

XIV CONGRESO DEL INSTITUTO INTERNACIONAL  
DE HISTORIA DEL DERECHO INDIANO

# DERECHO, INSTITUCIONES Y PROCESOS HISTÓRICOS

TOMO III

José de la Puente Brunke / Jorge Armando Guevara Gil  
Editores

## Capítulo 76



*Derecho, Instituciones y Procesos Históricos*

*XIV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*

Primera edición, agosto de 2008

Edición de José de la Puente Brunke y Jorge Armando Guevara Gil

© Instituto Riva-Agüero de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008

Jirón Camaná 459, Lima 1

Teléfono: (51 1) 626-6600

Fax: (51 1) 626-6618

[ira@pucp.edu.pe](mailto:ira@pucp.edu.pe)

[www.pucp.edu.pe/ira](http://www.pucp.edu.pe/ira)

Publicación del Instituto Riva-Agüero N° 247

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008

Av. Universitaria 1801, Lima 32 - Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

[feditor@pucp.edu.pe](mailto:feditor@pucp.edu.pe)

[www.pucp.edu.pe/publicaciones](http://www.pucp.edu.pe/publicaciones)

Foto de cubierta: Estantería de la Dirección del Instituto Riva-Agüero (Lima)

Diseño de interiores y cubierta: Fondo Editorial

*Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,*

*total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.*

ISBN Tomo III: 978-9972-42-859-3

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2008-09998

Impreso en el Perú - Printed in Peru

# LA INFLUENCIA DEL DERECHO CANÓNICO EN EL CÓDIGO CIVIL DE CHILE A TRAVÉS DE LAS *SIETE PARTIDAS*

Carlos Salinas Araneda\*

## 1. INTRODUCCIÓN

La incorporación accesoria de las Indias a Castilla<sup>1</sup> permitió que el Derecho castellano rigiera en Indias, si bien, en la medida que fue apareciendo una legislación especial para Indias —esto es, el Derecho indiano entendido en su sentido restringido—, el Derecho castellano rigió en forma supletoria respecto de este. 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 indiano.<sup>2</sup> 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, aún cuando su aplicación fue solo 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 publicístico.<sup>3</sup> 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 XX.<sup>4</sup> 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 este, 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

---

\* Este trabajo forma parte del proyecto de investigación Fondecyt 1020647 del que el autor es investigador principal.

\*\* 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*.

<sup>1</sup> Juan MANZANO MANZANO, *La incorporación de las Indias a la Corona de Castilla*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, s.f.

<sup>2</sup> Alejandro GUZMÁN BRITO, *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*, vol. 1, Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile, 1982, pp. 50–51.

<sup>3</sup> *Ibidem*, pp. 60–61; Antonio DOUGNAC RODRÍGUEZ, *Manual de Historia del Derecho Indiano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, pp. 20–21.

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

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 sabio.<sup>5</sup>

Pero el Código Civil no solo 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 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.

## 2. 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»,<sup>6</sup> 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 humana:<sup>7</sup> 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* ha sido abordada con autoridad por autores a cuyos trabajos me remito.<sup>8</sup> Tan solo me limito a poner de

<sup>5</sup> GUZMÁN [2], pp. 414-415.

<sup>6</sup> Esteban MARTÍNEZ MARCOS, *Las causas matrimoniales en las Partidas de Alfonso el sabio*, Salamanca 1966, p. 5.

<sup>7</sup> FRANCESCO CALASO, *Medievo del diritto*, Milano, 1954, p. 149.

