lo forman sólo los derechos pecuniarios, los bienes, los créditos; excluyen las deudas u obligaciones miradas desde el lado pasivo.¹²⁵ Sin embargo, prevalece la opinión que integra derechos y deudas en la masa patrimonial, porque sólo así se explica que los bienes del deudor respondan del cumplimiento de sus deudas (C. Civil, art. 2465).

Quedan fuera del patrimonio los derechos y deberes que no admiten una valuación en dinero. Pero estos derechos y deberes extrapatrimoniales, junto con el patrimonio, entran en una noción más amplia que suele llamarse *la esfera jurídica* de la persona. Y así, por ejemplo, el derecho de propiedad está en el patrimonio y en la esfera jurídica de su titular; pero el derecho a la vida

¹²⁴ K. S. ZACHARIAE, *Le Droit Civil Français*, traduit de l'allemand sur la cinquième édition, annoté et retablí suivant l'ordre du Code Napoléon par M. G. Massé et Ch. Vergé, t. II, Paris, 1855, pp. 38-48.

¹²⁵ Dice Zachariae en la traducción francesa ya citada: “...le patrimoine est l'idée de la personne même de l'homme dans ses rapports avec les biens qui lui appartiennent” (obra citada, t. II, párrafo 266, p. 40). Insistimos un poco en la cita del profesor de Heidelberg porque en muchas obras se afirma que sólo a partir de Aubry y Rau el patrimonio fue materia de una teoría.

y el derecho a sufragio no están en el patrimonio, aunque sí en la esfera jurídica del individuo.

769. CARACTERÍSTICAS DEL PATRIMONIO SEGÚN LA TEORÍA CLÁSICA

Para la teoría clásica, el patrimonio es una *emanación de la personalidad*, como dicen Aubry y Rau, o, según afirmaba su precursor Zachariae, “es la idea de la persona misma del hombre en sus relaciones con los bienes que le pertenecen”.

Del principio que liga el patrimonio a la personalidad derivan las demás características que la teoría clásica atribuye al patrimonio: a) toda persona, sea física o jurídica, tiene un patrimonio; b) el patrimonio no es transferible, aunque, sí, es transmisible por sucesión, a la muerte de su titular; c) sólo las personas pueden tener un patrimonio, y d) una misma persona no puede tener sino un patrimonio, que es uno e indivisible como la persona misma. Esta última característica se conoce con el nombre de *principio de la unidad del patrimonio*. Algunas de las características han sido cuestionadas.

770. TEORÍA OBJETIVA; EL PATRIMONIO-FIN O DE AFECTACIÓN

En contra de la teoría clásica del patrimonio que considera a éste como un atributo y emanación de la personalidad, surgió la teoría objetiva del patrimonio-fin o patrimonio de afectación. De acuerdo con ella, el patrimonio es sólo una masa de bienes y no se encuentra indisolublemente unido a la personalidad. La cohesión y unidad de los elementos del patrimonio no arranca de la voluntad de la persona sino del fin o destino a que está afecto el conjunto de bienes. La afectación a determinado fin justifica la existencia y razón de ser del patrimonio. De esta idea central síguese la posibilidad de patrimonio sin titular y la de que una sola persona pueda tener varios patrimonios.

No vamos a dilatarlos en comentarios a la teoría objetiva del patrimonio-fin o patrimonio de afectación. Nos limitaremos a repetir –como tantos otros– que se tildó de exagerada la tendencia de despersonalizar el patrimonio hasta el extremo de concebir que las cosas agrupadas podrían tener por sí mismas derechos y, en cierto modo, voluntad propia. Conclusión ésta inaceptable en el mundo jurídico. Pues todas sus instituciones y reglas están al servicio del hombre y de una voluntad legítima del mismo.

Sin embargo, parte de la teoría objetiva resulta acogida por la doctrina moderna, y lo ha sido con lógicas adecuaciones, según se verá al tratar del patrimonio separado y del patrimonio autónomo.

771. ¿ES UNA UNIVERSALIDAD DE DERECHO EL PATRIMONIO GENERAL?

Afirman muchos que el patrimonio general de las personas es una universalidad jurídica (*universitas juris*), llamada también de derecho.

