

DEL INFLUJO CANÓNICO EN LAS PARTIDAS AL INFLUJO CANÓNICO EN EL CÓDIGO CIVIL DE CHILE

CARLOS SALINAS ARANEDA*
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**

RESUMEN

El Derecho canónico ha influido en el Código Civil de Chile en diversas modalidades. Una de ellas es el denominado influjo implícito específico, que consiste en que el contenido de un artículo del Código Civil reproduce el contenido de una norma canónica sin que se haga referencia en el artículo respectivo ni en los proyectos del Código a dicha procedencia. Esta modalidad de influjo ocurre en dos artículos del Código Civil ya derogados, el art. 594 que impedía ser tutores o curadores a los que pertenecían al fuero eclesiástico; y el art. 2342 que establecía la incapacidad para que obispos, religiosos y ordenados *in sacris* fuesen fiadores. Los contenidos de estos dos artículos fueron obtenidos de las Siete Partidas, las que, a su vez, habían sido influidas, en la materia respectiva, por el Derecho canónico. Se analizan ambas situaciones en sus orígenes canónicos, su paso a las Siete Partidas y de éstas a los proyectos y al Código Civil de Chile.

PALABRAS CLAVE: Fiadores - Tutores - Curadores - Ordenados *in sacris* - Fuero eclesiástico - Obispos - Religiosos.

ABSTRACT

Canon law has influenced Chile's civil code in various ways. One of them is the specific implicit influence, in which the content of a civil code article reproduces the content of a canon norm with reference to its original source neither in the corresponding article nor in the bill of the code. This mode of influence occurs in two of the articles of the civil code already repealed: Art. 594, which prevented those having ecclesiastical privileges from being tutors or curators; and Art. 2342, which established the ineligibility for bishops, the clergy, and those ordained *in sacris* to be guarantors. The contents of these articles were obtained from the Siete Partidas*, which, in turn, had been influenced by canon law in the respective matter. Both situations in their canon origins, their transit to the Siete Partidas and from there to the bills and to Chile's civil code are analyzed.

* [N. B.: Las Siete Partidas is the most important systematization of medieval law, compiled in Spanish by Alfonso X the Wise, c. 1251.]

KEY WORDS: Guarantors - tutors - curators - ordained *in sacris* - ecclesiastical privileges - bishops - the clergy.

* Este trabajo forma parte del proyecto de investigación FONDECYT 1020647 del que el autor es investigador principal. Un resumen del mismo fue presentado en el XIV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano celebrado en Lima, en el mes de septiembre de 2003.

** Abreviaturas: CCEO = *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*; CIC = *Codex Iuris Canonici*; DO. = *Diario Oficial de la República de Chile*; GT. = *Gaceta de los Tribunales*; RDJ. = *Revista de Derecho y Jurisprudencia*.

I. INTRODUCCIÓN

La incorporación accesoria de las Indias a Castilla¹ permitió que el Derecho castellano rigiera en Indias, si bien, en la medida que fue apareciendo una legislación especial para Indias -el Derecho indiano entendido en su sentido restringido-, el Derecho castellano rigió en forma supletoria respecto de éste. Por su parte, el Derecho canónico, en tanto que derecho aplicable en el fuero temporal, también tuvo carácter supletorio respecto del derecho real castellano e indiano². No tuvo ese carácter, en cambio, cuando se trataba del fuero espiritual en el cual regía de manera directa, no supletoria, vigencia que habría tenido incluso si la incorporación de las Indias a Castilla se hubiese hecho *aequae principaliter*.

Las *Partidas* fue el texto legal castellano que reguló por excelencia el derecho privado indiano y, aun cuando su aplicación fue sólo supletoria de las leyes dictadas especialmente para regir en Indias, su vigencia fue amplia, pues el Derecho indiano entendido en su sentido estricto, era principalmente de contenido publicístico³. De esta manera, las *Partidas* tuvieron una amplia vigencia en Chile indiano, vigencia que continuó en Chile una vez producida la independencia (1818) y se prolongó en algunos casos – como en Derecho procesal– hasta entrado el siglo XX⁴. En materia civil esa vigencia se proyectó hasta 1857 año en que entró en vigencia el *Código Civil de la República de Chile* (1855). La sanción y vigencia de éste, sin embargo, si bien significó la derogación formal de las *Partidas*, no significó el abandono total de las mismas, pues el texto alfonsino fue una de las fuentes ampliamente utilizadas por Andrés Bello en la elaboración del *Código Civil* el que terminó por recoger, en numerosos artículos, la disciplina que había regido en Chile por largos años merced a la vigencia del texto del rey sabio⁵.

Pero el *Código Civil* no sólo acogió en su articulado numerosas soluciones legislativas de las *Partidas*, sino que, también, se dejó influir por el Derecho canónico. La incidencia del derecho de la Iglesia en el Código de Bello se produjo de maneras diversas, una de las cuales fue, precisamente, a

¹ J. MANZANO MANZANO, *La incorporación de las Indias a la Corona de Castilla* (Ediciones Cultura Hispánica, Madrid 1948).

² A. GUZMÁN BRITO, *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile* (Ediciones de la Universidad de Chile, Santiago 1982), I, pp. 50 - 51.

³ *Ibidem*, pp. 60 - 61; A. DOUGNAC RODRÍGUEZ, *Manual de Historia del Derecho Indiano* (Universidad Nacional Autónoma de México, México 1994), pp. 20 - 21.

⁴ En concreto, hasta 1906 año en que se promulgó el Código de Procedimiento Penal.

⁵ GUZMÁN, cit. (n. 2), I, pp. 414 - 415.

través de las *Partidas* las que, a su vez, habían recibido el influjo del Derecho canónico en los lejanos años en que ellas se elaboraron. En otras palabras, se trata de normas canónicas que, recibidas primeramente por las *Partidas*, pasaron posteriormente al *Código Civil* que, de esta manera, recogió la disciplina canónica no directamente de los cánones sino por medio y a través de las *Partidas*. En las páginas que siguen, después de abordar brevemente y en general el influjo del Derecho canónico en las *Partidas*, analizo los casos en que el *Código Civil* de Chile ha recibido el mismo influjo canónico, pero a través del texto alfonsino.

II. EL DERECHO CANÓNICO EN LAS PARTIDAS

Correspondió a Alfonso X vivir en una época en la que “la renacida Europa, unida en la profesión de un mismo credo católico, vivía obsesionada también con la idea de unificación integral de todas las actividades humanas dentro del marco de la fe y de la religión”⁶, lo que quedaría plasmado en la *Respublica Christiana* integrada por las dos sociedades supremas del momento, la Iglesia y el imperio. En una sociedad concebida en estos términos, el derecho estaba llamado a hacer una efectiva contribución, buscando la plena concordia entre ambas sociedades –la civil y la eclesial– y la armonización de lo espiritual y lo temporal en la actividad humana⁷: es lo que pretendió el *utrumque ius*, intentando acoplar en una síntesis unitaria lo mejor del Derecho romano y del Derecho canónico. Es por lo que cuando Alfonso X, sensible al movimiento renovador que se desarrollaba en el derecho de la época, decidió la elaboración de las *Partidas*, el derecho de la Iglesia fue ampliamente utilizado y sus leyes se hicieron generoso eco de sus disposiciones.

La medida en que el Derecho canónico influyó en las *Partidas* fue diversa según las temáticas tratadas en cada una de las partidas en que la obra se divide. La parte más favorecida fue la primera Partida en la que se abordan principalmente temáticas eclesiales: con excepción de los dos primeros títulos⁸, los 22 restantes se elaboraron a partir de elementos del Derecho canónico entonces vigente⁹. La otra partida más influida por el derecho de la Iglesia fue la cuarta, en cuyas leyes se regula el matrimonio y la familia: el

⁶ E. MARTÍNEZ MARCOS, *Las causas matrimoniales en las Partidas de Alfonso el sabio* (Salamanca 1966), p. 5.

⁷ F. CALASO, *Medievo del diritto* (Milano 1954), p. 149.

⁸ “Título primero: *Que fabla de las leyes y por quantas razones es este libro partido por títulos, e en que manera*”; “Título II: *Del uso de la costumbre e del fuero*”.

⁹ GIMÉNEZ Y MARTÍNEZ DE CARVAJAL, *El Decreto y las Decretales fuentes de la I Partida de Alfonso el Sabio*, en *Anthologica Annua* 3 (1955), pp. 339 - 348.

fondo principal de toda ella es el Derecho canónico, particularmente los 15 primeros títulos cuyo contenido es puramente canónico¹⁰. Las demás partidas también recibieron el influjo canónico, si bien en proporción más reducida, siendo predominante la legislación civil. Con todo, la séptima Partida, referida a la legislación penal, en parte apreciable se hace igualmente eco de elementos originalmente canónicos.

El método utilizado por los redactores de *Partidas* al utilizar las fuentes canónicas no fue uniforme, si bien, como norma general, hay que afirmar la libertad con que actuaron tanto en la selección como en la sistematización de las mismas¹¹. Es por lo que se pueden distinguir diversas modalidades: i) en ocasiones las fuentes se transcriben literalmente de los textos pontificios o conciliares en que se han dictado; ii) en otras ocasiones se resumen en sus términos sustanciales, dejando de lado los razonamientos que justificaban la misma en el texto original; iii) se utilizan los textos originales, pero igualmente se usan las glosas y comentarios elaborados por la doctrina sobre esos textos canónicos originales; en estos casos, se da a la obra de los autores la misma preferencia que a los textos originales, no siendo raro que la preferencia, en ocasiones, se incline por la obra de los juristas; iv) son frecuentes los casos en que intercalan introducciones o explicaciones como medida para ambientar y explicar los textos recogidos; v) en la distribución de los títulos y de las materias, si bien se inspiran en el *Decreto* y en la *Decretales*, no se atan a ellos; “este era el campo que más amplios márgenes abría a sus iniciativas personales, y aquí fue donde pusieron de manifiesto [los redactores de *Partidas*] los méritos más valiosos de su originalidad”¹²; vi) el estilo literario argumentativo y razonado típico de las *Partidas* no significó un obstáculo a la recepción de normas canónicas, pues éste era igualmente el

¹⁰ R. BIDAGOR, *El derecho de las decretales y las Partidas de Alfonso el Sabio*, en *Acta Congressus Iuridici Internationalis, Romae 1934* (Romae, 1936), III, pp. 299 - 313; EL MISMO, *Contribución española al estudio del Decretum Gratiani*, en *Studia Gratiani* 2 (1956), pp. 529 ss.; GIMÉNEZ Y MARTÍNEZ DE CARVAJAL, *S. Raimundo de Peñafort y las Partidas de Alfonso el Sabio*, en *Anthologica Annua* 3 (1955), pp. 202 ss.; J. MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, *La relación entre el derecho de las Decretales y el de las Partidas en materia matrimonial*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 15 (1944), pp. 589 - 643; E. F. REGATILLO, *El derecho matrimonial en las Partidas y en las Decretales*, en *Acta Congressus Iuridici Internationalis Romae 1934* (Romae, 1936) 3, pp. 317 ss.,

¹¹ MARTÍNEZ MARCOS, cit. (n. 6), pp. 9 - 10. La investigación que sobre esta materia se ha hecho hasta ahora no deja de tener presente la dificultad que entraña no contar con un texto crítico de las *Partidas* generalizadamente aceptado, que permita diferenciar los textos originales de la obra de aquellos otros que fueron incorporándose con posterioridad hasta dejarla en los términos de las ediciones actualmente más manejadas, especialmente la que contiene las glosas de Gregorio López.

¹² *Ibid.*, p. 10.

estilo en que solían presentarse las normas de la Iglesia, originadas en la mayoría de los casos, en situaciones prácticas sometidas a la autoridad pontificia que proponía soluciones razonables y razonadas.

En suma, “sin servilismos cerrados hacia ningún autor u obra –aunque en ellos se inspiren con frecuencia– se entregan a una reelaboración meticolosa de todo el material compilado. Sintetizan, ordenan y disponen el mismo a su modo. Dividen, tal vez, textos que originariamente formaban un conjunto doctrinal, para ajustarlos mejor en su distribución, a los cánones de la lógica y a los modos y técnicas legislativas, dentro de los planes en que habían concebido el código que elaboraban”¹³. El resultado, en lo que nos interesa ahora –el influjo canónico en *Partidas*–, fue, al menos en cuanto a la primera Partida, “el primer código organizado y articulado del derecho eclesiástico”¹⁴, calificativo que se puede extender también a la cuarta Partida, al menos en lo referido a sus primeros 14 títulos¹⁵.

Poco se sabe de los redactores de esta obra; entre los que habrían intervenido en la redacción de aquellas leyes influenciadas por los cánones, además de anónimos doctores españoles laureados en Bolonia, se han mencionado como más probables, Fernando Martínez arcediano de Zamora, Juan de Dios, Bernardo Compostelano, García Hispalense¹⁶ e, incluso, el mismo san Raimundo de Peñafort¹⁷.

Una cuestión que se han planteado los autores que han tratado el influjo que el Derecho canónico tuvo en las *Partidas* ha sido la razón y los fines por los cuales el rey sabio decidió incorporar en este texto unas leyes que, tanto por su contenido objetivo cuanto por su origen, desbordaban los límites de la autoridad secular. La respuesta a la misma ha sido variada: para unos esto se debería al regalismo exagerado del monarca¹⁸. Para otros sería el resultado del juego político del rey que pretendía de este modo ganarse las simpatías del papado en apoyo de sus pretensiones al trono del Sacro Imperio

¹³ Ibid.

¹⁴ GIMÉNEZ, *S. Raimundo*, cit. (n. 10), p. 239.

¹⁵ MARTÍNEZ MARCOS, cit. (n. 6), p. 11.

¹⁶ *Ibidem*, p. 12 n. 30.

¹⁷ La idea la apunta GIMÉNEZ, *S. Raimundo*, cit. (n. 10), p. 300. La cita es de MARTÍNEZ MARCOS (n. 6), cit. p. 12 n. 30.

¹⁸ MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo crítico sobre la antigua legislación y principales cuerpos legales... especialmente sobre el Código de Dn. Alfonso el sabio, conocido con el nombre de las Siete Partidas* (2ª ed., Madrid, 1845), pp. 273 ss.; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil: el Código Civil e Historia de la legislación española* (Madrid, 1899), I, p. 310; PÉREZ DE URBEL, *Los monjes españoles de la Edad Media* (2ª ed., Madrid, 1945), II, p. 559; SAMANIEGO DULANTO, *Legislación eclesiástica en las Partidas de Alfonso el Sabio* (Moralia, 1955), p. 274 n. 1. Los cita MARTÍNEZ MARCOS, cit. (n. 6), p. 17.

