

EN DEFENSA DE LA *INSINUATIO DONATIONIS*
Informe sobre el proyecto de ley que elimina el trámite
de la insinuación para las donaciones entre vivos

Hernán Corral Talciani

Profesor de Derecho Civil
Universidad de los Andes

"...aunque la donación sea de derecho natural, ella toma sin embargo en el derecho civil formas esenciales que el legislador ha querido imponerle a causa de su importancia. Bien que el hombre no sea naturalmente llevado a despojarse de lo suyo en vida, hay sin embargo numerosas circunstancias donde es necesario temer de su parte, una facilidad demasiado grande y una generosidad irreflexiva" (TROPLONG, *Droit Civil Expliqué. Des donations entre-vifs...*, Paris, 1872, t. II, p. 402)

I. ANTECEDENTES GENERALES DEL PROYECTO

El proyecto original (modifica cuerpos legales para suprimir el trámite de la insinuación en las donaciones entre vivos, Boletín N° 1739-07) fue presentado en 1995 por una moción del Diputado Rubén Gajardo y copatrocinado por los Diputados Sergio Elgueta, Ramón Elizalde y Felipe Letelier.

El proyecto propone derogar los artículos 1401, 1402 y 1405 del Código Civil, y adecuar los artículos 1403, 1404, 1406, 1407 y 1653 del mismo Código, en cuanto hacen alusión a la insinuación. También pretende eliminar el título IX del libro IV del Código de Procedimiento Civil que se refiere a la gestión voluntaria de insinuación, con sus artículos 889 y 890. Finalmente, propone suprimir en el inciso décimo cuarto del artículo 2° de la Ley N° 1.271 (sic) la alusión que hace la norma a la insinuación de las donaciones.

El proyecto fue estudiado por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara, la que emitió su informe el 5 de agosto de 1997.

La Comisión escuchó los planteamientos del profesor de la Universidad Católica de Valparaíso Alejandro Guzmán Brito y de abogados del Servicio de Impuestos Internos.

Resultan muy interesantes los aportes que, en materia histórica, se atribuyen en el informe al profesor Guzmán Brito. Así, la Comisión puede dejar constancia de que los orígenes de la *insinuatio* se remontan a la época romana (siglos III y IV), cuando el legislador buscando asegurar la libertad de disponer del donante y la protección de eventuales derechos familiares, se establecieron diversas restricciones a las donaciones irrevocables, entre las cuales estaba la que exigía que el donante declarara su voluntad ante la curia de la

ciudad o la presidencia de la provincia, levantándose un acta. Esta formalidad fue llamada insinuación, la que Justiniano requerirá sólo para las donaciones de alto valor (quinientos sueldos).

Se agrega que la *insinuatio* no fue recogida por el *Code Napoleónico* ni por otros Códigos similares. Sólo aparecería en el Código sardo de 1830 (sic), y por eso Guzmán Brito sugiere que de allí la habría tomado don Andrés Bello al redactar nuestro Código Civil.

El informe de la Comisión deja constancia que la insinuación aparece hoy desnaturalizada por cuanto un trámite que estaba previsto sólo para donaciones de alto valor (originalmente, dos mil pesos), por una omisión legislativa, aparece hoy exigida para toda donación que valga más de dos centavos, es decir, en la práctica a todas.

En este sentido, el informe da cuenta que la Comisión tuvo a la vista otro proyecto de ley sobre la materia ("Substituye en el artículo 1401 del Código Civil, las palabras dos centavos por 15 de unidades tributarias mensuales", boletín N° 1363-07) presentado por los Diputados Letelier, Norambuena y Soria. Esta moción propone reajustar el monto mínimo sobre el cual se exige la insinuación de doce centavos a quince unidades tributarias mensuales.

La Comisión se inclina por la opción de suprimir el trámite por coincidir con la posición del Diputado Gajardo en el sentido de "no haber razón alguna para mantener una institución que sólo existe en el país, establecida en base a fuentes poco claras... Estimó el Diputado absolutamente impropio mantener este trámite por cuanto carecería de sentido lógico el que una persona, plenamente capaz, necesite la autorización o el criterio de otra para dar o regalar algo de su propiedad, sin considerar, todavía, la traba que significa el tiempo empleado en la tramitación de la solicitud y el costo de las diligencias judiciales".

Finalmente, la Cámara de Diputados, en sesión de 2 de septiembre de 1997, aprobó en general y en particular el informe de la Comisión. Ese mismo día, por oficio N° 1.685, el Presidente de la Cámara de Diputados remite el texto aprobado al Presidente del H. Senado.

El proyecto aprobado por la Cámara consta de dos artículos permanentes y uno transitorio.

El artículo primero deroga los artículos 1401, 1402, 1405 y 1410, así como el inciso segundo del art. 1404, y además adecua los artículos 1403, 1406, 1407, 1434 y 1653. El artículo segundo deroga el título IX del libro IV del Código de Procedimiento Civil. El artículo tercero adecua el inciso final del art. 2 de la Ley N° 16.271.

Un único artículo transitorio declara saneado el vicio de nulidad que pudiera afectar a los actos y contratos celebrados con omisión del trámite de la insinuación, pero sin afectar los casos que se encuentren sometidos a proceso judicial ni a lo resuelto en sentencias ejecutoriadas.

El proyecto se encuentra actualmente en estudio en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del H. Senado, cuyo Secretario don José Luis Alliende Leiva, por encargo del señor Presidente de dicha Comisión, ha solicitado que el suscrito pueda aportar alguna opinión al respecto.

Las líneas que siguen pretenden dar cumplimiento a esta petición.

II. LAS FUENTES HISTORICAS DE LA INSINUACION

La institución de la *insinuatio* en las donaciones es de creación romana. Se trata de una invención del Derecho romano postclásico del siglo IV d. C. que llega a su formulación definitiva en el siglo VI d. C.

Es el emperador Constantino, en el año 316 d. C., el que exige tres requisitos para las donaciones: acta escrita ante testigos, entrega del objeto donado y transcripción del instrumento de donación en las actas públicas del gobernador de la provincia o, en su defecto, de los magistrados del domicilio del donante. Esta última formalidad fue llamada *insinuatio*¹. Este registro formal fue requerido para las donaciones mayores de cierta cuantía: primero debían insinuarse las donaciones superiores a 200 sueldos². Justiniano eleva la cantidad a 300 sueldos³, en 529 d. C., y tres años más tarde la fija definitivamente en 500 sueldos⁴. De esta forma, en el Derecho romano justinianeo si la donación omite el documento o el registro (la insinuación) no vale en el exceso de 500 sueldos⁵.

El trámite de la *insinuatio* se mantuvo en el Derecho medieval común, pero los textos romanos fueron interpretados de diversos modos. Hemos podido determinar que se discutía si para la insinuación era suficiente la presencia de notario (*tabellionis*) y testigos (*testium*) o si se requería, además, la presencia de un juez. Los antiguos comentaristas Cino de Pistoia y Baldo di Ubaldi eran del parecer de que se requería presencia del juez cuando la donación excedía de 500 áureos. También discutían los antiguos si era necesario que el acta notarial de donación fuera aprobada expresamente por el juez, o bastaba que le fuera intimada. La Glosa y otros juristas como Baldo sostenían que era necesario que el juez tomara conocimiento de causa y aprobara expresamente la donación. Pero a esta opinión, que parece ser la mayoritaria, se opone el parecer de Bártolo di Sassoferrato, quien sostenía que no se requería decreto aprobatorio⁶.

En Derecho común germánico, la pandectística mantiene la insinuación, y la concibe como un trámite con intervención judicial, y examen de legalidad del contrato. Savigny enseña que la insinuación consiste en un protocolo judicial destinado a la declaración de las partes, que el rol del juez se limita a constatar la autenticidad y no ratificar la donación, pero que "si el magistrado

¹ La ley de Constantino nos ha sido transmitida por tres fuentes distintas: *Frag. Vat.* 249, con algunas lagunas hacia el final; *C. Th.* 8.12.3 y *C.J.* 8.54.25. Cfr. CUQ, Edouard, *Manuel des Institutions Juridiques des Romains*, Paris, 1917, p. 522.

² *C. Th.* III.13.4, aunque parece ser que se refería sólo a las donaciones *ante nuptias*. Cfr. CUQ, E., ob. cit., p. 523.

