



Universidad de Chile  
Facultad de Derecho  
Departamento de Derecho Privado

Derecho Civil I  
Introducción al Derecho Privado  
Profesores:  
Aldo Molinari Valdés  
Isaac Stevens Muñoz

## Materiales de Lectura N°1

1. Mauricio Tapia. *Código Civil 1855-2005. Evolución y perspectivas*. (2005).
2. Gonzalo Figueroa. *Chile en 1850: Leyendo el Código Civil*. (2010).
3. Alejandro Guzmán Brito. *El Derecho Privado Constitucional de Chile*. (2001).
4. Gonzalo Figueroa. *Hacia una recodificación sustitutiva del "Código Civil"*. (2005).
5. Mauricio Tapia. *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Algunos desafíos de un texto célebre*. (2005).

Santiago, Chile  
2017

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

1418 MAURICIO TAPIA R.

8 Kir  
T 172 CC  
2005

# CÓDIGO CIVIL 1855 - 2005

EVOLUCIÓN Y PERSPECTIVAS

© MAURICIO TAPIA R.

© EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE  
Carmen 8, 4º piso, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual  
Inscripción Nº 149.811, año 2005  
Santiago - Chile

Se terminó de imprimir esta primera edición  
de 500 ejemplares en el mes de septiembre de 2005

IMPRESORES: Imprenta Salesianos S. A.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1645-1



## A. ALGUNOS ASPECTOS SOBRE EL ORIGEN HISTÓRICO DEL CÓDIGO CIVIL

4. **Remisión a estudios históricos.** El origen histórico del Código Civil chileno se confunde, como es sabido, con la obra de Andrés BELLO. El objeto de este estudio no es revisar los motivos que justificaron la elaboración del Código Civil, vinculados a la necesidad de reafirmar la *Independencia* en el ordenamiento civil y de reordenar la legislación indiana y las nuevas leyes que comenzaban a dictarse. Tampoco se revisará el lento proceso histórico de redacción de este texto. Sobre estas materias existen acuciosas investigaciones y abundantes publicaciones nacionales.<sup>24</sup>

Al respecto, conviene sólo destacar el papel preponderante que tales investigaciones atribuyen a Andrés BELLO en la redacción del Código —frente al tímido trabajo de las sucesivas Comisiones—<sup>25</sup> y la voluntad política que impulsó la codificación, fruto

<sup>24</sup> Como es sabido, los diversos Proyectos del Código Civil se pueden encontrar en las *Obras Completas* de Andrés BELLO (Santiago, Editorial Nascimento, 1930-1935). Otros antecedentes legislativos pueden consultarse en Enrique COOD (recopilador), *Antecedentes legislativos y trabajos preparatorios del Código Civil de Chile*, (Santiago, Imprenta "Victoria" de H. Izquierdo i Cia, 1883). En cuanto a los estudios sobre este proceso de codificación, puede consultarse el temprano trabajo de José Bernardo LIRA, "Codificación de nuestras leyes: trabajos del Código Civil", in LATORRE Enrique (recopilador), *Memorias y discursos universitarios sobre el Código Civil chileno*, Libros I, II y III, Santiago, Imprenta de la Unión, 1888, p. 9. También, Alejandro GUZMÁN ha publicado una importante obra sobre esta materia: *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile* (Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile, 1982, 2 T.), que constituye la conclusión de una larga investigación. Una bibliografía acerca de la fijación del derecho en Chile en GUZMÁN Alejandro, "Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la República, VII: Ensayo de una bibliografía", REHJ, 1978, N° 3, p. 325, y "Nuevo ensayo de una bibliografía para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la república (1978-1988)", REHJ, 1987-1988, N° 12, p. 363.

<sup>25</sup> Andrés BELLO comenzó a trabajar en un proyecto de Código Civil desde 1833. En 1840, cuando estimó tener avanzado suficientemente el trabajo, y después de haber sido elegido senador, propuso al Senado un proyecto de ley para crear una *Comisión de Legislación*, que se dedicara a la codificación de las leyes civiles. En esa época BELLO ya tenía redactado una parte considerable del Código Civil: el *Título preliminar*, un libro completo de *Sucesiones*, un libro incompleto de *Obligaciones* y algunos títulos del libro de *Bienes*. El Congreso creó la *Comisión de Legislación*, a la que se integró BELLO, y se formó también una *Junta Revisora* para examinar los avances de la primera. Siguiendo el propósito no disimulado de Andrés BELLO, la *Comisión de Legislación* trabajó sobre los proyectos redactados por

de la estabilidad generada por la obra centralizadora de Diego PORTALES<sup>26</sup> y del apoyo de Manuel MONTT en los últimos años de su preparación.<sup>27</sup> En el proceso de codificación nacional se unieron una voluntad política decidida, un talento jurídico fuera de común y un momento oportuno; condiciones que, por ejemplo, es discutible que se encuentren presentes en los ambiciosos intentos de *recodificación* radical del Código Civil.<sup>28</sup>

Asimismo, excede el objeto de este estudio el análisis de la función que pudo tener el Código Civil en la consolidación del poder político del Estado (PORTALIS sostenía que "*el orden civil viene a cimentar el orden político*")<sup>29</sup> y, en consecuencia, en el fortalecimiento o, incluso, en la formación de la Nación durante el siglo XIX; materia en la que también existen ensayos admirables.<sup>30</sup>

él. Sin embargo, en 1846 BELLO debió proseguir nuevamente solo el trabajo de redacción, pues las comisiones, luego de haber sido fusionadas, prácticamente ya no se reunían. En 1852, BELLO finaliza el proyecto de Código Civil, agregando un nuevo *Título preliminar* y un libro dedicado a las *Personas*. Publicado el año siguiente, el proyecto fue objeto de una discusión por una nueva *Comisión* dirigida, en la práctica, por el mismo Presidente de la República Manuel MONTT. Esta nueva *Comisión* efectuó innovaciones, pero la mayoría fueron propuestas por el mismo BELLO, que también formaba parte de ella. En 1855, el proyecto definitivo fue sometido al *Congreso Nacional*, que lo aprobó sin discusión (no fue necesario "depurarlo", como ocurrió en Francia con el *Tribunal*). Así, los estudios históricos han concluido que, salvo algunas normas o figuras aisladas, el Código Civil es la creación intelectual de Andrés BELLO.

<sup>26</sup> Sobre la influencia de PORTALES en el proceso de codificación civil, v. GUZMÁN Alejandro, *Portales y el derecho*, Santiago, Editorial Universitaria, 1988, esp. p. 73.

<sup>27</sup> Sobre la voluntad política que impulsó la codificación chilena, v. los interesantes estudios del profesor de la Universidad Internacional de Florida Matthew C. MIROW, en particular *American Law: A History of Private Law and Institutions in Spanish America*, Université Catholique du Louvain - University of Texas Press, 2004.

<sup>28</sup> V. párrafos 194 y s.

<sup>29</sup> "Exposé des motifs de la loi relative à la réunion des lois civiles en un seul corps, sous le titre de Code Civil des Français, par le conseiller d'Etat PORTALIS", in *Motifs et discours prononcés lors de la publication du Code Civil*, París, Institut de France, 1838; también en JCP G 2004 I 122.

<sup>30</sup> V., sobre el Código Civil y la imposición de la voluntad del Estado, VANDERLINDEN Jacques, *Le concept de Code en Europe occidentale du XIII<sup>e</sup> au XIX<sup>e</sup> siècle. Essai de définition*, Bruselas, Facultés Libres de Bruxelles, 1967. V. acerca de la formación del Estado y su rol en la consolidación de la Nación, la conocida obra de Mario GÓNGORA, *Ensayo histórico sobre la noción de estado en Chile en los siglos XIX y XX*, Santiago, Editorial Universitaria, 2003.

Tampoco es el momento de ahondar en la vida y en el pensamiento, por cierto muy interesante, de Andrés BELLO, pues a pesar de lo que sugirió recientemente Agustín SQUELLA,<sup>31</sup> este aniversario conmemora una obra jurídica, más que su autor. Se trata del aniversario de un cuerpo de leyes exitoso, que fue el producto de un método legislativo que influyó notablemente en las legislaciones latinoamericanas y que requiere más que nunca de "reflexión". Por lo demás, como es sabido, la vida y la obra de Andrés BELLO han sido objeto de innumerables estudios,<sup>32</sup> muchos de ellos referidos a su pensamiento jurídico,<sup>33</sup> así como también varias obras

<sup>31</sup> Quien propone "ahondar en éste [Bello] durante 2005, más allá de los poco más de dos mil quinientos artículos del Código Civil". "Homenaje, 150 años del Código Civil. Andrés Bello, un liberal contenido", *El Mercurio*, 27 de febrero de 2005.

<sup>32</sup> V. los textos son muy abundantes, algunos de ellos son los siguientes: AMUNÁTEGUI Miguel Luis, *Vida de don Andrés Bello*, Santiago, Publicaciones Embajada de Venezuela en Chile, 1962, reimpresión de la edición de 1882; BARROS Ernesto, "Bello: mentor y anticipacionista", in *Estudios sobre la vida y obra de Andrés Bello*, Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile, 1973, p. 119; GRASES Pedro, "Andrés Bello", in *Diccionario Enciclopédico de las Letras de América Latina* (DELAL), Caracas, Biblioteca Ayacucho, T. I, p. 565, y *La épica española y los estudios de Andrés Bello sobre el Poema del Cid*, Caracas, Talleres de la Ed. Ragon, 1954; MURILLO Fernando, *Andrés Bello: Historia de una vida y de una obra*, Caracas, La Casa de Bello, 1986; SALVAT Manuel, "Vida de Andrés Bello", in *Estudios sobre la vida y obra de Andrés Bello*, op. cit., p. 11; SILVA Raúl, *Don Andrés Bello 1781-1865*, Santiago, Editorial Andrés Bello, 1965, y "Andrés Bello en el periodismo", in *Estudios sobre la vida y obra de Andrés Bello*, op. cit., p. 219; URIBE Armando, "Poesía de Bello", in *Estudios sobre la vida y obra de Andrés Bello*, op. cit., p. 183.

