

1434

 UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO

Dº Civ
5493d
2005
V.2

SESQUICENTENARIO DEL CÓDIGO CIVIL DE ANDRÉS BELLO

PASADO, PRESENTE Y FUTURO DE LA CODIFICACIÓN

TOMO II

BAJO LA DIRECCIÓN DE:
MARÍA DORA MARTÍNIC G.
Y MAURICIO TAPIA R.

CON LA COLABORACIÓN DE:
SEBASTIÁN RÍOS L.

 LexisNexis

RECEIVED
FEB 10 2006
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE

POSTFACIO

Enrique Barros Bourie
Profesor de derecho civil en la Universidad de Chile

I

Hace 150 años la codificación civil chilena fue un importante acto republicano: el país se dio un espléndido ordenamiento de las relaciones privadas, que se aplicaba a todos por igual y establecía las bases jurídicas de una sociedad civil regida por reglas claras y generales. El nivel técnico del código, que estructuralmente seguía de cerca al francés, era homologable a lo mejor de su tiempo, con la ventaja de un lenguaje didáctico y elegante.

Aunque la necesidad de una codificación surgió temprano¹, es conocido que el camino fue largo y que la idea tomó varias décadas en materializarse. Desde su llegada a Chile, Andrés Bello había reclamado por la inercia de los poderes públicos frente al caos del sistema de fuentes heredado de la España anterior a la revolución: "leyes diseminadas en vastos volúmenes, oscurecidas por el desorden, por las contradicciones y por las innumerables glosas de los comentadores, [que] no podían presentar una norma segura a los ciudadanos para dirigir sus acciones, ni a los jueces para decidir con acierto"².

Luego de los exitosos intentos legislativos en materia de administración de justicia, el trabajo de codificación resultó ser una tarea esencialmente privada, a cargo de un intelectual que era, a la vez, liberal y conservador; universal y extremadamente sensible a las peculiaridades de la sociedad chilena de la época. Por lo mismo, el código chileno es una pragmática mezcla de modernización y de consolidación.

En el derecho de obligaciones se establece un amplio dominio del contrato y se establecen los fundamentos de la responsabilidad por culpa. En materia de posesión y propiedad se da el paso, gigantesco para su época,

¹ Véase la recopilación documental de A. Guzmán, *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*, Santiago: Editorial Universitaria, 1982. T. II.

² *El Araucano* N° 324, 18.11.1836.

de asumir el régimen registral establecido en algunos principados alemanes, pasando de un estatuto donde el registro conservatorio prueba la propiedad a uno donde sólo prueba la posesión, lo que era esencial para su exitosa introducción en un país que carecía de una burocracia profesional.

En estas materias de derecho patrimonial, el código es definitivamente modernizador. Establece normas claras y coherentes, que garantizan la eficacia de los intercambios, la circulación de los bienes y la protección de la propiedad. Como se expresa en el mensaje, aquí el codificador asume la "ventaja de aprovechar de los trabajos de otras naciones ilustradas por la ciencia y por una larga experiencia", con la apertura pragmática de quienes, al fin del mundo, no están anclados en una tradición intelectual en particular.

Exactamente lo contrario ocurre en materias vinculadas a la familia. Garantizado el desarme de los institutos que afectaban el corazón de una economía liberal, como eran las vinculaciones perpetuas de la propiedad, el codificador estuvo conciente de que su proyecto no prosperaría si no se adoptaban los principios aceptados con naturalidad por la elite social y política de la época. Así, mientras en materia patrimonial, el código está ordenado en torno a los principios de libertad e igualdad, en materias sucesorias y de familia se asume un fuerte concepto patriarcal de la familia, estructurado en torno a la institución del matrimonio canónico, que se limita a introducir correcciones técnicas al derecho español entonces vigente.

II

El contraste del trasfondo social y económico de los diferentes libros del código se muestra en su diferente perdurabilidad. Mientras los libros II y IV sólo han tenido modificaciones menores (salvo, precisamente, en lo que respecta al régimen de bienes del matrimonio), los libros I y III han sido radicalmente reformados, hasta llegar a ser por completo irreconocibles en la actualidad.

No es lugar para revisar la manera como la institución jurídica del matrimonio ha sido modificada de raíz: primero, con la laicización del derecho canónico (en la medida que el mayor cambio introducido por la ley de matrimonio civil de 1884 fue la sustitución de la párroco por el oficial de registro civil y del tribunal canónico por el civil); en seguida, con el reconocimiento jurisprudencial del divorcio por mutuo consentimiento, mediante la formalidad de la nulidad por incompetencia del funcionario; finalmente, con la reciente ley de matrimonio civil N° 19.947.