<sup>8</sup> GIMÉNEZ Y MARTÍNEZ DE CARVAJAL, «El Decreto y las Decretales fuentes de la I Partida de Alfonso el Sabio», *Anthologica Annua*, núm. 3, 1955, pp. 339-348; Ramón BIDAGOR, «El derecho de las decretales y las Partidas de Alfonso el Sabio», *Acta Congressus Iuridici Internationalis*, Romae 1934, vol. 3, Romae, 1936, pp. 299-313; Ramón BIDAGOR, «Contribución española al estudio del Decretum Gratiani», *Studia Gratiani*, núm. 2 1956, pp. 529 ss.; GIMÉNEZ Y MARTÍNEZ DE CARVAJAL, «S. Raimundo de Peñafort

relieve dos aspectos ya tratados por ellos. El primero es 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 monarca.<sup>9</sup> 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 Romano Germánico.<sup>10</sup> 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 Iglesia.<sup>11</sup> 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 solo humana sino también sobrenatural.<sup>12</sup>

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 manifiestos».<sup>13</sup> 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».<sup>14</sup> Por el contrario, su finalidad fue proporcionar al derecho de la Iglesia el apoyo del poder regio para amparar los intereses de esta y defender el mejor cumplimiento de las leyes dictadas por ella, pues, como en las mismas *Partidas* se dice, «estos dos poderes [espiritual y

---

y las Partidas de Alfonso el Sabio», *Anthologica Annu*, núm. 3, 1955, pp. 202 ss.; José MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, «La relación entre el derecho de las Decretales y el de las Partidas en materia matrimonial», *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 15, 1944, pp. 589–643; E. F. REGATILLO, «El derecho matrimonial en las Partidas y en las Decretales», *Acta Congressus Iuridici Internationalis Romae* 1934, Romae, 1936, vol. 3, pp. 317 ss.

<sup>9</sup> 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* 1, Madrid, 1899, p. 310; PÉREZ DE URBEL, *Los monjes españoles de la Edad Media*, 2ª ed., Madrid, 1945, p. 559; SAMANIEGO DULANTO, *Legislación eclesiástica en las Partidas de Alfonso el Sabio*, Moralia, 1955, p. 274 n. 1. Los cita MARTÍNEZ MARCOS [6], p. 17.

<sup>10</sup> SEMPERE Y GUARINOS, *Historia del Derecho español*, vol. 1, 2ª ed., Madrid, 1844, p. 253.

<sup>11</sup> BIDAGOR, [8], p. 305.

<sup>12</sup> MARTÍNEZ MARCOS [6], pp. 18–24.

<sup>13</sup> Prólogo a la segunda Partida. Lo mismo repite en el prólogo a la tercera y cuarta Partidas.

<sup>14</sup> P 1, 15, 15.

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*».<sup>15</sup> 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».<sup>16</sup>

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 que Alfonso nunca pretendió hacer uso de su potestad legislativa para legislar en materias propiamente eclesiásticas; tan solo se limitó a recoger y aceptar doctrinas o disposiciones disciplinares 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: solo 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 jurídico.<sup>17</sup>

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

<sup>15</sup> Prólogo a la segunda Partida.

<sup>16</sup> MARTÍNEZ MARCOS [6], p. 22.

<sup>17</sup> MARTÍNEZ MARCOS [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 este, 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*.

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 copiaron 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 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 estas su libertad de acción».<sup>18</sup>

### 3. 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 Civil.<sup>19</sup> La tarea codificadora, en la que se sucedieron el trabajo de Bello solo y el de comisiones,<sup>20</sup> estuvo terminada en diciembre de 1855,<sup>21</sup> 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 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

---

<sup>18</sup> MARTÍNEZ MARCOS [6], p. 25.

<sup>19</sup> 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.

<sup>20</sup> 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. Cf. GUZMÁN [2], pp. 307-330.

<sup>21</sup> 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 este, en bloque, en diciembre de ese año como Código Civil de Chile.

sido una concesión pontificia, el patronato consagrado en esta Constitución era tan solo 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»;<sup>22</sup> 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».<sup>23</sup> Estos buenos juicios, empero, no eran obstáculo para «desear que desaparezcan de él algunos lunares»,<sup>24</sup> lo que motivó una presentación conjunta de los tres obispos al Senado.<sup>25</sup>

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».