<sup>33</sup> Al respecto los estudios, también son numerosos. Algunos de ellos son los siguientes: BRAVO Bernardino, "Bello y la judicatura. La codificación procesal", in *Congreso Internacional Andrés Bello y el derecho*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982, p. 119; CARRASCO Sergio, "Don Andrés Bello, el jurista y su época", *Rev. Concep.*, 1981, N° 169, p. 37; DE ÁVILA Alamiro, "Londres en la formación jurídica de Andrés Bello", *REHJ*, 1982, N° 7, p. 317, "Las ideas de Bentham sobre las pruebas que fueron enseñadas en Chile por Andrés Bello", *RChD*, 1983, 9, p. 67, "Bello y el derecho romano", in *Estudios sobre la vida y obra de Andrés Bello*, op. cit., p. 79, y "La filosofía jurídica de Andrés Bello", in *Congreso Internacional Andrés Bello y el derecho*, op. cit., p. 41; DOYHARÇABAL CASSE Solange, "Bello y la investigación jurídica", in *Congreso Internacional Andrés Bello y el derecho*, op. cit., p. 221; GUZMÁN Alejandro, "Codificación y consolidación: una comparación entre el pensamiento de Andrés Bello y el de A. Teixeira de Freitas", *REHJ*, 1985, N° 10, p. 269, "La sistemática del Código Civil de Andrés Bello", in *Andrés Bello y el Derecho Latinoamericano*, Caracas, La Casa de Bello, 1987, p. 317, "Las operaciones practicadas por Bello sobre el derecho vigente para su codificación", in BRAVO Bernardino y CONCHA Sergio (editores), *Codificación y descodificación en Hispanoamérica. La suerte de los derechos castellano y portugués en el Nuevo Mundo durante los siglos XIX y XX*,

conmemorativas le fueron especialmente dedicadas en el centenario de su muerte<sup>34</sup> y en el bicentenario de su nacimiento.<sup>35</sup>

## B. EL CÓDIGO NAPOLEÓN Y EL CÓDIGO DE ANDRÉS BELLO

**5. Dos modelos célebres y cercanos.** Como es sabido, el Código NAPOLEÓN tuvo una enorme influencia en la mayoría de los países de tradición romano-germánica<sup>36</sup> y, particularmente, en

T. I, Santiago, Universidad Santo Tomás, 1998, p. 257; HANISCH Hugo, "Los ochenta años de influencia de Andrés Bello en la enseñanza del derecho romano en Chile", in *Congreso Internacional Andrés Bello y el derecho*, op. cit., p. 161; HERRERA Luis, "Don Andrés Bello López. Un recuerdo de su obra como civilista y romanista", *Rev. Concep.*, 1981, N° 169, p. 45; LIRA Pedro, "Elogio de Andrés Bello", in *El Código Civil chileno y su época*, op. cit., p. 99, y "Bello y el Código Civil", in *Estudios sobre la vida y obra de Andrés Bello*, op. cit., p. 11; MURILLO Fernando, "Andrés Bello y los orígenes del derecho comparado", in *Congreso Internacional Andrés Bello y el derecho*, op. cit., p. 243; PARDO Aristóbulo, "Andrés Bello y las Siete Partidas", in *Congreso Internacional Andrés Bello y el derecho*, op. cit., p. 231; RIOSECO Emilio, "Actualidad de Bello en el derecho privado", *RDJ*, T. LXII, p. 181; SQUELLA Agustín, "Proyección jurídica de las ideas de Bello sobre el orden y la libertad", in *Congreso Internacional Andrés Bello y el derecho*, op. cit., p. 63; TAU Víctor, "Reforma y codificación en el pensamiento de Andrés Bello", in *Congreso Internacional Andrés Bello y el derecho*, op. cit., p. 105. Una bibliografía sobre "Andrés Bello considerado como jurista" en GUZMÁN Alejandro, "Bibliografía sobre Andrés Bello considerado como jurista", *Archivo Giuridico* (Bologna), 1978, N° 195, p. 145, y "Nuevo ensayo de una bibliografía sobre Andrés Bello considerado como jurista (1978-1988)", *REHJ*, 1987-1988, N° 12, p. 357.

<sup>34</sup> En el centenario de la muerte de Andrés BELLO, la Universidad de Chile realizó diversos actos conmemorativos y, en particular, se publicaron los *Estudios sobre la vida y obra de Andrés Bello* (op. cit.).

<sup>35</sup> En el bicentenario de su nacimiento, se instituyó una *Comisión Nacional* y se realizó, en particular, un congreso internacional por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y el Instituto de Chile (13 al 17 de julio de 1981). Las actas de este congreso están publicadas: *Congreso Internacional Andrés Bello y el Derecho* (op. cit.). Alejandro GUZMÁN publicó también en el marco de esa conmemoración la obra *Andrés Bello codificador...* (op. cit.). La Corte de Apelaciones y el Colegio de Abogados de Concepción también conmemoraron el bicentenario del nacimiento de Andrés Bello (31 de agosto de 1981), v. al respecto, Sergio CARRASCO, "Don Andrés Bello, el jurista y su época", op. cit., p. 37. Otro libro colectivo sobre Andrés Bello y el derecho: *Andrés Bello y el Derecho Latinoamericano*, op. cit.

<sup>36</sup> V. *La circulation du modèle juridique français*, Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, T. XLIV, París, Litec, 1994.

América Latina.<sup>37</sup> Andrés BELLO, para redactar el Código Civil chileno, siguió muy de cerca al que catalogaba como el "más célebre de los Códigos".<sup>38</sup> BELLO había traducido en 1833 el célebre *Discours préliminaire* de PORTALIS, que presentaba el proyecto de *Code Civil* a las asambleas legislativas, y que constituye una síntesis brillante del método legislativo que inspiró a estos textos.<sup>39</sup> Una buena parte de las virtudes de estos Códigos provienen de las ideas de PORTALIS, sintetizadas en ese discurso: "las leyes son

el artículo del presidente de esta Asociación, Michel GRIMALDI, "L'exportation du Code Civil", *Pouvoirs*, 2003, N° 107, p. 80. Mediante un proyecto de investigación de la Université de Rennes I (*Le modèle juridique français à l'épreuve du monde extérieur, XVI-XXI siècles*), Sylvain SOLEIL ha preparado una valiosa colección de estudios (entre ellos, *¿El Código Civil de 1804 fue concebido como un modelo jurídico para las naciones?*, que fue traducido al español por Sebastián RÍOS, para ser publicado en la obra de la Universidad de Chile *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*). Gracias a la gentileza del profesor SOLEIL, al redactar este libro he podido revisar sus interesantes estudios (varios de ellos inéditos): "Exception française et modèle français en Nouvelle-France (XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles)", que se publicará en inglés en *Majesty in Canada*; "La réception du modèle juridique français entre discours et réalité" (inédito); "Le modèle juridique français: recherche sur l'origine d'un discours", *Droits*, 2003, N° 38, p. 83; "Le destin historique du *Modèle juridique français*. Affaire de puissance ou de qualité technique?" (inédito).

<sup>37</sup> V., al respecto, RAMOS Carlos, *El Código Napoleónico y su recepción en América latina*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997; WALD Arnoldo, "L'influence du Code Civil en Amérique latine", in *1804-2004. Le Code Civil...*, op. cit., p. 855, y GUZMÁN Alejandro, *La codificación civil en iberoamérica: siglos XIX y XX*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000. Para una perspectiva crítica respecto de la influencia del modelo francés y su vigencia: BRAVO Bernardino, "Relaciones entre la codificación europea y la hispanoamericana", in BRAVO Bernardino y CONCHA Sergio (editores), *Codificación y descodificación en Hispanoamérica...*, T. I, op. cit., p. 51, y "Comienzos de la codificación en Europa continental y en América hispánica (1750-1804)", in LARROUMET Ch. (dir.) y TAPIA M. (coord.), *L'avenir de la codification...*, op. cit., p. 29.

<sup>38</sup> V., Acerca de la influencia del Código Napoleón en Chile, GUZMÁN Alejandro, "Le Code Napoléon et le Code Civil du Chili", in *La circulation du modèle juridique français*, op. cit., p. 141.

<sup>39</sup> La traducción fue publicada en el diario *El Araucano*. V. para la versión original en francés, PORTALIS Jean-Etienne-Marie, "Discours préliminaire sur le projet de Code Civil (présenté le 1<sup>er</sup> pluviôse an IX)", una edición reciente en francés in *Naissance du Code Civil. La raison du législateur*, París, Flammarion, 2004, p. 35 (esta edición es la utilizada en esta obra). Una traducción reciente al español, in *Discurso Preliminar Código Civil francés*, Universidad de Buenos Aires, La Ley, 2004, estudio introductorio de Jorge-Horacio ALTERINI.

hechas para los hombres, y no los hombres para las leyes"; "es necesario ser sobrio en novedades en materia de legislación"; "resulta necesario modificar, cuando la más funesta de todas las innovaciones sería, por así decirlo, no innovar"; "lo esencial es otorgar a las instituciones nuevas ese carácter de permanencia y de estabilidad que pueda garantizarles el derecho de devenir en antiguas", etc. Así, un gran número de artículos del Código Civil chileno tienen su fuente directa o indirecta en el Código de Napoleón, y ambos comparten una misma metodología.

Por lo demás, otras razones históricas aproximan a los procesos codificadores francés y chileno. La más evidente es que vivimos casi contemporáneamente un proceso de codificación en la primera mitad del siglo XIX.<sup>40</sup> En ambos países, la codificación sucedió a graves rupturas políticas y sociales, la *Revolución* y el movimiento de *Independencia*, subyaciendo la voluntad política de afirmación del Estado. También, y sobre todo, porque estos procesos tienen en común el *espíritu de compromiso* que ha inspirado a las codificaciones más exitosas y que es analizado más adelante.<sup>41</sup> Por último, como el modelo francés, el Código Civil chileno también fue *exportado* a otros países, como se mencionará más adelante.<sup>42</sup>

**6. Derecho francés en la jurisprudencia y doctrina nacional.** El derecho francés no sólo influyó en la redacción del Código Civil chileno, sino que también en su interpretación. La jurisprudencia nacional comenzó a utilizar tempranamente las soluciones del derecho francés para interpretar el Código Civil, gracias a la publicación de manuales y tratados (Luis CLARO y Arturo ALESSANDRI), que difundieron las ideas de autores fran-

<sup>40</sup> Para algunos, esta fase de la historia es única e irrepetible y ha sido superada por una evolución lineal del derecho (BRAVO Bernardino, "Comienzos de la codificación...", op. cit.); para otros, las codificaciones constituyen una "necesidad periódica de las sociedades", que se reproduciría de manera cíclica (la frase es de Andrés BELLO, "Mensaje...", op. cit.). Sobre la codificación como un fenómeno cíclico: OPPETIT Bruno, *Essai sur la codification*, París, PUF, 1998, p. 7, y CABRILLAC Rémy, *Les codifications*, París, PUF, 2002, p. 67.