³ *C. J.* 8.53.34 pr., del 529 d. C.

⁴ *C. J.* 8. 53.36.3, del 531 d. C.

⁵ Cfr. D' ORS, Alvaro, *Derecho privado romano*, 8ª edic., Eunsá, Pamplona, 1991, § 338, p. 389. KASER, Max, *Derecho privado romano*, versión de la 5ª edic. alemana traducida por J. Santa Cruz, 2ª edic., Reus, 1982, p. 214; GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho Privado Romano*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1996, t. II, § 256, p. 623. Según Guzmán, la palabra *insinuatio* proviene de *sinues* que significa "pliegue en semicírculo, curvatura, concavidad, sinuosidad", por lo que (se)insinuar equivale a decir "introducir en el seno". En época más tardía significa "introducir en los protocolos públicos, registrar" (p. 623).

⁶ Estas preciosas noticias pueden encontrarse en la glosa "Con carta, e con sabiduria" (16) de LÓPEZ, Gregorio, a la ley 9, título IV de la 5ª Partida.

advierde que el acto se celebra para un objeto ilegal, puede y debe rechazar su concurso⁷. Según nos informa Kaser, en los territorios de derecho común subsistió el deber de la insinuación hasta la introducción del Código Civil alemán (1900). Los 500 sueldos romanos equivalían en ese año a 4.666,67 marcos⁸.

En el Derecho antiguo francés, por el contrario, prevaleció la tesis que identifica la insinuación con un mero registro formal del acta notarial, pero cuya exigencia se extiende a toda donación cualquiera sea su valor. Las ordenanzas reales que regularon las donaciones y en especial la Ordenanza de 1731, prescribieron que todas las donaciones entre vivos, cualquiera fuera su monto, debían ser insinuadas. Se entiende por insinuación "la descripción que se hace del acta de donación en un registro público"⁹. Según Pothier, cualquier persona puede requerir la transcripción del documento de donación en los registros públicos, ya que "la ley, al ordenar la insinuación, no ha tenido otra cosa en vista que hacerla pública"¹⁰. Esta comprensión de la insinuación como mero registro que constituye una medida de publicidad, es suprimida por el Código de Napoleón (1804), el que se contenta con exigir escritura pública ante notario y minuta que individualiza el objeto de la donación (art. 931¹¹).

En el Derecho español histórico, en cambio, la *insinuatio* es entendida según la opinión de la Glosa y de los antiguos comentadores como Baldo di Ubaldi, es decir, como expresa aprobación judicial. Las Siete Partidas disponen claramente la necesidad de intervención y examen judicial para todas las donaciones de más de 500 maravedís de oro: "pero si quisiere dar a otro ome, o a otro lugar, puedelo fazer sin carta fasta quinientos maravedis de oro. Mas si quisiere fazer mayor donacion de lo que es sobredicho en esta ley, lo que fuesse dado demas, no valdria. Fueras ende, si lo fiziesse con carta, e con sabiduria del mayor Judgador de aquel lugar, do fiziese la donacion" (P. 5. 4. 9). El glosador de las Partidas, Gregorio López, comenta la palabras "con carta e con sabiduria" dando a la expresión sabiduría el sentido de necesidad de conocimiento judicial: "*Non ergò sufficeret praesentia tabellionis, et testium: sed requiratur etiam praesentia iudicis ultra notarium...: et quotidie practicator in isto Regno, ut quando donatio excedit 500 aureos, insinuetur coram Iudice*" (Por lo tanto no basta con la presencia de notario y testigos, sino que se exige la presencia del juez además del notario.... y hoy se practi-

⁷ SAVIGNY, F. C., *Traité de Droit Romain*, trad. por Guenoux, 2ª edic., Paris, 1856, t. IV, pp. 218-219.

⁸ KASER, Max, ob. cit., p. 214. En el mismo sentido, ENNECCERUS, Ludwig, "Derecho de obligaciones", en Enneccerus, Kipp y Wolff, *Tratado de Derecho Civil*, trad. B. Pérez y J. Alger, Bosch, Barcelona, 1966 t. II, vol. II, p. 193.

⁹ POTHIER, Robert J., *Traité des Donations entre vifs*, en *Oeuvres complètes de Pothier*, Paris, 1830, t. I, p. 305.

¹⁰ POTHIER, R., ob. cit., p. 307. En sus comentarios a las Pandectas, Pothier da cuenta de la situación del Derecho romano, exponiendo los inicios de la insinuación por Constantino y su evolución por las leyes de Teodosio y Justiniano: POTHIER, Robert J. *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae cum legibus codicis, et novellis*, Parisiis, 1819, t. III, lib. 39, t. V, nº XXIII, p. 601.

¹¹ El precepto dispuso "Todos los actos que importen donación entre vivos deberán otorgarse ante notario, en la forma ordinaria de los contratos, y se dejará minuta, bajo pena de nulidad".

ca en este Reino que cuando la donación excede los 500 áureos, se debe insinuar ante el juez)¹². Señala también López que la ley de Partidas determina el juez competente (“el mayor judgador de aquel logar”), tópico que no era claro en el Derecho común¹³.

Las divergencias en la comprensión de la insinuación se mantienen en el período de la codificación. Así, mientras algunos Códigos siguen el ejemplo del *Code Napoléonico* y suprimen el trámite exigiendo sólo documento público, otros en cambio la mantienen.

El Código sardo (del Reino de Cerdeña) de 1837 (arts. 1123 y siguientes) y el Código del Cantón de Vaud (arts. 592 y siguientes) exigen la insinuación ante ciertos tribunales. El Código sardo establece que “Todas las donaciones entre vivos deben otorgarse por documento público; y deberán ser homologadas por el juez mayor del tribunal del domicilio del donante. Sin embargo, aquellas que no excedieren la suma o el valor de mil libras, podrán ser homologadas por un juez de instrucción.- Las donaciones que no hayan sido otorgadas por documento público o que no hayan sido homologadas, serán nulas” (art. 1123). El Código del Cantón de Vaud también regula con minuciosidad la insinuación (homologación): la prescribe para las donaciones de inmuebles y para las de muebles de un valor superior a seiscientos francos (art. 592). La homologación debe hacerse ante el juez de primera instancia a requerimiento sólo del donante (no del donatario) en el plazo de cuarenta días contados desde el acta notarial (art. 593). El tribunal rechazará la donación si, habiendo tomado conocimiento de causa, estima que la donación pone al donante en peligro en cuanto a sus medios de subsistencia (art. 594). Aparecen exceptuadas de esta formalidad las donaciones hechas en las capitulaciones matrimoniales entre los esposos o en favor de sus hijos (art. 596).

Vayamos ya a la situación chilena. En primer lugar, debe constatarse que, en la época de redacción del Código Civil, los textos romanos sobre la insinuación se entendían como disponiendo una aprobación judicial de las donaciones. Así lo pensaban autores de la pandectística alemana, como Savigny, según hemos visto, y ello se comprueba con los comentarios de García Goyena a su Proyecto de Código Civil español de 1851. Según García Goyena, “Por Derecho romano no era necesaria la escritura, pero sí la insinuación o *aprobación judicial*, cuando la donación excedía de quinientos sueldos de oro” (el destacado es nuestro)¹⁴. Que esta era la interpretación usual del Derecho romano de la época lo pone de manifiesto la nota que pone

¹² LÓPEZ, Gregorio, glosa “Con carta e con sabiduria” a P. 5.4.9.

¹³ LÓPEZ, Gregorio, glosa “Del mayor judgador de aquel logar” a P. 5.4.9: “Nota hanc legem declarantem, coram quo Iudice debeat fieri donationis insinuatio: de jure communi non erat ita clarum, ut in l. in hanc 30 C. eod. et in authent. de defensor.civit. § nulla, et notat Joan. Andr. in dict addition. ad Specul. de qua in gloss. precedenti”.

¹⁴ GARCÍA GOYENA, Francisco, *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852, t. I, art. 946, p. 292. Cita textos del Digesto: leyes 25, título 3, libro 32 y 7 al principio, título 5, libro 39. Pero la primera no aparece en los textos modernos, y la segunda se refiere a la donación de bienes del peculio del hijo de familia. Debe señalarse que Pothier en sus *Pandectae...* cit., t. III, p. 601, sólo cita textos del Código de Teodosio y de Justiniano y resultaría impensable que existieran trozos del Digesto que se refirieran a la insinuación y Pothier no los hubiera recogido.