Romano Germánico¹⁹. Algunos han entendido que se trataría, bien de un simple prurito de Alfonso de imitar a Justiniano quien había dedicado gran parte de los títulos del libro primero de su *Código* a la legislación eclesiástica, bien en su piedad personal y amor filial a la Iglesia²⁰. En fin, y sin negar la parte de verdad que cabe a cada una de las razones antes invocadas, hay quien ha entendido que el eco tan marcado que hacen las *Partidas* del Derecho canónico se habría debido a una concepción unitaria y universalista del derecho, desarrollada en el entorno del *ius commune* y de la *Respublica Christiana*, que entendía que la legislación perfecta debía abarcar toda la vida del hombre cristiano en su proyección no sólo humana sino también sobrenatural²¹.

Cualquiera que haya sido la razón, una tal actitud no significó desconocer la división de jurisdicciones entre lo temporal y lo espiritual, pues el rey Alfonso bien conocía que “*estas son las dos espadas, porque se mantiene el mundo. La primera espiritual; la otra temporal. La espiritual taja los males escondidos, e la otra los manifestos*”²². Tampoco significó un intento de usurpar derechos del fuero eclesial, pues también sabía que “*los legos no han poder por sí de entrometerse en las cosas que pertenecen a la Iglesia, e mayormente en las que son espirituales*”²³. Por el contrario, su finalidad fue proporcionar al derecho de la Iglesia el apoyo del poder regio para amparar los intereses de ésta y defender el mejor cumplimiento de las leyes dictadas por ella, pues, como en las mismas *Partidas* se dice, “*estos dos poderes [espiritual y temporal] se ayuntan a la fe de Nuestro Señor Jesu Cristo por dar justicia cumplidamente al alma y al cuerpo. ‘Onde conviene por razón derecha que estos dos poderes sean siempre acordados, así que cada uno de ellos, ayude de su parte al otro’: ca el que desacordase vernia contra el mandamiento de Dios, e auria por fuerza de menguar la fe e la justicia*”²⁴. Aquí radica la razón última por la que en las *Partidas* se dio cabida al Derecho canónico, “para que se las considerase como leyes que el rey tomaba bajo su tutela, como si fueran propias”²⁵.

A la luz de lo anterior surge de inmediato una nueva cuestión: el valor legal de la legislación canónica en las *Partidas*. Por de pronto parece claro

¹⁹ SEMPERE Y GUARINOS, *Historia del Derecho español* (2ª ed., Madrid, 1844), I, p. 253.

²⁰ BIDAGOR, *El derecho*, cit. (n. 10), p. 305.

²¹ MARTÍNEZ MARCOS, cit. (n. 6), pp. 18 - 24.

²² Prólogo a la segunda Partida. Lo mismo repite en el prólogo a la tercera y cuarta *Partidas*.

²³ P. 1, 15, 15.

²⁴ Prólogo a la segunda Partida.

²⁵ MARTÍNEZ MARCOS, cit. (n. 6), p. 22.

que Alfonso nunca pretendió hacer uso de su potestad legislativa para legislar en materias propiamente eclesiásticas; tan sólo se limitó a recoger y aceptar doctrinas o disposiciones disciplinarias del ordenamiento canónico con el fin de reforzarlas con el apoyo de su autoridad real. De donde los cánones que incorporó a las *Partidas*, al ser convertidos en leyes reales, no perdieron su valor autónomo ni su carácter específico de ley eclesiástica: sólo recibieron la protección y el refrendo real. De esta manera, las leyes de *Partidas* que se refieren a lo religioso, si bien son formalmente leyes reales, reciben su contenido del Derecho canónico; Alfonso *recibe* el precepto, en ningún caso lo *constituye*. Es por lo que el legislador de *Partidas* ni se cree ni actúa como creador de la ley eclesiástica, sino como un simple suscriptor de la misma, como un tutor o defensor de los cánones que la Iglesia tenía como patrimonio suyo exclusivo en el orden jurídico²⁶.

Esta actitud del legislador de *Partidas* es del todo válida para las normas canónicas contenidas en el *Decreto*, en las *Decretales* o en las decisiones de concilios y sínodos. Pero ¿vale igualmente para las obras de los decretistas y decretalistas que también utilizaron los redactores de la obra alfonsina? Porque no es raro que los redactores de *Partidas* reciban la disciplina canónica a través de las glosas y comentarios de los autores; o que presenten como ley de la Iglesia lo que no pasa de ser una opinión particular de uno o varios autores creada en torno a una disposición oficial de la Iglesia. ¿Qué valor tienen en este caso las leyes alfonsinas que, más que a una ley eclesial, responden a la doctrina de los autores? Si las leyes canónicas en nada alteraron su valor al ser incluidas en *Partidas*, tampoco las opiniones de los autores que son presentadas como un exponente de la jurisprudencia o doctrina canónica entonces admitida cambiaron de naturaleza: siguieron siendo opiniones o doctrina de los autores, con la consideración que ellas se merecieran ante los órganos de la autoridad eclesiástica, en la aplicación a los casos concretos de la vida. Los codificadores alfonsinos las recopilaban en su obra porque las creyeron, sin duda, más autorizadas, en cuanto les parecía que reflejaban mejor el sentido de las normas y disciplina canónica vigentes; pero con ello no pretendieron en modo alguno transformarlas en ley canónica. Lo único que podían hacer, era presentarlas como una interpretación

²⁶ MARTÍNEZ MARCOS, cit. (n. 6), p. 24. Esta es la razón por la cual no puede entenderse que las *Partidas* sean, en estas materias, un precedente del moderno Derecho Eclesiástico del Estado, es decir, del Derecho del Estado que regula el fenómeno religioso como factor social. En éste, el Estado actúa desde su propia potestad legislativa regulando lo religioso no por tener un particular interés religioso –el Estado es incapaz del acto de fe– sino porque lo religioso es un factor social –como puede serlo el deporte o la cultura– que el Estado considera necesario y conveniente regular. La actitud del moderno legislador, así, está muy lejos de la del legislador de *Partidas*.

más autorizada del derecho de la Iglesia; y en este sentido “recomendar implícitamente su uso y aplicación ante los fieles, y aun ante las autoridades eclesiásticas subalternas, pero sin pretender quitar a éstas su libertad de acción”²⁷.

III. EL DERECHO CANÓNICO EN EL CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE

Hacia 1833-1834 Andrés Bello, por encargo privado del que entonces era ministro del interior del gobierno de Chile, Diego Portales, empezó a trabajar en la elaboración de un Código Civil²⁸. La tarea codificadora, en la que sucedieron el trabajo de Bello solo y el de comisiones²⁹, estuvo terminada en diciembre de 1855³⁰, cuando el Congreso de Chile aprobó el *Código Civil* que debía entrar en vigencia el 1 de enero de 1857. Todo el proceso codificador del Derecho civil en Chile se realizó bajo la vigencia de la Constitución de 1833, la que estaría en vigencia hasta 1925. Dicha Constitución se hacía continuadora del régimen jurídico que había regido las relaciones

²⁷ MARTÍNEZ MARCOS, cit. (n. 6), p. 25.

²⁸ Puesto ante la disyuntiva de empezar a redactar un código se planteaba a Bello la materia por la cual iniciar su trabajo: escogió la referida a sucesiones por considerar que era la más oscura del derecho vigente; una vez que terminó el libro de sucesiones, trabajando todavía solo, abordó el de las obligaciones y contratos. Cuando tuvo terminado el proyecto de los dos libros, se inició el trabajo de comisiones.

²⁹ La primera comisión empezó a trabajar en septiembre de 1840 sobre la base del proyecto de los dos libros elaborados por Bello en los años inmediatamente anteriores. A esta comisión sucedió una segunda, que finalmente se fusionó con la primera, pero cesaron sus trabajos en 1847, habiéndose limitado estas comisiones a revisar los proyectos ya elaborados por Bello quien, desde ese año, continuó su trabajo solo. Fruto de este primer trabajo de comisiones fueron dos proyectos parciales de Código Civil: el *Proyecto de 1841-1842*, que comprende el Título Preliminar y el libro de sucesiones, publicado entre ambos años en el diario *El Araucano*; posteriormente se publicó en 1846 como libro, con algunas modificaciones respecto de su primera publicación. El segundo proyecto parcial fue el de 1842-1845, que comprende el libro sobre obligaciones y contratos; se publicó en el diario *El Araucano* entre esos años y, posteriormente como libro en 1847, sin modificaciones respecto de su primera publicación. Cfr. GUZMÁN, cit. (n. 2), pp. 307 - 330.

³⁰ Entre 1847 y octubre de 1852 Bello trabajó solo; en octubre de 1852 pudo presentar el primer proyecto completo de *Código Civil*. Por disposición del Gobierno fue publicado en cuatro volúmenes los meses de enero, febrero y marzo de 1853, por lo que se le conoce como el *Proyecto de 1853*. Este proyecto fue sometido a la revisión de una nueva comisión, producto de la cual es el llamado *Proyecto inédito*, porque no se publicó en su momento, sino a fines del siglo XIX. Este *Proyecto inédito* fue sometido a una nueva revisión de la que resultó el *Proyecto de 1855* que fue presentado por el Gobierno al Congreso y aprobado por éste, en bloque, en diciembre de ese año como *Código Civil de Chile*.

entre la monarquía y la Iglesia durante el período indiano, esto es, el patronato, con la diferencia sustancial, sin embargo, de que mientras el patronato indiano había sido una concesión pontificia, el patronato consagrado en esta Constitución era tan sólo una situación de hecho asumida por las autoridades chilenas unilateralmente, sin refrendo oficial por parte de la Santa Sede que se limitó a tolerar este abuso.

De acuerdo con el artículo 5 de dicha Constitución, la religión oficial del Estado de Chile era la religión católica. Con ello, el Estado de Chile se declaraba confesionalmente católico, lo que venía a coincidir con la realidad sociológica del momento. La excepción la representaba un número reducido de inmigrantes, llegados a Chile después de la independencia, y que en su mayoría se dedicaban al comercio. De esta manera, la redacción y aprobación del *Código Civil* de Chile se hizo en un ambiente en que la religión católica formaba parte de la cultura nacional, lo que era aceptado sin mayores dificultades. No es de extrañar, entonces, que el *Código Civil* se hiciera eco de esta religiosidad, recogiendo en su articulado instituciones o regulando situaciones en que la visión cristiana de las mismas es el elemento determinante. Es por lo que el arzobispo de Santiago, don Rafael Valentín Valdivieso (1847-1878), en carta al obispo de Concepción, D. José Hipólito Salas (1854-1883), antes de que el Código entrara en vigencia, le manifestaba que la lectura del Código Civil ya aprobado por el Congreso, “me ha hecho formar juicio de que en lo relativo a la religión y a la Iglesia descansa en sólidos principios, pero que se resiente de las prevenciones del siglo en la aplicación de esos mismos principios”³¹; y en carta del día siguiente al obispo de La Serena, D. Justo Donoso Vivanco (1853-1868), le manifestaba que cumplía con su deber al “reconocer que el Código tributa sus respetos a los sanos principios, y no parece que quiera atropellar a la Iglesia”³². Estos buenos juicios, empero, no eran obstáculo para “desear que desaparezcan de él algunos lunares”³³, lo que motivó una presentación conjunta de los tres obispos al Senado³⁴.

Ahora bien, el influjo del Derecho canónico en el *Código Civil* de Chile se produce de diversas formas. En ocasiones se trata de un influjo explícito, del que queda expresa constancia en la norma de manera que el lector de la misma lo advierte desde su primera lectura. Un ejemplo es el artículo 586 según el cual “*Las cosas que han sido consagradas para el culto divino, se regirán por el derecho canónico*”.

³¹ Carta al Obispo de Concepción, de 28 julio 1856, en J. R. ASTORGA (rec.), *Obras científicas i literarias del Ilmo. I Rmo. Sr. Don Rafael Valentín Valdivieso, arzobispo de Santiago de Chile 2* (Santiago de Chile, 1902), p. 7.

³² Carta al Obispo de La Serena, de 29 julio 1856, *Ibidem*, p. 23.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Reclamación sobre el Código Civil*, en ASTORGA, cit. (n. 31), pp. 27 - 58.

En otras ocasiones el influjo del Derecho canónico se deja sentir sin que el lector lo advierta a simple vista: se trata de un influjo *implícito* en el cual es posible distinguir dos modalidades: a veces se trata de un influjo que se ha venido realizando a través de los siglos de manera que la respectiva institución ha terminado de configurarse con el aporte del derecho de la Iglesia: es el influjo *implícito general*, que sólo el conocimiento histórico de la respectiva institución permite detectar. Como el Derecho canónico es uno de los elementos configuradores del derecho occidental³⁵, su huella ha quedado en numerosas instituciones del derecho privado y público que hoy forman parte del patrimonio jurídico de Occidente³⁶. Es por lo que el influjo del Derecho canónico se encuentra implícito en diversas instituciones de las reguladas por el *Código Civil* chileno como, por ejemplo, las personas jurídicas³⁷.

Hay otras disposiciones del *Código Civil* en las que, igualmente, el influjo del Derecho canónico se hace sentir en forma *implícita*, pero de manera más específica. Se trata de artículos del *Código Civil* cuyo contenido ha sido tomado del Derecho canónico sin que en el artículo se diga que lo que la norma manda se dispone también en el Derecho canónico. Se trata de un influjo implícito en que lo que proporciona el Derecho canónico es el contenido de la norma civil. Cuando esto ocurre en el Código de Bello el contenido canónico es tomado, en ocasiones, no de textos propiamente canónicos, sino de otras normas, en concreto las *Partidas* de Alfonso X que, a su vez, habían recogido estos contenidos del derecho de la Iglesia. Este influjo, que he denominado influjo *implícito específico*, se produce en dos artículos del Código chileno.

³⁵ R. GIBERT, *Elementos formativos del Derecho en Europa, germánico, romano, canónico* (Madrid, 1982).

