

EL DOLO ¿VICIO DE LA VOLUNTAD O DEL CONSENTIMIENTO? (FUNDAMENTO DE SU APLICACIÓN EN EL DERECHO CIVIL CHILENO)

*David Cuba Abarca**
Universidad de Antofagasta

INTRODUCCIÓN

Pareciera que desde siempre la doctrina civil tradicional sostiene que la palabra dolo suele utilizarse con sentidos diferentes¹, es por ello que la doctrina tanto nacional como extranjera le asignan distintos significados según su ubicación y aplicación que tenga el dolo en los códigos. El dolo puede presentarse en la celebración de un contrato, constituye en tal caso un vicio del consentimiento; Puede tener lugar en la ejecución del mismo del contrato bajo la forma de un fraude o como elemento de la responsabilidad contractual ante el incumplimiento. Puede, por último, presentarse independientemente de todo vínculo anterior entre las partes, es entonces fuente de obligación, dada la circunstancia de constituir un delito civil.

Ingentes y poco pacíficos son los problemas dogmáticos que surgen del estudio del dolo en el campo civil, sea al abordar su historia, concepto, naturaleza jurídica o de su aplicación en los códigos. En esta ocasión abordaré el problema de su naturaleza y aplicación, temas que se relacionan en un sentido lógico dentro de cualquier construcción dogmática, circunscrita en el contexto de la celebración de los actos y contratos de nuestro Código Civil.

* Abogado, académico, Diplomado en Derecho de Familia y profesor de Derecho Civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad de Antofagasta.

¹ CASTRO Y BRAVO, *El Negocio Jurídico*, Editorial Civitas, Madrid 1985, p. 147; Véase la generalidad de la doctrina nacional que tiende a dar una concepción tripartita del dolo; ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo, *De los Contratos*, Editorial Jurídica, Santiago 2004, p 202; SOMARRIVA, Manuel, *Derecho Civil, Parte Preliminar y Parte General*, Tomo Segundo, Editorial Ediar-Conosur, Santiago 1991, p 223.

Bajo este planteamiento, sustentaré que el dolo como defecto en la constitución de los actos jurídicos, sólo puede ser vicio del consentimiento, es decir, tiene aplicación en los actos jurídicos bilaterales más no en los actos unilaterales, salvo contadas excepciones que se justifican por las circunstancias especiales que rodean esos actos donde el dolo se proyecta como vicio de la voluntad. Para llegar a esta conclusión, es necesario realizar una breve revisión histórica de lo que fue el dolo en sus orígenes para poder sustentar mi afirmación bajo fundamentos que sobrepasen el simple examen exegético del inciso 1º del artículo 1458 CC.

EL DOLO EN EL DERECHO ROMANO

En Roma se distinguen dos períodos en la evolución del dolo². En el primero, que abarca hasta el fin de la República su elaboración fue lenta y gradual ciñéndose a ser uno de los elementos de las rígidas categorías del delito privado. El segundo comprende desde la época clásica hasta Justiniano, donde el dolo se erige como un delito autónomo e independiente y sus efectos alcanzan una proyección insospechada a todos los recónditos del derecho privado.

La primera etapa parte con la Ley de las Doce Tablas que marca una transición entre la antigua concepción del delito donde la voluntad carecía de toda importancia, toda vez que lo único importante en el delito era el resultado dañoso y era imposible configurar el fraude en el contrato, ya que su fuerza emanaba de la sola ritualidad³. Con la Ley de las Doce Tablas los principales delitos privados (el *furtum* y la *injuria*) para su configuración admitían la participación de la voluntad, aunque de forma bastante restringida (en el caso del *furtum* se podía defender el acusado alegando la creencia de que la cosa era *res nullius*⁴). Con todo, la regla general en esta época seguía siendo la nula participación de la voluntad en las instituciones del derecho civil, propio de la legislación decemviral donde el formalismo reinaba. Hasta aquí, el concepto de dolo era desconocido, sin embargo, con el tiempo, la necesidad dar protección a los actos y contratos no

² Para profundizar, véase CHADWICK VALDÉS, Tomás, *De la Naturaleza jurídica del dolo*, estudio contenido en la compilación de *Doctrinas Esenciales del Derecho Civil, Volumen El acto Jurídico*, bajo la dirección de Raúl Tavolari, Editorial Puntotex, Santiago y Buenos Aires 2010. p. 463 ss. Fuente RDJ Tomo XXXV N° 9 Y 10.

³ CHADWICK VALDÉS, ob. Cit. p. 463 ss.