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 solo el conocimien-

<sup>22</sup> Carta al Obispo de Concepción, de 28 julio 1856, en José Ramón ASTORGA (rec.), *Obras científicas i literarias del Ilmo. I Rmo. Sr. Don Rafael Valentín Valdivieso, arzobispo de Santiago de Chile*, vol. 2, Santiago de Chile, 1902, p. 7.

<sup>23</sup> Carta al Obispo de La Serena, de 29 julio 1856, *ibidem*, p. 23.

<sup>24</sup> *Idem*.

<sup>25</sup> Reclamación sobre el Código Civil, en ASTORGA [22], pp. 27-58.



to histórico de la respectiva institución permite detectar. Como el Derecho canónico es uno de los elementos configuradores del derecho occidental,<sup>26</sup> su huella ha quedado en numerosas instituciones del derecho privado y público que hoy forman parte del patrimonio jurídico de Occidente.<sup>27</sup> 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 jurídicas.<sup>28</sup>

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.

### 3.1 Incapacidad de tutela o curaduría de quienes pertenecen al fuero eclesiástico

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».

---

<sup>26</sup> Rafael GIBERT, *Elementos formativos del Derecho en Europa, germánico, romano, canónico*, Madrid, 1982.

<sup>27</sup> Sobre este tema recientemente Sara ACUÑA GUIROLA – Rocío DOMÍNGUEZ BARTOLOMÉ, *Influencia de las instituciones canónicas en la conformación del orden jurídico civil a través de la historia*, vol. 1, Cádiz, Editora de Publicaciones Científicas y Profesionales, 2000; Paloma AGUILAR ROS y Ramón HERRERA BRAVO, *Derecho romano y Derecho canónico: elementos formativos de las instituciones jurídicas europeas*, Granada, Editorial Comares, 1994. También puede verse José MALDONADO, «Significación histórica del Derecho canónico», *Ius Canonicum* núm. 9, 1969, pp. 5–99; José MALDONADO, *Curso de Derecho canónico para juristas civiles*. Parte general, 2ª ed., Madrid, 1970, pp. 221–409; José MALDONADO, «Líneas de influencia canónicas en la historia del proceso español», *Anuario de Historia del Derecho Español* núm. 33, 1953, pp. 467–495; EL MISMO, «Derecho canónico y Derecho civil», AA.VV., *Derecho canónico* vol. 1, Pamplona, 1974, pp. 127–159.

<sup>28</sup> La lit. sobre la influencia del Derecho canónico en la configuración de las personas jurídicas es amplia, de las cuales pueden citarse: Santiago PANIZO ORALLO, *Persona jurídica y ficción. Estudio de la obra de Sinibaldo de Fieschi (Inocencio IV)*, Pamplona, Eunsa, 1975; Santiago BUENO SALINAS, *La noción de persona jurídica en el derecho canónico*, Barcelona, Herder, 1985.

### 3.1.1 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*,<sup>29</sup> «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 solo 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 solo 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 mismos.<sup>30</sup>

La segunda de estas normas del *Decreto* recogía el capítulo 3 del Concilio de Calcedonia. La primera, en cambio, estaba tomada del *Código* de Justiniano;<sup>31</sup> 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 fuente.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> Decreto c. 40 C. XVI q.1.

<sup>30</sup> Decreto, c. 26 in fine D. LXXXVI.

<sup>31</sup> Cod. Iust. 1, 3, 52.

<sup>32</sup> 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 acarrearé los más

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 imperial.<sup>33</sup> 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 fin.<sup>34</sup> 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 divina;<sup>35</sup> más aún, no se comprende que la Iglesia pueda existir sin el imperio.<sup>36</sup> 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 infalibilidad.<sup>37</sup> Defensor de la fe, el emperador no vela solo 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 solo 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 eclesiástica.<sup>38</sup> 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 (527-565), León VI (886-912), Alexis Comnène (1081-1118), Manuel Comnène (1143-1180) o Andrónico II (1282-1382).<sup>39</sup> De hecho, la legislación eclesiástica de Justiniano en particular forma una de las bases más sólidas del Derecho canónico y es

---

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 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».