³⁶ Sobre este tema recientemente S. ACUÑA GUIROLA - R. DOMÍNGUEZ BARTOLOMÉ, *Influencia de las instituciones canónicas en la conformación del orden jurídico civil a través de la historia 1* (Editora de Publicaciones Científicas y Profesionales, Cádiz, 2000); P. AGUILAR ROS - R. HERRERA BRAVO, *Derecho romano y Derecho canónico: elementos formativos de las instituciones jurídicas europeas* (Granada, 1994). También puede verse J. MALDONADO, *Significación histórica del Derecho canónico*, en *Ius Canonicum* 9 (1969), pp. 5 - 99; EL MISMO, *Curso de Derecho canónico para juristas civiles. Parte general* (2 ed., Madrid, 1970), pp. 221 - 409; EL MISMO, *Líneas de influencia canónicas en la historia del proceso español*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 33 (1953), pp. 467 - 495; EL MISMO, *Derecho canónico y Derecho civil*, en AA.VV., *Derecho canónico 1* (Pamplona, 1974), pp. 127 - 159.

³⁷ La lit. sobre la influencia del Derecho canónico en la configuración de las personas jurídicas es amplia, de las cuales pueden citarse: S. PANIZO ORALLO, *Persona jurídica y ficción. Estudio de la obra de Sinibaldo de Fieschi (Inocencio IV)* (Pamplona, Eunsa, 1975); S. BUENO SALINAS, *La noción de persona jurídica en el derecho canónico* (Barcelona, Herder, 1985).

IV. INCAPACIDAD DE TUTELA O CURADURÍA DE
QUIENES PERTENECEN AL FUERO ECLESIASTICO

Dispone el *Código Civil* en su artículo 498 que “*son asimismo incapaces de toda tutela o curaduría: 1º Los que pertenecen al fuero eclesiástico; pero los eclesiásticos seculares que no ejerzan episcopado o no tengan cura de almas, podrán ser tutores o curadores de sus parientes*”.

1. *La incapacidad en el Derecho canónico*

De acuerdo con la disciplina que estaba vigente en la Iglesia en la época de las *Partidas*, la que estaba contenida en el *Decreto*³⁸, “los reverendísimos obispos, presbíteros, diáconos y subdiáconos y principalmente los monjes aunque no sean clérigos, estén exentos del cargo de tutores, ya sean testamentarios, legítimos o dativos, como asimismo de la curatela así de la de los pupilos y adultos como de la de los locos, mudos, sordos y demás personas que según las leyes estén sujetas a ella”. Disfrutaban de este beneficio sólo los clérigos y monjes que se ocupaban en el cumplimiento de sus deberes “en las sacrosantas iglesias y monasterios”, pues se les concedía este privilegio para que se ocupasen en el culto divino sin que los otros negocios los distrajesen. En otra parte del *Decreto* se les prohibía, incluso, encargarse de cualquier gestión que fuese con miras de interés y sólo se les permitía administrar, por un principio de caridad, los bienes de los pupilos y huérfanos cuando creyesen que otras personas lo harían en perjuicio de los mismos³⁹.

La segunda de estas normas del *Decreto* recogía el capítulo 3 del Concilio de Calcedonia. La primera, en cambio, estaba tomada del *Código* de

³⁸ *Decreto* c. 40 C. XVI q. 1: “*Omnes clerici vel monachi tutelae immunitatem habere debent. Generaliter sancimus, omnes viros reverendissimos episcopos, nec non presbiteros, sive diaconos et subdiaconos et praecipue monachos, licet non sint clerici, immunitatem ipso jure omnes habere tutelae, sive testamentariae, sive dativae, sive legitimae: et non solum tutelae esse eos expertes, sed etiam curae: non solum pupillorum et adultorum, sed et furiosi, et surdi et muti, et aliarum personarum, quibus tutores vel curatores a veteribus legibus dantur. § 1. Eos tamen clericos et monachos hujusmodi habere beneficium sancimus, qui apud sacrosanctas ecclesias vel monasteria permaneat, non divagantes, neque circa divina ministeria desides: cum propter hoc ipsum beneficium eis indulgemus, ut, aliis omnibus derelictis, Dei omnipotentis ministeriis inhaereant*”.

³⁹ *Decreto*, c. 26 in fine D. LXXXVI: “*Decrevit igitur sancta et magna synodus, neminem horum deinceps, hoc est episcoporum, sive clericis, aut monachum, conducere posesiones, aut misceri secularibus procuracionibus posse, nisi forte qui legibus ad minorum aetatum tutelas sive curationes inexcusabiles attrahuntur, aut cui ipsius civitatis episcopus ecclesiasticarum rerum commiserit gubernacula, et orphanorum atque viduarum quae indefensae sunt, aut earum personarum quae maxime ecclesiastico indigent amminiculo propter timorem Dei. Si quis vero transgressus fuerit haec precepta, correctioni ecclesiasticae subiaceat*”.

Justiniano⁴⁰; se trataba, pues, originalmente no de una norma propiamente canónica sino imperial. Pero ¿es tan así que se trataba de una norma meramente imperial, con la cual un emperador, desde fuera de la Iglesia, regulaba aspectos propios de la vida eclesial? ¿Esta constitución justiniana era una mera constitución imperial carente de valor canónico? La verdad es que no. Por de pronto hay que tener presente que por los años en que Justiniano elabora su *Código* el Derecho canónico distaba mucho de ser un ordenamiento orgánico y sistemático que regulara en su totalidad los variados aspectos de la vida eclesial. Es la razón por la cual la Iglesia, especialmente la Iglesia de Oriente, no tenía dificultades en aceptar las normas emanadas del emperador quien, además, disponía de los medios suficientes para hacerlas cumplir. Pero, y esto es más importante, el emperador era al mismo tiempo el *Basileus*, es decir, el representante de Dios en la tierra, de donde así como debía regular la sociedad civil, a él también le correspondía regular la sociedad eclesial: dos ordenamientos que eran expresión de dos poderes que, si bien eran distintos, tenían la misma fuente⁴¹.

⁴⁰ Cod. Iust. 1, 3, 52: “*El emperador Justiniano Augusto a Juan, prefecto del pretorio. Establecemos como regla general que los reverendísimos obispos, presbíteros, diáconos y subdiáconos y principalmente los monjes aun cuando no sean clérigos, estén exentos del cargo de tutores, ya sean testamentarios, legítimos o dativos, como asimismo de la curatela así de los pupilos y adultos como de la de los locos, mudos, sordos y demás personas que según las leyes estén sujetas a ella. § 1. Disfrutarán de este beneficio sólo los clérigos y monjes que no se ocupen en el cumplimiento de sus deberes en las sacrosantas iglesias y monasterios, pues se les concede este privilegio para que se ocupen en el culto divino, sin que les distraigan otros negocios. § 2. Esta ley se observará en la antigua Roma, en esta ciudad y en las demás partes en que hubiere cristianos. En la Auténtica De Sanctis episcopis. § Deo autem amabilis, coll. 9, tit. 6 al tit. últ., o sea Nov. 123, capítulo 5. Permitimos a los presbíteros, diáconos y subdiáconos llamados a la tutela por derecho de cognación, el aceptarla mientras dentro seis meses, a contar del día en que en ellos recaiga, manifiesten ante el juez competente que la admiten voluntariamente. El hacerlo no les irrogará el menor perjuicio relativamente a las tutelas o curatelas de los extraños. § 1. No permitimos empero al obispo o monje admitir tutela alguna*”.

⁴¹ Novela 6, Prefacio: “*El sacerdocio y el imperio son dos dones preciosos que Dios, por su infinita clemencia ha concedido a los hombres. El sacerdocio se ocupa de las cosas divinas, el imperio preside y gobierna a los mortales, uno y otro proceden del mismo principio y dirigen a los hombres durante su vida. Por lo mismo los Emperadores deben mirar con gran interés cuanto se refiere al honor de los sacerdotes que sin cesar ruegan a Dios por su salud. Porque si el sacerdocio es puro en sus costumbres, y el imperio, lleno de confianza en Dios, administra sabiamente la república que le está confiada, resultará un gran bien al género humano de tan feliz armonía. Fijamos toda nuestra solicitud en los verdaderos dogmas divinos y en la dignidad sacerdotal, que si llega al punto que deseamos, nos acarrearán los más grandes beneficios de Dios, asegurándonos la conservación de los que poseemos y la eterna bienaventuranza. Todo en este mundo va bien si se hace en nombre de Dios*”.

Un elemento fundamental en la concepción de la figura del emperador bizantino es la creencia de la intervención divina en la elección del titular del imperio: todo emperador es elegido por Dios. “Gloria a Dios que te ha designado como basileus, que así te ha glorificado, que te ha manifestado su gracia” son las aclamaciones que siguen a la coronación imperial⁴². Si el emperador es elegido por Dios, es porque el Imperio entra en el plan divino y representa, como la Iglesia, la victoria de Dios sobre el mal; el imperio ha sido fundado por Cristo que es su comienzo y su fin⁴³. De esta manera, el emperador, lugarteniente de Dios, es el protector nato de la Iglesia, la que le da su apoyo tanto como obedece a la ley divina⁴⁴; más aún, no se comprende que la Iglesia pueda existir sin el imperio⁴⁵. Es por lo que hasta los últimos días del imperio, la teología era un asunto de Estado y los emperadores pretendieron tener la última palabra en las controversias, como si poseyesen en materia de fe una suerte de infalibilidad⁴⁶. Defensor de la fe, el emperador no vela sólo por la pureza de la fe, sino que, con mayor razón, por el buen orden que en ella debe reinar, por la observancia de los cánones, manteniendo no sólo a la jerarquía sino a todos los fieles en el cumplimiento de sus deberes religiosos. Así, la ley civil debe prestar su apoyo a la Iglesia, respetar sus privilegios y defenderlos cuando sea necesario, aún contra los agentes imperiales. Pero existe una tal intimidad entre la Iglesia y el Estado que los dos dominios no siempre se distinguen por lo que, cuando se considera a propósito, el emperador legisla en materia de disciplina eclesiástica⁴⁷. A la luz de todo esto no es de extrañar que, a diferencia de Occidente, donde las reformas religiosas fueron hechas siempre por la misma Iglesia, en la que los reformadores eran papas, obispos, monjes cuyos programas eran adoptados por los concilios, la mayor parte de las reformas eclesiásticas de Bizancio se debieron a la iniciativa de emperadores como Justiniano (527-

y en modo que le sea agradable. Nos convenceremos de esta verdad si cumplimos los sagrados preceptos que los santos apóstoles, ministros de Dios, nos han enseñado y los santos padres nos han transmitido y explicado”.

⁴² L. BRÉHIER, *Le monde byzantin 2: Les institutions de l'empire byzantin* (Paris, 1949), p. 55. Cfr. J. DAZA MARTÍNEZ, *La política religiosa y la legislación eclesiástica del Emperador Justiniano*, en *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense* 90 (Curso 1998-1999), pp. 49 - 65; H. AHRWEILER, *L'idéologie politique de l'empire byzantin* (Paris, 1975); M. AMELOTTI, *Introduzione storico-giuridica* al Vol. *Scritti teologici ed ecclesiastici di Giustiniano* (Milano, 1977).

⁴³ BRÉHIER, cit. (n. 42), p. 56.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 430.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 431.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 434.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 435.

565), León VI (886-912), Alexis Comnène (1081-1118), Manuel Comnène (1143-1180) o Andronico II (1282-1382)⁴⁸. De hecho, la legislación eclesiástica de Justiniano en particular forma una de las bases más sólidas del Derecho canónico y es todavía en parte conservada en las iglesias ortodoxas. Es por lo que se ha afirmado que el régimen religioso de Bizancio no es propiamente un cesaropapismo en cuanto que no conoce dos sociedades distintas, sino únicamente una sociedad cristiana en cuyo vértice está el emperador con quien colabora la jerarquía eclesiástica, emperador que tiene un lugar de preponderancia, si bien no exclusiva, y que justifica sus intervenciones incesantes en la legislación canónica⁴⁹.

Aunque Justiniano estableció una distinción teórica entre *sacerdotium* e *imperium*, entre los que debía existir una *simphonia* o *consonantia*⁵⁰, continuó moviéndose dentro de la tradición de los siglos inmediatamente anteriores, por lo que dicha distinción no siempre la observó en la práctica⁵¹. Por otra parte, Justiniano entendía que la *ortodoxa religia* y la *pax ecclesiarum* estaban en estrecha relación con la *plebis concordia* y la *pax orbis*, por lo que fue preocupación constante de él salvaguardar las dos primeras⁵².

Esto explica no sólo que el *Código* contenga legislación eclesiástica, sino que ella ocupe el lugar de preeminencia en el libro primero del mismo; “esta colocación no podía sino que significar, de manera marcada, la unicidad del fundamento de los dos ordenamientos, el del imperio y el de la *communio ecclesialis*, y en concreto la coincidencia entre la sociedad cristiana y la sociedad civil”⁵³. De allí que Graciano, puesto a concordar los cánones discordantes, no tuvo ningún inconveniente en incorporar la constitución que nos ocupa –y otras– en la que sería la primera de las colecciones que conformarían el *Corpus Iuris Canonici*.

La disciplina recogida en el *Decreto* no varió con el tiempo, y varias decisiones canónicas la fueron reiterando⁵⁴, de manera que cuando, con el co-

⁴⁸ *Ibidem*, p. 438.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 444. Cfr. H. I. MARROU, *La Iglesia en el marco de la civilización helenística y romana*, en *Concilium* 67 (1971), p. 61; DENZLER, *Líneas fundamentales de la eclesiología en el Imperio bizantino*, *Ibidem*, pp. 72 - 73.

⁵⁰ *Novellae* 6, praef.

⁵¹ E. BARKER, *Social and political Thought in Byzantium from Justinian I to the last Palaeologus* (Oxford, 1957), p. 36.

⁵² DAZA, cit. (n. 42), p. 57.

⁵³ G. L. FALCHI, *Osservazioni sul fondamento ideológico della collocazione della materia eclesiástica nel Codice di Giustiniano e nei Basilici*, en F. BIFFI (a cura di), *I diritti fondamentali della persona umana a la libertà religiosa*. Atti del V Colloquio Giuridico (8-10 marzo 1984) (Librería Editrice Vaticana – Librería Editrice Lateranense, Roma, 1985), p. 381.

⁵⁴ S. C. de OO y RR, Salernitana, de 24 junio 1619; Thelesina, de 30 mayo 1626

rrer del tiempo, Justo Donoso escribió sus *Instituciones de Derecho canónico americano*, por los mismos años en que se elaboraba el *Código Civil* de Chile, explicaba que los clérigos estaban exentos de tutelas y curatelas testamentarias y dativas, prohibiéndoseles incluso aceptarlas⁵⁵. Todavía más, cuando ya había entrado en vigencia el *Código Civil*, el Sínodo diocesano celebrado en Santiago de Chile por el arzobispo Mariano Casanova (1895), en el artículo 362 de sus extensas constituciones establecía precisamente que “*es prohibido a los eclesiásticos ser tutores o curadores; salvo de sus parientes*”⁵⁶. Y el concilio plenario de América Latina celebrado en Roma en 1899⁵⁷ prescribiría poco después que “*No puede un clérigo aceptar el cargo de curador o de tutor, sin licencia*” (art. 652). Se modificaba en parte la disciplina canónica tradicional, pero se recogía, en cambio, en parte, la misma excepción que se encontraba vigente en el *Código Civil* de Chile por esos mismos años.