<sup>41</sup> V. párrafo 8.

<sup>42</sup> V. párrafos 21 y s.

ceses.<sup>43</sup> Una temprana obra nacional, realizó incluso una concordancia minuciosa entre los artículos de ambos Códigos Civiles, mostrando sus grandes cercanías.<sup>44</sup> Posteriormente, muchas obras monográficas del derecho nacional han dado cuenta de la cercanía entre ambos sistemas.<sup>45</sup> En la actualidad, es frecuente que abogados y jueces citen en sus escritos y decisiones las opiniones de autores franceses destacados (generalmente, por intermedio de traducciones al español que datan de mediados del siglo XX).<sup>46</sup>

**7. Pérdida de exclusividad del modelo francés.** La legislación francesa posterior al Código Civil continuó influyendo en el derecho nacional. Pedro LIRA, en un estudio sobre la legislación comparada (1958), afirmaba que las leyes francesas, a pesar de sus defectos y de las precipitaciones que las dominan con frecuencia, "siguen sirviendo de modelo a las legislaciones iberoamericana-

<sup>43</sup> El conocimiento del derecho francés fue estimulado también por la traducción de artículos de la *Revue trimestrielle de droit civil*, publicados en la Revista de Derecho y Jurisprudencia. Ramón DOMÍNGUEZ A. se refiere elocuentemente a estas relaciones entre ambas revistas en "Courier du centenaire. Un témoigne chilien!", RTDC, 2003, p. 597.

<sup>44</sup> ELIZALDE Miguel, *Concordancias de los artículos del Código Civil chileno entre sí y con los artículos del Código francés*, Santiago, Imprenta La Libertad, 1871.

<sup>45</sup> Muchas obras monográficas nacionales dan cuenta de la influencia del derecho francés. Entre ellas, se destaca, a modo de ejemplo, las tesis de Orlando TAPIA SUÁREZ (*De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes*, Concepción, Publicaciones de la Universidad de Concepción, 1941), y de Sofía MAYANZ (*Seguro de responsabilidad civil*, Universidad de Chile, 1938). La primera, efectúa una completa exposición del derecho de la responsabilidad civil chileno según el estado de esa materia en Francia. La segunda, analiza extensamente los principales problemas jurídicos que hasta hoy plantea este seguro, fundándose en la legislación francesa de 1930 y en la doctrina y jurisprudencia de ese país. V. recientemente, en materia de responsabilidad contractual, PIZARRO Carlos, *Étude critique sur la responsabilité contractuelle en droit positif chilien*, tesis, Universidad de París II, 2003.

<sup>46</sup> Conscientes de la carencia de traducciones de obras recientes de autores franceses, el autor de este estudio y José Miguel VALDIVIA, dirigen en la actualidad la colección *Derecho francés contemporáneo* (París, van Dieren éditeur), cuyo propósito es efectuar traducciones de obras importantes en materia de responsabilidad. El primer volumen de esta colección corresponde al estudio de François CHABAS, *Cien años de responsabilidad civil en Francia* (París, van Dieren éditeur, 2004, traducción y notas de M.T.) y, el segundo, que se encuentra en preparación, al libro *Responsabilidad civil extracontractual*, de Jean CARBONNIER (www.vandieren.com).

nas... es curioso observar cómo nuestras legislaciones son reacias a servir de los modelos italianos y españoles",<sup>47</sup> y concluía, en otro estudio, que "la evolución política y jurídica de Chile sigue muy de cerca la trayectoria francesa".<sup>48</sup> En efecto, en la discusión de diversas leyes en los últimos años, como aquellas que regulan actividades económicas (contratación con consumidores) o en materia de familia (*Nueva Ley de Matrimonio Civil*), la legislación francesa puede identificarse como la fuente de numerosas instituciones o disposiciones particulares.<sup>49</sup>

Pero es una realidad que la influencia del Código Napoleón y del derecho francés sobre las codificaciones latinoamericanas ha sido decreciente en el tiempo.<sup>50</sup> Este fenómeno puede tener como una de sus causas la gran difusión del *common law* en el mundo, como se expone en este libro.<sup>51</sup>

En todo caso, las grandes cercanías originales entre ambos textos justifican que en los párrafos siguientes se describa un *método de codificación* que es en gran medida común al Código Napoleón y al Código de Andrés Bello.

## C. ESTRATEGIAS LEGISLATIVAS Y POLÍTICAS

**8. Estrategia legislativa. Espíritu de compromiso.** El Código Civil chileno es fruto de una *estrategia legislativa*, llevada a cabo por un jurista (y humanista) que logró un compromiso brillante entre diversas posiciones. La estrategia es similar a la seguida por NAPOLEÓN, quien construyó el *Code Civil* sobre la base de consensos (con la Iglesia, entre las identidades locales, entre los juristas, etc.), nombrando una comisión de redacción que representaba ampliamente las sensibilidades y las teorías de la época.<sup>52</sup> dos de

<sup>47</sup> *Las grandes líneas de la legislación contemporánea*, Santiago, Imprenta Chile, 1958, p. 11.

<sup>48</sup> "El pensamiento filosófico jurídico de Ripert", RDJ, T. LVI, p. 47.

<sup>49</sup> V., sobre esta última ley párrafo 215.

<sup>50</sup> Alejandro GUZMÁN B., "La influencia del Código Civil francés en las codificaciones americanas", in LARROUMET Ch. (dir.) y TAPIA M. (coord.), *L'avenir de la codification...*, op. cit., p. 47.

<sup>51</sup> V. párrafos 179 y s.

<sup>52</sup> Esta característica del Código Civil francés es patente desde los trabajos preparatorios: "Nuestro Código Civil en sí mismo la más grande, la más útil, la más solemne

sus redactores tenían una influencia del derecho germánico y consuetudinario (TRONCHET y BIGOT DE PREAMENEU) y los otros dos de derecho romano y escrito (PORTALIS y MALEVILLE).<sup>53</sup> En un magnífico estudio dedicado a la gestación del Código Civil francés, Jean-Louis HALPÉRIN ha analizado en profundidad las razones de por qué las asambleas revolucionarias fracasaron en el proyecto de redactar un Código entre los años 1789 y 1799 (*"El imposible Código Civil"*), y de cómo NAPOLEÓN lo logró encontrando un compromiso socialmente aceptable, ante todo para los propios juristas.<sup>54</sup>

Así, también, Andrés BELLO —ese “conservador progresista”<sup>55</sup> o “liberal contenido”<sup>56</sup>— logró en el Código Civil una transacción admirable entre tradición e innovación: costumbres de la América española, progresos de la *Independencia* e ideales liberales e ilustrados europeos. Andrés BELLO logró una síntesis entre, por una parte, el derecho castellano y canónico, presente sobre todo en la regulación de la familia,<sup>57</sup> y, por otra parte, el espíritu individualista de la *Ilustración* (libertad, igualdad y voluntad), que tuvo un gran impacto en materia de bienes y obligaciones.<sup>58</sup>

Un ejemplo de la adaptación de este método de codificación a la realidad nacional es que Andrés BELLO, a diferencia del modelo francés, no consagró en el texto nacional la secularización del derecho, sino que dejó entregada la constitución de la familia y la comprobación del estado civil a las leyes ca-

transacción de que ha dado testimonio la tierra”, Tribun ALBISSON, in FENET, *Recueil complet des Travaux préparatoires du Code Civil*, T. XV, p. 120.

<sup>53</sup> Del propio PORTALIS, se ha sostenido que “...junto a los cardenales tenía el lenguaje de las sacristías y en el Consejo de Estado, junto a Bertier o Treillard, defensores de los progresos de la Revolución, la argumentación de los filósofos”. CARBONNIER Jean, *Sociologie...*, op. cit., p. 79.

<sup>54</sup> *L'impossible Code Civil*, París, PUF, 1992.

<sup>55</sup> BARROS Enrique, *Curso de derecho civil I, Parte General*, Universidad de Chile, 1996.

<sup>56</sup> SQUELLA Agustín, “Homenaje...”, op. cit.

<sup>57</sup> Algunos ejemplos de la influencia del derecho canónico en el Código Civil chileno (en materia de guardas y fianza), SALINAS Carlos, “Del influjo canónico en las Partidas al influjo canónico en el Código Civil de Chile”, REHJ, 2004, N° 26, p. 491.

<sup>58</sup> Sobre esta ideología individualista del Código Civil, v. párrafos 10 y s.

nónicas, como forma de “transacción en homenaje a las ideas dominantes”.<sup>59</sup> Sin embargo, la estructura y las normas del Código Civil se adaptaron sin problemas a las leyes que introdujeron posteriormente esta secularización (1884) o que intentaron profundizarla (2004).<sup>60</sup> Así, el Código Civil fue elogiado como un notable heredero de la filosofía individualista que inspiró a la *Revolución* y a su homólogo francés y, al mismo tiempo, considerado en 1856 por el arzobispo de Santiago, Rafael Valentín VALDIVIESO, como un texto que “tributa sus respetos a los santos principios, y no parece que quiera atropellar a la Iglesia”.<sup>61</sup>

Asimismo, Andrés BELLO mostró su espíritu práctico en la cuestión de los mayorazgos y las vinculaciones, resuelta por las leyes *exvinculatorias* de los años 1848 y 1857. Andrés BELLO interviene en su discusión negando la existencia de clases privilegiadas y defendiendo la libre enajenación de las propiedades, pero al mismo tiempo rechazando que se despojara a los mayorazgos de sus legítimos derechos. Así, propuso una prudente solución transaccional: transformar las vinculaciones en censos de capital cuyos réditos continuarían pagándose a los sucesores de mayorazgos. Acerca de esta proposición, Pedro LIRA ha sostenido que “nunca se alabaré bastante esta solución dada al más grave conflicto social de hace un siglo... la prudencia de BELLO cegó el manantial de perpetua discordia”.<sup>62</sup>

Influido ciertamente por el pensamiento de MONTESQUIEU,<sup>63</sup> este espíritu de compromiso que inspiró a las codificaciones francesa y chilena, lúcidamente estudiado en Francia por

<sup>59</sup> ALESSANDRI Arturo y SOMARRIVA Manuel, *Curso de derecho civil*, T. I, Parte general y las personas, Santiago, Editorial Nascimento, 1945, 2ª ed. de Antonio VODANOVIC., p. 71.