Dalmasio Vélez Sarsfield al Código Civil argentino, explicando por qué se prescinde del trámite de la insinuación en su proyecto¹⁵.

En segundo lugar, hemos de decir que el Derecho castellano que se aplicaba en Chile a la época de la codificación manifiestamente concebía la insinuación como aprobación judicial. Varios hechos así lo corroboran: primero, que en Chile tuvieron aplicación judicial preferencial las Partidas, y allí encontramos la clara disposición de P. 5.4.9, ya citada. Por otro lado, la interpretación que hacía Gregorio López de la norma en el sentido de requerir presencia del juez además del notario, se mantiene en la primera mitad del siglo XIX: los anotadores de la edición de las Partidas en la *Colección de Códigos Españoles* publicada en 1848 señalan expresamente: "La insinuación ha de hacerse ante el juez de primera instancia, y no ante escribano solamente, a fin de que aprobada por el juez la donación quede firme por no exceder de la cuota legal"¹⁶. Por si fuera poco, en la obra de Eugenio de Tapia, *Febrero Novísimo*, puede encontrarse un "pedimento de donación", donde claramente se solicita y se aprueba la donación, tal como hoy lo dispone el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil¹⁷.

Todas estas fuentes: las Siete Partidas y la glosa de Gregorio López, los comentarios de García Goyena, el Febrero, el Tratado de Savigny traducido por Guenoux, el Código Francés, y otros como el sardo y el del Cantón de Vaud, fueron utilizadas por don Andrés Bello en la elaboración de nuestro Código¹⁸.

¹⁵ Nota de Vélez Sarsfield al art. 1815 del Código Civil argentino referido a la donación de bienes muebles: "Por Derecho Romano, no era necesaria la escritura; pero sí la insinuación o la aprobación judicial, cuando la donación excedía de 500 sueldos de oro. L. 25, tít. 3, Lib. 32, Dig. La L. 9, Tít. 4 Part. 5ª, es copia o epílogo de diversas leyes romanas... ". Se comprueba así que se pensaba que la insinuación romana era una aprobación judicial. Vuelve a hacerse referencia a un texto del Digesto que no existe (probablemente se repite el error de García Goyena).

¹⁶ *Los Códigos españoles concordados y anotados*, Madrid, 1848, t. III, P. 5.4.9, nota g., p. 587.

¹⁷ El *Febrero Novísimo* (Paris, 1855) es una especie de "Práctica Forense" de la época, donde se recopilan diversos formularios sobre contratos o actos judiciales. En el tomo III, p. 107, n° 22, se recoge el formulario que copiamos íntegro: "Pedro Rodríguez, vecino de esta villa, ante V. como mas haya lugar en derecho, digo: que en tantos de tal mes, de mi libre voluntad y por el amor que profeso a J. R. de la propia vecindad, le hice donación de una casa que tenía en tal calle, otorgando de ella a su favor ante F., escribano Real, la correspondiente escritura, que en debida forma exhibo e insinúo; y mediante a no exceder esta donacion de los quinientos mavedis de oro, a ser verdadera y no simulada, a no perjudicar a la Real Hacienda ni a tercero, y a no haber intervenido en ella miedo, violencia, dolo ni colusion, como lo declaro, y en caso necesario lo juro solemnemente:

A V. suplico se sirva haberla por manifestada é insinuada legítimamente; y e su consecuencia aprobarla, é interponer su autoridad judicial, cuando haya lugar en derecho, para su mayor firmeza y validación; y mandar que con este pedimento y auto de aprobacion se entregue original al donatario, para que use de ella como le convenga: pues así es justicia, que pido, y para ello, etc.

Auto= Hase por exhibida é insinuada con la solemnidad necesaria la donación que se menciona, en la cual para que sea válida se interpone la autoridad judicial en legal forma; y entréguese original al donatario para que use de ella como le convenga, segun se pretende. El señor Don F., corregidor de esta villa de tal, lo mandó y firmó en ella, á tantos de tal mes y año, etc."

¹⁸ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Andrés Bello codificador*, Santiago, 1982, t. I, pp. 413 y ss.

Nuestro codificador tenía dos cursos a seguir en el materia: o adoptaba el modelo de los comentadores del Derecho común, mantenido por la pandectística, por el Derecho castellano y reproducido en los Códigos sardo y del Cantón de Vaud, o por el contrario, seguía la ruta que mostraba el Derecho francés y el *Code*, así como el Proyecto de Florencio García Goyena, de sustituir el trámite por acta notarial o reducir la insinuación a un registro especial.

Parece manifiesto que, como en tantas otras materias, Bello dejó a un lado el modelo francés para preferir los criterios del Derecho romano, en la versión de la época (Savigny, García Goyena), recogidos por la legislación castellana (Siete Partidas) y sus intérpretes (Gregorio López), que era además el derecho vigente y aplicado en Chile a la época de redacción del Código¹⁹. Por esto se explica que en el Código Civil chileno la insinuación haya subsistido, no como mero registro (como los romanistas de hoy interpretan las fuentes del *Corpus Iuris Civilis*), sino como una aprobación judicial para donaciones de alto valor.

Tal criterio aparece en los primeros proyectos del Código. Al comienzo, Bello pensó establecer que el permiso judicial debía constar en una escritura pública firmada por el juez y el donante; para las donaciones superiores a mil pesos (art. 11 del título XX, De los contratos, Proyecto de 1841-1845; lo mismo en el art. 218 del Proyecto de 1846-1847). Más adelante se precisa que la insinuación es "la autorización de juez competente, solicitada por el donante" (Proyecto de 1853, art. 1581). En el llamado "Proyecto Inédito", la disposición va tomando su forma definitiva: se fija en dos mil pesos la cantidad para requerir la insinuación; se mantiene la insinuación como "la autorización de juez competente, solicitada por el donante", y se dispone que "el juez autorizará las donaciones en que no se contravenga a ninguna prescripción legal" (art. 1581).

El Código Civil aprobado amplía la posibilidad de que la insinuación sea solicitada por el donatario. Después de la aprobación del precepto, Bello, en la edición depurada, sustituye en el inciso tercero la palabra "prescripción" por "disposición".

De este modo, el texto definitivo del artículo quedó como sigue:

"Art. 1401.— La donación entre vivos que no se insinuare, sólo tendrá efecto hasta el valor de dos mil pesos, y será nula en el exceso.

Se entiende por insinuación la autorización de juez competente, solicitada por el donante o donatario.

El juez autorizará las donaciones en que no se contravenga a ninguna disposición legal".

La insinuación fue, además, prescrita para todas las donaciones universales, cualquiera fuese su monto (art. 1407), pero no así para las donaciones

¹⁹ Nótese que ha sido reconocida la primacía del Código Alfonsino, las Siete Partidas, como "la fuente que predominó de un modo incontrastable" en el contenido del Código Civil de Bello (GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Andrés Bello codificador...* cit., t. I, p. 415). Aparte de esa preferencia debe también añadirse la consideración que recibían las glosas de Gregorio López a las Partidas, que fueron en varios casos citadas por Bello. Cfr. GUZMÁN, A., ob. cit., t. I, p. 417.

entre esposos por capitulaciones matrimoniales (art. 1406)²⁰. Se dispusieron reglas para computar el valor de la donación: así, si se dona una pensión periódica el valor debe estimarse en un decenio (art. 1402); si se trata de una donación con gravamen pecuniario, debe descontarse el valor del gravamen (art. 1405), y si se trata de donación remuneratoria, se somete a insinuación en lo que exceda al valor de los servicios (art. 1434)²¹.

Se configura así el régimen de la insinuación como formalidad de las donaciones de alto valor. Los dos mil pesos de la época ascendían a una cantidad de bastante envergadura²².

Posteriormente, en 1902, al aprobarse el Código de Procedimiento Civil se reiteró la intención de que el juez aprobara las donaciones mediante la substanciación de una gestión especial de jurisdicción voluntaria (tít. IX del libro IV, arts. 1064 y 1065 originales, actuales arts. 889 y 890). De acuerdo con estos preceptos, el juez debe autorizar o denegar la donación tomando en cuenta, entre otros antecedentes, "el monto líquido del haber del donante y sus cargas de familia" (art. 889, N° 4 CPC)²³.