El *Código de Derecho Canónico* de 1917 varió la disciplina general contenida en el *Corpus* canónico, disponiendo en el canon 139 § 3, en la línea ya marcada por el concilio plenario latinoamericano, que “*sin licencia del Ordinario no administrarán [los clérigos] bienes pertenecientes a los seglares ni ejercerán oficios o cargos que lleven consigo la obligación de rendir cuentas*”; entre estos se incluían, como ejemplos clásicos, las tutelas y las curatelas⁵⁸. Se abría, pues, la posibilidad de que los clérigos pudiesen ejercer estas guardas sin mayor limitación en cuanto a los beneficiarios de las mismas, debiendo contar, eso sí, con la autorización del Ordinario. Lo mismo sucedía con los religiosos a quienes, en virtud del canon 592, se les aplicaba en esta materia la misma disciplina de los clérigos.

El *Código de Derecho Canónico* de 1983 no introdujo innovaciones en esta materia, recogiendo la misma norma del Código piobenedictino en el canon 285 § 4 según el cual los clérigos “*sin licencia de su Ordinario, no han*

y 13 junio 1648. Se citan en *Fuentes del Sínodo diocesano celebrado en Santiago de Chile por el Ilmo. y Rmo. señor Arzobispo Dr. D. Mariano Casanova del 8 al 15 de setiembre de 1895* (Imprenta de La Revista Católica, Santiago de Chile, 1903), p. 44, art. 362.

⁵⁵ J. DONOSO, *Instituciones de Derecho canónico americano 2* (Imprenta y Librería del Mercurio, Valparaíso 1849), p. 274, que en nota remitía a Ferraris, donde podían consultarse las “varias decisiones canónicas” que he señalado en la nota anterior.

⁵⁶ *Sínodo diocesano celebrado en Santiago de Chile por el Ilmo. y Rmo. señor arzobispo Dr. D. Mariano Casanova* (Santiago de Chile 1896); *Fuentes* (n.), p. 44.

⁵⁷ PONTIFICIA COMISIÓN PARA AMÉRICA LATINA, *Acta et decreta concilii plenarii Americae Latinae in urbe celebrati anno Domino MDCCCXCIX* (ed. facsimil, Librería Editrice Vaticana, Ciudad del Vaticano, 1999), p. 365.

⁵⁸ A. ALONSO LOBO, [Comentario al canon 139], en *Comentarios al Código de Derecho Canónico con el texto legal latino y castellano* (Bac, Madrid, 1963), I, p. 435 - 436.

de aceptar la administración de bienes pertenecientes a laicos u oficios seculares que lleven consigo la obligación de rendir cuentas"; norma aplicable también a los religiosos por disponerlo expresamente el canon 672, el que igualmente señala que en los institutos laicales de derecho pontificio, la licencia puede ser concedida por el propio Superior mayor; pero no aplicable a los diáconos permanentes.

2. La incapacidad en las Partidas

Esta prohibición fue recogida por las *Partidas*⁵⁹, donde se prohibió a obispos, monjes y religiosos ser guardadores de huérfanos, "*porque estos atales han de servir a Dios en las Iglesias, e embargar se ya este servicio por la guarda que ouiesse de fazer en las personas, e en los bienes de los huérfanos*"; la misma ley, empero, introducía una novedad al autorizar a los "*otros clérigos seculares, quier sean missacantanos o no*" para ser guardadores de sus parientes huérfanos "*por razón del parentesco*", estableciendo las formalidades que debían cumplir al efecto.

Esta ley de *Partidas* coincide con la constitución que hemos referido del *Código* justiniano, la misma que había sido recogida por Graciano en su *Decreto*. De esta manera se produjo una exacta coincidencia entre el ordenamiento canónico y el real, por mor de la común fuente utilizada en las dos colecciones. Es preciso tener presente, sin embargo que, si bien el *Código* justiniano era fuente formal de esta incapacidad, se trataba en realidad de un precepto canónico tanto por tener su origen en el Basileus –como acabamos de señalarlo– como por haberse convertido en una norma disciplinar eclesial, al punto que había sido formalmente "canonizada" por Graciano en el *Decreto*.

Se ha sostenido que una de las fuentes utilizadas por los redactores de *Partidas* fue *Lo Codi*, summa al *Código* de Justiniano redactada originalmente en lengua provenzal hacia los años 1149 y 1162 en Provenza⁶⁰, de la

⁵⁹ P. 6. 16. 14: "*Quales son aquellos que non pueden ser guardadores de otro. Obispo, nin monje, nin otro religioso non puede ser guardador de huérfano: porque estos atales han de servir a Dios en las Iglesias, e embargar se ya este seruicio por la guarda que ouiesse de fazer en las personas, e en los bienes de los huérfanos. Mas los otros clerigos seculares, quier sean missacantanos o no, bien pueden ser guardadores de los sus parientes huérfanos, por rason del parentesco que han con ellos. Pero deue venir ante el juez ordinario del lugar hasta quatro meses des que supieren que aquel su pariente murio e dexo fijos sin guardador: e estonce deue decir ante el de cómo ellos quieren ser guardadores de los huérfanos, que fueron fijos de aquel su pariente: e después que esto ouieren fecho, pueden tomar los moços en su guarda, e aliñar, e procurar los bienes dellos. Otrosi...*".

⁶⁰ J. M. PÉREZ PRENDES, *Curso de Historia del Derecho español* (Madrid, 1978), p. 579.

cual se conocen algunos manuscritos del siglo XIV en castellano⁶¹. En el capítulo III del libro I de esta *summa*, capítulo titulado “*De los obispos, de los clérigos e de sus cosas*”, se puede leer: “9. *El clérigo bien puede escusarse que non sea tutor nin <curador> si es tal clérigo que cotidianamente <remane> (como) en eclesiástico misterio*”. De esta manera, es probable que la ley de *Partidas* en esta materia haya sido redactada teniendo a la vista este texto, si bien es preciso reconocer que la redacción de la ley alfonsina sigue de cerca el texto original del *Código* y no la síntesis ofrecida por *Lo Codi*.

Con esta norma el rey sabio no pretendió emular a Justiniano, estableciendo una prohibición especial, de origen real, a obispos, monjes y religiosos en orden a la tutelas y curatelas, sino que tan sólo vino a reforzar, con la fuerza de la ley civil, un precepto canónico que pretendía impedir las consecuencias negativas que en el ejercicio de sus respectivos ministerios podía acarrear la aceptación de guardas por parte de obispos, monjes y religiosos. Es por lo que Gregorio López, al glosar esta ley, hizo expresa referencia a los preceptos canónicos que, en el *Decreto*, regulaban esta materia⁶². Con todo, como he señalado, la ley alfonsina introdujo alguna variante a la disciplina canónica, pues permitió a los clérigos que no fuesen obispos, monjes ni religiosos ser guardadores de sus *parientes huérfanos*, por el sólo hecho de ser parientes y huérfanos, a diferencia de lo que establecían los cánones que permitían la guarda cuando los bienes de los pupilos y huérfanos pudiesen verse perjudicados por otras personas, sin que en tales casos, los bienes debiesen ser de *parientes huérfanos*.

Los autores españoles decimonónicos que se refirieron a esta ley de *Partidas* y que Andrés Bello manejó en sus trabajos codificadores del *Código Civil*, pues aparecen citados por él en las notas a sus proyectos⁶³, se limitaron a describir la disciplina establecida en la ley real sin hacer mención alguna ni a su origen canónico ni a la coincidencia de disciplina con la ley de la Iglesia. Así, por ejemplo, Eugenio de Tapia en su *Febrero novísimo*⁶⁴ escribía que “así como todos los que son capaces de testar pueden nombrar tutores; pueden serlo del mismo modo todos, excepto los siguientes: ... 7º los obispos, los monjes y demás religiosos profesos y los clérigos seculares; pero a estos sólo se prohíbe serlo de los extraños, mas no de sus parientes. Si lo son de estos, han de acudir ante el juez competente dentro de cuatro meses desde que sepan el nombramiento, a aceptar y jurar la tutela”.

⁶¹ *Lo Codi en castellano –según los manuscritos 6416 y 10816 de la Biblioteca Nacional*. Edición y estudio preliminar de J. A. Arias Bonet (Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Seminario de Derecho Romano, Madrid, 1984).

⁶² Cfr. supra n. 38 y 39.

⁶³ GUZMAN, cit. (n. 2), pp. 417 - 418.

⁶⁴ E. DE TAPIA, *Febrero novísimo o librería de jueces, abogados y escribanos, refundida*,

3. *La incapacidad en el Código Civil de Chile.*

Cuando Bello se enfrentó a la tarea codificadora, recogió la disciplina de *Partidas* en el *Proyecto de 1853*, si bien con una referencia más bien breve, pues el artículo 594 de dicho proyecto, en lo que me interesa, sólo se limitaba a establecer que “*tampoco pueden ser tutores o curadores los que gozan de fuero eclesiástico*”⁶⁵. En nota que Bello añadía a este artículo hacía explícita referencia a P. 6, 16, 14 que, como hemos visto, establecía la incapacidad de tutelas de obispos y religiosos. Agregaba Bello que eran igualmente incapaces “de la tutela testamentaria y dativa, y de la legítima, que no sea de sus consanguíneos, los clérigos seculares, y no son obligados a esta tutela legítima, si no quieren”⁶⁶; y concluía la nota haciendo presente que “la innovación de este inciso, es, por tanto, de poca monta; y por otra parte parece necesaria para la responsabilidad efectiva y completa de la tutela ante la justicia civil”. La innovación “de poca monta” a que hacía referencia era que los clérigos seculares, en lo sucesivo, ni siquiera serían guardadores de sus parientes como lo establecía *Partidas*⁶⁷ a menos que ellos aceptaran la guarda legítima de sus parientes aspecto este último que no parecía evidente con la sola lectura de la norma. Según Claro Solar⁶⁸, la razón de esta innovación

ordenada bajo nuevo método y adicionada con un tratado del juicio criminal y algunos otros (Valencia, 1828), I, p. 143. En nota se hacía referencia a P. 6, 16, 4 (*Quien puede ser dado por guardador de huérfanos e de sus bienes: e por cuyo mandado*) y 14 (vid. supra n. 59); y a P. 6, 17, 2 in fine (*Que razones son aquellas porque se puede escusar el que es guardador de algun huérfano que lo non sea*). Igualmente se citaban la auténtica *Minoris debitor* y la ley *Qui dare tutor vel curator* del *Código* de Justiniano.

⁶⁵ Proyecto 1853 art. 594: “*Tampoco pueden ser tutores o curadores los que gozan de fuero eclesiástico, o los que sirven en el ejército de línea o en las naves del Estado, incluso los comisarios, médicos, cirujanos, y demás personas adictas a los cuerpos de línea y naves del Estado*”.

⁶⁶ En la misma nota, inmediatamente después de esta afirmación, Bello agregaba que esto estaba en la glosa 4 de Gregorio López a la ley de *Partidas* ya referida –P. 6, 16, 14–, cuyo texto es el siguiente: “*Por razón de parentesco. Testamentarii ergo, neque dativi non possunt, ut hic innuitur, et notat Glossa in dict. Autent. de sanctis. Episc. S. Deo amabiles, super verbo interdiximus, et quando sunt legitimi, admittuntur volentes, non inviti, ut hic, et ibi habes*”.

⁶⁷ Según Paulino Alfonso, “Debe advertirse, sin embargo, que de conformidad a la ley 2, tít. 16, Part. 6, el fuero eclesiástico no era extensivo a la rendición de las cuentas de la guarda; y quizá esta circunstancia no fue extraña a la modificación que sobre este punto experimentó más tarde el proyecto de Código en el sentido de la antigua doctrina del Derecho Español”. [P. ALFONSO], *Explicaciones de Código Civil destinadas a los estudiantes del ramo en la Universidad de Chile*. Publicada por la Academia de Leyes y Ciencias Políticas (Imprenta Cervantes, Santiago de Chile, 1884), II, p. 298.

⁶⁸ L. CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado 5: De las personas* (Imprenta Cervantes, Santiago de Chile, 1927), p. 252.

estaba en el deseo de Bello de entregar todo lo referido a tutelas y curadurías exclusivamente a la justicia civil, habida razón de que, en virtud del fuero eclesiástico, todas las causas en que fueran reos los eclesiásticos eran de exclusiva competencia de la autoridad eclesiástica; con la afirmación rotunda de que eran incapaces de tutelas y curatelas los que pertenecían al fuero eclesiástico era claro que todo el tema de las mismas quedaba exclusivamente en manos de la justicia civil: es lo que insinuaba Bello al decir en la nota que la innovación que introducía “parece necesaria para la responsabilidad efectiva y completa de la tutela ante la justicia civil”.

El *Proyecto Inédito* fue más claro en cuanto a la guarda de los parientes y se acercó de nuevo a la disciplina de *Partidas* al establecer en el artículo 586 que “*Son asimismo incapaces de toda tutela o curaduría: 1º Los que pertenecen al fuero eclesiástico; pero los eclesiásticos seculares que no hayan ascendido al episcopado, podrán ser tutores o curadores de sus parientes*”⁶⁹. El *Proyecto de 1855* introdujo finalmente dos modificaciones que dieron al artículo la redacción definitiva que conservó hasta su aprobación por el Congreso: la primera, meramente formal, precisó mejor la calidad de “*los eclesiásticos seculares que no hayan ascendido al episcopado*”, sustituyéndola por la de “*los eclesiásticos seculares que no ejerzan episcopado*”; la segunda modificación, más de fondo, agregó entre “*los eclesiásticos seculares*” que no podían ser tutores ni curadores ni siquiera de sus parientes, a los que tuviesen cura de almas. De esta manera, eran incapaces de toda tutela o curaduría “*los que pertenecen al fuero eclesiástico; pero los eclesiásticos seculares que no ejerzan episcopado, o no tengan cura de almas, podrán ser tutores o curadores de sus parientes*”. Fue la redacción definitiva y con ella entró el Código en vigencia⁷⁰.