⁴ D.47.2.43.5

amparados por la ley decemviral será el hecho de la causa para la posterior aceptación de la voluntad.

La *Lex Aquilia* dictada en el año 467 a.c. será el hito visible dentro de este período en la formación del concepto de dolo, como elemento esencial y formador de la nueva noción de delito privado. La importancia de esta ley se evidencia en la consagración de la responsabilidad subjetiva mediante la distinción entre actos voluntarios e involuntarios, donde los primeros comprendían tanto los actos ejecutados con dolo como los cometidos con mera culpa. El dolo quedó a partir de ese entonces incorporado a la noción de delitos privados y es por ello que los pretores rechazaban con arreglo al procedimiento formulario toda acción penal que se intentara contra una persona si ésta no tenía la intención de dañar, caso contrario, sufría la sanción que era de carácter estrictamente penal.

El segundo período en la evolución comienza con la creación por parte del Pretor Aquilius Gallus de la acción especial de dolo, *actio dolis*⁵, significando un grado de evolución cualitativo, puesto que hasta ese momento el dolo era considerado como un simple elemento del delito y no podía ser reprimido sino cuando el hecho estaba expresamente sancionado en la ley. Esto se logra por la construcción por parte del pretor del principio de equidad como substrato del derecho, lo que significó la elaboración de una fórmula general que se identifica con el bien o valor jurídico lesionado, que servirá de fundamento material que permitirá la configuración de la sanción. Así, el pretor comenzó a dar acción a los contratos de buena fe, atendiendo exclusivamente a la voluntad de las partes, donde el criterio decisivo para la resolución de los conflictos es el concepto de equidad que se desprende de los contratos de buena fe. En este contexto, el pretor creó la *actio doli* para sancionar la lesión de la equidad, cualquiera que fuese la forma de ejecución.

El objeto de esta acción⁶ era la pena de multa equivalente al monto de los perjuicios causados, es por ello que esta acción fue de las más utilizadas tanto es así que aquél que tenía la capacidad de delinquir se le designaba *dolis capax*. En el ejercicio de la acción se destaca su carácter subsidiario, es decir, sólo a falta de calificación específica de delito se concedía la *actio dolis*. Sin embargo, tampoco se daba lugar

⁵ D. 4.3.; Véase también, GARCÍA GARRIDO Manuel, *Diccionario de Jurisprudencia Romana*, 3ª edición, Editorial DYKINSON, Madrid 2000, p. 11.

⁶ Para profundizar, véase CHADWICK VALDÉS, Ob. cit. p. 463 ss.; GUZMAN BRITO, Alejandro, *Derecho Privado Romano*, Tomo Segundo, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1997, p. 274 ss. (Delitos Pretorios Autónomos).

a la acción cuando el dolo era recíproco, ya que es contrario a la equidad. Esto último fue recogido por todos los Códigos herederos de la tradición romana ya sea de forma indirecta o directa bajo la fórmula negativa por el Código Civil Español (Art. 1270) y el Código Civil Argentino (Art. 932).

Todo lo mencionado es lo referido al "*dolus malus*" que se distingue del "*dolus bonus*" nomenclatura que se mantuvo en los casos legítimos de astucia, habilidad o destreza intelectual que los hombres usan ordinariamente en sus negocios. Es por ello que en la esfera de los contratos el dolo malo hace referencia al engaño delictuoso, merecedor de la *actio dolis*. Esta distinción se funda en una razón histórica, ya que el lenguaje de las postrimerías de la República reflejaba la lenta evolución del dolo, por lo cual se carecía de una terminología rigurosa. La vaguedad de la acepción en este período no causó problemas en razón de la nueva configuración ya analizada del delito privado.

Pese al avance en esta materia, la víctima de dolo podía ser reparada en los perjuicios sufridos si ejercitaba la acción, acción que tenía por fundamento un delito y no un vicio del consentimiento, puesto que en Roma nunca tuvo este carácter. Pero si el autor del dolo accionaba para que se cumpla con el contrato, la víctima se encontraba en indefensión frente a la fuerza de la *estipulatio*. Como un medio de impedir esta maniobra, el pretor vino a conceder la *exceptio dolis*, que era perpetua a diferencia de la *actio dolis*. En el ejercicio de estas acciones y defensas el contrato dejaba de ejecutarse y por tanto se rescindía, pero esta rescisión sólo tenía por fundamento reprimir el efecto lesivo para el contratante de buena fe. Es por ello que estas acciones y defensas se entendieron gozan de una doble naturaleza, penal como fue desde el principio, pero también civil o reipersecutoria que perseguía la reparación de los perjuicios o bien, la *restitutio in integrum*.