<sup>60</sup> Como se expone más adelante, la *Nueva Ley de Matrimonio Civil* (N° 19.947) introdujo el divorcio vincular, pero amplió al mismo tiempo las causales de nulidad, tomando algunas del derecho canónico. V. párrafos 64 y 215.

<sup>61</sup> Carta al Obispo de Concepción, 28 de julio de 1856. Citado por SALINAS Carlos, “Del influjo canónico...”, op. cit., p. 491.

<sup>62</sup> “Juicio crítico”, in *El Código Civil chileno y su época*, op. cit., p. 7. V. también, MOBAREC Norma, “Bello y las leyes de exvinculación”, in *Congreso Internacional Andrés Bello y el derecho*, op. cit., p. 351.

<sup>63</sup> V. *De l'Esprit des lois*, libro XXIX, cap. I. Que también influyó a PORTALES. V. GUZMÁN Alejandro, “Portales y el pensamiento de Montesquieu”, in *Portales y el derecho*, op. cit., esp. p. 51.

Jean CARBONNIER,<sup>64</sup> permitió realizar una transacción entre fuerzas sociales e intereses antagonistas. Georges RIPERT dirigió una fuerte crítica a la transacción de fuerzas opuestas como método de legislación, porque en su opinión desembocaría con frecuencia en Códigos mediocres.<sup>65</sup> Pero estos doscientos años de Código Civil francés y ciento cincuenta años de Código Civil chileno muestran, como observó Jean CARBONNIER, que un justo compromiso constituye para el derecho el “*signo de una vitalidad equilibrada*”,<sup>66</sup> y que si bien “*dos semi-justicias no hacen la justicia*”, al menos “*dos semi-satisfacciones pueden volver la vida cotidiana tolerable*”.<sup>67</sup>

En efecto, una explicación a la longevidad de los Códigos francés y chileno es el compromiso que lograron sintetizar. Prueba de esto es que las adaptaciones más exitosas de los Códigos a la evolución de las costumbres se han fundado también en leyes transaccionales, como se mencionará más adelante.<sup>68</sup>

**9. Estrategias políticas.** Sin embargo, existen otras *estrategias políticas* seguidas en las codificaciones civiles francesa y chilena que explican también su éxito. Sin lugar a dudas, contribuyó a la adopción definitiva del Código Civil chileno la decisión de proponer su texto a la aprobación del Parlamento “*en bloque*”, lo que impidió el retraso de su aprobación y la pérdida de su “*unidad*” y “*armonía*”.<sup>69</sup> Esto recuerda lo realizado por NAPOLEÓN en Francia, quien, ciertamente de un modo más autoritario, forzó una aprobación de esta misma naturaleza.<sup>70</sup> En realidad, las codificaciones más exitosas en la historia han sido más bien la obra de uno o varios juristas notables, y no el convenio de grandes asambleas.

<sup>64</sup> V. especialmente *Droit civil, Introduction...*, op. cit., p. 140; y *Sociologie...*, op. cit., p. 78.

<sup>65</sup> *Les forces...*, op. cit., p. 130.

<sup>66</sup> *Sociologie...*, op. cit., p. 290.

<sup>67</sup> *Essais...*, op. cit., p. 190.

<sup>68</sup> V. párrafo 215.

<sup>69</sup> “Mensaje...”, op. cit.

<sup>70</sup> V., al respecto, el estudio de Jean-Louis HALPÉRIN, *L'impossible...*, op. cit., esp. p. 264. El profesor HALPÉRIN ha tenido la gentileza de preparar un texto para el libro de la Universidad de Chile *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*, que fue traducido por Sebastián RÍOS, y publicado con el título, “Codificación del derecho e interpretación judicial: de la experiencia francesa a la teoría del derecho”.

Debe mencionarse, asimismo, que el proceso de codificación nacional también siguió al modelo francés en otro aspecto estratégico relevante: la decisión de someter el *Proyecto* a la opinión de los jueces y juristas, cuestión que facilitaría y aceleraría su aplicación posterior.

## D. IDEOLOGÍAS DEL CÓDIGO CIVIL

**10. Espíritu o ideologías del Código Civil.** La revisión del método del Código Civil de Andrés BELLO exige referirse a algunos aspectos de las *ideologías* que inspiraron su redacción, al *espíritu* que lo anima.<sup>71</sup> Para los efectos de este trabajo, la expresión *ideología* es utilizada en su acepción natural, como sinónimo del conjunto de ideas fundamentales que caracterizaron la regulación contenida en el Código Civil y que se entienden formar parte de lo que se puede denominar su *espíritu*. Evidentemente, y como se concluirá de la exposición, en este *espíritu* es posible reconocer algunas teorías políticas o filosóficas (incluso rivales y contradictorias), pero el propósito, naturalmente, es más bien constatar su presencia que emitir un juicio de valor sobre ellas.

Como ya se expuso, en el Código Civil chileno subsistieron una buena cantidad de disposiciones provenientes del derecho castellano y cuyas fuentes remotas están en el derecho romano. En particular, el modelo de familia era el previsto en el derecho español: una estructura piramidal, con fuentes canónicas, fundada en el marido como jefe de la familia, que ejercía una potestad económica y personal sobre la mujer (*potestad marital*) y sobre los hijos (*patria potestad* y *potestad paterna*).<sup>72</sup> Lo mismo ocurrió en materia sucesoria, pues aun cuando se terminó con las vinculaciones de la propiedad, se siguió la tradición española de las asignaciones forzosas y de disposición limitada de los bienes del causante.<sup>73</sup> En gran medida, esos principios *canónicos*

<sup>71</sup> Una síntesis de estas ideologías en el derecho francés: CARBONNIER Jean, *Droit civil, Introduction...*, op. cit., p. 136, y en el derecho chileno, BARROS Enrique, *Curso de derecho civil I, Parte General*, op. cit.

<sup>72</sup> V. párrafo 61.

<sup>73</sup> V. párrafo 106.

del derecho civil fueron trastornados por la evolución social, que se tradujeron en cambios radicales en el texto del Código Civil, que expresa en el presente una visión más pluralista de las relaciones de familia.<sup>74</sup> Aunque no puede desconocerse que varias reglas vigentes en el Código Civil tienen un origen directo en las instituciones del derecho canónico (persisten, incluso, algunas remisiones directas como la del art. 586: "*las cosas que han sido consagradas para el culto divino, se regirán por el derecho canónico*"). Por lo demás, y como se expone en otra parte de este libro, la reforma de la *Ley de Matrimonio Civil* introdujo, además del divorcio vincular, nuevas reglas tomadas del derecho canónico, en la búsqueda de un compromiso entre las diversas posiciones.<sup>75</sup>

Pero el *espíritu* general del Código Civil de Andrés BELLO debe buscarse en otros principios, en aquellos que sobrevivieron y que siguen siendo sus ideologías fundamentales (incluso con renovada fuerza, como se expone a lo largo de esta obra). Esta ideología proviene de la influencia de la *Revolución francesa* y de la filosofía que la inspiró (particularmente, de la *Ilustración*).

En efecto, estrechamente vinculado a los avances de esta *Revolución*, el Código chileno, como el francés, exaltó el *individualismo*, mediante la consagración en normas de derecho privado de la *libertad*, la *igualdad* y la *voluntad*, que hoy también se encuentran reproducidos en la Constitución (esp., arts. 1° y 19 N°s 2, 3, 20, 21 y 23). Principios que, como se expondrá a lo largo de esta obra, no tienen una convivencia pacífica, sino que se encuentran frecuentemente en conflicto.

**11. Libertad.** La libertad es la filosofía esencial del Código Civil. Desde un punto de vista general, la libertad del individuo es garantizada impidiendo alienaciones consentidas (servidumbres personales) o impuestas por agrupaciones (que son ignoradas por el Código Civil).<sup>76</sup> En el *derecho de familia* y de *sucesiones*, la redacción original del Código Civil otorgó a la libertad una extensión muy limitada (influenciado por el derecho español,

<sup>74</sup> V. párrafos 62 y 63.

<sup>75</sup> V. párrafos 64 y 215.

<sup>76</sup> Regla, por lo demás, confirmada por la Constitución: "*nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación*" (art. 19 N° 15).

como se indicó), pues el divorcio vincular no era reconocido, los hijos se sujetaban a una larga tutela de los padres, la mujer se sometía al marido, la facultad de pactar regímenes de bienes del matrimonio era restringida y la libre disposición de los bienes del causante era marginal. Sin embargo, con posterioridad, en la mayoría de estos ámbitos la libertad se reforzó mediante la disminución de la mayoría de edad, la aceptación del divorcio vincular, la emancipación de la mujer casada y la ampliación de las opciones en materia de regímenes de bienes del matrimonio.<sup>77</sup>

Pero es en materia patrimonial donde mejor se percibe este *espíritu libertario*. Así, la propiedad (art. 582 CC) es concebida como una libertad (un derecho cuyos límites los fija el propio arbitrio), fue emancipada de las restricciones feudales (vinculaciones) y de otras inmovilizaciones (como las indivisiones voluntarias perpetuas), asegurando su libre circulación. Por su parte, en materia contractual rige ampliamente el principio de autonomía privada (art. 1545 CC), que permite determinar libremente qué, cómo, con quién y cuándo contratar, que atribuye a los acuerdos un valor de *ley para las partes* (como "*¿una evocación invertida del contrato social?*"),<sup>78</sup> y que pone a su disposición reglas supletorias que sólo rigen si no existe acuerdo en contrario (art. 1444 CC). Si bien este principio de autonomía privada recibió fuertes embates durante el siglo XX, mantiene vigencia como regla de atribución de competencia a los individuos en la economía contemporánea.<sup>79</sup> Finalmente, también en materia de responsabilidad civil la libertad es la justificación de sus reglas, pues, como se sabe, sólo porque el hombre es libre de gobernar sus actos puede ser declarado responsable de las consecuencias perjudiciales que su actuación pueda provocar a terceros.