Recogía este artículo la disciplina que por esos años seguía vigente en la Iglesia, pero lo hacía a través de *Partidas*, sin que Bello hiciera referencia

⁶⁹ Proyecto Inédito art. 586: “*Son asimismo incapaces de toda tutela o curaduría: 1º Los que pertenecen al fuero eclesiástico; pero los eclesiásticos seculares que no hayan ascendido al episcopado, podrán ser tutores o curadores de sus parientes. 2º Los individuos del Ejército o la Armada, que se hallen en actual servicio; incluso los comisarios, médicos, cirujanos, y demás personas adictas a los cuerpos de línea o a las naves del Estado. 3º Los que tienen que ejercer por largo tiempo, o por tiempo indefinido, un argo o comisión pública fuera del territorio chileno*”.

⁷⁰ Código Civil art. 498: “*Son asimismo incapaces de toda tutela o curaduría: 1º Los que pertenecen al fuero eclesiástico; pero los eclesiásticos seculares que no ejerzan episcopado o no tengan cura de almas, podrán ser tutores o curadores de sus parientes; 2º Los individuos del Ejército o la Armada, que se hallen en actual servicio; incluso los comisarios, médicos, cirujanos, y demás personas adictas a los cuerpos de línea o a las naves del Estado; 3º Los que tienen que ejercer por largo tiempo, o por tiempo indefinido, un cargo o comisión pública fuera del territorio chileno*”.

alguna a las normas canónicas⁷¹. A decir verdad, ni el *Decreto* ni las *Decretales* se encuentran entre las fuentes citadas por Bello en las notas que puso a algunos de los proyectos de Código Civil⁷². También es cierto que, como él mismo lo señaló, en las notas se apuntaban a la ligera algunas de las fuentes utilizadas y nunca tuvieron la pretensión de exhaustividad⁷³, de manera que la no referencia a uno y otro texto canónicos no significa que no los consultara alguna vez, sobre todo si tenemos en cuenta que un ejemplar del *Corpus Iuris Canonici* se encontraba en la biblioteca de los Egaña⁷⁴, la mejor biblioteca particular de entonces en todo el continente americano, que fue ampliamente utilizada por Bello. Con todo, si Bello tuvo conocimiento de la disciplina canónica entonces vigente, no ha quedado registrado en las fuentes, como sí ha quedado expresamente registrado, en cambio, la referencia a *Partidas* en esta materia. De esta manera, en este artículo del *Código Civil* chileno se recogió la disciplina canónica vigente pero se hizo a través de *Partidas*.

Por lo demás, en derecho comparado era posible encontrar normas similares a la del *Código Civil* chileno. Así, por ejemplo, estaban dispensados del cargo de tutor y podían excusarse del mismo los ministros de culto en el Código de Luisiana⁷⁵, las personas constituidas en órdenes sagradas, según el Código Sardo⁷⁶ y los sacerdotes seculares en el Código austriaco⁷⁷. Y no podían ser tutores los individuos del clero regular, según el Código Bávaro⁷⁸; los monjes según el austriaco⁷⁹; los que han hecho voto en un convento,

⁷¹ Tampoco hace Bello referencia al *Código* de Justiniano, no obstante que fue utilizado como fuente, si bien en una medida ínfima. Cfr. GUZMÁN, cit. (n. 2), p. 415.

⁷² *Ibidem*, pp. 413 - 427.

⁷³ En su Advertencia al Proyecto de 1853 Bello escribió: "He añadido a este primer libro notas que apuntan a la ligera las fuentes de que se han tomado o los motivos en que se fundan los artículos que pueden llamar principalmente la atención. En algunos, las notas parecerán superfluas; en otros, se echarán de menos. Siento decir que por falta de tiempo no me ha sido posible observar bajo este respecto un método uniforme en todos los títulos". *Ibidem* (n. 2), II, doc. 208.

⁷⁴ C. SALINAS ARANEDA, *La biblioteca de don Mariano Egaña con especial referencia a sus libros de derecho*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 7 (1982), p. 424 n° 429.

⁷⁵ *Code Civil* de la Luisiana (1825) art. 312: "Están dispensados del cargo de tutores por sus empleos u oficios: 7° Los ministros del culto".

⁷⁶ *Codice civile per gli stati di S. M. il re di Sardegna* (1837) art. 286: "Están dispensados de la tutela: ... Las personas constituidas en órdenes sagradas".

⁷⁷ *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* austriaco (1811) art. 195: "Podrán excusarse de la tutela: 1° Los sacerdotes seculares".

⁷⁸ *Codex Maximilianus Babaricus Civiles* (1756), Libro I De la tutela, art. 3: "No podrán ser tutores: 2° Los individuos del clero regular".

⁷⁹ *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* austriaco (1811) art. 191 y 194: "No podrán ser nombrados tutores: 4° Los monjes".

según el Código prusiano⁸⁰, y los que perteneciesen a las corporaciones religiosas donde se hacen votos solemnes o perpetuos, según el ya referido Código Sardo⁸¹. Todos estos códigos fueron utilizados por Bello en la elaboración del *Código Civil*⁸² y quizá fue ésta otra razón tenida en cuenta para incorporar en el mismo la disciplina de *Partidas* en esta materia.

Diversa en extensión fue la exégesis que se hizo de este artículo por los primeros comentaristas del *Código Civil*. La más exhaustiva fue la expuesta en las *Explicaciones de Código Civil* publicadas por la Academia de Leyes y Ciencias Políticas sobre la base de las explicaciones de clases de Enrique Cood y José Clemente Fabres⁸³. También se refirieron a esta norma Jacinto Chacón⁸⁴, Luis Borja⁸⁵ y Luis Claro Solar⁸⁶, entre otros⁸⁷. En ninguna de ellas, sin embargo, se hace referencia alguna a los orígenes canónicos de la misma o, al menos a la coincidencia de la disciplina de *Partidas* con la de los cánones.

La primera cuestión que se planteaban los exegetas del artículo 498 era determinar lo que había que entender por fuero eclesiástico. En el ámbito canónico el tema lo abordaba Justo Donoso en sus *Instituciones* se entendía por fuero eclesiástico el privilegio “en virtud del cual ningún tribunal ni juez civil puede conocer en las causas criminales, ni aun en las civiles de los clérigos: conocimiento que es reservado exclusivamente al juez eclesiástico”⁸⁸. Según este autor, gozaban de este privilegio: 1º los clérigos ordenados *in sacris*; 2º los clérigos de órdenes menores que poseían beneficio eclesiástico, aunque no llevasen hábito ni tonsura clerical, ni sirviesen en ninguna iglesia; 3º el clérigo de órdenes menores que no tuviese beneficio, siempre que cumpliese alguna de estas tres condiciones: i) que, llevando hábito y tonsura clerical, sirviese en alguna iglesia *ex mandato episcopi*; ii) que, con hábito y tonsura, viviese en un seminario eclesiástico con licencia del obis-

⁸⁰ *Allgemeines Landrecht f. di preussischen Staaten* (1794) art. 130 al 157: “*Están excluidos de la tutela: 2º Los que han hecho votos en un convento*”.

⁸¹ *Codice civile per gli stati di S. M. il re di Sardegna* (1837) art. 302: “*No pueden ser tutores ni miembros del consejo de familia: 1º Los individuos que pertenezcan a las corporaciones religiosas donde se hacen votos solemnes o perpetuos*”.

⁸² GUZMÁN, cit. (n. 2), I, p. 423.

⁸³ [ALFONSO], cit. (n. 67), pp. 295 - 301.

⁸⁴ J. CHACÓN, *Exposición razonada y estudio comparado del Código Civil chileno 1* (Imprenta del Mercurio, Valparaíso, 1868), p. 333 - 334.

⁸⁵ L. F. BORJA, *Estudios sobre el Código Civil chileno 7* (Paris, 1908), p. 223 - 225.

⁸⁶ CLARO SOLAR, cit. (n. 68), pp. 252 - 253.

⁸⁷ C. D. P. y A. S. C., *Explicaciones de Código Civil (Libro primero) tomadas en las clases de los profesores del ramo en la Universidad de Chile, Sres. Cood, Fabres (J. C.) Urrutia, Claro S. y Fabres (J. F.)*, (Valparaíso, 1897), pp. 488 - 491.

⁸⁸ DONOSO, cit. (n. 55), I, p. 103.

po; iii) que, con hábito y tonsura, estudiase en algún colegio, universidad o escuela con licencia del obispo; en estos casos, para que el minorista se viese favorecido con el fuero era menester que hubiese llevado el hábito y la tonsura clerical seis meses antes de la perpetración del delito por el que se le pretendía juzgar; 4° los minoristas casados, debiendo concurrir simultáneamente las siguientes tres condiciones: i) haber contraído matrimonio *cum unica et virgine*; ii) que llevasen el hábito y tonsura clerical; iii) que, destinados por el obispo, sirviesen en alguna iglesia; 5° los regulares de uno y otro sexo, con inclusión de los conversos o legos, y aún los no profesos o novicios; 6° los terceros de las órdenes regulares, y otras personas eclesiásticas que viviesen en comunidad, con licencia del obispo, observando una regla determinada, bajo la obediencia de un superior⁸⁹.

A la luz de lo anterior y de cara a las guardas, era menester hacer algunas precisiones para la correcta comprensión de la incapacidad. Las hacía Paulino Alfonso⁹⁰, si bien este autor, al momento de fijar quiénes eran los beneficiados con el fuero sigue las dos primera ediciones del prontuario de José Bernardo Lira⁹¹: en cuanto a los clérigos de órdenes menores, la corona abierta y el traje clerical había de tenerlo desde seis meses antes de que se pretendiese discernir la guarda; además, había que excluir a los regulares de sexo femenino, pues “las mujeres son, por lo general, incapaces de toda tutela o curaduría, salvo algunas excepciones en que aquéllos no inciden”⁹²; y también había que excluir las comunidades y corporaciones religiosas debidamente aprobadas por carecer de personalidad natural, necesaria al desempeño de las funciones de guarda. Esto último, porque en la lista que proporcionaba Lira se incluía en último lugar a “las comunidades o corporaciones religiosas debidamente aprobadas”.

La entrada en vigencia de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales (1875), suscitó una duda de interpretación, pues en ella dejó de existir el fuero eclesiástico, quedando los clérigos a partir de ese momento sometidos en todo a los tribunales de justicia del Estado, sin perjuicio, claro está, de la jurisdicción intraeclesial de los tribunales eclesiásticos, si bien ésta era una jurisdicción del todo ajena al derecho chileno que funcionaba en forma independiente e internamente en la Iglesia. La duda era si, como consecuencia de la abolición del fuero eclesiástico, subsistía la incapacidad

⁸⁹ Si amplio era el espectro de privilegiados con el fuero, era igualmente amplio el espectro de excepciones al mismo, las que expone DONOSO 2 (n. 55), pp. 344 - 346.

⁹⁰ [ALFONSO], cit. (n. 67), pp. 295 - 296.

⁹¹ J. B. LIRA, *Prontuario de los juicios* (Santiago de Chile 1868), III, pp. 356 - 358; EL MISMO, *Prontuario de los juicios o tratado de procedimientos judiciales i administrativos con arreglo a la legislación chilena* (2 ed., Santiago 1872), II, pp. 307 - 309.

⁹² [ALFONSO], cit. (n. 67), p. 296.

de ser tutores y curadores de quienes “*pertenecen al fuero eclesiástico*” o esta incapacidad había sido igualmente derogada. La respuesta a esta cuestión no fue difícil, pues los autores que se refirieron a ella estuvieron por responderla negativamente. Las razones eran principalmente⁹³: i) que la ley de organización y atribuciones de los tribunales había regulado materias diversas a las incapacidades de las guardas, sin que hubiese sido cometido de ésta reglamentar esta materia; ii) las leyes no pueden considerarse derogadas por la simple cesación del motivo de las mismas; iii) el legislador no ha tenido sólo presente la razón del fuero para excluir del ejercicio de la guarda a muchas de las personas comprendidas en él.

Hasta la entrada en vigencia de la ley de organización de los tribunales, era la autoridad eclesiástica la que debía resolver las dudas sobre el estado de una persona, si era clérigo o “lego” como entonces se decía, porque así lo disponía una ley real recogida en la *Novísima Recopilación*⁹⁴. Una vez entrada en vigencia dicha ley estas cuestiones quedaron entregadas a la justicia ordinaria, pues la misma ley había derogado todas las disposiciones españolas que hasta entonces había conservado su vigencia en lo que a administración de justicia se refiere⁹⁵.

Como Bello ha recogido en el Código la misma disciplina de las *Partidas*, al hacerlo ha recogido también la razón por la que en el texto alfonsino se establece esta incapacidad: el peligro de que con motivo de la guarda se embarazase el servicio a Dios en las Iglesias. En el caso de los regulares la incapacidad de que hablamos nada tenía que ver con la muerte civil que afectaba a quienes habían profesado solemnemente en instituto monástico reconocido por la Iglesia católica⁹⁶; y ello, porque, por una parte, la muerte civil extinguía la personalidad del individuo en lo relativo a los derechos de propiedad; y, por otra, porque la muerte civil afectaba sólo a los que habían profesado solemnemente en un instituto monástico reconocido por la Iglesia, en circunstancias que la incapacidad para ser tutores y curadores afectaba a éstos y también a quienes habían emitido votos no solemnes y aún los novicios.

En cuanto a los eclesiásticos seculares que ejercen el episcopado, la razón de su incapacidad es que el legislador creyó que, en razón de su alta dignidad, convenía exonerarles, en la medida de lo posible, de responsabilidades meramente civiles. Esto se confirma con el artículo que veremos más ade-

⁹³ [ALFONSO], cit. (n. 67), pp. 296 - 297; C. D. P. y A. S. C., *Explicaciones*, cit. (n. 87), p. 489.

⁹⁴ Nov. Rec. 1, 10, 4.

⁹⁵ Ley de organización y atribuciones de los tribunales, art. final.

⁹⁶ Código Civil art. 95: “*Termina también la personalidad, relativamente a los derechos de propiedad, por la muerte civil, que es la profesión solemne, ejecutada conforme a las leyes, en instituto monástico reconocido por la Iglesia católica*”.

lante del *Código Civil*, el artículo 2342 que prohibía a los obispos ser fiadores ni siquiera de sus iglesias, ni por los demás clérigos, ni por personas desvalidas. Por lo demás, como hemos visto, en el proceso codificador, el pensamiento de la Comisión revisora del *Proyecto de 1853* fue limitar la incapacidad sólo a los eclesiásticos seculares que ejercieran episcopado, lo que quedó así consignado en el *Proyecto Inédito*. En el Proyecto final se agregaron los clérigos seculares que tenían cura de almas.