En este contexto del ejercicio de la acción y excepción por dolo, que tenía aplicación en los contratos de buena fe y que se fragua en su conclusión, es que se explica la célebre definición de dolo dada en siglo primero de nuestra era por Labeón cuyo tenor es el siguiente: "*Dolo malo es toda astucia, engaño, maquinación, realizada para sorprender, engañar o hacer caer en el error*⁷". La base de esta

⁷ 4.3.1.3. Esta definición es la considerada correcta y verdadera por Ulpiano ya que no se restringe a la sola maquinación o engaño como causa del error como carácter esencial del dolo, que es la definición de Servio y criticada por Ulpiano (D.4.3.1.2).

definición se encuentra contenida en casi todas las obras que se ocupan del dolo hasta la actualidad como un vicio del consentimiento⁸.

EL DOLO EN LA DOCTRINA MODERNA Y EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO

Ya en el derecho común y en el derecho moderno la calificación del dolo se facilita en razón de que comienza a generalizarse la utilización del principio de la buena fe, sobre todo la doctrina francesa representada en las obras de Pothier⁹. Es por ello que los Códigos decimonónicos contemplan este principio y la doctrina se ha encargado de reconstruirlo a partir de la conceptualización del dolo dentro de la teoría de la contratación. No es casualidad que el Código Civil Francés¹⁰ (Art. 1116) y el Código Civil Español¹¹ (Art. 1269) definen el dolo dentro de las normas que regulan los contratos, consagrándolos como vicios del consentimiento.

Ambas definiciones se ocupan de describir los medios en virtud de los cuales una de las partes del contrato se vale para inducir a la otra a la celebración de un acto que en condiciones normales no hubiera contratado. Es decir, derechamente lo definen como vicio del consentimiento, por cuanto lesiona la buena fe que debe estar presente al momento de la conclusión de todo contrato, induciendo a contratar mediante maquinaciones fraudulentas. Es a partir de este concepto que el dolo debe ser entendido en estos ordenamientos, lo que lleva a la doctrina a realizar un gran esfuerzo puesto que el dolo no está caracterizado como en nuestro Código. Así, a partir de una

⁸ Véase a modo ejemplar, VIAL DEL RÍO, Víctor. Teoría General del Acto Jurídico, Volumen I, 3ª edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago 1998, p. 89; VODANOVICH, Antonio, Manual de Derecho Civil, Tomo II, 4ª edición, Editorial LexisNexis, Santiago 2003, p. 87.

⁹ La doctrina francesa la recoge la definición de Labeón para elaborar el concepto de dolo subjetivo como el reverso de la buena fe, siguiendo a Pothier, "Traité des obligations en général" Tomo I, París 1923, p. 338; Texto citado por la doctrina nacional PESCIÓ, Victorio, Manual de Derecho Civil, Tomo II, editorial Jurídica, Santiago 1972, p. 79 ss.

¹⁰ Art. 1116: El dolo será causa de nulidad del contrato cuando las maniobras practicadas por una de las partes sean tales, que resulte evidente que, sin estas maniobras, la otra parte no hubiera contratado.

¹¹ Art. 1269: Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho.

acepción restringida de dolo la doctrina debe construir un concepto que abarque todos los supuestos.

En lo que se refiere al Código Civil chileno, no sigue esta tendencia y lo define en su Art. 44: "El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro." Conforme a su ubicación que se encuentra en el párrafo 5° del Título Preliminar destinado a la definición de palabras de uso frecuente. Por su precisión no deja lugar a dudas de cuál fue el sentido que le dio el legislador. La extensión de esta definición se aplica a todo el Código, por cuanto sólo se necesita la cierta e inequívoca intención de dañar. Dar otra definición o interpretación que se aparte del Art. 44 es contradecir su claro tenor literal, e ir contra las reglas de hermenéutica pasando por alto las anotaciones que Bello hace en el proyecto de 1853¹² innovó sustancialmente en cuanto al dolo se refiere, ya que las prestaciones entre las partes deja de ser la única esfera en donde se aplica.