**12. Igualdad.** En cuanto a la *igualdad*, ésta se percibe, ante todo, en la noción unitaria de persona (art. 55 CC), pues todos los individuos resultan iguales en derechos (lo que excluye privilegios personales), comprendiendo también a los extranjeros (art. 57). Se trata de una igualdad formal (un trato semejante de parte

<sup>77</sup> V. párrafos 62 y s.

<sup>78</sup> CARBONNIER Jean, *Droit civil, Introduction...*, op. cit., p. 137.

<sup>79</sup> V. párrafos 111 y s.

del derecho), confirmada por las reglas relativas a la capacidad (art. 1446 CC). Sin embargo, en materia de *derecho de familia*, la mujer y los hijos no matrimoniales recibían en la redacción original del Código Civil un trato severamente discriminatorio en relación al marido y a los hijos legítimos, como consecuencia del reconocimiento de un modelo único y tradicional de familia, patriarcal y católico. En todos estos aspectos la evolución de las costumbres condujo a modificaciones del texto del Código Civil, mejorando la igualdad entre la mujer y el marido y entre los hijos. Por su parte, en materia sucesoria, las asignaciones forzosas aseguran también una igualdad entre los sucesores de un mismo grado y, recientemente, sus beneficios se extendieron de forma equitativa a los hijos matrimoniales y no matrimoniales.<sup>80</sup>

En el ámbito patrimonial, el Código Civil también se funda en una idea de igualdad. Una igualdad originaria en la adquisición de derechos de propiedad (todos tienen, al menos teóricamente, la misma posibilidad de adquirir derechos) y la presunción de que los contratantes se encuentran en una posición semejante y pueden libremente discutir el contrato. Si bien esto último fue parcialmente desmentido por la contratación masiva (contratos por adhesión), subsiste como un principio general aplicable a un gran número de acuerdos. Por lo demás, como se expondrá, una noción de equilibrio o de justicia conmutativa también subyace a la regulación contractual del Código Civil.<sup>81</sup> Finalmente, las normas de la responsabilidad civil pueden asimismo justificarse en un principio de igualdad, pues la generación ilícita de un daño en un tercero es condenada por el Código Civil mediante la imposición de la reparación integral, que persigue restablecer la igualdad rota por esta acción según un principio de justicia correctiva.<sup>82</sup>

**13. Voluntad.** La visión del hombre del Código Civil se funda esencialmente en la *voluntad*. ¿El cuerpo del hombre existe en los Códigos Civiles?, se preguntaba Jean CARBONNIER.<sup>83</sup> Sólo ac-

<sup>80</sup> V. párrafo 105.

<sup>81</sup> V. párrafos 111 y s.

<sup>82</sup> V. párrafo 169.

<sup>83</sup> *Droit civil, Introduction...*, op. cit., p. 137.

cidentalmente, como en las normas que aludían a los juegos de fuerza física (art. 2263 CC), pero sin recibir un tratamiento unitario y completo.<sup>84</sup> En efecto, para el Código Civil el hombre es esencialmente una voluntad, un ser capaz de tomar decisiones libres. La misma *ley*, apreciada como una obra humana, es percibida por el Código Civil como un acto de la *voluntad soberana* (art. 1° CC). En verdad, la visión de la voluntad humana del Código Civil, como observa lúcidamente Jean CARBONNIER, es bastante idealista: se trata de una voluntad que no da cuenta de las debilidades humanas, sino de una voluntad fuerte, nítida, dirigida a un propósito determinado, eminentemente libre.<sup>85</sup>

La voluntad atraviesa todo el Código Civil y, en definitiva, la vida del hombre. El matrimonio se contrae por la voluntad de los cónyuges (art. 102 CC); los contratos se forman (art. 1545 CC), ejecutan (art. 1546 CC) e interpretan (art. 1560 CC) según la voluntad de los contratantes; la responsabilidad civil supone una voluntad libre del agente (art. 2319 CC); el testador puede voluntariamente disponer de una parte de sus bienes (arts. 999 y s. CC), etc.

Indudablemente, se trata de una ideología ambiciosa y se podría sostener que en alguna medida utópica. Pero, al mismo tiempo, este *programa de conducta* que contiene el Código Civil fue utilizado por sucesivas generaciones que fueron familiarizándose con esta filosofía, de tal forma que ese *programa* puede sostenerse que se fue transformando progresivamente en una *costumbre*.<sup>86</sup>

**14. Críticas a estas ideologías. Remisión.** En otra parte de este estudio se expondrá que uno de los ataques más importantes dirigidos contra los Códigos Civiles decimonónicos afecta precisamente este contenido ideológico, pues se sostiene que sus categorías se encontrarían obsoletas. Esta crítica carece en gran medida de justificación, pues existen varias razones para soste-

<sup>84</sup> Lo que sí ha sucedido recientemente en algunos países con las leyes de *bioética*, que regulan al cuerpo y sus formas de "utilización". Por ejemplo, las normas introducidas en los arts. 16-1 a 16-9 del Código Civil francés.

<sup>85</sup> *Droit civil, Introduction...*, op. cit., p. 137.

<sup>86</sup> *Ibidem*.

ner que la ideología del Código Civil en materia patrimonial —objeto de los principales ataques— permanece plenamente vigente.<sup>87</sup> Evidentemente, y como ya se indicó, en materia de *derecho de familia* esta crítica puede ser acertada en la medida en que el modelo único de familia reconocido por el Código Civil fue cediendo lugar a una visión más tolerante acerca de las diversas formas de concebir las relaciones conyugales y filiales. Se volverá más adelante sobre estas modificaciones ideológicas del Código Civil en materia de familia y también sobre la vigencia de su filosofía en materia patrimonial.<sup>88</sup>

En todo caso, junto con la vigencia de su ideología fundamental, el Código Civil de Andrés BELLO cuenta con una estructura que también puede ser percibida como una ventaja importante de su método de codificación.

#### E. ESTRUCTURA U ORDEN NATURAL DEL CÓDIGO CIVIL

**15. Orden natural.** El Código de NAPOLEÓN intentó sistematizar la legislación civil siguiendo un *orden natural*. En efecto, los tres proyectos de CAMBACÉRÈS y el proyecto consular que sería el futuro Código Napoleón, intentaron sistematizar la legislación civil siguiendo este *orden natural* (la alusión a la obra de DOMAT parece evidente).<sup>89</sup> Este orden supone una exposición racional de las normas como lo sostuvo la *escuela del derecho natural moderno*, aunque es también el producto de una larga evolución del pensamiento occidental que condujo a la primacía del derecho escrito como símbolo de rigor intelectual y claridad, particularmente gracias al legado de la *Ilustración*. Esta evolución del pensamiento jurídico, que condujo a la codificación, ha dado origen

<sup>87</sup> V. párrafo 208.

<sup>88</sup> V. párrafos 63 y 112.

<sup>89</sup> La técnica similar de estos proyectos fue puesta en evidencia por François GÉNY en el libro del centenario del Código Civil francés: "La technique législative dans la codification civile moderne", in *Le Code Civil. 1804-1904. Livre du centenaire*, op. cit., p. 1004. V., recientemente, el interesante estudio de Julien BOUDON, "Les projets de Code Civil de Cambacérès et le thème de l'imitation de la nature (1793-1804)", *Revue Droits*, 39, 2004, p. 91.

a innumerables y lúcidos estudios, cuyo análisis detallado no cabe efectuar en esta obra.<sup>90</sup>

En todo caso, debe destacarse que codificar, siguiendo el *orden natural*, suponía encontrar o descifrar una estructura de las normas emanada de la razón, como se concluye claramente del artículo primero que PORTALIS había imaginado originalmente para el Código Civil francés: "*Existe un derecho universal e inmutable fuente de todas las leyes positivas: no es más que la razón natural, en cuanto gobierna a todos los hombres*".<sup>91</sup> Esto involucraba una serie de consecuencias. Por una parte, se trataba de dotar al orden positivo de algunos atributos que varios consideraban propios del derecho natural: *uniformidad* (unificación de los diversos estatutos especiales); *universalidad* (estando fundado en la razón, que no tiene fronteras, el Código estaba llamado a aplicarse a otros pueblos) e *inmutabilidad* (al considerar que las normas fundamentales permanecerían).

No cabe duda de que algunos de estos atributos del *orden natural*, presentes en los Códigos francés y chileno, eran pretensiones bastante ambiciosas. La supuesta vocación universal de la codificación es en gran medida desmentida por la historia. Como afirma Bernardino BRAVO, "*la mayor parte del planeta ha vivido y vive al margen de la codificación; unos porque no necesitan de ella para ser países modernos, como los del common law y otros, porque apenas conocen el derecho escrito, según sucede entre tantos pueblos asiáticos y africanos*".<sup>92</sup> Pero otros de estos propósitos son bastante actuales, como la búsqueda de un derecho uniforme para superar los inconvenientes de la multiplicidad de derechos locales o nacionales, cuestión que se discute recientemente con motivo de los proyectos de integración regional. Asimismo, y sobre todo, conserva actualidad la exigencia de redactar leyes breves y precisas.

<sup>90</sup> Para los efectos de esta obra, basta con citar dos estudios relevantes acerca del movimiento histórico y de ideas que condujo a la codificación decimonónica: HALPÉRIN Jean-Louis, *L'impossible...*, op. cit., p. 37, y VANDERLINDEN Jacques, op. cit.

<sup>91</sup> Si bien no fue considerada en el proyecto definitivo, esta regla describe muy bien el propósito que inspiró a PORTALIS, v. *Naissance du Code Civil...*, op. cit., p. 92.

<sup>92</sup> "Comienzos de la codificación...", op. cit., p. 30.