Las relaciones entre los cónyuges, definidas originariamente sobre la base de los deberes de obediencia de la mujer y de protección del marido, a que daba lugar el instituto de la potestad marital (artículos 131, 132 y 135), han tendido a una completa igualación, que debiere completarse cuando el legislador remueva los restos deformados que aún quedan de la antigua sociedad conyugal administrada por el marido.

A su vez, el régimen de filiación se asentaba en dos principios: ante todo, que los hijos ilegítimos sólo podían adquirir la calidad jurídica de naturales en razón del reconocimiento voluntario del padre o madre (artículo 270), de lo que se seguía el deber de cubrir los gastos de su crianza y educación (artículo 279); en seguida, que los hijos legítimos excluían de la herencia abintestato a los naturales y sólo podían ser beneficiados testamentariamente con la cuarta de libre disposición (artículos 988, 1183 y 1195). La igualación jurídica de los hijos, así como la amplitud de las acciones y pruebas en los juicios de reclamación e impugnación en el nuevo régimen de filiación, constituyen cambios dramáticos, que son el resultado de una evolución progresiva ocurrida en saltos discretos durante el último medio siglo.

Tras los cambios del derecho de familia se manifiesta, ante todo, la expansión de la igualdad como principio constitutivo del derecho contemporáneo, como se muestra en las relaciones entre cónyuges y de los hijos entre sí. En el Código Civil, la institución de la familia canónica y patriarcal subordina los intereses personales de los hijos nacidos fuera del matrimonio, así como toda pretensión de igualdad que atienda exclusivamente a la posición de la mujer o de los hijos. Exactamente el principio inverso ha pasado a ser dominante en el derecho actual.

Este cambio no sólo supone un desplazamiento de los *bienes* protegidos; también denota un cambio respecto de las *funciones* que se le atribuyen al derecho privado en relación con la familia: en vez de privilegiar institucionalmente un estatuto familiar que se tiene por legítimo o deseable, el derecho civil no discrimina en cuanto a las formas que puede adoptar la relación interpersonal más íntima. Sus normas tienden a dar soluciones de justicia a los conflictos e intereses que surgen en la realidad familiar, tal cual es.

En cierto sentido, la evolución del derecho de familia puede ser entendida como un proceso de retirada del derecho, que ha dejado a la moral y a las costumbres la regulación de las relaciones privadas. El pluralismo de la sociedad civil se extiende a las formas de vida íntima, sobre la base de un principio de neutralidad del derecho civil. Para Jean Carbonnier, uno de los más agudos civilistas del siglo pasado, esta

evolución muestra un alejamiento desde la antigua pretensión sincrónica, que entendía bajo una unidad la moral, la religión y el derecho, hacia una situación diacrónica, derivada de la secularización y liberalización del derecho³.

Por otro lado, sin embargo, el cambio de paradigma ha estado guiado por un concepto moral diferente, como es el tránsito desde una posición en que el derecho positivo perseguía proteger las *instituciones* de la familia (esto es, de primacía de los bienes supraindividuales), hacia otra orientada a dar protección a las *personas* que la requieren (y que, en consecuencia, atiende a razones de justicia entre personas privadas). Parece definitivo que para el derecho de una sociedad liberal la familia tiene un sentido normativo más que simbólico. Desde una perspectiva social y personal, la finalidad de las reglas jurídicas se manifiesta especialmente cuando las cosas no andan bien: cuando el padre no quiere reconocer al hijo habido fuera del matrimonio; cuando los padres separados disputan el cuidado de un menor; cuando el marido abandona el hogar. Por eso, el derecho de familia tiende a cubrir indistintamente los más diferentes tipos de vínculos personales, poniendo un acento creciente en una moral de la igualdad y de la responsabilidad, que está más cerca de las percepciones generales acerca de lo que debe ser legalmente exigible. Más que un alejamiento de la moral existe, entonces, un desplazamiento de los bienes morales que el derecho de familia tiene que proteger.