Nos parece que, con este recorrido histórico, queda absolutamente desvirtuada la afirmación del Informe de la Comisión de Constitución de la Cámara en el sentido de que la insinuación sea una institución "con fuentes poco claras". Se trata, por el contrario, de una figura legal de profundas y arraigadas raíces históricas que, en nuestra tradición, se remontan a la época anterior a la Independencia.

III. LA APLICACION DE LA NORMA

No ha faltado a lo largo de los años pronunciamientos judiciales que han ido consolidando la comprensión del régimen de la insinuación. Así se ha fallado:

²⁰ Esta opción ratifica que Bello no siguió la doctrina de Pothier, quien sostenía la procedencia de la insinuación para estas donaciones. La excepción de las donaciones en capitulaciones matrimoniales aparece en el Código del Cantón de Vaud.

²¹ En el Proyecto de 1853 se decía que si las donaciones remuneratorias excedieran de mil pesos, sería necesario insinuarlas, aunque los servicios remunerados equivalieran a las cosas donadas (art. 1613). En el Proyecto Inédito (art. 1613) se señala que las donaciones remuneratorias en cuanto excedan el valor de los servicios remunerados "deberán insinuarse, con arreglo a los artículos 1581 y 1582" (actuales 1401 y 1402). Finalmente, el Proyecto aprobado elimina la referencia a las normas generales de la insinuación, seguramente por considerarse superflua su inclusión.

²² Por ejemplo, puede encontrarse en leyes de la época, que el sueldo anual de los intendentes de provincia era de cuatro mil pesos (ley de 3 de octubre de 1855). Por otra parte, la dotación del deán de las catedrales de La Serena y Ancud era de \$ 2.400 anuales (ley de 5 de noviembre de 1857); el montepío de la viuda de un General de División del Ejército ascendía a 800 pesos anuales (ley de 6 de agosto de 1855); la patente de circulación más cara, para carruajes de cuatro ruedas, era de 12 pesos anuales (ley de 26 de junio de 1855).

²³ De acuerdo a los comentarios primeros de David TORO y Anibal ECHEVERRÍA, *Código de Procedimiento Civil anotado*, Santiago, 1902, art. 1067, p. 814, el número cuatro de la disposición del actual art. 889, "concuerta con el art. 1408 de dicho Cód., que tiene por objeto evitar que los jueces autoricen donaciones hechas en fraude de los acreedores y en perjuicio de las obligaciones que la ley protege".

- a) Que la donación vale aunque la insinuación se haga con posterioridad al otorgamiento de la donación (G. 1867, N° 1337, p. 557), e incluso después de la aceptación por parte del donatario (G. 1930, N° 116, p. 467).
- b) Que la insinuación puede hacerse ante el juez letrado del lugar en que se otorgue la donación (G. 1869, N° 1453, p. 642).
- c) La donación a título de legítima o mejora requiere también insinuación (G. 1883, N° 2409, p. 1332; G. 1883, N° 522, p. 283; G. 1893, N° 4528, p. 609; G. 1893, N° 4627, p. 925).
- d) El propio donante no puede solicitar la nulidad de la donación por falta de insinuación (G. 1884, N° 2837, p. 1933).
- e) Tratándose de colecta pública, no hay necesidad de insinuación si cada una de las erogaciones parciales son inferiores a \$ 2.000 (G. 1915, N° 583, p. 1518).
- f) Que la sanción por la omisión de esta formalidad es la nulidad absoluta y puede ser declarada de oficio por el juez (RDJ t. XXVII, sec. 1ª, p. 33).

La doctrina existente sobre la materia no ha criticado la existencia de la insinuación, aunque sí la devaluación de los originales 2.000 pesos que se han convertido en dos centavos de un peso actual. Según Somarriva, "la insinuación es uno de los modos indirectos con que el legislador defiende las legítimas y mejoras"²⁴. Lecaros sostiene que aunque la donación no afecte una asignación forzosa, el juez podría no autorizarla si el posible donatario está afectado por alguna incapacidad o inhabilidad²⁵.

En la doctrina extranjera no ha faltado quien destaque la subsistencia del trámite de la insinuación como una de las originalidades del Código Civil chileno²⁶.

Los mayores problemas que ha enfrentado la disposición se refieren a la fijación de la cantidad mínima para exigir el trámite de la insinuación. Los dos mil pesos originales fueron subidos a veinte mil pesos por el art. 1º de la Ley 7.612, de 21 de octubre de 1943. Después de la conversión del peso al escudo, los veinte mil pesos quedaron en veinte escudos (art. 183 de la Ley 13.305, de 6 de abril de 1959). Finalmente, al volverse al peso como unidad monetaria, los veinte escudos quedaron en los dos centavos de peso de que da cuenta la norma actual (arts. 1 y 4 D.L. N° 1.123, de 4 de agosto de 1975)²⁷. Esta última modificación legal se preocupó de modificar la cantidad del art. 1709 del Código Civil reemplazándola por dos unidades tributarias, pero olvidó ajustar de esa manera al art. 1401.

²⁴ SOMARRIVA, Manuel, *Derecho sucesorio*, versión de René ABELIUCK, Edit. Jurídica de Chile, 5ª edic., Santiago, 1996, t. II, N° 944, p. 705. En el mismo sentido MEZA BARROS, Ramón, *Manual de la sucesión por causa de muerte y donaciones entre vivos*, Edit. Jurídica de Chile, 6ª edic., Santiago, 1992, N° 830, p. 512.

²⁵ LECAROS SÁNCHEZ, José Miguel, *Liberalidades y donaciones irrevocables*, Santiago, 1997, p. 77.

²⁶ Dice un reciente libro español sobre la materia: "trataré aquí los casos más representativos, con independencia de otros ejemplos como el chileno, que sobresale por su profusa regulación acerca del tema, entre la cual destaca la insinuación en cuanto forma clásica de autorizar judicialmente siempre que su valor exceda los dos mil pesos (cfr. art. 1401 del Código de Andrés Bello)" (DURÁN RIVACOBRA, Ramón, *Donación de Inmuebles. Forma y simulación*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 35).

²⁷ El art. 183 de la Ley 13.305 dispuso que el escudo equivaldría a mil pesos de los antiguos. Por eso los veinte mil pesos del entonces vigente art. 1401 quedaron en veinte

Por cierto, siempre han existido excepciones a la exigencia de la insinuación (el mismo sistema romano las preveía). Esas excepciones no son extrañas en nuestra legislación, y quizás la casi ridícula cuantía requerida para la insinuación ha estimulado la adopción de una fórmula ritual: que las donaciones especiales que se quiere beneficiar en algún cuerpo legal estarán liberadas del trámite de la insinuación. Como ejemplo, se suelen citar las donaciones que se hacen al Estado (art. 37 del D.L. 1.939, de 1977) y aquellas que tienen fines benéficos que gozan de franquicias tributarias (por ejemplo, el art. 31, N° 7 del D.L. 824, de 1974, Ley de la Renta; art. 69 de la Ley N° 18.681, de 1987; art. 2 de la "ley de donaciones con fines culturales" contenida en el art. 8 de la Ley N° 18.985, de 1990; art. 2 de la "ley de donaciones con fines educacionales" contenida en el art. 3 de la Ley N° 19.247, de 1993).

En todo caso, debe observarse que cada vez que una ley especial ha levantado la exigencia de insinuación, ha declarado a esas donaciones exentas de impuesto²⁸.

IV. DISTINCION PREVIA Y NECESARIA

Nos parece que para poder analizar en forma rigurosa el problema que plantea la propuesta legislativa que motiva este informe, es necesario deslindar dos situaciones que no deben confundirse, pues de lo contrario, la reflexión no discurrirá por caminos acordes con la lógica.