La 'cura de almas' era definida por Paulino Alfonso⁹⁷, siguiendo el diccionario de la lengua, como el cargo que tenía el párroco de cuidar, instruir y administrar los sacramentos a sus feligreses, entendiéndose que esto correspondía igualmente al vice-párroco. La razón por la cual los clérigos seculares que tenían cura de almas eran igualmente incapaces para tutelas y curadurías no difiere de las anteriores: "el legislador ha juzgado que el cúmulo de ocupaciones que ordinariamente les abruma no les permitiría consagrarse, como es debido, al desempeño de las funciones de la guarda"⁹⁸. En otras palabras, como venimos viendo, la razón tenida por el legislador chileno para establecer esta incapacidad no difería de la que, en su momento, tuvo el legislador de *Partidas*. Es por lo que no comparto la razón que proporciona Chacón⁹⁹ quien, siguiendo de cerca el *Código Civil* francés, entendía que "están exonerados, aun de la guarda de sus parientes, los eclesiásticos que pertenecen al episcopado o tienen cura de almas, porque éstos se asimilan a los funcionarios que ejercen cargo público". Efectivamente, el Código francés no considera el sacerdocio ni como una excusa ni como un impedimento para las guardas, pero es motivo de excusa "*toda función pública en un departamento distinto de donde se ha establecido la tutela*" (art. 427); a la luz de esto, un *avis* del Consejo de Estado francés aprobado el 20 de noviembre de 1806 había establecido que los ministros de culto, obligados a residencia por las leyes del Estado, quedaban comprendidos entre quienes podían excusarse de tutelas¹⁰⁰. No me parece, empero, que ésta haya sido la razón tenida a la vista por los codificadores chilenos, pues las funciones públicas, cuando originan incapacidad para las guardas, han sido expresamente recogidas en el Código de manera diferenciada a la que estamos viendo, la que recibe un tratamiento especial y expreso, sin necesidad de tener que hacer forzadas interpretaciones para acogerla, como sucedió con el código francés.

Los clérigos seculares que no ejercen el episcopado ni tienen cura de

⁹⁷ [ALFONSO], cit. (n. 67), p. 298.

⁹⁸ [ALFONSO], cit. (n. 67), p. 299.

⁹⁹ CHACÓN, cit. (n. 84), p. 334.

¹⁰⁰ DELVINCOURT, *Cours de Code Civil* (Paris, 1819), I, pp. 112 - 113.

almas pueden ser tutores o curadores de sus parientes; “la caridad cristiana y la utilidad de los pupilos exigen se establezca” esta excepción¹⁰¹. ¿Quiénes son estos parientes? Paulino Alfonso entendía que eran sólo los consanguíneos porque así se desprendía de la nota puesta por Bello al artículo respectivo del *Proyecto de 1853* nota en la cual Bello hablaba expresamente de consanguíneos; el mismo Alfonso agregaba, sin embargo, que “si tal fue el pensamiento del legislador, pudo y debió expresarlo con más especificación y claridad, a fin de prevenir la interpretación verosímil de que los eclesiásticos son capaces de ejercer la guarda testamentaria, legítima o dativa de todas las personas a quienes, en general, corresponde el calificativo de *parientes*”¹⁰². Enrique Cood¹⁰³, en cambio, entendía por parientes en este artículo a todos los que pueden heredar ab-intestato.

Cuando el Código chileno estableció la excepción respecto de los clérigos seculares, dijo que “los eclesiásticos seculares que no ejerzan episcopado o no tengan cura de almas, *podrán* ser tutores o curadores de sus parientes”. El uso de la expresión “*podrán*” daba a entender que *podían* excusarse del ejercicio de la guarda de sus parientes. Se trataba, así, de una excusa que no se incluía entre aquellas que, según el artículo 514¹⁰⁴ autorizaban para exonerarse de ejercer la tutela y la curatela. La situación, empero, cambió en 1943 cuando la incapacidad que venimos estudiando fue derogada¹⁰⁵. Los cambios que se había producido en las relaciones Iglesia-Estado no sólo en el siglo XIX¹⁰⁶ sino que también en el siglo XX¹⁰⁷, amén del cambio de la disciplina en el mismo Derecho canónico, hacían recomendable la derogación de esta incapacidad. En palabras que Claro Solar¹⁰⁸ escribía en 1927, “las consideraciones que movieron al legislador romano y al monarca español para establecer estas incapacidades de los clérigos y religiosos, no existen, por lo tanto, actualmente y deberían ser eliminadas”. La derogación de esta incapacidad en 1943 dio lugar a una nueva situación que es la que trato de inmediato.

¹⁰¹ BORJA, cit. (n. 85), p. 225.

¹⁰² [ALFONSO], cit. (n. 67), p. 299.

¹⁰³ C. D. P. y A. S. C., *Explicaciones* (n. 87), p. 490.

¹⁰⁴ Vid. infra n. 109.

¹⁰⁵ Art. 2 ley 7.612, de 21 octubre 1943.

¹⁰⁶ La supresión del fuero eclesiástico a que nos hemos referido, la ley interpretativa del artículo 5 de la Constitución de 1833 (1865), y las llamadas leyes laicas (matrimonio civil, registro civil y cementerios).

¹⁰⁷ El reconocimiento de la libertad de cultos en la Constitución de 1925.

¹⁰⁸ CLARO SOLAR, cit. (n. 68), p. 253.

V. EXCUSA DE TUTELA O CURADURÍA POR PARTE
DE SACERDOTES O MINISTROS DE CUALQUIERA RELIGIÓN

El artículo 514 del *Código Civil* establecía, en una larga lista de nueve números¹⁰⁹, quienes podían excusarse de la tutela o curaduría, lista en la que no se incluía a nadie vinculado al fuero canónico. Hemos visto arriba que, sin perjuicio de las excusas establecidas en este artículo, había otra que el legislador había establecido con ocasión del artículo 498 al facultar a los clérigos seculares que no ejercían el episcopado ni tenían cura de almas para no aceptar la tutela o curatela de sus parientes. A decir verdad, si bien se trataba de una excusa, ella no era necesario incluirla en la lista proporcionada por el artículo 514 porque ella ya estaba establecida en el artículo 498. Es por lo que nada se dijo originalmente en el artículo 514, pero fue necesario complementarla cuando fue derogada la incapacidad de tutela y curatela de los que pertenecían al fuero eclesiástico.

Así, en 1943 junto con derogarse la incapacidad que pesaba sobre los que pertenecían al fuero eclesiástico, se incluyó un número 10 en este artículo 514 según el cual "*pueden excusarse de la tutela o curaduría: n° 10. Los sacerdotes o ministros de cualquiera religión*". La reforma se producía cuando en Chile regía desde 1925 la libertad de culto, razón por la que se incluyó en la excusa a los "*ministros de cualquiera religión*"; no obstante esto, la norma no incluyó entres estos "ministros" a los sacerdotes católicos los que fueron nombrados por separado y en primer lugar. De esta manera, la disciplina legal en esta materia, volvía a coincidir con los cánones, los que, como hemos visto, permitían ejercer alguna de estas guardas previa autorización del prelado; más aún, la misma negativa del prelado podía utilizarse como argumento para excusarse de la guarda.

¹⁰⁹ Código Civil art. 514: "*Pueden excusarse de la tutela o curaduría: 1° El Presidente de la República, los Ministros de Estado, los Ministros de la Corte Suprema y de las Cortes de Apelaciones, los fiscales y demás personas que ejercen el ministerio público, los jueces letrados, el defensor de menores, el de obras pías, y demás defensores públicos; 2° Los administradores y recaudadores de rentas fiscales; 3° Los que están obligados a servir por largo tiempo un empleo público a considerable distancia del departamento en que se ha de ejercer la guarda; 4° Los que tienen su domicilio a considerable distancia de dicho departamento; 5° Las mujeres; 6° Los que adolecen de alguna grave enfermedad habitual o han cumplido sesenta y cinco años; 7° Los pobres que están precisados a vivir de su trabajo personal diario; 8° Los que ejercen ya dos guardas; y los que, estando casados, o teniendo hijos legítimos, ejercen ya una guarda; pero no se tomarán en cuenta las curadurías especiales. Podrá el juez contar como dos la tutela o curaduría que fuere demasiado complicada y gravosa; 9° Los que tienen bajo su patria potestad cinco o más hijos legítimos vivos; contándose también los que han muerto en acción de guerra bajo las banderas de la República*".

Esta norma se encuentra actualmente vigente, como igualmente se encuentra vigente el canon 285 § 4 del *Código de Derecho Canónico* de 1983 que continúa con la disciplina anterior en el sentido que “*sin licencia de su Ordinario, no han de aceptar la administración de bienes pertenecientes a laicos u oficios seculares que lleven consigo la obligación de rendir cuenta*”.

VI. FIANZA DE OBISPOS, RELIGIOSOS Y ORDENADOS “IN SACRIS”

Según la redacción original del artículo 2342 del *Código Civil* “*no pueden obligarse como fiadores: 1º Los obispos; 2º Los religiosos; 3º Los ordenados in sacris, a no ser por sus iglesias, o por otros clérigos, o por personas desvalidas*”.

1. La prohibición en el Derecho canónico

La prohibición de los clérigos de ser fiadores tiene larga historia en el ordenamiento jurídico de la Iglesia. Aparece en la *Novela 123* en cuyo capítulo 6 “*prohibimos a los obispos, ecónomos y clérigos de cualquier clase que sean, o a los monjes pertenecientes a una iglesia o monasterio, el que sean nombrados... fiadores en cualquier negocio que fuere*”. Como explicaba el mismo capítulo, el motivo de esta prohibición era evitar perjuicios “*a las santas casas*” e interrupciones en el servicio divino. El contraventor de esta prohibición, “*si fuere obispo, perderá todos sus bienes a favor de la iglesia, así los adquiridos antes como después del obispado. Si fueren ecónomos u otros eclesiásticos, pagarán en beneficio de la iglesia la multa que el obispo determine, y los que... les hubiesen aceptado como fiadores, no podrán ejercer ninguna acción contra la iglesia o monasterio ni contra los bienes de uno u otro, ni contra los administradores o directores, ni contra sus bienes o los de sus fiadores. Si los intereses públicos sufriesen algún perjuicio... por haberles admitido como fiadores, los que tal cosa hubiesen hecho indemnizarán todos los perjuicios que hubiesen ocasionado con sus propios bienes*”. Si bien se trata de una norma del emperador Justiniano, su valor en sede canónica no difiere de lo que referimos al hablar de la norma del *Código* de Justiniano que sirvió de base a la incapacidad de los clérigos para las guardas, recientemente analizada.

Por su parte el *Decreto*¹¹⁰ incluyó las fianzas entre los negocios que el obispo no debía conocer; y las *Decretales*¹¹¹ las prohibían a los clérigos. Era, sin embargo, doctrina común que los clérigos pudiesen afianzar a su igle-

¹¹⁰ c. 29 C. XI. q. 1: “*De secularibus negotiis episcopus cognoscere non debet. Te quidem oportet inreprehensibiliter uiuere, et summo studio niti, ut omnes uitae huius occupationes abicias: ne fideiussor existas, ne aduocatus litium fias, neue in ulla aliqua occupatione prorsus inueniaris mundiale negotii ocaciones perplexus*”.

¹¹¹ X 3, 22, 1: “*Clericus fideiussionibus inserviens abiiciatur*”. Cfr. F. X. WERNZ, P. VIDAL, *Ius canonicum* (Romae, 1923), II, p. 151.

sia¹¹², o a otro clérigo¹¹³; y también podían hacerlo respecto de los desvalidos, posibilidad esta última que se deducía del propio *Decreto*¹⁴. Se continuaba, así, la disciplina establecida por Justiniano, pero se mitigaba la misma, aceptando la posibilidad de la fianza en algunos casos.

Esta disciplina no sufrió modificación alguna con el correr de los siglos al punto que en el Sínodo diocesano celebrado en Santiago por el arzobispo Mariano Casanova (1895), celebrado bajo la vigencia del *Corpus Iuris Canonici* se prohibía expresamente “a los clérigos el contrato de fianza y asimismo el constituirse codeudores solidarios por obligaciones no fundadas en interés propio, a no ser que hagan lo uno o lo otro en beneficio de sus iglesias, o de otros eclesiásticos, o de personas desvalidas” (art. 364). En lo de la fianza no había novedad y el sínodo seguía fielmente el derecho vigente; había, empero, una novedad: la prohibición de constituirse en codeudor solidario, prohibición que era expresamente reconocida como prohibición sinodal¹¹⁵.

La disciplina tradicional en lo referido a las fianzas fue recogida expresamente en el *Código de Derecho Canónico* de 1917, cuyo canon 137 prescribía que “*está prohibido a los clérigos el salir fiadores, aunque sea con bienes propios, sin consultar al Ordinario local*”, canon que era expresamente aplicable a “*todos los religiosos*” (can. 592). La razón de este canon, que no es distinta a la de épocas anteriores, no es difícil de entender: si el clérigo se comprometía con esta garantía, podía poner en peligro no sólo los bienes eclesiásticos, cuya enajenación les estaba severamente prohibida¹¹⁶, sino también los propios, con el riesgo consiguiente de quedar reducido a una condición de miseria que desdecía de la dignidad clerical. En los religiosos la razón radicaba, además, en el voto de pobreza que profesaban. Con todo, y como la fianza podría acarrear algunas ventajas, la prohibición no era absoluta, pues se permitía hacerlo con la licencia del Ordinario local, que en el caso de los religiosos era el Ordinario propio. Si el clérigo o religioso pactaba fianza sin la debida autorización, el contrato era válido y el acreedor podía iniciar acción petitoria (can. 1688), pero el juez competente, si la sentencia era condenatoria, debía respetar el privilegio de competencia¹¹⁷.

¹¹² X 3, 22, 4: “*Si sine licentia praelati et maioris partis capituli religiosus fideiusserit, vel mutuum acceperit, non tenetur ecclesiae, et ipse recipiens, nisi mutuum sit versum in utilitatem ecclesiae*”.

¹¹³ X. 3, 22, 2: “*Compellitur clericus servare fideiussorem indemnem per assignationem reddituum suorum*”.

¹¹⁴ c. 71 C. XII. q. 2: “*Non parietes ornare templi, sed pauperibus providere gloria episcopi est*”.