**16. Leyes escritas en el mármol y leyes escritas en la arena.** En este punto, y aunque exceda los modestos propósitos de este estudio, es necesario aludir a la tensión que existe entre, por una parte, estos principios de la codificación derivados del legado de la *escuela del derecho natural moderno*, y particularmente de la *Ilustración* y, por otra parte, la influencia de MONTESQUIEU (ese “desencantado por las leyes”) que inspiró a PORTALIS (y en consecuencia a Andrés BELLO), con su aproximación empírica, parcelaria e histórica del derecho.

En efecto, autores como Jean-Jacques ROUSSEAU y Denis DIDEROT (siglo XVIII) sostuvieron con entusiasmo un  *fervor por las leyes*, un apego apasionado por su estilo lapidario y solemne, por su simplicidad y laconismo: “*el sueño espartano de leyes puras y duras, que serán grabadas en el mármol*”.<sup>93</sup> Frente a un derecho consuetudinario ligado a la feudalidad, el advenimiento de la burguesía exigía un derecho voluntarista y rápido. La *ley*, cuya imagen se extraía románticamente de la mitología griega. Sobre todo la imagen que seducía era la de LICURGO de Esparta, según el relato de PLUTARCO en *Vidas paralelas*: una legislación evocadora “*de fantasmas, de desnudos heroicos, e incluso eróticos*”.<sup>94</sup> Esta ley, para la *filosofía de las luces*, racional y obtenida por un método deductivo, tenía una función pedagógica, y debía formar las costumbres y ser comprendida íntegra y fácilmente por los ciudadanos. Denis DIDEROT pretendía, incluso, que en las escuelas los niños debían aprender junto al catecismo el Código Civil, que en lo posible debían constituir un solo libro.

Pero esta pasión griega por las leyes terminó por fatigar. El siglo XIX, inaugurado por el sobrio *Code Civil français*, muestra que Esparta y LICURGO fueron reemplazados por Roma y JUSTINIANO.<sup>95</sup> Lejos de los legisladores pasionales (al estilo de ROUSSEAU o DIDEROT), los redactores de ese Código (y en particular PORTALIS) siguieron una metodología más cercana a un desencantado por las leyes (MONTESQUIEU), un empirismo convenci-

<sup>93</sup> CARBONNIER Jean, “La passion des lois au siècle des Lumières”, in *Essais...*, op. cit., p. 248.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 251.

<sup>95</sup> V. la historia detallada de esta dialéctica –y el fracaso de los intentos de los ideólogos– en el estudio de Jean-Louis HALPÉRIN, *L'impossible...*, op. cit.

do de una legislación tomada de la historia, flemática, parcelaria, alejada de las construcciones ideales y deductivas de la *filosofía de las luces*, y que creía en contraposición a ésta, que las leyes se escriben en la arena y no en el mármol.<sup>96</sup> Una buena parte de las virtudes de los Códigos Civiles proviene de esta doctrina: su vinculación con los usos de la Nación, su modesta ambición parcelaria e histórica, su renuncia a alterar las costumbres, etc. El bicentenario del Código Civil francés y el sesquicentenario del Código Civil chileno parecen darle la razón a MONTESQUIEU y a PORTALIS.<sup>97</sup>

Sin embargo, la *filosofía de las luces* también influyó en sus redactores (¿cómo podían escapar a doctrinas en boga y triunfantes luego de la *Revolución*?), tal como se describe en el párrafo siguiente, a propósito del ideal de redactar leyes lacónicas y lapidarias. En todo caso, tal vez fue la síntesis de esta tensión –como afirma Jean CARBONNIER– la que explica en parte el éxito de estos Códigos Civiles.<sup>98</sup>

**17. Plan, claridad y precisión.** Por otra parte, y como ya se adelantó, la codificación sostenía que la ley debía cumplir los requisitos de *simplicidad, claridad y concisión*. Tal como lo había preconizado Jean-Jacques ROUSSEAU, los Códigos deben ser “*claros, cortos y precisos*”.<sup>99</sup> Esto condujo a que los Códigos Civiles decimonónicos se inspiraran en el plan del derecho romano de las *Institutas*<sup>100</sup> (que constituía la estructura racional más perfecta que se conocía), y a que se redactaran con un lenguaje diáfano, lapidario y alejado de tecnicismos. Tal como afirma François CHABAS, si existe algo que se ha alabado unánimemente de los Códigos Civiles, aún por sus firmes detractores, es su estilo de

<sup>96</sup> V. Jean CARBONNIER, “La passion des lois au siècle des Lumières”, in *Essais...*, op. cit., p. 253.

<sup>97</sup> V. en este sentido en prefacio de Jean CARBONNIER el libro de Simone GUYARD-FABRE, *La philosophie du droit de Montesquieu* (París, Klincksieck, 1973), reproducido in *Essais...*, op. cit., p. 261.

<sup>98</sup> V. esp., *Essais...*, op. cit., p. 239.

<sup>99</sup> *Considérations sur le gouvernement de Pologne Œuvres complètes*, París, Gallimard, T. III, 1964, p. 1001.

<sup>100</sup> Como se percibe claramente en los proyectos de CAMBACÉRÈS y en el Código Civil de Andrés BELLO.

redacción, su "notable precisión".<sup>101</sup> Y esta ventaja no es sólo formal sino que da cuenta de una virtud más profunda. "Aquello que se concibe bien se enuncia claramente, y las palabras para decirlo llegan fácilmente".<sup>102</sup>

Siguiendo el imperativo de claridad y precisión, Andrés BELLO redactó un texto sobrio, prístino y exacto, con un lenguaje llano y no técnico,<sup>103</sup> que equilibra las fórmulas abstractas y los ejemplos (el art. 570, que define los inmuebles por destinación, es una excelente prueba).<sup>104</sup> Esto recuerda que BELLO fue también poeta y autor de una *Gramática* considerada como una de las mejores de los tiempos modernos.<sup>105</sup> STHENDAL confesaba leer cotidianamente el Código Napoleón para disfrutar del buen francés. El reciente premio nacional de literatura, Armando URIBE, ha elogiado reiteradamente la destreza lingüística de Andrés BELLO, en cuyo Código Civil, según su opinión, es posible encontrar una "altísima y curiosísima literatura".<sup>106</sup>

En cuanto a su plan, se afirma, generalmente, que el texto chileno es más armonioso que el modelo francés (que cuenta de un título preliminar y de tres libros) y más cercano del sistema *gayano-justiniano*.<sup>107</sup> En efecto, como es sabido, el Código de

<sup>101</sup> MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, y CHABAS François, *Leçons de droit civil. Introduction à l'étude du droit*, T. I, vol. 1, París, Montchrestien, 2000, 12ª ed. por François CHABAS, p. 81.

<sup>102</sup> BOILEAU-DESPRÉAUX Nicolas, *L'Art poétique*, 1674.

<sup>103</sup> A veces coloquial: "El asignatario que ha sido llamado a la sucesión en términos generales que no designan cuotas, como 'Sea Fulano mi heredero', o 'Dejo mis bienes a Fulano', es heredero universal" (art. 1098 CC).

<sup>104</sup> Andrés BELLO, con un espíritu didáctico, atribuía una gran importancia a los ejemplos. En el Mensaje, afirma que el Código "hubiera podido hacerse menos voluminoso, omitiendo ya los ejemplos que suelen acompañar a las reglas abstractas, ya los corolarios que se derivan de ellas... Pero, a mi juicio, se ha preferido fundamentalmente la práctica contraria, imitando al sabio legislador de las Partidas. Los ejemplos ponen a la vista el verdadero sentido y espíritu de una ley en sus aplicaciones; los corolarios demuestran lo que está encerrado en ella, y que a ojos menos perspicaces pudiera escaparse". "Mensaje...", *op. cit.*

<sup>105</sup> BELLO Andrés, *Gramática de la lengua castellana destinada al uso de los americanos*, Santiago de Chile, Imprenta del Progreso, 1847. Una edición reciente, Madrid, EDAF, 2001, 11ª ed. también, en línea, en la Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes (<http://www.cervantesvirtual.com/>).

<sup>106</sup> V., por ejemplo, "Un debate sobre el derecho y la literatura" (mesa redonda con otros escritores: en línea, consultado 12/12/2004: <http://www.letras.s5.com/uribei14081.htm>).

<sup>107</sup> Sobre el origen de este plan del Código Civil chileno, v. GUZMÁN Alejandro, "La sistemática del Código Civil de Andrés Bello", *op. cit.*, p. 317.

Andrés BELLO se compone de cuatro libros más un título preliminar:<sup>108</sup> *personas*,<sup>109</sup> *bienes*,<sup>110</sup> *sucesiones*<sup>111</sup> y *obligaciones*.<sup>112</sup>

## F. DERECHO COMÚN. NORMAS ABSTRACTAS Y FLEXIBLES

**18. Reglas de derecho común.** El Código Civil chileno, como el francés, recogió en normas abstractas y flexibles, reglas de derecho común aplicables a todos los individuos, que venían formándose desde Roma. Tanto el Código Civil de Napoleón como el de Andrés BELLO no fueron innovadores en este sentido, pero sí acentuaron la generalización solemne de tales reglas de derecho común. En uno de los magníficos estudios consagrados al centenario del Código Civil francés, Adhémar ESMEIN afirmaba que "casi todo lo que contiene fue dado por el derecho del pasado —el antiguo derecho francés— o por el derecho inmediatamente anterior —aquel de la Revolución: los elementos verdaderamente nuevos se reducen a pocas cosas. Los redactores del Código... no pretendieron en ningún caso ser creadores; eran discípulos y no profetas...".<sup>113</sup> Por esto, Jean-Louis HALPÉRIN concluyó que la "principal originalidad [del Código francés] es, en efecto, la ausencia de originalidad".<sup>114</sup>

<sup>108</sup> El Título preliminar está destinado a regular la ley, su promulgación, efectos, interpretación y derogación, así como a definir algunos conceptos utilizados por las leyes.

<sup>109</sup> Regula la *persona*, su principio, fin y algunos de sus atributos; el matrimonio; la filiación, sus efectos y pruebas; las tutelas y curadurías, y algunas personas jurídicas.

<sup>110</sup> Regula los tipos de *bienes*; el dominio y sus modos de adquisición; la posesión; los derechos de uso y goce, y las acciones de dominio y posesión.