En primer lugar, debe despejarse el problema que ha traído el desfase monetario que ha llevado a que el texto actual del Código Civil exija que todas las donaciones que excedan los dos centavos de peso deben ser insinuadas. Evidentemente, este valor hoy día es ridículo, y vuelve absurdo el entero sistema tal como fue concebido por don Andrés Bello. Prácticamente todas las donaciones estarían sujetas a insinuación, aun aquellas que pudieran tener por objeto un caramelo o una propina, y al omitirse el trámite podrían ser declaradas nulas. El olvido legislativo de ajustar la cantidad requerida para la insinuación, sin lugar a dudas, ha traído desprestigio a las normas del Código sobre la materia.

Pero ese es un problema que bien puede solucionarse con una actualización del valor de las donaciones para efectos de su insinuación (como lo recomendaba el proyecto de los Diputados Leletier, Norambuena y Soria). Otra cosa, muy diversa, es determinar si el trámite de la insinuación, incluso para donaciones de alta cuantía, resulta justificado y conveniente o no.

Me parece que esta es la cuestión fundamental que se enfrenta al encarar este proyecto de ley, por lo que deben excluirse todas las alegaciones que se basan en el bajo monto exigido para el trámite por la ley actual.

En suma, la cuestión debiera plantearse de esta forma: supuesto que se restaura el sentido original de la norma, y se eleva el monto mínimo para

escudos. El art. 1° del D.L. N° 1.123, de 1975, dispuso la conversión del escudo a un nuevo peso y según ella mil escudos pasaron a ser un peso, y diez escudos pasaron a equivaler a un centavo. Por ello, los veinte escudos del art. 1401 quedaron transformados en dos centavos.

²⁸ Cfr. LECAROS, José Miguel, ob. cit., pp. 75-76, y 161 y ss.

exigir la insinuación, ¿es plausible y justificable en nuestro sistema jurídico el mantener la restricción que implica una revisión judicial previa de las donaciones?

V. LA TESIS DE FONDO DEL PROYECTO DE LA CAMARA DE DIPUTADOS

Después de estudiar los antecedentes del proyecto, creemos entender que la idea de fondo que late tanto en la propuesta original de los Diputados Gajardo, Elizalde, Felipe Letelier y Elgueta, como en el informe de la Comisión de Constitución de la Cámara que fue aprobada por esta en primer trámite, es una particular visión sobre el derecho de propiedad y la facultad esencial de disponer del dominio.

En efecto, esta idea parece ser la siguiente: el derecho de propiedad es un derecho individual que implica la facultad de disponer libremente, sin que esa disposición o enajenación deba ser limitada o controlada por una autoridad estatal, como un tribunal de la República. Cito algunas afirmaciones que abonan mi conclusión: "Mantener el trámite de insinuar disminuye el ámbito de libertad de los individuos porque los sujeta, sin excepción, a la tutela estatal para ejecutar un acto de la esencia del dominio, como ciertamente lo es la facultad de disponer... sujetar la validez de la donación a lo que sobre el particular resuelva un juez de la República convierte, para estos efectos, en verdaderamente incapaces a todos los habitantes del país" (Proyecto inicial); "carecería de sentido lógico el que una persona, plenamente capaz, necesite la autorización o el criterio de otra para dar o regalar algo de su propiedad" (Informe de la Comisión de Constitución de la Cámara).

Creemos no equivocarnos si advertimos que en todas estas observaciones (la libertad no debe estar sujeta a injerencia estatal alguna, cualquier restricción del dominio sería inaceptable porque convertiría a los ciudadanos en incapaces, etc.), se trasunta una concepción neoliberal del derecho de propiedad, que pretende restaurar el sentido individualista y emancipador que se otorgó a este derecho en los albores del siglo XIX. En el fondo, se trata de entender la propiedad como un derecho absoluto y pleno (sagrado) que convierte al individuo en un ser libre de trabas e injerencias por parte de terceros incluida la autoridad pública. En dos palabras: con lo mío hago lo que quiero, y esa es la esencia de mi libertad.

Probablemente ninguno de los que han apoyado el proyecto estará de acuerdo con esta visión neoliberal de la propiedad, pero la realidad es que es ese el concepto el que justifica y hace coherentes sus aseveraciones en contra del trámite de la insinuación, tal como ellas han sido planteadas.

VI. IMPUGNACION DE LA VISION NEOLIBERAL E INDIVIDUALISTA DE LA PROPIEDAD

No concordamos con la tesis individualista remozada por las corrientes neoliberales, de que el derecho de propiedad debe ser entendido como un derecho absoluto, sin límites ni cortapisas de ningún tipo. Pensamos que tampoco esta idea coincide con el concepto de propiedad que configura nuestro sistema jurídico constitucional y civil. Por de pronto, el art. 582 del Cód-

go Civil se cuida de introducir en la definición de dominio la salvaguarda de que ese derecho no puede ejercerse "contra ley o contra derecho ajeno". La expresión "contra ley" nos viene a decir que puede haber formas de ejercicio del dominio que están restringidas o limitadas por la ley, y que esas limitaciones pueden ser necesarias y justas.

Esto que ya está en el Código Civil, ha sido plasmado con más fuerza por la Carta Constitucional, la que, si bien consagra como derecho fundamental el de propiedad sobre toda clase de bienes, entiende que dicho derecho no tiene sólo una finalidad de utilidad individual, sino también de utilidad pública. Se reconoce entonces que esa función social puede llevar a establecer limitaciones al dominio, siempre que no priven del derecho ni lo menoscaben en su esencia (art. 19, N^{os.} 24 y 26 de la Constitución).

Es este por lo demás el concepto propiciado por el humanismo basado en valores cristianos, y el que ha sido defendido por la Doctrina Social de la Iglesia Católica. El Concilio Vaticano II enseña de esta forma que "El hombre, usando estos bienes, no debe considerar las cosas exteriores que legítimamente posee como exclusivamente suyas, sino también como comunes, en el sentido de que no le aprovechen a él solamente, sino también a los demás" (*Gaudium et spes*, 69) y que "... La propiedad privada, por su misma naturaleza, tiene también una índole social, cuyo fundamento reside en el destino común de los bienes. Cuando esta índole social es descuidada, la propiedad muchas veces se convierte en ocasión de ambiciones y graves desórdenes, hasta el punto de que se da pretexto a sus impugnadores para negar el derecho mismo" (*Gaudium et spes*, 71)²⁹.

VII. LA INSINUACION COMO FORMA DE EJERCICIO DEL DOMINIO O COMO LIMITACION FUNDADA EN LA FUNCION SOCIAL

Llega la hora de apreciar el auténtico sentido que tiene la insinuación de las donaciones. Este control previo, encargado no a un funcionario administrativo, sino a un juez, tiene por objeto impedir que se haga un ejercicio abusivo del derecho de propiedad, de manera de disponer gratuitamente de bienes que deberían ser de utilidad no sólo para el propietario sino también para su familia.

En primer término, cabe señalar que la Constitución encarga a la ley "el modo de disponer de la propiedad" (art. 19 N^o 24). Así, por ejemplo, la ley puede establecer que la venta de inmuebles se otorgue por escritura pública y que se requiera para la transferencia del dominio el registro en el Conservador de Bienes Raíces. La insinuación no parece ser sino una forma más solemne de disposición del dominio, que consistió en un examen previo de la legalidad del acto. Algo similar ocurre cuando el Conservador se niega a practicar una inscripción por un defecto legal, caso en el cual la materia queda reservada para ser resuelta por un juez.

²⁹ Esta doctrina ha sido confirmada por el magisterio de Juan Pablo II. Cfr. Discurso a los Obispos Latinoamericanos en Puebla, 28 de enero de 1979; *Laborem exercens*, 14, *Sollicitudo rei socialis*, 42, y *Centesimus annus*, 30.

En todo caso, si se señalara que estamos aquí más que frente a una simple regulación del modo de disponer, habrá que considerar que la ley también puede establecer limitaciones que deriven de la función social de la propiedad.

Si la propiedad tiene también una dimensión social, en esta se incluye más directamente la sociedad primordial en la que está inserto el individuo: su familia. En la necesidad de que la propiedad individual atienda también los intereses de la familia se justifican numerosas instituciones, como por ejemplo el derecho legal de alimentos, la interdicción por disipación o prodigalidad y las asignaciones forzosas, que se imponen y limitan la voluntad de disponer del testador.