Advirtamos que en un sentido genérico por *universalidad* se entiende un conjunto de bienes que forman un todo. “La tradición distingue las universalidades de hecho (*universitates rerum*) de las universalidades de derecho. Es muy delicado y ha suscitado controversias el tema del elemento que diferencia

mutuamente las dos categorías. A mí me parece —dice Aurelio Candian— que debe acogerse la idea de que mientras la *universalidad de hecho* es un complejo de cosas, homogéneas (por ejemplo, una biblioteca) o heterogéneas (por ejemplo, un establecimiento de comercio) reunidas conjuntamente por voluntad del hombre en razón del destino, o sea, de una relación funcional, por el contrario, la *universalidad de derecho* consiste en un complejo orgánico (creado por la ley) de relaciones jurídicas activas y pasivas, reunidas por la pertenencia a un mismo sujeto o (siempre en su estructura unitaria) a una pluralidad de sujetos. Por ejemplo: es universalidad de derecho el patrimonio hereditario, en el seno del cual se enfrentan elementos activos y elementos pasivos, reunidos por un destino (destino legal), en el sentido de que aquellos elementos activos deben servir para la satisfacción de las obligaciones pasivas y no otras”.¹²⁶

Generalmente los autores franceses expresan que el patrimonio general, sea de un vivo o la sucesión de un muerto, es el prototipo de la universalidad jurídica o de derecho.¹²⁷

En cambio, la mayoría de la doctrina italiana sostiene que el patrimonio no es una universalidad, porque toda universalidad, de hecho o de derecho, es una cosa, y el patrimonio de una persona viva no lo es y por eso no se puede adquirir ni enajenar mediante un acto jurídico entre vivos. Sólo la sucesión o patrimonio de una persona muerta es una cosa, una universalidad jurídica, y por ser una cosa puede adquirirse y enajenarse mediante un acto entre vivos.¹²⁸

772. PATRIMONIOS SEPARADOS

Se dice que hay patrimonios separados cuando dos o más núcleos patrimoniales, mutuamente independientes entre sí, tienen por titular a un mismo sujeto.

Como resulta de la definición, se trata de masas o núcleos patrimoniales que la ley crea —y no los particulares— para someterlos a un régimen jurídico propio que esa misma ley juzga adecuado o conveniente. A continuación veamos algunos ejemplos.

Todos saben que la sociedad conyugal es la sociedad de bienes que se forma entre los cónyuges por el hecho del matrimonio, salvo que haya pacto en contrario (C. Civil, art. 1718). Ahora bien, “como entre los cónyuges hay tres entidades distintas: el marido, la mujer y la sociedad y como esta última es una comunidad restringida a la que no ingresan todos los bienes de aquéllos, hay también tres *patrimonios*: el patrimonio común o social, el patrimonio propio del marido y el patrimonio propio de la mujer.”¹²⁹ Toda-

¹²⁶ CANDIAN, *Instituciones de Derecho Privado*, traducción castellana de la segunda edición italiana, México, 1961, p. 234.

¹²⁷ JEAN CARBONNIER, *Droit Civil*. Les biens, París, 1973, p. 78.

¹²⁸ Véase CANDIAN, ob. cit., p. 217; TORRENTE y SCHLESINGER, ob. cit., p. 136; SANTORO PASSARELLI, ob. cit., p. 87. Este último dice que el patrimonio general no puede considerarse una universalidad precisamente porque se concentra en el sujeto.

¹²⁹ ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *Tratado Práctico de las Capitulaciones Matrimoniales, de la Sociedad Conyugal y de los Bienes Reservados de la Mujer Casada*, Santiago de Chile, 1935, N° 164, p. 129.

vía, si la mujer tiene *bienes reservados* porque ejerce o ha ejercido un empleo, oficio o profesión, industria o comercio separados de los de su marido, habrá, además, un cuarto patrimonio, *el reservado*, constituido por los bienes que obtenga o haya obtenido con dicho ejercicio y por los que con ellos adquiera”.

Hay varios otros casos de patrimonios separados con régimen o tratamiento jurídico particular. Por ejemplo, el hijo de familia menor adulto sometido a patria potestad tiene un patrimonio general que se lo administra el padre y puede tener un peculio profesional o industrial, masa de bienes que se forma con los adquiridos por el hijo con su trabajo y cuyo goce y administración a él mismo corresponde (C. Civil, arts. 243, N° 1°, y 246).

Se menciona también como caso de patrimonio separado el que resulta de la *separación* de los bienes del difunto respecto de los del heredero, beneficio que pueden pedir los acreedores hereditarios y los acreedores testamentarios y en virtud del cual ellos tienen derecho a que de los bienes del difunto se les cumplan las obligaciones hereditarias o testamentarias con preferencia a las deudas propias del heredero (C. Civil, art. 1378).