<sup>111</sup> Establece las normas sobre *sucesión* testada e intestada (particularmente, asignaciones testamentarias y forzosas); la partición de bienes, y las donaciones entre vivos.

<sup>112</sup> Contiene las condiciones de validez de los *contratos*, sus clasificaciones, modalidades, efectos, interpretación, prueba y sanciones; los modos de extinguir las obligaciones; las convenciones matrimoniales; algunos contratos particulares, como la venta y el mandato; los cuasicontratos; la *responsabilidad civil*; la prelación de créditos, y la prescripción.

<sup>113</sup> "L'originalité du Code Civil", in *Le Code Civil. 1804-1904. Livre du centenaire*, *op. cit.*, p. 5.

<sup>114</sup> *L'impossible...*, *op. cit.*, p. 276.

En lo que resulta relevante para este estudio, debe destacarse que el Código Civil chileno constituye una síntesis magistral de esas reglas, que tenían una historia antigua, pero que en su texto se generalizaron para transformarse en el verdadero derecho común de todos los individuos, con independencia de su pertenencia a determinados grupos o de las actividades que desarrollen. Y la forma en que se plasmó este derecho común en el Código Civil fue por medio de reglas abstractas y flexibles.

**19. Abstractas y flexibles.** En efecto, si bien estos Códigos no fueron innovadores, la generalidad de los términos utilizados para recoger estas reglas de derecho común –la textura abierta y flexible de su redacción– permitió a la jurisprudencia, asistida por la doctrina, elaborar teorías generales que han demostrado ser una fuente rica de interpretación y de integración del derecho privado. Tales reglas forman verdaderas *cláusulas generales*, que permiten cubrir nuevas hipótesis originalmente no previstas por los redactores de estos textos. Así, de los arts. 1545 y 1546 (que otorga fuerza de ley a las convenciones legalmente celebradas e imponen el respeto de la buena fe) la doctrina desarrolló en el curso del siglo XIX una completa teoría de la autonomía privada (cuyas bases filosóficas eran bastante anteriores), que proporcionó regulación a contratos innominados y contribuyó al desarrollo económico mediante la estabilidad de los acuerdos. En otros países, como ocurrió en Alemania, reglas similares permitieron elaborar protecciones del consentimiento en la contratación masiva. Por su parte, los arts. 2314 y siguientes del Código Civil, generalizaron al extremo una regla de responsabilidad civil por culpa, que tenía antecedentes anteriores (DOMAT y POTHIER), y que permitió elaborar una teoría (desarrollada en Francia a partir de los arts. 1382 y siguientes) aplicable a todos los daños ilícitos no regulados en disposiciones especiales.

Tal como afirma Enrique BARROS, estas normas abstractas y flexibles del Código Civil, integrantes de ese derecho común, son *reglas creativas* que por su generalidad y flexibilidad permiten encontrar soluciones a problemas no resueltos por las leyes sectoriales, o interpretar las disposiciones técnicas de estas últimas (que frecuentemente tienen un carácter rígido, analítico y

contingente).<sup>115</sup> En todo caso, son estas reglas las que otorgaron permanencia y estabilidad al Código Civil (que lo transforman en un derecho general, común y supletorio) y, como se expondrá, las que pueden seguir contribuyendo a racionalizar el derecho privado.<sup>116</sup>

## G. VALOR SIMBÓLICO DEL CÓDIGO CIVIL

**20. El simbolismo del Código Civil.** Los Códigos Civiles, como el francés y el chileno, poseen un valor simbólico indiscutido, que ha estimulado su difusión pero que, al mismo tiempo, ha frenado su reforma e incentivado la proliferación de *leyes anexas*. Se ha escrito bastante sobre el valor simbólico de los Códigos Civiles, en particular respecto del Código Civil francés, y los modestos fines de este estudio impiden examinar esos trabajos detenidamente.<sup>117</sup>

“Es por la historia que el Código Civil entró en nuestra memoria”, afirmaba Jean CARBONNIER, en una frase muy citada.<sup>118</sup> Símbolo histórico no tanto por la acumulación de años, por el simple paso del tiempo, sino porque los Códigos Civiles son obra de personajes que en la época ya eran aclamados como parte de la historia, como construyendo la historia. En Francia, el Código Civil es atribuido con justa razón a la obra de NAPOLEÓN (ese “mediador carismático”) quien, tanto como JUSTINIANO, no redactó el Código Civil, sino que lo “ordenó redactar”.<sup>119</sup> En realidad, NA-

<sup>115</sup> “Codificación civil y administrativa”, in LARROUMET Ch. (dir.) y TAPIA M. (coord.), *L’avenir de la codification...*, op. cit., p. 314.

<sup>116</sup> V. párrafo 217.

<sup>117</sup> Constituye una referencia imprescindible en esta materia el lúcido y bello ensayo de Jean CARBONNIER: “Le Code Civil”, op. cit., p. 15. El profesor de la Universidad de Montpellier, Rémy CABRILLAC, quien ha consagrado varios estudios a la codificación, es autor de un excelente artículo sobre el carácter simbólico de los Códigos: “Le symbolisme des Codes”, in *Mélanges en hommage à François Terré, L’avenir du droit*, París, Dalloz-PUF-JCP, 1999, p. 211. El profesor CABRILLAC ha aceptado gentilmente nuestra invitación y ha preparado un estudio que será publicado en el libro de la Universidad de Chile, *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*, con el título “La génesis de un Código, entre ruptura y continuidad”.

<sup>118</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>119</sup> *Ibidem*, p. 20, nota 9.

POLEÓN participó también en la discusión del Código Civil francés (interviniendo con "*frases netas, cortantes, que construyen una imagen, que hablan, que viven, que marchan*") y se ha sostenido, por lo demás, que era "*el único espontáneo en la asamblea, el único que, a propósito del matrimonio, hablaba de morenas y rubias, de ojos negros y ojos azules, y a permitirse creer que esos detalles pudieran tener importancia... sólo él bromeaba en esta asamblea de gentes graves, con una juvenil y un tanto soldadesca libertad*".<sup>120</sup> Sin desconocer la indiscutible autoría de los cuatro redactores del Código Civil francés (particularmente, de PORTALIS), debe recordarse que NAPOLEÓN intervenía en la discusión más bien como un iniciado (sobre todo en materias críticas en la época, como la adopción y el divorcio).<sup>121</sup> Se presume que recibió lecciones de MERLIN DE DOUAI –tal vez el más importante y sin duda el más erudito jurista de la época– y participaba en las reuniones asistido por el segundo cónsul CABBACÈRES, gran conocedor de las reformas civiles iniciadas desde la *Revolución*, por los tres proyectos abortados de Código que había redactado.<sup>122</sup>

En Chile, por su parte, el Código Civil es obra del más notable humanista del continente, quien para redactarlo se inspiró a su vez en otros textos históricos célebres (como la codificación Justiniana, las Siete Partidas y el mismo Código de Napoleón). Cabe preguntarse ¿cuánto influyó el nombre de Andrés BELLO en la difusión internacional del Código Civil chileno? Tal como su otra imperecedera creación, la Universidad de Chile, el Código Civil nos resulta indisociable de la imagen de Andrés Be-

<sup>120</sup> SAVATIER René, *L'art de faire des lois. Bonaparte et le Code Civil*, París, Dalloz, 1927, p. 8. V., también, SOURIOUX Jean-Louis, "Le rôle du Premier Consul dans les travaux préparatoires du Code Civil", in 1804-2004. *Le Code Civil...*, op. cit., p. 107.

<sup>121</sup> Célebre es la intervención de NAPOLEÓN en la discusión del Código Civil en materia de divorcio, marcada por su "*experiencia de marido decepcionado (o, quizá, engañado) de una mujer frívola y, por lo demás, estéril*". Sin embargo, sus ideas eran bastante avanzadas y muchas fueron recogidas con posterioridad, como, por ejemplo, el divorcio por consentimiento mutuo. "*Sólo su misoginia no era profética*" (Jean CARBONNIER, "Le Code Civil", op. cit., p. 20, nota 9). Con aún más humor, el mismo Jean CARBONNIER, citando el aforismo "*no hagas jamás leyes para la mujer que amas*", señala que algunos lo transformaron en: "*no hagas leyes contra la mujer que ya no amas*. Y es NAPOLEÓN el aludido, NAPOLEÓN en su Código". *Essais...*, op. cit., p. 225.

<sup>122</sup> V. *Essais...*, op. cit., p. 225.

LLO, aguda y severa, aunque al mismo tiempo apacible, del conocido retrato pintado por Raymond MONVOISIN.<sup>123</sup>

Pero el Código Civil es también un símbolo histórico por su contenido, por la generalización solemne de su ideología: la *libertad*, la *igualdad* y la *voluntad*, y que parecen graficar, al menos en la conciencia colectiva nacional, los avances de la *Independencia*. Esa solemnidad se percibe desde su primer artículo, en que el Código Civil se autodefine: "*la ley es una declaración de la voluntad soberana...*". Por estas razones, en sus admirables estudios consagrados al Código Civil francés, Jean CARBONNIER lo calificaba como "*libro símbolo y libro de símbolos*", "*masa de granito*", "*monumento del derecho*", "*tiempo detenido*".<sup>124</sup> En efecto, a diferencia de las leyes instrumentales y efímeras, los Códigos Civiles tienen una pretensión de eternidad, "*ellos nos alumbran... mucho tiempo después que el flash de disposiciones instrumentales se desvanece*".<sup>125</sup>

Ahora bien, puede preguntarse: ¿de qué sirve acentuar el carácter simbólico del Código Civil? Una respuesta es que los símbolos evocan una realidad, una idea, que es percibida de forma más nítida mediante tal representación. "*Las cosas no son como las vemos, sino como las recordamos*" (Ramón María del VALLE-INCLÁN). En el caso del Código Civil esa idea es la unidad civil de la comunidad nacional (¿acaso así no se forma una Nación?), el sometimiento de todos a una sola ley fundamental, que se ha mostrado mucho más estable incluso que las constituciones políticas. Por esto, con un poco de romanticismo, puede sostenerse que el lugar del Código Civil no sería muy lejano al de la bandera o del himno nacional. Como se expondrá, este valor simbólico puede aprovecharse en la racionalización que necesita actualmente nuestro derecho privado.<sup>126</sup>

<sup>123</sup> Retrato de Andrés Bello, Archivos centrales "Andrés Bello", Universidad de Chile.