La propiedad de un individuo está entonces acotada por la necesidad de satisfacer las llamadas cargas de familia. La insinuación, tal como fue concebida por Andrés Bello, tiene por objeto prevenir que se burle el cumplimiento de las cargas de familia y el respeto a las legítimas mediante la disposición gratuita (sin contraprestación equivalente que ingrese al patrimonio del disponente).

La consistencia constitucional de estas figuras de limitación legal al derecho de propiedad ha sido estudiada a nuestro juicio correctamente por el profesor Carlos Peña González, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, en un informe que escribiera para solucionar una cuestión similar que se planteó en relación con la consagración en nuestro Derecho civil de la institución de los bienes familiares. Cito textualmente dicho informe; escribe el profesor PEÑA: "Como se sabe, las donaciones entre vivos requieren, en los casos previstos por el artículo 1401, de insinuación, esto es, de autorización judicial.- La insinuación es un acto jurisdiccional estrictamente reglado por ley, en concreto por el título IX del libro III del Código de Procedimiento Civil.- El artículo 889 de ese último Código dispone que quien pida la autorización judicial para donar expresará, entre otras cosas, 'el monto líquido del haber del donante y sus cargas de familia', agregando, a su vez, el artículo 890, que 'el tribunal, según la apreciación que haga de los particulares comprendidos en el artículo precedente, concederá o denegará la autorización conforme a lo dispuesto en el artículo 1401 del Código Civil'. De esos preceptos se sigue, de una manera inconclusa, que *el dueño posee limitada su facultad de disposición* en razón de las cargas de familia, puesto que atendiendo a estas el juez deberá autorizar o denegar la donación" (el destacado es nuestro)³⁰.

Concordamos con el planteamiento de dicho profesor en el sentido de que las instituciones referidas (sociedad conyugal, bienes familiares, asignaciones forzosas, derecho de alimentos, insinuación de donaciones), que, en aras de proteger a la familia, limitan la propiedad, están constitucionalmente justificadas, puesto que dentro de los intereses generales de la nación, que forman parte de la función social que la Carta Magna asigna a la propiedad, se encuentra el deber del Estado de dar protección y propender al fortalecimiento de la familia (art. 1°). Según Carlos Peña "Es claro, pues, que dentro de los

³⁰ PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, Informe "La protección de la vivienda familiar y el ordenamiento jurídico chileno", en *Cuadernos Jurídicos*, U. Diego Portales, 28, p. 207

'intereses generales de la Nación' se encuentra la maximización de los valores que el constituyente declara en el artículo primero de la Carta y, en particular, el logro y consecución de los fines del Estado, uno de los cuales es el fortalecimiento de la familia entendida no como la mera suma de los individuos que la componen, sino como una entidad supraindividual situada entre el individuo y el Estado y a cargo del logro de fines específicos que sólo ella podría alcanzar.- No transgrede, pues, la Constitución, sino que se la cumple, cuando, en ejercicio de la autoridad política, el órgano del Estado procede, prudentemente, sin desmedrar la esencia del dominio, a limitar la propiedad en aras de fortalecer los intereses de la familia"³¹.

No podría entenderse que en la insinuación estamos más que frente a una mera limitación, a una privación del dominio en alguno de sus atributos o facultades esenciales. La Corte Suprema ha tenido ocasión de precisar que privar a alguien de un derecho consiste en "apartar a uno de algo o despojarlo de una cosa que poseía" (C. Sup. 27 de marzo de 1983, *RDJ* t. LXXX, sec. 5^a, p. 244), y el Tribunal Constitucional, compartiendo este criterio, señala que "las limitaciones suponen cargas al ejercicio de un derecho, dejándolo subsistente en sus facultades esenciales" (Trib. Const. 2 de diciembre de 1996, *RDJ* t. XCIII, sec. 6^a, cons. 22, p. 138)³². De esta forma, resulta patente que la insinuación no priva de la facultad de disponer a título gratuito, ya que el titular no la pierde como tal, sino que sólo la ve restringida o modalizada en su ejercicio.

Tampoco podría decirse que, al limitarse de este modo el derecho a disponer de la propiedad, se estaría afectando el derecho en su esencia y se vulneraría la garantía del art. 19, N° 26 de la Constitución. El Tribunal Constitucional ha fallado también que "debemos entender que un derecho es afectado en su 'esencia' cuando se le priva de aquello que le es consustancial, de manera que deja de ser reconocible y que se impide el libre ejercicio en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica" (sentencia de 24 de febrero de 1987, cons. 21, rol N° 43). En otra ocasión, el mismo tribunal ha señalado que "en ningún caso, ni aún por ley, se puede afectar la esencia del derecho con medidas como privar o reducir gravemente el derecho de uso, goce o disposición" (sentencia 21 de abril de 1992, cons. 17, rol N° 146). En la insinuación no se priva de la facultad de disponer ni se la disminuye grave o irracionalmente de modo de volver irreconocible el dominio; únicamente se la modaliza en su ejercicio gratuito, sometiéndola a un control jurisdiccional que asegure que no se burlen las obligaciones del disponente respecto de su cónyuge y demás parientes.

Si se estimara que estamos frente a una privación de la facultad de disponer que afecta al derecho en su esencia, tendríamos que afirmar a renglón seguido que todas las normas que limitan el derecho a disponer por causa de muerte (asignaciones forzosas) vulneran la Constitución, lo que parece a todas luces inconducente.

³¹ PEÑA, C., ob. cit., p. 227.

³² Cfr. sobre este tema, la reciente obra del profesor CEA EGAÑA, José Luis, *El sistema constitucional de Chile. Síntesis crítica*, Santiago, 1999, pp. 140-143.

VIII. REFUTACION DE OTROS ARGUMENTOS SECUNDARIOS

Aparte del principal argumento de que no se puede restringir la facultad de disponer, que esperamos pueda considerarse ya despejado con lo dicho, los auspiciadores del proyecto exponen otros argumentos que, aunque secundarios, deben ser sopesados debidamente. Tales ideas son las siguientes:

- 1º) Que las donaciones de bienes muebles no registrables no quedan sujetas a la formalidad
- 2º) Que la mayor parte de las leyes que autorizan donaciones para fines especiales deben declarar su liberación del requisito de la insinuación
- 3º) Que para el caso de bienes inmuebles o bienes muebles registrables se recurre a contratos simulados para encubrir una donación y así evitar la tramitación judicial de la insinuación.
- 4º) Que para impugnar las donaciones que burlen obligaciones como los alimentos y las asignaciones forzosas existen otras acciones y recursos jurídicos.

A nuestro entender, ninguno de estos argumentos es determinante para producir convicción sobre la necesidad de suprimir la formalidad de la insinuación. En efecto:

1º No es efectivo que las donaciones en especie, de aquellos muebles que no están sujetas a registros, no estén comprendidas en la exigencia de insinuación. Esta se aplica a todas las donaciones, salvo las donaciones por causa de matrimonio que no requieren insinuarse.

Que en la práctica sea más fácil evadir este requisito cuando se trata de bienes no sujetos a registro, no tiene nada que ver con la validez de la norma y su posterior eficacia. De comprobarse la falta de insinuación se deberá declarar nula en lo que exceda a la cantidad que se determine como mínimo para este trámite. Por lo demás, debe recordarse que las donaciones de cosas de más de dos unidades tributarias, según el Código Civil, están sujetas a la formalidad probatoria de otorgarse por escrito.

Por último debe considerarse que estas donaciones de especies no registrables también pueden evadir más fácilmente el impuesto a las donaciones, pero no creo que a nadie se le ocurra que ello sea razón para suprimir dicho impuesto.

2º La pluralidad de leyes que autorizan donaciones para diversos fines o instituciones de bien público, no sólo se ven en la necesidad de eximir de la insinuación, sino también del impuesto que las afectaría a falta de norma especial. De nuevo, puede contestarse con el mismo argumento anterior: el hecho de que leyes especiales deban dictarse para eximir a ciertas donaciones de las formalidades e impuestos que las afectan, no puede servir de justificación para eliminar en general esas formalidades ni ese impuesto. De suprimirse el trámite de la insinuación en general, el legislador requerirá igualmente pronunciarse caso por caso cuándo la donación puede quedar exenta de impuestos.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la necesidad de eximir del trámite de la insinuación a ciertas donaciones proviene muchas veces de que el monto mínimo para insinuar es ridículamente bajo (dos centavos). Por ello, el legislador se ve obligado siempre a eximir del trámite, pues de lo contrario

incluso donaciones de valor bajo y razonable (colecta pública por ejemplo) quedarían sometidas a insinuación bajo pena de nulidad absoluta en lo que exceda de dos centavos. Si se corrige esta anomalía y se eleva el valor mínimo desde el cual se exige la insinuación, estas previsiones especiales en muchos casos no serán necesarias.