En este orden de ideas, necesariamente en nuestro ordenamiento civil debe existir una concepción unitaria del dolo, donde los elementos del Art. 44 que son claramente identificables¹³ tienen aplicación o proyección en distintas materias, como por ejemplo en la formación del consentimiento (Art. 1458), en la ejecución de los contratos (Art. 1546 y 1558) sin embargo sólo una de ellas tiene el privilegio de ser subsidiaria de todas las otras, me refiero a la responsabilidad extracontractual por delito civil, donde el dolo es uno de sus elementos esenciales conforme a los artículos 1437, 2284, 2314, 2317, 2329 y 2332 entre otros del Código Civil, lo que está en correspondencia con la concepción romana del dolo como elemento del delito privado o en sí mismo un delito en los contratos de buena fe para lo cual la víctima tenía la *actio* y *exceptio dolis* como medio de reparación de los perjuicios sufridos.

Es por ello que al estudiar el dolo en su proyección de ser constitutivo de vicio del consentimiento caracterizado en el empleo de todo procedimiento o maniobra reprobada por la buena fe con el propósito de engañar a la persona cuyo consentimiento se trata de obtener, si

¹² BELLO, Andrés, *Obras Completas, Proyecto de Código Civil de 1853*, Volumen XII, Edición hecha con el auspicio de la Universidad de Chile por Editorial Nascimento, Santiago 1932 Cita al pie del artículo 42 (actual artículo 44) p, 14.

¹³ HENRI, León y MAZEAUD, Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Segunda, Volumen I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1960, p 56; RODRIGUEZ, Pablo. *Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica, Santiago 1999, p. 163 (En esta obra se hace un examen profundo del artículo 44 CC)

no se cumplen los requisitos que exige el inciso 1° del Art. 1458 CC, el dolo no viciará el consentimiento, ya que estos requisitos son de interpretación restrictiva por ser elementos adicionales a los que establece el artículo 44 CC, sin embargo, siempre habrá lugar a la indemnización de perjuicios conforme a las reglas de la responsabilidad civil extracontractual en el evento de que se produzca un daño (1458 Inc. 2°). En este contexto, los requisitos para que el dolo sea vicio del consentimiento se expresa en el hecho de que sea obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubieran contratado (Art. 1458, inciso 1°). Es lo que en doctrina se llama dolo principal. Si no confluyen estos requisitos, el dolo será incidental conforme al Art. 1588 inciso 2° CC donde caben las siguientes hipótesis.

1. Fraguado el dolo por una de las partes, no ha sido determinante para la conclusión del contrato, ya que se habría celebrado aun sin él en condiciones menos onerosas.
2. Que el dolo emane de un tercero completamente ajeno a las partes que celebran el contrato.
3. Cuando se trate de actos jurídicos unilaterales.

Es en este último punto que la mayoría de la doctrina nacional –salvo contadas excepciones¹⁴- no está de acuerdo¹⁵ e interpreta de forma extensiva el Art. 1458 inc. 1° CC señalando que sería injusto dejar a la víctima del dolo sin acción de rescisión y si el dolo es una maquinación fraudulenta bien puede provenir de un tercero ya que en los actos unilaterales no se puede hablar de parte. Refuerzan sus argumentos con los artículos 1234 y 1237 CC, que tratan sobre aceptación y repudiación; Art. 1782 CC, en materia de renuncia de los gananciales; y el Art. 968 n° 4 CC, que trata sobre el dolo en el acto testamentario. Todos estos artículos se refieren a actos jurídicos unilaterales donde el dolo vicia la voluntad concediendo la ley acción rescisoria, salvo el caso del Art. 968 n° 4 CC donde el dolo tiene una

¹⁴ ROZAS VIAL, Fernando. *El Error y el Miedo como únicos Vicios de la Voluntad*, Revista Chilena de Derecho ISSN 0716-0747, Vol. II, N° 1-2, 1975, p. 69-76; PESCIO, Ob. Cit. p. 90.

¹⁵ ALESSANDRI, Ob. Cit. p. 199; SOMARRIVA, Ob. Cit. p. 226; DUCCI CLARO, Carlos. *Derecho Civil*, Cuarta Edición, Editorial jurídica, Santiago 2008, p. 277; SOMARRIVA, Manuel, *Derecho Sucesorio*, Tomo I, Versión René Abeliuk, Editorial Jurídica, Séptima Edición, Santiago 2005, p. 207; BARCÍA LEHMAN, Rodrigo, *Lecciones de Derecho Civil Chileno*, Tomo i, Editorial Jurídica, Santiago 2007, p. 65; LEÓN, HURTADO, Avelino, *La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos*, Editorial Jurídica, Santiago, 1991, p. 167

proyección especial y es ser causa de indignidad¹⁶ para suceder careciendo los herederos de la acción rescisoria, sin perjuicio de intentar la acción de indignidad que trae aparejadas similares consecuencias. "El que por fuerza o dolo obtuvo alguna disposición testamentaria del difunto, o le impidió testar".