¹¹⁵ Fuentes, cit. (n. 54), p. 44.

¹¹⁶ CIC 1917 cánones 1532 y 1538.

¹¹⁷ CIC 1917 canon 122: “*A los clérigos que se ven forzados a pagar a sus acreedores se*

La misma disciplina y casi en los mismos términos fue recogida en el *Código de Derecho Canónico* de 1983 en el canon 285 § 4, según el cual “*se les prohíbe [a los clérigos] salir fiadores, incluso con sus propios bienes, sin haber consultado al Ordinario propio*”, prohibición que afecta igualmente a los religiosos (can. 672), pero no a los diáconos permanentes (can. 288). Casi con las mismas palabras fue recogida igualmente esta prohibición en el *Código de Cánones de las Iglesias Orientales* (1990)¹¹⁸.

2. La prohibición en el *Fuero Real* y las *Partidas*

El primer texto castellano que recoge la prohibición de que los clérigos sean fiadores fue el *Fuero Real* que dedica el título XVIII del libro III a los fiadores y a las fianzas¹¹⁹; en su ley sexta mandaba que “*ningun Arzobispo, ni Obispo, ni otro Perlado, ni Clerigo seglar, no faga fiadura ninguna por otre*”; si la hacía, ni la Iglesia ni los bienes de ésta quedaban comprometidos, “*mas los bienes de su patrimonio que hobiere, o de otra qualquier, sean tenudos por la fiadura que ficieré*”. La misma ley prohibía hacer fianzas a “*ningun home de Orden, ni Abad, ni otro de qualquier Orden que sea*”, de manera que si las hacía, dicha fianza, a diferencia de los arzobispos, obispos y otros prelados, no valía.

Igual prohibición fue recogida en *Partidas*¹²⁰, la que, junto con prohibir las fianzas a los obispos, clérigos regulares y a los religiosos, explicaba que ello se hacía “*que por razón de la fiadura se embargaria el servicio que han de hacer a Dios y viene daño ende a la iglesia*”.

Esta prohibición se extendía a los clérigos “*que son de epistola o dende arriba*” y ella implicaba que no podían ser fiadores “*en las rentas del Rey, nin de otro señor de la tierra, nin de consejo, nin en pleyto de arrendamiento de heredades ajenas nin de bienes de huérfanos*”¹²¹. La misma ley los autorizaba, sin embargo, para afianzar unos clérigos a otros “*en sus pleytos, o en sus iglesias, o a omes que fuesen cuytados por fazer les ayuda*”. Si fuera de estas fianzas autorizadas, los clérigos hacían otras, “*valdrá la fiaduria*” pero sólo en cuan-

les debe dejar lo que, según el prudente arbitrio del juez eclesiástico, les sea necesario para su honesta sustentación, quedando firme, sin embargo, la obligación de pagar cuanto antes a sus acreedores”.

¹¹⁸ CCEO canon 385 § 3: “*Se prohíbe al clérigo salir fiador, incluso con sus propios bienes, sin haber consultado al propio Obispo eparquial o, si llega el caso, al Superior mayor*”.

¹¹⁹ Utilizo la edición que aparece en *Los Códigos Españoles concordados y anotados* 1 (Madrid 1847).

¹²⁰ P. 5, 12, 2: “*Quales non pueden ser fiadores*”.

¹²¹ P. 1, 6, 45: “*Que los clérigos non deuen ser fiadores, nin mayordomos, nin arrendadores, nin escuanos de concejo, nin de Señores seglares*”.

to a los bienes que fueran personales de ellos, sin que quedaran obligados los bienes de sus iglesias, ni tampoco sus personas, afirmación que era preciso hacer pues en dicha época existía la prisión por deudas; además, en estos casos de fianzas no autorizadas, “*deueles su perlado poner pena, qual touiere por bien: porque se metieron en tales cosas*”.

Casi en los mismos términos, sin mayores comentarios, se refieren a esta prohibición autores como Tapia que, en su *Febrero novísimo*¹²², escribía que “no pueden ser fiadores los obispos, religiosos, clérigos regulares ni sus prelados... Los clérigos de orden sacro no deben fiar sino a otros clérigos, a iglesias o personas miserables y desvalidas, aunque si fiaren a otras personas valdrá la fianza en cuanto importen sus bienes patrimoniales y no más; si bien sus prelados podrán imponerles pena por haberla hecho”. Como se puede advertir, la disciplina establecida por *Partidas* en esta materia seguía de cerca al Derecho canónico, admitiendo las mismas excepciones contempladas por este último; pero, además, reconocía la validez de las fianzas celebradas más allá de las excepciones, fijando la consiguiente sanción – pecuniaria y episcopal– al clérigo que había incumplido la prohibición.

3. *La prohibición en el Código Civil*

El tema aparece por primera vez en el *Proyecto de 1853*, el primer proyecto completo de *Código Civil*, que en su artículo 2505 prescribía quienes no podían obligarse como fiadores, mencionando en los primeros tres números a los obispos (nº 1), los religiosos (nº 2) y los ordenados *in sacris* (nº 3). En nota a los dos primeros números se hacía expresa referencia a la ley 2 del título 12 de la quinta Partida; en nota puesta al tercero mencionaba, en cambio, la ley 45 del título 6 de la Partida primera. En otras palabras, siguió en esta materia la disciplina que ya venía rigiendo en Chile desde el periodo indiano a través del texto alfonsino. La continuidad de la disciplina era, incluso, en cuanto a las excepciones, pues al referirse a los ordenados *in sacris*, después de enunciar genéricamente que ellos no podían obligarse como fiadores, agregaba que, por excepción podían hacerlo “por sus iglesias, o por otros clérigos, o por personas desvalidas”.

Esta norma fue recogida en los mismos términos por el artículo 2505 del *Proyecto inédito* y por el artículo 2342 del *Proyecto de 1855*, pasando con igual numeración y contenido al *Código Civil*. Detengámonos brevemente en su análisis.

i) *Obispo*: era el obispo el primero de quienes, referidos al ámbito eclesial, no podía obligarse como fiador. Según Donoso¹²³, obispo, “voz griega en su

¹²² TAPIA, cit. (n. 64), II, p. 422.

¹²³ DONOSO, cit. (n. 55), I, p. 170.

origen, designa el jefe que, obteniendo la plenitud del sacerdocio, preside al régimen y gobierno de una iglesia particular o diócesis”. Quedaban incluidos en esta prohibición los arzobispos que “es el prelado del orden episcopal, que preside a los obispos de una provincia”¹²⁴.

El obispo –y el arzobispo– es un ordenado *in sacris*, más aún, es quien ha alcanzado la plenitud del sacramento del orden. La incapacidad del obispo, sin embargo, para obligarse como fiador, era más amplia que la del ordenado *in sacris*, pues éste, como veremos, podía excepcionalmente obligarse válidamente como fiador en los casos que el propio Código señalaba, lo que no sucedía con el obispo quien no estaba autorizado por la ley civil para hacerlo bajo ninguna circunstancia.

Pero ¿qué sucedía si, a pesar de no estar autorizado para ello, un obispo se obligaba como fiador? Según el *Fuero Real*, la fianza prestada por un obispo valía, si bien no obligaba a su iglesia ni a los bienes de ésta, sino tan sólo a “*los bienes de su patrimonio que hobiere... sean tenudos por la fiadura que ficere*”. Nada decía el Código al respecto ni la ley de *Partidas* que le sirvió de fuente. Puesto que el Código nada decía, y puesto que cuando quiso establecer alguna excepción lo dijo expresamente, como en el caso de los ordenados *in sacris*, forzoso es deducir que el obispo no podía bajo ningún respecto obligarse como fiador, y si lo hacía, ningún bien quedaba obligado, ni siquiera sus bienes patrimoniales¹²⁵.

ii) *Religiosos* es el estado religioso “un género o modo estable de vivir en común aprobado por la Iglesia, en el cual los fieles que lo profesan, se obligan a caminar a la perfección, emitiendo los votos perpetuos de obediencia, pobreza y castidad”¹²⁶. Se trataba de una incapacidad que contemplaba el *Fuero Real* y también las *Partidas*, por lo que Bello no hizo sino que recoger la disciplina del ordenamiento jurídico vigente hasta entonces en Chile. Pero, además, la incapacidad de los religiosos concordaba con la institución de la muerte civil sancionada en el mismo Código que era “*la profesión solemne, ejecutada conforme a las leyes, en instituto monástico, reconocido por la Iglesia Católica*” (art. 95); la consecuencia de la misma era el término de la personalidad “relativamente a los derechos de propiedad”. Sin embargo, la solemnidad de los votos “no pertenece a la esencia del estado religioso”, de donde “llámase pues religioso o regular, la persona que haciendo los tres votos, vive en una religión aprobada por la Iglesia”. De esta manera, no sólo no podían obligarse como fiadores los religiosos muertos civilmente, sino que todos los religiosos que habían profesado los tres votos de manera so-

¹²⁴ *Ibid.*, p. 161.

¹²⁵ V. PESCIO VARGAS, *La fianza* (Valparaíso, 1926), p. 153.

¹²⁶ DONOSO, cit. (n. 55), I, p. 289.

lemne o simple, entre los cuales era posible comprender, por ejemplo, “los que en la Compañía de Jesús emiten votos simples en la primera profesión, después de terminado el noviciado”¹²⁷.

La razón de esta incapacidad parece obvia: en virtud del voto de pobreza el religioso “no sólo renuncia y queda incapaz de todo dominio y propiedad en los bienes temporales; pero también de todo uso de ellos independiente de la voluntad del superior, que suele llamarse *uso de derecho*; de manera que solo puede tener el uso concedido por el superior revocable a voluntad de éste, que se denomina *uso de hecho*. Y este uso debe limitarse a las cosas necesarias, con arreglo a las prescripciones de los sagrados cánones y constituciones de la Orden”¹²⁸. Conforme a ello, aunque el religioso no era un insolvente, carecía de activo por lo que no se podía comprender que pudiese servir de fiador si éste, precisamente, se obligaba a pagar con los bienes propios la obligación que no satisfacía el deudor principal.

Concordaba esta solución, además, con lo establecido en el mismo Código en el artículo 1447 inciso 3º que, en materia de actos y declaraciones de voluntad, declaraba incapaces a los religiosos junto a otras personas, entre las cuales estaban los menores adultos que no habían obtenido la habilitación de edad, los disipadores que se hallaban bajo interdicción de administrar lo suyo y las mujeres casadas. Había respecto de ellos, sin embargo, otra diferencia, pues, si bien los menores o las mujeres casadas podían, en algunos casos, prestar fianza, ello no podía suceder con los religiosos: “una fianza con semejante fiador sería sencillamente ilusoria puesto que carece de los bienes necesarios para hacerla efectiva”¹²⁹. Conforme a esto, tenía razón Victorio Pescio cuando escribía que en esta específica incapacidad no había sido la mera tradición la que había llevado a Bello a incorporarla al Código, sino que también lo era “la aplicación de principios jurídicos que el mismo Código Civil ha establecido”¹³⁰.

Los religiosos pueden también estar ordenados *in sacris*, en este caso, sin embargo, no les alcanzaban las excepciones que favorecían a éstos, pues la incapacidad del religioso, en lo que a fianzas se refiere, era absoluta.

iii) *ordenados 'in sacris'*: el episcopado, el presbiterado, el diaconado y el subdiaconado eran los órdenes mayores y sagrados “porque confieren potestad inmediata en orden a los objetos sagrados pertenecientes al sacrificio; y los que les reciben quedan irrevocablemente consagrados al ministerio del altar y obligados a guardar perpetua castidad”¹³¹. Junto a los órdenes mayo-

¹²⁷ DONOSO, cit. (n. 55), I, p. 290.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 302.

¹²⁹ PESCIO, cit. (n. 125), p. 154.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ DONOSO, cit. (n. 55), I, p. 287.

res estaban los cuatro órdenes menores, esto es, el acolitado¹³², el exorcistado¹³³, el lectorado¹³⁴ y el ostiarado¹³⁵. Se llamaban menores “porque a distinción de los primeros, la potestad que confieren, no versa inmediatamente acerca de los objetos consagrados concernientes al sacrificio, sino sobre otros ministerios inferiores relativos al culto divino”¹³⁶. Los que han recibido los órdenes menores no están consagrados *in sacris*, de donde no quedaban incluidos en la prohibición de fianza establecida por el Código.

Como lo hemos señalado al hablar de los religiosos, éstos pueden estar consagrados *in sacris*, por lo que puede haber consagrados *in sacris* que sean religiosos y otros que no lo sean, teniendo estos últimos la calidad de ordenados *in sacris* seculares, es decir, que viven en el siglo, no en conventos ni monasterios.

La regla general era que los ordenados *in sacris*, tanto regulares como seculares, no podían obligarse como fiadores y ello operaba cualquiera fuera la redacción utilizada para constituir la fianza.

Los tribunales de justicia tuvieron ocasión de pronunciarse al respecto en una vieja sentencia de 1880¹³⁷: el presbítero don Domingo Francisco Maluenda fue demandado por cobro de pesos por don Valentín Palma por una deuda que el presbítero Maluenda había afianzado, manifestando en nota puesta al pie de los respectivos pagarés que éste “afianza mancomunada y solidariamente el cumplimiento de la obligación”. El presbítero Maluenda alegó que desde muchos antes de suscribir como fiador la obligación en virtud de la cual se le ejecutaba estaba ordenado *in sacris*, por lo cual no podía obligarse legalmente como fiador. El juez de primera instancia, sin embargo, entendió que la obligación del presbítero no era accesoria, circunstancia que es de la esencia de la fianza, sino principal como la del deudor principal que suscribía dichos

¹³² Es oficio propio del acólito acompañar y servir al diácono y subdiácono en la misa solemne; encender las luces en la iglesia; llevar los ciriales en los oficios divinos; preparar el agua y el vino y administrar uno y otro al subdiácono para el sacrificio. Como interviene más de cerca en la celebración de los divinos misterios, su orden es el más excelente entre los menores. *Ibíd.*

¹³³ El ministerio de los exorcistas es expeler el dominio de los cuerpos de los bautizados y catecúmenos, con la imposición de las manos y exorcismos aprobados por la Iglesia; preparar las cosas necesarias para la bendición del agua lustral; asistir al sacerdote cuando éste exorciza; acompañar el mismo llevando el acetre o caldereta de agua bendita en el asperjes que hace al pueblo. *Ibíd.*, pp. 287 - 288.