Finalmente, parece preferible que el legislador haga un juicio especial de valoración del tipo de donación que quiere favorecer y levante para esas erogaciones algunas de las solemnidades que la ley prescribe de modo general.

3° Es efectivo que muchas veces se recurre a compraventas simuladas para encubrir donaciones, pero ello no tiene que ver directamente con el trámite de la insinuación, sino básicamente por el elevado impuesto que afecta a las disposiciones gratuitas. Lo que quieren los contratantes en ese caso no es tanto someter la donación a una gestión judicial voluntaria, sino evitar el pago del impuesto. Por ello, nada se sacará con derogar el trámite de la insinuación en este sentido.

Por otro lado, es evidente que siempre que se establecen exigencias se generan formas de evasión y elusión. Pero ello no priva a la norma de su utilidad general. A los particulares afectados siempre les queda la posibilidad de ejercer la acción de simulación y dejar al descubierto el acto jurídico real pretendido por las partes, y en ese caso las normas imperativas recuperan toda su vigencia. En este particular, la donación disfrazada de compraventa adolecerá de nulidad absoluta en lo que exceda el valor que se fije para disponer la insinuación.

4° El argumento de que pueden existir otros medios para reparar los perjuicios de actos gratuitos que vayan en desmedro del deber de solventar las cargas de familia o que lesionen las asignaciones hereditarias forzosas es, a nuestro juicio, el más contundente en favor de la eliminación de la insinuación. Es verdad: existen otros mecanismos como la acción pauliana o revocatoria del art. 2466 del Código Civil, y la colación y revocación de donaciones excesivas de los arts. 1884 y 1885 del Código Civil. El eximio jurista español Alvaro D'ORS, respondiendo a una consulta del suscrito sobre la insinuación en Chile, me ha remitido una nota con su opinión, que paso a reproducir, pues responde básicamente a este argumento: "La insinuación, tal como aparece en el Código chileno, me parece que no tiene razón de ser. El control de las donaciones excesivas se consigue mejor, aparte el requisito del documento público e inscripción registral en caso de inmuebles, o de bienes que, por su alto valor se les pueden equiparar, por los expedientes de la colación entre herederos y la querrela de donación inoficiosa en todo caso"³³. Similar es el planteamiento de Vélez Sarsfield para no sujetar las donaciones a insinuación³⁴.

³³ D'Ors, Alvaro, nota aneja a carta manuscrita de fecha 29 de julio de 1998 enviada al autor de este informe.

³⁴ Nota al art. 1815 del Código Civil argentino: "...Nosotros hemos creído que se debe dejar libre a todos la disposición de sus bienes: que para imponer la aprobación judicial del acto, sería preciso dar reglas ciertas a los jueces, y no dejar las cosas a su arbitrio, como sucedía por la ley española. Juzgamos también que la cantidad donada no podía fijarse en la ley, pues lo que para un hombre rico es insignificante, para un pobre podría importar una parte muy considerable de sus bienes. Los excesos que en tal materia puede haber, se corrigen declarando inoficiosas las donaciones, que pasen de una parte determinada de los bienes que el donante posea".

No obstante, reconociendo la autoridad que en Derecho romano y común tiene el profesor D'Ors, nos permitimos discrepar esta vez de su opinión. Pensamos que los recursos que la legislación admite para impugnar una donación, incluida la colación y revocación de donaciones excesivas, no serán nunca tan eficaces como la acción de nulidad de la donación no insinuada. Por lo demás, la misma insinuación es una forma de tutela preventiva, que evita el perjuicio. Las demás acciones suponen que el perjuicio ya ha sido causado y tienden a repararlo *a posteriori*, cuando muchas veces esa reparación es imposible, por insolvencia del donatario.

No parece equivocada la consideración del Informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, que desconoce la aprensión del profesor Guzmán Brito sobre la necesidad de mantener la insinuación en cuanto a los alimentos legales. Según el informe, "la Comisión estimó existir diferentes medios en la misma legislación civil para impugnar liberalidades que pudieran afectar las asignaciones forzosas como, asimismo, tratándose de las pensiones alimenticias, que la Ley 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, contempla apremios traducidos hasta el arresto del alimentante que elude su obligación".

Los medios que otorga la Ley 14.908 incluido el apremio del alimentante, no son eficaces ni posibles, cuando el alimentante es insolvente, es decir, carece de medios económicos para prestar los alimentos. Y esta insolvencia puede haberse provocado con una previa disposición gratuita de todos los bienes a un pariente o un amigo cercano.

Se ve entonces que la existencia de otros recursos para impugnar las donaciones excesivas no suponen necesariamente la falta de utilidad de la insinuación, y por el contrario ponen de relieve la necesidad de una tutela judicial preventiva, que ahorre la necesidad de tener que acudir a medios reparadores que exigen un juicio posterior y que pueden resultar ineficaces por la insolvencia de los demandados³⁵.

³⁵ En su nota de 29 de julio de 1998, el profesor D'Ors sugiere para garantizar que los legitimarios no sean lesionados el constituir una herencia tácita o legal: "Así, si se deseara constituir una garantía en favor de los legitimarios, habría que recurrir a una modalidad de garantía real, a modo de hipoteca tácita, sobre donación de inmuebles y de las otras donaciones que requieren inscripción registral. La fijación de un plazo de caducidad sería conveniente para evitar la dilación de la inseguridad de los adquirentes. Como la hipoteca de cuota supongo que será posible en Chile, esa hipoteca tácita podría reducirse a la cuota que resultara excesiva según el mismo juicio de rescisión.- El inconveniente de la garantía hipotecaria está en que conduce a la venta, en este caso, de la cuota excesiva, y no a la propiedad definitiva del legitimario. Pero, en realidad, este mismo inconveniente se da en toda hipoteca. Es más, también la copropiedad que resultara sería inconveniente. De hecho, esa garantía hipotecaria sería tan sólo un medio indirecto de conseguir la indemnización, al legitimario, por el valor de la cuota de donación excesiva. Este resultado práctico podría quedar favorecido por la desgravación fiscal del pago de esa indemnización, frente al gravamen de la transmisión de cuota a cargo del donatario".

Las mismas palabras del profesor D'Ors ponen de manifiesto las dificultades que presentaría el optar por esta solución alternativa, y a ello debe sumarse de que en nuestro sistema son desconocidas las hipotecas legales o tácitas desde que se dictara el Código Civil. Sólo en materia de partición el art. 662 del Código de Procedimiento Civil consagra un supuesto muy restringido de hipoteca legal.

IX. COHERENCIA LEGISLATIVA

Un punto que debiera ser tenido en cuenta a la hora de legislar en materia de donaciones es la coherencia y consistencia que una iniciativa como la propuesta tiene con la política general legislativa de los últimos años.

En nuestra opinión, la supresión del trámite de la insinuación resulta incompatible con la tendencia legislativa de los últimos años, que indubitablemente persigue el aseguramiento de que la propiedad individual cumpla con su función social en relación con las necesidades de la familia.

Debe recordarse que la Ley N° 19.335, de 1994, consagró la institución de los bienes familiares, por la cual se permite que la propiedad individual de un cónyuge sobre el inmueble que sirve de residencia principal de la familia, así como de los muebles que guarnecen el hogar, sea limitada en su derecho a disposición y administración (queda sujeta a la voluntad del otro cónyuge o, en subsidio, del juez). Incluso se llega a permitir que se establezcan derechos de usufructo en favor del cónyuge no propietario, que pueden imponerse aun extinguido el vínculo matrimonial (cfr. arts. 141 y ss. del Código Civil).