<sup>33</sup> L. BRÉHIER, *Le monde byzantin 2: Les institutions de l'empire byzantin*, Paris, 1949, p. 55. Cf. Jesús DAZA MARTÍNEZ, «La política religiosa y la legislación eclesiástica del Emperador Justiniano», *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*, núm. 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.

<sup>34</sup> BRÉHIER [33], p. 56.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 430.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 431.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 434.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 435.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 438.

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 incansables en la legislación canónica.<sup>40</sup>

Aunque Justiniano estableció una distinción teórica entre *sacerdotium e imperium*, entre los que debía existir una *simphonia* o *consonantia*,<sup>41</sup> continuó moviéndose dentro de la tradición de los siglos inmediatamente anteriores, por lo que dicha distinción no siempre la observó en la práctica.<sup>42</sup> Por otra parte, Justiniano entendía que la ortodoxa *religia* y la paz *ecclesiarum* estaban en estrecha relación con la plebis concordia y la pax orbis, por lo que fue preocupación constante de él salvaguardar las dos primeras.<sup>43</sup>

Esto explica no solo 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».<sup>44</sup> 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 reiterando,<sup>45</sup> de manera que cuando, con el correr 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 aceptarlas.<sup>46</sup>

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 444. Cf. H. I. MARROU, «La Iglesia en el marco de la civilización helenística y romana», *Concilium*, núm. 67, 1971, p. 61; DENZLER, «Líneas fundamentales de la eclesiología en el Imperio bizantino», *ibidem*, pp. 72–73.

<sup>41</sup> *Novellae* 6, praef.

<sup>42</sup> E. BARKER, *Social and Political Thought in Byzantium from Justinian I to the last Palaeologus*, Oxford, 1957, p. 36.

<sup>43</sup> DAZA [33], p. 57.

<sup>44</sup> G. L. FALCHI, «Osservazioni sul fondamento ideológico della collocazione della materia eclesiástica nel Codice di Giustiniano e nei Basilici», F. BIFFI (a cura di), *I diritti fondamentali della persona umana a la libertà religiosa. Atti del V Colloquio Giuridico* (8-10 marzo 1984), Roma, Librería Editrice Vaticana, Librería Editrice Lateranense, 1985, p. 381.

<sup>45</sup> S. C. de OO y RR, Salernitana, de 24 junio 1619; Thelesina, de 30 mayo 1626 y 13 junio 1648. Se citan en Fuentes del Sínodo diocesano celebrado en Santiago de Chile por el Illmo y Rmo señor Arzobispo Dr. D. Mariano Casanova del 8 al 15 de setiembre de 1895, Santiago de Chile, Imprenta de La Revista Católica, 1903, p. 44, art. 362.

<sup>46</sup> Justo DONOSO, *Instituciones de Derecho canónico americano*, vol. 2, Valparaíso, Imprenta y Librería del Mercurio, 1849, p. 274, que en nota remitía a Ferraris, donde podían consultarse las «varias decisiones canónicas» que he señalado en la nota anterior.

### 3.1.2 La incapacidad en las Partidas

Esta prohibición fue recogida por las *Partidas*,<sup>47</sup> donde se prohibió a obispos, monjes y religiosos ser guardadores de huérfanos, «porque estos atales han de servir a Dios en las Egleſias, 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 Provenza,<sup>48</sup> de la cual se conocen algunos manuscritos del siglo XIV en castellano.<sup>49</sup> 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 ni “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*.

---

<sup>47</sup> P 6. 16. 14: «*Quales son aquellos que non pueden ser guardadores de otro*. Obispo, nin monje, nin otro relijioso non puede ser guardador de huérfano: porque estos atales han de servir a Dios en las Egleſias, 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 razon 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 alañar, e procurar los bienes dellos. Otrosi...».

<sup>48</sup> José Manuel PÉREZ PRENDES, *Curso de Historia del Derecho español*, Madrid, 1978, p. 579.