¹³⁴ El oficio del lector es cantar o recitar clara y distintamente en los divinos oficios las sagradas escrituras y los profetas. *Ibíd.*, p. 288.

¹³⁵ El oficio del ostiario es guardar las llaves de la iglesia; abrir y cerrar ésta; custodiar los objetos sagrados contenidos en ella; recibir a los fieles y prohibir la entrada a los infieles y excomulgados. Es el último de los órdenes menores. *Ibíd.*

¹³⁶ *Ibíd.*

¹³⁷ GT. 1949 (25 diciembre 1880), pp. 1380 - 1381, sent. 1934.

pagarés, siendo por tanto, ambos co-deudores solidarios. El hecho de que hubiese utilizado la expresión 'fianza' no había tenido otra finalidad, en opinión del juez letrado, "que fijar la naturaleza de las relaciones de los co-deudores entre sí para los efectos de la disposición contenida en el inc. 2º del art. 1522 del Código Civil¹³⁸, sin desvirtuar, con respecto al acreedor, la solidaridad de la obligación". Por otra parte, agregaba el juez, si bien la ley había prohibido a los ordenados *in sacris* obligarse como fiadores, no les había prohibido constituirse deudores principales, ni individual ni en unión con otras personas. Por estas razones no dio lugar a la excepción opuesta y dispuso que se siguiera adelante la ejecución. No fue de la misma opinión la Corte de Apelaciones de Concepción, que entendió que la expresión utilizada "*de mancomun et insolidum*" no le quitaba el carácter de obligación accesoria que es inherente a la fianza, y revocó la ejecución, se alzó el embargo y se condenó en costas al ejecutante. Por lo demás, el ejecutante confesó que dicha frase había sido agregada por él sin conocimiento del presbítero Maluenda, una vez que había recibido los documentos firmados por él en calidad de simple fiador.

La prohibición de obligarse como fiador es absoluta tratándose de los religiosos. No sucede así, en cambio, con los seculares, pues ellos, en aquellos casos expresamente contemplados por el Código, pueden obligarse como fiadores de manera que la fianza es válida y ellos quedan obligados. Los casos en que ello es posible los tomaba el *Código Civil* de las *Partidas*.

i) En primer lugar, los ordenados *in sacris* podían obligarse como fiadores "*por sus iglesias*". La palabra *iglesias* es usada por el Código Civil en el artículo 547 cuando, hablando de las personas jurídicas, enumera a las *iglesias* entre aquellas personas jurídicas de derecho público a las que no se aplican las normas del Código Civil sobre personas jurídicas. Se ha entendido que esa referencia se hace a las diversas estructuras en que está organizada jerárquicamente la Iglesia católica, como los arzobispados, obispados, parroquias, etc., todas las cuales gozan de personalidad jurídica canónica y, en el ordenamiento jurídico chileno, de personalidad jurídica de derecho público y, por ende, de capacidad para actuar válidamente, a través de los respectivos representantes, en el tráfico jurídico cotidiano. De esta manera podía, por ejemplo, un párroco –es decir, un ordenado *in sacris*– servir de fiador de una obligación contraída por una parroquia –es decir, una persona jurídica de derecho público–, con lo cual el Código resultaba perfectamente lógico con otra disposición del mismo, en concreto el artículo 2346 según el cual "*se puede afianzar a una persona jurídica*".

ii) En segundo lugar los ordenados *in sacris* podían actuar como fiadores de "*otros clérigos*". Con la expresión *clérigos* se enuncia un universo de perso-

¹³⁸ Código Civil art. 1522 inc. 2º "*Si el negocio para el cual ha sido contraída la obligación solidaria, concernía solamente a alguno o algunos de los deudores solidarios, serán estos responsables entre sí, según las partes o cuotas que les correspondan en la deuda, y los otros codeudores serán considerados como fiadores*".

nas mayor que el de los ordenados *in sacris*, éstos son clérigos, pero no todos los clérigos son ordenados *in sacris*. Entre uno y otro concepto media la relación de género a especie donde el género es clérigo y la especie los ordenados *in sacris*. “Bajo el nombre de clérigos se comprende, a todos los que, en virtud de su ordenación o consagración, ejercen en la Iglesia un determinado oficio, jurisdicción o ministerio”¹³⁹; la incorporación al *clero* se hace por la primera tonsura que es “una ceremonia sagrada por la cual el lego bautizado y confirmado es agregado al gremio clerical”.

Conforme a lo anterior, la excepción es bastante amplia, pues la fianza del ordenado *in sacris* puede favorecer no sólo a los clérigos de órdenes mayores sino también a los de menores órdenes, incluidos los que han recibido apenas la primera tonsura. ¿Podría afianzarse la obligación de un religioso habida consideración a que éste es un clérigo? “Jurídicamente no habría dificultad para caucionar la obligación de un religioso (en la hipótesis que pudiera obligarse y su obligación tuviera efectos prácticos si se tiene presente que es incapaz en cuanto a los derechos de propiedad). Tal obligación sería rescindible o anulable y gozando el relativamente incapaz, el religioso (art. 1447 inc. 3º del Código Civil) del suficiente juicio y discernimiento (art. 1470 nº 1) de acuerdo con el art. 1472 del Código citado, sería susceptible de ser afianzada”¹⁴⁰.

iii) En tercer lugar, los ordenados *in sacris* podían obligarse como fiadores “*por personas desvalidas*”. Son los “*omes cuytados*” de que hablaban las *Partidas*, esto es, personas cuyas necesidades –no sólo materiales- suelen ser conocidas muy directamente por el ministerio de caridad que, junto a los oficios culturales, desempeñan los ordenados *in sacris*.

Los tribunales de justicia han tenido ocasión de pronunciarse sobre esta excepción¹⁴¹, en una sentencia que nos ilustra sobre qué hay que entender por “personas desvalidas”: se trataba de un sacerdote, don José Dolores Pincheira, que había actuado como “fiador *de mancomun et insolidum*” de una deuda contraída por don Juan de Matta Andrade con don Valeriano Sancristóval, deuda que debía pagarse en el plazo de un año. Muerto el acreedor, su viuda y única heredera testamentaria procedió al cobro de la deuda lo que hizo solicitando el embargo de bienes de don Juan Ramón Pincheira, curador interino de la herencia del sacerdote quien también había fallecido. El tribunal de instancia despachó el mandamiento de embargo el que se practicó y se citó a remate, oportunidad en la que el embargado opuso la excepción de “insuficiencia del título y de no ser él bastante para la ejecución” fundado en que “el presbítero don José Dolores Pincheira, como persona ordenada *in sacris*, no pudo prestar la fianza constituida en el título que motiva la ejecución”. En la sentencia el tribunal de

¹³⁹ DONOSO, cit. (n. 55), I, p. 97.

¹⁴⁰ PESCIO, cit. (n. 125), p. 157.

¹⁴¹ *GT*. 2128 (14 marzo 1885), p. 45 sent. 63.

primera instancia hacía presente que, si bien en principio los ordenados *in sacris* no pueden obligarse como fiadores, la misma norma establecía las posibles excepciones, una de las cuales, el caso de personas desvalidas, podía alegarse en la especie. Sin embargo, hacía igualmente presente que el ejecutante no había hecho constar en la prueba que el deudor principal fuera persona desvalida, prueba que el Tribunal consideraba que debía haber rendido el ejecutante para entender que la fianza estaba entre las que era posible contraer válidamente. Por el contrario, constaba en el proceso que el acreedor “era dueño de una casa cuyo precio se calcula en seiscientos pesos y otros bienes de menor valor”, agregando el fallo que el ejecutante había probado que el deudor principal no sólo poseía bienes, sino que, además, “era persona hábil para el trabajo y no necesitaba para vivir del auxilio o ayuda de personas extrañas”. Con esas razones se dio lugar a la excepción y se alzó el embargo, condenándose en costas al ejecutante. La sentencia fue confirmada con voto unánime por la Corte de Apelaciones de Santiago y se condenó al ejecutante al pago de las costas del recurso.

Como puede verse, la prohibición de obligarse como fiadores que, en principio, afectaba a los ordenados *in sacris* resultaba claramente mitigada a la luz de las excepciones que el mismo Código enunciaba. Ahora bien, supuesta la validez de la fianza y supuesto que el deudor principal no cumplía su obligación, debía el ordenado *in sacris* asumir el cumplimiento de la misma. ¿Con qué bienes respondía éste? Donoso¹⁴² distinguía cuatro especies de bienes de los que podían ser titulares los clérigos: patrimoniales, cuasi patrimoniales o industriales, parsimoniales y meramente eclesiásticos.

Bienes *patrimoniales* eran aquellos que, antes o después del clericato, adquirían los clérigos, a manera de los laicos, por herencia, donación, o por cualquier industria profana. Bienes *cuasi patrimoniales* o *industriales* eran aquellos que adquirían los clérigos por alguna industria o trabajo espiritual y por las funciones eclesiásticas, tales como las celebraciones de misas, sermones, administración de sacramentos, etc. Bienes *parsimoniales* eran aquellos que el clérigo ahorraba viviendo con gran parsimonia –de allí el nombre– de la cantidad de réditos del beneficio que le era lícito invertir en su congrua sustentación, como si, pudiendo gastar lícitamente al año 1000 pesos de los productos del beneficio en su honesta sustentación sólo gastaba 600, quedaban los restantes 400 pesos como bienes parsimoniales. En fin, bienes *meramente eclesiásticos*, eran los que el clérigo adquiría, precisamente, por razón y consideración de la iglesia o de algún beneficio, como obispado, canonicato, parroquia o cualquier otro: eran los diezmos, los frutos de los campos o de las cosas pertenecientes al mismo beneficio.

Respecto de los tres primeros, los clérigos tenían perfecto dominio y facultad de disponer; respecto de los meramente eclesiásticos tenían el mismo dominio y facultad en la parte correspondiente y necesaria a su congrua

¹⁴² DONOSO, cit. (n. 55), III, pp. 283 - 285.

sustentación; en lo demás, esto es, en los bienes eclesiásticos *superfluos*, se discutía si eran de dominio del clérigo o no, negándoles muchos la calidad de dueños de los mismos respecto de los cuales eran simples dispensadores o administradores y, por lo mismo, tenían la obligación *ex justitia* de invertirlos en causas pías de manera que invirtiéndolos en objetos profanos quedaban obligados a su restitución. Con todos estos bienes, pero sólo con estos bienes, respondía el ordenado *in sacris* de la fianza que había pactado; quedaban excluidos los bienes de la persona jurídica a la que servía.

Las prohibiciones de obligarse como fiador que acabamos de ver no están vigentes. En efecto, este artículo se modificó en 1943, habiéndose eliminado los tres números que hemos visto¹⁴³. A esas altura, sin embargo, había cambiado también la disciplina canónica, pues el canon 137 del Código de Derecho Canónico de 1917, prohibía a los clérigos salir fiadores, aunque fuese con bienes propios, “*sin consultar al Ordinario*”. Es por lo que se entendía que “el contrato de fianza, incluso cuando fue hecho sin permiso, es válido y puede ser vindicado por el acreedor en acción petitoria¹⁴⁴”. Algo similar establece el Código de Derecho Canónico de 1983 en actual vigencia, cuyo canon 285 § 4 prohíbe a los clérigos salir fiadores, incluso con sus propios bienes, sin haber consultado al Ordinario propio.

Así, en la actualidad, ante el derecho civil chileno no existe impedimento alguno para que los obispos, los religiosos y los ordenados *in sacris* puedan ser fiadores sin limitación alguna, pero será menester tener presente la legislación canónica que establece un régimen un tanto diverso al civil.

Cuando el *Código de Derecho Canónico* exige que el clérigo, antes de salir de fiador, consulte al Ordinario propio, lo que está exigiendo es sólo una consulta y nada más que una consulta. Esto quiere decir que, si el clérigo consulta al Ordinario y éste le desaconseja la fianza, no obstante lo cual el clérigo se obliga a pesar de la negativa, la fianza que ha contratado es válida, pues el clérigo ha cumplido estrictamente la exigencia codicial, toda vez que el Código exige *consultar*, pero no exige seguir el parecer emitido con ocasión de la consulta. Cosa distinta es que al actuar así el clérigo haga un despropósito, pero nada podría el Ordinario reprocharle, al menos jurídicamente.

¹⁴³ La reforma la hizo la ley 7.612, de 21 octubre 1943. La redacción actual del art. 2342 es la siguiente: “Las personas que se hallen bajo potestad patria o bajo tutela o curaduría, sólo podrán obligarse como fiadores en conformidad a lo prevenido en los títulos *De la patria potestad* y *De la administración de los tutores y curadores*. Si el marido o la mujer, casados en régimen de sociedad conyugal quisieren obligarse como fiadores, se observarán las reglas dadas en el título *De la sociedad conyugal*”.

¹⁴⁴ A. ALONSO LOBO, [Comentario al canon 137], en *Comentarios* (n. 58), p. 425.

Situación diversa es la del clérigo que, estando obligado a consultar, se obliga con fianza sin haber ni siquiera consultado al Ordinario. En este caso, preciso es distinguir la situación a que se ve enfrentado en los dos fueros, el civil y el canónico. Desde el punto de vista canónico, el acto es válido, pues, aun cuando pasó a llevar una prescripción canónica expresa y se hace merecedor de una reprimenda, la violación de la misma no está sancionada con la nulidad del acto celebrado en su contravención, y, según el canon 10 “*se han de considerar invalidantes o inhabilitantes tan sólo aquellas leyes en las que expresamente se establece que un acto es nulo o una persona es inhábil*”. Un tal comportamiento, sin embargo, podría dar lugar a alguna llamada de atención por parte del Ordinario, sin perjuicio de alguna sanción penal si la decisión de fianza y, eventualmente, los daños causados, fueron decididos con abuso de la potestad eclesiástica o del cargo, en cuyo caso al autor “*debe ser castigado de acuerdo con la gravedad del acto u omisión, sin excluir la privación del oficio*” (can. 1389 § 1).

En el fuero civil la validez de la obligación de fianza asumida por el clérigo es indudable.

Puede presentarse un problema en el evento que el clérigo que ha otorgado una fianza, con o sin consulta del Ordinario, fuese demandado y, como consecuencia de la demanda, se embarguen bienes que no son propios sino de la persona jurídica a la que represente, como sería el caso de un párroco a quien se le embarga la camioneta de la parroquia. En este caso, si no se ha dicho nada en contrario, se ha de entender que la obligación ha sido asumido a título personal por el clérigo y, por ende, podría oponerse la respectiva tercería de dominio en nombre de la persona jurídica titular de los bienes embargados.