Más recientemente, la Ley N° 19.585, de 1998 (que entrará en vigencia el 27 de octubre de este año) concede al cónyuge mayores derechos sucesorios en la sucesión abintestato, y reemplaza la porción conyugal por una asignación forzosa en legítima. Además de ello, asigna al cónyuge sobreviviente el derecho de adjudicarse preferentemente el inmueble que es la vivienda principal de la familia, y su mobiliario, y en caso de exceder su cuota a pedir un derecho de habitación y de uso sobre esos bienes, derecho que es gratuito y vitalicio.

Como se ve, todas estas disposiciones tienen como justificación el que la libertad del propietario debe estar limitada, prudencialmente, para asistir a las necesidades de manutención de sus familiares cercanos.

De esta manera, una iniciativa que, en cambio, busca suprimir un trámite que permite velar más eficazmente para que el patrimonio de una persona no sea desviada a personas ajenas a la familia, en desmedro de las necesidades de esta, aparezca como francamente desconcertante.

La idea que sustenta la actual propuesta, esto es, que el hecho de que deban someterse las atribuciones gratuitas a control jurisdiccional implica desconocer la libertad y la capacidad de los propietarios individuales, parece inconciliable con la filosofía que ha inspirado todos los últimos cambios legislativos en materia de familia.

X. RECOMENDACIONES CONCRETAS

A. *Proposición principal*

En virtud de lo anterior, nuestro parecer es que debe corregirse la actual propuesta, para mantener el trámite de la insinuación, pero restableciendo su sentido original, que sólo lo exigía para donaciones de alto monto. Pienso que el monto que señalaba el proyecto de los Diputados Letelier Norambuena y Soria (quince unidades tributarias) es todavía bajo. Me parece, en cambio, que la cantidad equivalente a quinientas unidades tributarias mensuales po-

dría ser más apropiada (esto es, una suma aproximada a trece millones de pesos), ya que coincidiría con la suma requerida para aplicar el procedimiento civil de juicios de mayor cuantía (cfr. art. 698 del Código de Procedimiento Civil, modificado por la Ley N° 19.594, de 1998).

Recomendamos también ajustar el artículo 1402 para la donación de pensiones periódicas, ya que no parece realista pensar que existan pensiones periódicas que en un decenio no superen la cantidad que se pone como límite para una sola donación. Propongo, en este caso, bajar el tiempo a considerar a un bienio.

Igualmente, convendría aclarar en el art. 1434 que la insinuación de la donación remuneratoria sólo es exigida cuando lo donado exceda no sólo el valor de los servicios prestados, sino la cantidad fijada como límite general de la insinuación.

Sugerimos también circunscribir el poder discrecional del juez para autorizar la donación, precisando tres posibles causales de denegación: si la donación imposibilita el cumplimiento del deber de contribuir a las cargas de familia; si lesiona las asignaciones forzosas y si contraviene una disposición legal (por ejemplo, se trata de un donante incapaz que comparece sin las formalidades prescritas). También debiera precisarse que la competencia la tiene el juez del domicilio del donante, para concordar con lo que establece el art. 117 del Código Tributario.

El art. 889 del Código de Procedimiento Civil debe adaptarse para ajustarlo a las modificaciones relativas a patria potestad y a la capacidad de la mujer casada, así como para ordenar al juez citar al cónyuge o a los descendientes del donante, y para exigir expresamente el informe del defensor público.

Será prudente asimismo mantener la disposición que da por saneadas las donaciones anteriores no insinuadas, pero debería aclararse que ello no obsta a los demás recursos y acciones judiciales que procedan sobre ellas según el Derecho común.

Proponemos entonces que el proyecto de ley pueda redactarse de la siguiente manera:

“Artículo primero: Modifícase el Código Civil en la forma que se indica:

1. Sustitúyese el artículo 1401 por el siguiente:

“Artículo 1401.- La donación entre vivos que no se insinuare, sólo tendrá efecto hasta el valor de quinientas unidades tributarias mensuales, y será nula en el exceso.

Se entiende por insinuación la autorización del juez del domicilio del donante, solicitada por el donante o el donatario.

El juez autorizará la donación, a menos que llegue a la convicción de que ella impediría o dificultaría gravemente al donante cumplir con las cargas de familia; lesionaría las asignaciones hereditarias forzosas si su sucesión se abriera a la época de la insinuación, o contravendría alguna disposición legal expresa”.

2. Sustitúyese en el artículo 1402 la palabra “decenio” por “bienio” y la expresión “dos centavos” por “quinientas unidades tributarias mensuales”.

3. Sustitúyese en el artículo 1434 la frase “y en cuanto excedan este valor, deberán insinuarse”, por “y en cuanto excedan este valor deberán insinuarse si la diferencia es superior a las cantidades señaladas en los artículos 1401 y 1402”.

Artículo segundo: Modifcáse el Código de Procedimiento Civil de la forma que se indica:

1. Sustitúyese el número 1° del artículo 889 por el siguiente: “1° El nombre del donante y del donatario, y si alguno de ellos es casado o se encuentra sujeto a guarda o bajo patria potestad”.
2. Agrégase en el artículo 889 el siguiente número quinto: “5°. Los posibles asignatarios hereditarios forzosos que tuviere el donante si su sucesión se abriera en la época de la insinuación”.
3. Agrégase el siguiente inciso segundo al artículo 889:

“El juez ordenará citar al cónyuge y a los descendientes del donante, si los hubiere. Será de rigor oír al defensor público”

4. Sustitúyese el artículo 890 por el siguiente:

“Analizados los antecedentes, el tribunal podrá, por resolución fundada, denegar la autorización si concurre alguna de las causales mencionadas en el inciso tercero del artículo 1401 del Código Civil. En caso contrario, autorizará la donación”.

Artículo transitorio: “Declárase saneado, por el solo ministerio de la ley, el vicio de nulidad de las donaciones otorgadas con omisión del trámite de la insinuación, siempre que el valor de las cosas donadas, actualizado a la fecha de entrada en vigencia de esta ley, no supere las quinientas unidades tributarias mensuales.

La disposición del inciso primero no se aplicará a las donaciones respecto de las cuales exista juicio pendiente ni afectará lo resuelto en sentencias ya ejecutoriadas.

Todo lo anterior se entiende sin perjuicio de las demás acciones y derechos que procedan contra las referidas donaciones de acuerdo con las reglas generales”.

B. *Proposición subsidiaria*

Para el caso de no aceptarse la plausibilidad de los planteamientos y propuestas anteriores, recomendamos, al igual que el profesor Guzmán Brito, mantener al menos el trámite de la insinuación cuando el donante tiene deberes alimenticios respecto de su cónyuge o descendientes y en todo caso tratándose de donación a título universal.

En tal caso, el artículo 1401 podría redactarse del siguiente modo:

“Artículo 1401.— La donación entre vivos que no se insinua, sólo tendrá efecto hasta el valor de quinientas unidades tributarias mensuales, y será nula en el exceso, cuando el donante tenga cónyuge o descendientes con derecho a alimentos de conformidad con el artículo 321, sea que estos hayan sido decretados judicialmente o no.

Se entiende por insinuación la autorización del juez del domicilio del donante, solicitada por el donante o donatario.

El juez autorizará la donación a menos que ella impida o dificulte gravemente al donante cumplir con los alimentos que pueda deber o contravenga alguna disposición legal”.

Debiera mantenerse el texto del art. 1407 del Código Civil que exige la insinuación para las donaciones a título universal. En cambio, habría que adaptar los artículos 889 y 890 del Código de Procedimiento Civil a esta nueva insinuación restringida.

XI. CONCLUSION

Concluyo este informe reiterando nuestra opinión de que la insinuación es un instrumento jurídico que, purgado de la deficiencia que le ha supuesto la devaluación monetaria y el olvido legislativo, puede recuperar su eficacia y utilidad.

Debe, finalmente, considerarse que la insinuación, como ha quedado patente en el estudio que se hizo en la Cámara de Diputados, es una adaptación que Bello hizo del Derecho antiguo, y una de las originalidades que permiten calificar a nuestro Código Civil, como único en su especie.

El hecho de que otras legislaciones no contemplen este mecanismo protector y limitativo del dominio en favor de la familia, no puede considerarse un antecedente favorable a su derogación, sino justamente lo contrario. Aquello que es original de nuestro Derecho civil, y que sigue manteniendo un claro fundamento y utilidad, debe ser preservado, por cierto con las adaptaciones y enmiendas que aconsejen la práctica jurídica y la realidad social.