<sup>49</sup> *Lo Codi en castellano —según los manuscritos 6416 y 10816 de la Biblioteca Nacional*. Edición y estudio preliminar de Juan Antonio Arias Bonet, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Seminario de Derecho Romano, 1984.

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 solo 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 materia.<sup>50</sup> 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 solo 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 proyectos,<sup>51</sup> 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*<sup>52</sup> 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 solo 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».

### 3.1.3 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, solo se limitaba a establecer que «tampoco pueden ser tutores o curadores los que gozan de fuero eclesiástico».<sup>53</sup> En nota que Bello

<sup>50</sup> Cf. *supra* n. 29 y 30.

<sup>51</sup> GUZMÁN [2], pp. 417–418.

<sup>52</sup> Eugenio DE TAPIA, *Febrero novísimo o librería de jueces, abogados y escribanos, refundida, ordenada bajo nuevo método y adicionada con un tratado del juicio criminal y algunos otros*, vol. 1, Valencia, 1828, p. 43. 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 (véase *supra* n. 59); y a P 6, 17, 2 in fine (Que razones son aquellas porque se puede excusar 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.

<sup>53</sup> 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».

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»;<sup>54</sup> 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*<sup>55</sup> 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 Solar,<sup>56</sup> la razón de esta innovación 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».<sup>57</sup> El Proyecto de 1855 introdujo finalmente dos

---

<sup>54</sup> 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. §. Deo amabiles, super verbo interdiximus, et quando sunt legitimi, admittuntur volentes, non inviti, ut hic, et ibi habes.*»

<sup>55</sup> 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». Paulino ALFONSO, *Explicaciones de Código Civil destinadas a los estudiantes del ramo en la Universidad de Chile*, vol. 2, Santiago de Chile, Publicada por la Academia de Leyes y Ciencias Políticas, Imprenta Cervantes, 1884, p. 298.

<sup>56</sup> Luis CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado* 5: De las personas, Santiago de Chile, Imprenta Cervantes, 1927, p. 252.

<sup>57</sup> 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 cargo o comisión pública fuera del territorio chileno».

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 vigencia.<sup>58</sup>

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 alguna a las normas canónicas.<sup>59</sup> 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 Civil.<sup>60</sup> 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 exhaustividad,<sup>61</sup> 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 Egaña,<sup>62</sup> 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

---

<sup>58</sup> 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».

<sup>59</sup> Tampoco hace Bello referencia al *Código* de Justiniano, no obstante que fue utilizado como fuente, si bien en una medida ínfima. Cf. GUZMÁN [2], p. 415.

<sup>60</sup> *Ibidem*, pp. 413–427.

<sup>61</sup> 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* 2 [2], doc. 208.

<sup>62</sup> C. SALINAS ARANEDA, «La biblioteca de don Mariano Egaña con especial referencia a sus libros de derecho», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, núm. 7, 1982, p. 424–429.



y podían excusarse del mismo los ministros de culto en el Código de Luisiana,<sup>63</sup> las personas constituidas en órdenes sagradas, según el Código Sardo<sup>64</sup> y los sacerdotes seculares en el Código austriaco.<sup>65</sup> Y no podían ser tutores los individuos del clero regular, según el Código Bávaro,<sup>66</sup> los monjes según el austriaco;<sup>67</sup> los que han hecho voto en un convento, según el Código prusiano,<sup>68</sup> y los que perteneciesen a las corporaciones religiosas donde se hacen votos solemnes o perpetuos, según el ya referido Código Sardo.<sup>69</sup> Todos estos códigos fueron utilizados por Bello en la elaboración del Código Civil<sup>70</sup> y quizá fue esta otra razón tenida en cuenta para incorporar en el mismo la disciplina de *Partidas* en esta materia.

### 3.2. 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 números,<sup>71</sup> 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

<sup>63</sup> *Code Civil* de la Luisiana (1825) art. 312: «Están dispensados del cargo de tutores por sus empleos u oficios: 7º Los ministros del culto».