III

A pesar de que la economía y la sociedad han experimentado cambios enormes en el siglo y medio de vigencia del código, las normas del derecho de obligaciones y de propiedad casi no han sido objeto de modificaciones. Andrés Bello siguió estrechamente en la materia a Pothier, sea directamente o por medio del código francés, y a las Partidas. Las influencias más remotas son evidentes, porque se trata, posiblemente, del más romanista de los grandes juristas de la modernidad y del más romanista de los textos legales del medioevo. Así, mientras en el régimen posesorio de los inmuebles el código chileno realizó su apuesta más arriesgada, al estable-

³ Jean CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Paris: Répertoire du Notariat Deffrénois, 1979, 256 y ss.; como se muestra en Max KASER, *Das römische Privatrecht*, Munich: Beck, 1971, T. I, 27, el fenómeno de desacoplamiento y relativa neutralidad del derecho de familia se produjo tempranamente también en el derecho romano, mediante la distinción entre *ius* y *fas*.

cer exitosamente un sistema ignoto de posesión inscrita, en el derecho de obligaciones adoptó el camino seguro de privilegiar el formalismo y el lenguaje llano y ejemplar proveniente de los juristas romanos. Las principales diferencias con el código francés radican, precisamente, en el restablecimiento de criterios romanos, donde éste los había abandonado (como ocurre con la distinción entre el título y el modo de adquirir y en la triple clasificación de la culpa contractual).

El secreto de la pervivencia del derecho de obligaciones parece encontrarse, precisamente, en esa filiación romanista, que favorece su progresiva adaptación. En verdad, los cambios más importantes al derecho patrimonial han ocurrido en el derecho comparado a partir de la propia tradición del derecho privado. Las reformas a los códigos y los intentos de unificación del derecho privado tienen, por lo general, poco de revolucionario, porque más bien recogen el estado de desarrollo jurisprudencial y dogmático del propio derecho civil. Con todo, para que esta evolución *desde* el sistema sea posible, también en el ámbito del derecho patrimonial, han sido necesarios cambios metodológicos y valóricos de importancia.

Desde el punto de vista del método, el paulatino abandono de la exégesis y su sustitución por una jurisprudencia de intereses y de principios, ha hecho que el sistema de derecho privado se abra a las preguntas que plantean las relaciones privadas, abandonando la pretensión de que todo nuevo caso deba ser calificado subsuntivamente a la luz de las categorías conceptuales atribuidas al código. La consideración de los bienes jurídicos y principios en juego abre la pregunta hermenéutica por el criterio de justicia o utilidad en que se asienta la tradición, de modo que el sistema en su conjunto está abierto al cambio. La consecuencia es que el aparato conceptual del derecho privado tiene que ser suficientemente flexible y diferenciado, para dar forma y hacer posible su desarrollo jurisprudencial.

Los cambios metodológicos han estado acompañados de otros relativos a los bienes en juego. Ello se muestra claramente en materia de contratos. En la tradición romana, que es recogida por la codificación del siglo XIX, el consentimiento es entendido en términos formales como una presunción de justicia. A su vez, con la reserva de ciertas reglas especiales (como ocurre con los vicios redhibitorios), el contrato es concebido como un juego estratégico en que cada parte debe cautelar su propio interés.

Ambos aspectos de la doctrina del contrato han sido sustancialmente puestos a prueba en el derecho civil contemporáneo. Por un lado, el énfasis en la confianza como elemento constitutivo de la relación de derecho privado ha provocado que el principio de buena fe adquiera un lugar equivalente al formal de la autonomía privada. Por otro, la justicia contrac-

tual, basada en un concepto subjetivo del valor, sólo está asegurada en la medida que los intercambios ocurran en mercados abiertos e informados, donde ninguna de las partes tiene poder suficiente para influir sustantivamente en los términos contractuales.

El derecho civil patrimonial ha pasado a ser más reflexivo respecto de sus propios principios justificantes, especialmente en una economía compleja, donde las asimetrías de información y las diferencias en la posición estratégica de las partes plantean preguntas hasta ahora ignoradas por la doctrina. Hay múltiples ejemplos claros de estos desarrollos en el derecho de los contratos: las sutiles distinciones que permiten determinar si ha habido efectivamente consentimiento respecto de las condiciones generales de contratación propuestas por una parte; el discernimiento de las circunstancias en que esas condiciones generales resultan abusivas; la expansión de los deberes de información que una parte tiene respecto de la otra (e incluso respecto de terceros, como ocurre en los mercados de valores), cuando se encuentra en una situación privilegiada de conocimiento del bien o servicio ofrecido, que no puede ser razonablemente igualado por la contraparte; la tendencia a entender el límite que las buenas costumbres imponen a la licitud de los contratos de una manera que sea comprensiva del abuso que una parte hace de la otra, violentando su razonable expectativa de confianza; y la creciente objetivación del concepto de culpa, que atiende a las expectativas recíprocas de conducta en vez de apelar a consideraciones subjetivas.