Esta visión es errada, porque el Art. 1458 no admite interpretación extensiva y que la razón de fondo que tuvo Bello fue claramente mantener la concepción del Derecho Romano Clásico donde lo que se lesiona es la equidad, o según Pothier la buena fe y confianza que debe primar en los contratantes, y por tanto la víctima tenía la *actio* y *exceptio doli* que rescindía el contrato y daba acción de perjuicios, es decir, sólo tenía aplicación en los actos jurídicos bilaterales. Las excepciones son sólo eso, excepciones que se justifican en orden a lo delicado del asunto en cada caso donde lo más normal es que quien fragua el dolo es un tercero directamente interesado y cercano a la víctima, como los demás herederos en la repudiación y aceptación; el marido respecto a la mujer que renuncia a los gananciales. Por estas consideraciones la analogía otros actos unilaterales no es posible en virtud de la interpretación restrictiva que se debe dar al inciso 1° del Art. 1458 CC.

La ley brinda siempre la posibilidad de demandar perjuicios, en el evento que se produzcan, en razón del dolo, es por ello que el inciso 2° del artículo 1458 señala "en los demás casos..." lo que refuerza el hecho de que lo que está detrás es siempre la reparación, como proyección subsidiaria.

Por último, si nos fijamos bien, el rol propio del dolo como vicio del consentimiento no encuentra su justificación en consideraciones puramente psicológicas. En ese predicamento únicamente el error y la fuerza merecen consideraciones separadas, porque el error afecta directamente en la voluntad por una representación falaz de la realidad; y la fuerza por su parte afecta a la libertad de la voluntad. Es así que el error y el dolo tienen un punto de contacto, ya que el dolo parece ser la causa del error, un error provocado por maniobras contrarias a la buena fe por parte del otro contratante¹⁷. Pero esto no

¹⁶ Art. 968: Son indignos de suceder al difunto como herederos o legatarios: 4° El que por fuerza o dolo obtuvo alguna disposición testamentaria del difunto, o le impidió testar.

¹⁷ DIEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Primer Volumen, Quinta Edición, Editorial Civitas, Madrid 1996, p. 171; CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Volumen V, Editorial Jurídica, Santiago 1999. p 220ss.

nos debe llevar a concluir apresuradamente que el dolo está de más en la teoría del acto jurídico, como lo señala Fernando Rozas Vial¹⁸, sino que es preferible mantenerlo como un vicio de la voluntad que viene a afectar la buena fe que debe estar presente en todos los actos bilaterales. En los actos unilaterales la regla general es que el dolo no vicia la voluntad, sin perjuicio de demandar los perjuicios sufridos según el Art. 1458 inc. 2° y de rescindir el acto por error, en tanto en cuanto comprenda el dolo alguna de las categorías de error de los artículos 1453 a 1455 CC.

Los Códigos extranjeros al reglamentar el dolo en los contratos, lo hacen en términos análogos al nuestro, en todos ellos, el dolo consiste en la intención positiva de engañar y sólo vicia el consentimiento cuando es obra de una de las partes¹⁹. Por excepción el Código Civil argentino²⁰ dispone que el dolo afecta la validez de los actos entre vivos, sea obra de una de las partes o de un tercero.

¹⁸ ROZAS VIAL, Ob. cit. p. 72.

¹⁹ Código francés (Art. 1116), italiano (Art. 1439 y 1440), español (Arts. 1269 y 1270), alemán (Art. 123), holandés (Art. 1364), rumano (Art. 960), chino (Art. 92), japonés (Art. 96), ruso (Art. 32), boliviano (Art. 707), mexicano (Arts. 1815 y 1816), colombiano (Arts. 1515 y 1516), uruguayo (Arts. 1275 y 1276), brasileño (Arts. 92 a 97), peruano (Arts. 1085 a 1088), venezolano (art. 1154), costarricense (art. 1020), guatemalteco (arts. 1409 a 1411), nicaragüense (Arts. 2469 y 2470), panameño (Arts. 1120 y 1121), Códigos de las obligaciones de Suiza (Art. 28), Turquía (Art. 28) y Polonia (Arts. 39 y 40).

²⁰ Art. 935. "El dolo afectará la validez de los actos entre vivos, bien sea obra de una de las partes, o bien provenga de tercera persona..."