<sup>64</sup> *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».

<sup>65</sup> *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* austriaco (1811) art. 195: «Podrán excusarse de la tutela: 1º Los sacerdotes seculares».

<sup>66</sup> *Codex Maximilianus Babaricus Civiles* (1756), Libro I De la tutela, art. 3: «No podrán ser tutores: 2º Los individuos del clero regular».

<sup>67</sup> *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* austriaco (1811) art. 191 y 194: «No podrán ser nombrados tutores: 4º Los monjes».

<sup>68</sup> *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».

<sup>69</sup> *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».

<sup>70</sup> GUZMÁN [2], p. 423.

<sup>71</sup> Código Civil art. 514: «Pueden excusarse de la tutela o curaduría: 1º 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; 2º Los administradores y recaudadores de rentas fiscales; 3º 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; 4º Los que tienen su domicilio a considerable distancia de dicho departamento; 5º Las mujeres; 6º Los que adolecen de alguna grave enfermedad habitual o han cumplido sesenta y cinco años; 7º Los pobres que están precisados a vivir de su trabajo personal diario; 8º 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; 9º Los que tienen bajo su patria potestad cinco o más hijos legítimos vivos; contándoseles también los que han muerto en acción de guerra bajo las banderas de la República».

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 art. 498. Es por lo que nada se dijo originalmente en el art. 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 entre 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.

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».

### **3.3 Fianza de obispos, religiosos y ordenados *in sacris***

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

#### **3.3.1 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<sup>72</sup> incluyó las fianzas entre los negocios que el obispo no debía conocer; y las Decretales<sup>73</sup> las prohibían a los clérigos. Era, sin embargo, doctrina común que los clérigos pudiesen afianzar a su iglesia,<sup>74</sup> o a otro clérigo;<sup>75</sup> y también podían hacerlo respecto de los desvalidos, posibilidad esta última que se deducía del propio Decreto.<sup>76</sup> Se continuaba, así, la disciplina establecida por Justiniano, pero se mitigaba la misma, aceptando la posibilidad de la fianza en algunos casos.

### 3.3.2 *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 fianzas;<sup>77</sup> en su ley sexta mandaba que «ningun Arzobispo, ni Obispo, ni otro Prelado, ni Clerigo seglar, no faga fiadura ninguna por otre»; si la hacía, ni la Iglesia ni los bienes de esta quedaban comprometidos, «mas los bienes de su patrimonio que hobiere, o de otra qualquier, sean tenudos por la fiadura que ficiere». 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 preladados, no valía.

Igual prohibición fue recogida en *Partidas*,<sup>78</sup> la que, junto con prohibir las fianzas a los obispos, clérigos regulares y a los religiosos, explicaba que ello se hacía «que por

<sup>72</sup> 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 ocasiones perplexus*».

<sup>73</sup> X 3, 22, 1: «*Clericus fideiussionibus inserviens abiiciatur*». Cf. F. X. WERNZ, P. VIDAL, *Ius canonicum* 2 (Romae 1923), p. 151.

<sup>74</sup> 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*».

<sup>75</sup> X. 3, 22, 2: «*Compellitur clericus servare fideiussorem indemnem per assignationem reddituum suorum*».

<sup>76</sup> c. 71 C. XII. q. 2: «*Non parietes ornare templi, sed pauperibus prouidere gloria episcopi est*».

<sup>77</sup> Utilizo la edición que aparece en *Los Códigos Españoles concordados y anotados*, Vol. 1, Madrid, 1847.

<sup>78</sup> P 5, 12, 2: «*Quales non pueden ser fiadores*».

razón de la fiadura se embargaría 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». <sup>79</sup> 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 fiaduría» pero solo en cuanto 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*, <sup>80</sup> 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.

### 3.3.3 *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 2.505 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 período 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*,

<sup>79</sup> P 1, 6, 45: «Que los clérigos non deuen ser fiadores, nin mayordomos, nin arrendadores, nin esciuanos de concejo, nin de Señores seglares».