Esta evolución tiene una doble cara: por un lado, se tiende a la objetivación de los deberes de cuidado, sean contractuales, precontractuales o extracontractuales, porque así lo exige la confianza; por otro, se produce un regreso a formas de pensar del derecho natural temprano, que atendía a los supuestos de justicia de la relación contractual.

La vida del derecho privado son prácticas o instituciones, que preexisten y dotan de sentido a nuestra conducta concreta como sujetos de derecho. La ley civil reconoce a las personas el poder para actuar autónomamente, creando relaciones jurídicas del todo novedosas. Pero ello ocurre sobre la base de supuestos de honestidad y de fidelidad recíproca, de modo que tras los institutos del derecho privado subyacen los deberes generales de actuar de buena fe (esto es, en resguardo de las expectativas de confianza de la contraparte) al negociar, interpretar y ejecutar el contrato⁴.

⁴ Sobre los fundamentos escolásticos de este concepto del contrato, John FIMS, *Aquinas*, Oxford: Oxford University Press, 1998, 196 y ss.; estas ideas fueron desarrolladas por la tardía escolástica española, especialmente por Luis de MOLINA (J. Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford: Clarendon, 1991, 69 y ss.) y se encuentran luego en Hugo

De este modo, en una época de contratación masiva, de relaciones entre expertos y legos, de mercados con asimetrías de información, el derecho civil ha aprendido a adaptarse a las exigencias de justicia correctiva y a criterios pragmáticos. No se trata de enervar el juego estratégico que es constitutivo de los intercambios, y que se expresa en el principio práctico de maximización de la propia utilidad, sino de establecer un marco normativo que asegure los beneficios de la colaboración⁵. De este modo, el derecho patrimonial pasa a ser crecientemente más reflexivo acerca de sus principios y del alcance de conceptos normativos e indeterminados, como los de buena fe, buenas costumbres, culpa o causalidad, abriendo paso a una especie de ética material que entra a complementar la moral puramente formal, que se funda en el supuesto demasiado amplio de que el contrato se basa exclusivamente en la voluntad, asumido por la doctrina jurídica que siguió a la codificación⁶.

Demás está decir que la evolución que muestra el derecho de los contratos se presenta con aún mayor intensidad en los ámbitos de la responsabilidad extracontractual y de las obligaciones restitutorias, especialmente en el desarrollo doctrinal y jurisprudencial del enriquecimiento sin causa. A este desarrollo subyace la función típica del derecho privado, que no es regular heterónomamente el comportamiento, sino hacer inteligibles, a la luz de principios prácticos y de la tradición, las relaciones libres espontáneas⁷.

Continuación nota ⁴

Gracio, *On de Law of War and Peace*, Whitefish (MT): Kessington, 2004, II, 11 § 6; luego son retomadas en los artículos 1135 del código francés y 1546 del chileno, que aluden a los elementos implícitos de la relación contractual, que se entienden pertenecerle aun sin declaración expresa.

⁵ Uno de los méritos del análisis económico del derecho y de la psicología cognitiva es mostrar las limitaciones empíricas del sujeto maximizador, que protege por sí mismo sus intereses (según el principio *caveat emptor*); así surge la conveniencia de que el derecho corrija los déficit de información y de posición, sin que ello suponga necesariamente asumir un modelo normativo de tipo paternalista que es ajeno a la lógica del derecho privado (Horst EIDENMÜLLER, *Der homo oeconomicus und das Schuldrecht: Herausforderung durch Behavioral Law*, en *Juristenzeitung* 2005, 223).

⁶ Sobre esta transformación, George RUPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 4ª edición, 1949 (especialmente capítulos I y II); desde la perspectiva de los cambios históricos, Franz WIEACKER, *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*, en "Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung", Frankfurt am Main: Athäneum FISCHER, 1974, 10 y ss.

⁷ Sobre este aspecto de la naturaleza del derecho privado, Enrique BARROS, *Derecho y moral*, Estudios Públicos 81 (2001), 17 y ss. El análisis más penetrante de la forma de pensar que se asocia al derecho privado entendido como orden social, en Friedrich von HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, y Chicago: Chicago University Press, T. I, *Rules and Order*, capítulo VI; la idea aparece antes en Adam SMITH, *The Wealth of Nations*, New York: Bantam, 2003, párrafo VI ii 2.