También se señala como un caso de separación patrimonial el que deriva del *beneficio de inventario*. Este beneficio consiste en no hacer a los herederos que aceptan responsables de las obligaciones hereditarias y testamentarias, sino hasta concurrencia del valor total de los bienes que han heredado (C. Civil, art. 1247).

La Corte de Casación italiana, en sentencia de 27 de junio de 1971, declara que la aceptación de la herencia con beneficio de inventario, “comporta la separazione dei patrimoni del defunto e dell’erede”.¹³⁰

En contra se ha sostenido que el beneficio de inventario “no significa una dualidad de patrimonios sino una limitación de responsabilidad; las obligaciones hereditarias y testamentarias que pasan al heredero se reducen, en el caso de ser mayores, al monto de los bienes heredados”.¹³¹ A nosotros no nos cabe duda que opera esta reducción, pero ella supone previamente determinar el activo y el pasivo del patrimonio del difunto, patrimonio que para los efectos indicados se mira como una masa o núcleo separado del patrimonio general y personal del heredero.

Por supuesto que los llamados patrimonios separados sólo puede establecerlos la ley. No podría un particular separar un grupo de sus bienes y declarar que sólo éstos responderán de las deudas que contraiga en la actividad que con ellos despliegue y que, por ende, sólo los acreedores relacionados con las deudas contraídas en dicha actividad podrán ejecutar sus créditos en ese grupo de bienes, no pudiendo hacerlo los demás acreedores.

773. PATRIMONIO AUTÓNOMO

Patrimonio autónomo es aquel que transitoriamente carece de sujeto.

¹³⁰ PESCATORE y RUPERTO, *Codice Civile Annotato con la Giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione*, Milano, 1978, jurisprudencia del art. 512, p. 300.

¹³¹ CARLOS DUCCI CLARO, *Derecho Civil*, Parte General, Santiago, 1995, p. 150.

El interés práctico de la institución es la conservación del patrimonio y no se vea abandonado mientras advenga su titular o sean empleados los bienes que lo forman.

Un ejemplo de patrimonio autónomo es el de la herencia yacente. Otro, el que representa la asignación que tiene por objeto crear una nueva corporación o función; mientras se aprueba la personalidad jurídica los bienes de la asignación constituyen un patrimonio autónomo. También se considera que tiene este carácter la masa de bienes que se atribuye a un ente que si bien carece de personalidad jurídica, se le reconoce cierta autonomía patrimonial, aunque imperfecta. Uno de estos casos es el de la comisión de personas facultada por la autoridad competente para recolectar fondos y erigir un monumento a un ciudadano ilustre, monumento que pasará a ser un bien de la nación toda.

Entre el patrimonio separado y el autónomo la diferencia es notoria.¹³² El primero implica una especie de desconexión del patrimonio general de la persona, pero su titularidad continúa en la misma, lo que no ocurre con el patrimonio autónomo, que siempre, en la realidad, desemboca en otro titular. Comprobemos la afirmación a través de la herencia yacente que, como tal, es un patrimonio autónomo: el patrimonio hereditario, antes de morir el causante, a él correspondía; pasado el tiempo de la yacencia, una vez aceptada la herencia, dicho patrimonio tiene por titular al heredero aceptante, claro que con efecto retroactivo al tiempo de la muerte del causante, pero en la realidad el patrimonio hereditario estuvo temporalmente sin titular y por eso hubo que nombrarle hasta un curador.

¹³² Con todo, en la doctrina se advierte a veces un confucionismo o construcciones de poca uniformidad. Compárese: TRABUCCI, *Istituzioni di Diritto Civile*, Padova, 1985, párrafo 159, p. 391; en la versión española correspondiente a una edición italiana anterior, ya citada, t. I, p. 401; TORRENTE y SCHLESINGER, ob. cit., párrafo 69, p. 135; SANTORO PASSARELLI que, con particular punto de vista, agrupa los patrimonios separados y los autónomos bajo la denominación genérica de "patrimonios de destino", ob. cit., p. 88; CANDIAN, ob. cit., números 150 y 151, pp. 218, al final, a 223. Cabe advertir que algunas figuras jurídicas que se engloban en otros derechos en ciertos tipos de patrimonio no siempre coinciden con las concepciones del derecho chileno.