<sup>80</sup> TAPIA [52], p. 422.

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 2.505 del Proyecto inédito y por el artículo 2.342 del Proyecto de 1855, pasando con igual numeración y contenido al Código Civil. Detengámonos brevemente en su análisis.

a) *Obispo*: era el obispo el primero de quienes, referidos al ámbito eclesial, no podía obligarse como fiador. Según Donoso,<sup>81</sup> obispo, «voz griega en su 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».<sup>82</sup>

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 este, 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 esta, sino tan solo a «los bienes de su patrimonio que hobiere... sean tenudos por la fiadura que ficiere». 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 patrimoniales.<sup>83</sup>

b) *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».<sup>84</sup> 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

---

<sup>81</sup> DONOSO [46], p. 170.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 161.

<sup>83</sup> VITORIO PESCIO VARGAS, *La fianza*, Valparaíso, 1926, p. 153.

<sup>84</sup> DONOSO [46], p. 289.

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 solo no podían obligarse como fiadores los religiosos muertos civilmente, sino que todos los religiosos que habían profesado los tres votos de manera solemne 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».<sup>85</sup>

La razón de esta incapacidad parece obvia: en virtud del voto de pobreza el religioso «no solo 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 este, 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».<sup>86</sup> 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 este, 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 1.447 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».<sup>87</sup> 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».<sup>88</sup>

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

---

<sup>85</sup> DONOSO [46], p. 290.

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 302.

<sup>87</sup> PESCIO [83], p. 154.

<sup>88</sup> *Idem*.

c) *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».<sup>89</sup> Junto a los órdenes mayores estaban los cuatro órdenes menores, esto es, el acolitado,<sup>90</sup> el exorcistado,<sup>91</sup> el lectorado<sup>92</sup> y el ostiarado.<sup>93</sup> 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».<sup>94</sup> 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, estos 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.

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

<sup>89</sup> DONOSO [46], p. 287.

<sup>90</sup> 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. *Idem*.

<sup>91</sup> 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 este exorciza; acompañar el mismo llevando el acetre o calderilla de agua bendita en el asperjes que hace al pueblo. *Ibidem*, pp. 287–288.

<sup>92</sup> El oficio del lector es cantar o recitar clara y distintamente en los divinos oficios las sagradas escrituras y los profetas. *Ibidem*, p. 288.

<sup>93</sup> El oficio del ostiario es guardar las llaves de la iglesia; abrir y cerrar esta; 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. *Idem*.

<sup>94</sup> *Idem*.

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 2.346 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 personas mayor que el de los ordenados *in sacris*; estos 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»;<sup>95</sup> 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 solo 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 este 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. 1.447 inc. 3º del Código Civil) del suficiente juicio y discernimiento (art. 1.470 nº 1) de acuerdo con el art. 1.472 del Código citado, sería susceptible de ser afianzada».<sup>96</sup>

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 solo materiales— suelen ser conocidas muy directamente por el ministerio de caridad que, junto a los oficios culturales, desempeñan los ordenados *in sacris*.

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

<sup>95</sup> DONOSO [46], p. 97.

<sup>96</sup> PESCIO [83], p. 157.



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 este? Donoso<sup>97</sup> 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 ahorraaba 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 1.000 pesos de los productos del beneficio en su honesta sustentación solo 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 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 solo 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 visto.<sup>98</sup> A esa altura, sin embargo, había cambiado también la disciplina canónica, pues el canon 137 del Código de Derecho Canónico de 1917, prohibía a

---

<sup>97</sup> DONOSO [46], pp. 283–285.

<sup>98</sup> 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, solo 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*».

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 petitoria.<sup>99</sup> 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.

---

<sup>99</sup> Arturo ALONSO LOBO, «[Comentario al canon 137]», *Comentarios al Código de Derecho Canónico*, vol. 1, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1963, p. 425.