IV

El derecho civil ha sido completado por una amplia legislación especial, que no puede ser subsumida bajo sus normas, pero que en gran parte asume sus principios. En verdad, muchos deberes establecidos por la legislación económica responden a principios de derecho privado. Es el caso, por ejemplo, de los deberes de lealtad que establece el derecho de las sociedades anónimas y los de información impuestos por la ley sobre mercado de valores; lo mismo vale para el ordenamiento que sanciona los atentados a la libre competencia y la competencia desleal. Es frecuente en el derecho comparado que esos institutos sean desarrollados a partir de los principios del derecho privado y que luego el legislador les de forma y especificidad. Por lo mismo, las fronteras entre las regulaciones administrativas del derecho económico y el derecho privado suelen ser más difusas de lo que usualmente se asume.

Esta comprensión más amplia de la legislación complementaria lleva a pensar que, a pesar de las múltiples extrapolaciones legales, es conveniente mantener la generalidad del derecho civil como estatuto común aplicable a las relaciones entre las personas. Su ventaja radica, precisamente, en su naturaleza de derecho común, que permite su adaptación a partir de un *corpus* probado por la experiencia y la razón.

Por lo mismo, no es conveniente dejarse llevar por cantos de sirena que alejan al derecho privado de sus funciones más elementales. La necesidad de seguridad social no exige transformar la responsabilidad civil en una especie de seguro social, porque existen otros instrumentos jurídicos más idóneos para ese fin; ni la protección del consentimiento debe llevar a renunciar a la idea de autonomía. En otras palabras, la tarea de los expertos en derecho civil es reencontrar su unidad como un sistema abierto, que comprende principios diferentes, que son susceptibles de autotransformarse y adaptarse a los cambios de la economía y de la sociedad⁸.

Por eso, la tarea de los privatistas privados es la persistente búsqueda del punto medio entre principios encontrados, tanto en el fondo (por ejemplo, la protección de la seguridad y de la confianza), como en el método (porque un exceso de rigor conceptual puede conducir a soluciones contrarias a las valoraciones básicas del sistema, mientras que, por el contrario,

⁸ Francesco BUSNELLI, *Comment codifier? La méthode*, en Ch. LARROUMET y M. TAPIA editores, *L'avenir de la codification en France et Amérique Latine*, Paris: Association Andrés Bello des Juristes Franco-Latino-Américains, 2004, 269 y ss.

una tipificación exacta puede ser en ciertos ámbitos, como la propiedad, una exigencia de certeza)⁹.

Por otro lado, no se debe perder de vista la advertencia de la filosofía hermenéutica: "...lo que cambia llama inmensamente más la atención que aquello que permanece; esa es una ley general de nuestra vida espiritual; las perspectivas, que se muestran a la luz del cambio histórico, están siempre en peligro de desdibujarse, porque ignoran la persistencia de lo oculto; vivimos en una permanente sobreexcitación de nuestra conciencia histórica"¹⁰. Al fin de cuentas el núcleo del derecho de obligaciones tiene ya dos milenios, y con ajustes más bien menores el *corpus iuris* ha regido en ambientes culturales y económicos tan diferentes como son el estado corporativo e imperativo del imperio bizantino, el comunitarismo jerárquico de la alta edad media, la economía monetaria y comercial de la temprana modernidad, el mercantilismo de los estados absolutos, el liberalismo clásico del siglo XIX y la economía abierta y globalizada, que convive con un estado social, en nuestro tiempo¹¹.

En este continuo, como lo muestra esta obra, la ciencia del derecho es una institución que se encuentra dentro del sistema jurídico. Su tarea es dar con el nivel de conceptualización adecuado a los requerimientos del tráfico y a las exigencias formales que han hecho perdurable el derecho privado. Como toda institución se conecta con una tradición, pero que adquiere vida a la luz de las preguntas del presente. Por eso, la base científica de la ciencia del derecho está dada por la historia y por el derecho comparado, que le dan soporte a la práctica de discernimiento que ella supone. El mayor mérito de la tarea solitaria de Andrés Bello fue haber asumido radicalmente este postulado. Por eso, celebramos con admiración el sesquicentenario de su código civil.

⁹ Franz BYDLINSKY, *Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft*, en *Archiv für civilistische Praxis*, 2004, 360.

¹⁰ Hans Georg GADAMER, *Wahrheit und Methode*, Tübingen: J.B.C. Mohr, 2ª edición, 1965, XXVIII.

¹¹ Franz WIRACKER, *op. cit.* [nota 6], 9.