<sup>124</sup> V. "Le Code Civil", op. cit., p. 15.

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 30. Parecieran carecer de ese valor simbólico los Códigos de comercio, que en la mayoría de los países fueron profundamente modificados, decodificados y recodificados, sin mayores inconvenientes. V. para el caso francés, OPPETIT Bruno, "La décodification du droit commercial français", in *Mélanges Rodière*, París, Dalloz, 1982, p. 197, y TERRÉ François y OUTIN-ADAM A., "Codifier est un art difficile (à propos d'un Code de Commerce)", D. 1994, chr., p. 99.

<sup>126</sup> V. párrafo 217.

En todo caso, el método de codificación del Código Civil de Andrés BELLO, examinado en este capítulo, concedió a este texto una gran estabilidad en el tiempo y una importante difusión internacional, como se expone a continuación.

## H. DIFUSIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

**21. Generalidades.** En efecto, tal como el modelo francés, el Código Civil chileno tuvo una gran difusión en Sudamérica y Centroamérica.<sup>127</sup> Para analizar esta influencia conviene, en primer lugar, revisar cómo ella es perceptible en la historia del derecho civil de los países latinoamericanos (i). En segundo lugar, y una cuestión que parece más interesante aún, es necesario preguntarse acerca de las causas, las razones de la influencia internacional de este texto: ¿por qué el Código Civil chileno tuvo esta importante circulación internacional? (ii).

(i) *¿Cómo el Código Civil de Andrés Bello influenció el derecho civil de América Latina?*

**22. Tres formas de difusión.** Ante todo, es necesario tener en cuenta que a diferencia del modelo francés, la influencia del Código Civil de Andrés BELLO no fue la consecuencia de una situación de "poder". Chile no tuvo un BONAPARTE, el legislador conquistador que buscaba convertirse en un nuevo JUSTINIANO y que impuso su Código Civil a los pueblos vencidos. Lejos de aquello, el Código Civil de Andrés BELLO se impuso por la fuerza de sus ideas, por la sugestión, por la seducción que provocaba su contenido y su estilo. Así, se puede sostener que este Código Civil circuló no en "razón del Imperio"—como fue con frecuencia el caso del Código Napoleón— sino por el "imperio de la razón".

<sup>127</sup> Una parte considerable de la exposición que sigue, en relación a la difusión del Código Civil chileno, se encuentra en el estudio, TAPIA Mauricio, "El Código Civil chileno de Andrés BELLO y su influencia en América latina", Seminario Internacional *El pensamiento integrador de Andrés Bello*, Bruselas, 12 de mayo de 2005 (Santiago, Universidad de Chile, 2005, en prensa).

En realidad, el Código de BELLO influenció casi todas las legislaciones latinoamericanas en el siglo XIX. La mayoría de las obras generales de derecho civil chileno, como los tratados de Arturo ALESSANDRI<sup>128</sup> y de Luis CLARO,<sup>129</sup> tratan sumariamente de esta influencia como un argumento —tal vez un poco chovinista— para celebrar la calidad del derecho nacional. En realidad, se conocen bien los países en los que el Código Civil chileno circuló, pero permanecen en un relativo desconocimiento las razones de esta influencia y las relaciones que todavía existen entre los Códigos Civiles de estos países.

En el congreso celebrado en la Universidad de Chile en 1965, año del centenario de la muerte de Andrés BELLO, el jurista uruguayo Jorge PEIRANO trató brevemente de las formas que adoptó la influencia del Código Civil chileno.<sup>130</sup> Posteriormente, un notable trabajo de investigación de Bernardino BRAVO permitió profundizar el conocimiento de la forma como los Códigos latinoamericanos recibieron la influencia del Código de BELLO y las modalidades que ella asumió.<sup>131</sup> Tales modalidades puede sostenerse que son las tres siguientes: en ocasiones fue adoptado puro y simplemente; en otros casos, fue utilizado como modelo principal para redactar Códigos nacionales y, finalmente, respecto de varios textos, constituyó una fuente importante, pero entre varias otras.

**23. Código Civil chileno adoptado en algunos países.** En primer lugar, varios países adoptaron íntegramente el Código Civil chileno, con sólo algunas modificaciones de detalle. Así se hizo en los siguientes países: *Colombia*: Sus Estados lo adoptaron progresivamente desde 1858 y su vigencia se extendió a todo el terri-

<sup>128</sup> ALESSANDRI Arturo, SOMARRIVA Manuel y VODANOVIC Antonio, *Tratado de derecho civil. Parte preliminar y Parte general*, 2 T., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, 7ª ed.

<sup>129</sup> *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, T. I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed.

<sup>130</sup> "El Código de Bello y su influencia en los principales Códigos latinoamericanos", *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile*, 1964-1965, IV, p. 64.

<sup>131</sup> BRAVO Bernardino, "La difusión del Código Civil de Bello en los países de derecho castellano y portugués", *REHJ*, 1982, N° 7, p. 71.

torio desde 1876. En la actualidad, la cercanía entre los derechos chileno y colombiano transforma en recíprocamente útiles los trabajos de doctrina realizados sobre el Código en estos países, así como los fallos de sus tribunales. **Panamá:** Formando parte de Colombia adoptó el Código de BELLO en 1860 y luego, con algunas modificaciones, nuevamente en 1917. **El Salvador:** Lo adoptó en 1859, entrando en vigencia el año siguiente. **Ecuador:** En este país, en una actitud que fue muy elogiada, la Corte Suprema decidió abandonar el proyecto de Código que se encontraba elaborando, para adoptar el Código de BELLO en 1857. Cabe destacar que una notable obra sobre el Código Civil chileno se debe precisamente a un ecuatoriano, a Luis Felipe BORJA.<sup>132</sup> **Venezuela:** En su país natal, el Código de Andrés BELLO rigió efímeramente entre el 19 de abril de 1863 y el 8 de agosto de 1863. **Nicaragua:** Este país de América Central lo adoptó en 1871. **Honduras:** Finalmente, este país adoptó el Código de BELLO en 1880.

**24. Código Civil chileno utilizado como un modelo principal.** En segundo lugar, otros países siguieron muy de cerca el Código de BELLO, en contenido y estructura, cuando redactaron textos propios. Es lo que sucedió en **Uruguay**, cuyo Código entró en vigencia en 1869 y que contiene una estructura tomada del Código Civil chileno, así como muchos de sus artículos. En **Brasil**, TEIXEIRA DE FREITAS siguió una idea propuesta por Andrés BELLO en 1833, redactando primero una compilación de leyes en vigor (*Consolidação das leis civis*) y luego un proyecto de codificación reformadora (*Esboço de Código Civil*), que no llegó a terminar, pero que tomaba una buena parte del Código de BELLO y que sirvió de base doctrinal para elaborar muchos Códigos fuera de Brasil.<sup>133</sup> En **Argentina**, el Código de 1869 tiene un plan diferente al del Código de BELLO, aunque entre sus artículos existen más de doscientas cincuenta concordancias. La misma

<sup>132</sup> *Estudios sobre el Código Civil chileno*, VII tomos, París, Roger et Chernovitz, 1901-1908. V. un análisis en: ELIZALDE H. Rafael, "Estudios sobre el Código Civil chileno", RDJ, T. X, p. 1.

<sup>133</sup> V. GUZMÁN Alejandro, "Codificación y consolidación: una comparación entre el pensamiento de Andrés Bello y el de A. Teixeira de Freitas", *op. cit.*

conclusión es válida para el Código de **Paraguay**, que adoptó el texto argentino a partir de 1876. El redactor del Código Civil argentino, Dalmacio VÉLEZ SARSFIELD, afirmó que utilizó como uno de sus modelos principales el Código de BELLO, que "tanto aventaja a los Códigos europeos".<sup>134</sup>

**25. Código Civil chileno utilizado como una fuente entre varias.** Finalmente, la influencia del Código de BELLO en otros países es considerable, ya sea de forma directa, o indirecta, por intermedio de textos que lo adoptaron o lo siguieron como modelo. El Código de BELLO fue consultado como fuente importante, pero entre varias otras, para elaborar los Códigos de los siguientes países: **México** (1871 y 1884), **Venezuela** (1873 y 1916), **Guatemala** (1877), **Costa Rica** (1888) y **Brasil** (1917). Incluso, en Europa, el Código de BELLO fue empleado en la redacción del Código Civil de **España** (1889, cuya vigencia se extendió a Cuba, Puerto Rico y Filipinas) y del Código de **Portugal** (cuya vigencia alcanzaba Angola, Mozambique, Guinea Portuguesa, Cabo Verde, São Tomé, Goa, Macao y Timor).

**26. Influencia en la actualidad.** Evidentemente, varios de estos textos fueron derogados, modificados o recodificados. Pero, en muchísimos casos, las normas redactadas por BELLO permanecen casi inalteradas o fueron integradas en los nuevos textos. El bosquejo histórico de la circulación del Código de BELLO que acaba de trazarse podría enriquecerse si se efectuaran trabajos de investigación que compararan algunas instituciones reguladas por el Código de BELLO y su estado actual en los diferentes países que las recogieron. Así, por ejemplo, sería interesante constatar la suerte que tuvo en los diferentes países el sistema sucesoral imaginado por Andrés BELLO (que constituía una adaptación de las instituciones españolas en la materia) o el sistema de efectos de las obligaciones que diseñó magníficamente en el *Libro Cuarto* de este texto.<sup>135</sup> En todo caso, siguiendo los

<sup>134</sup> *Oficio de remisión del primer libro del Código Civil al Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública*, Buenos Aires, 21 de junio de 1865.

<sup>135</sup> Un trabajo interesante en este sentido fue el realizado recientemente por José Luis DIEZ, en materia de daño moral: "La resarcibilidad del daño no patri-

propósitos de esta exposición, es necesario dejar aquí la descripción de la extensa circulación internacional del Código de BELLO, para referirse brevemente a las causas probables del éxito internacional de este Código Civil.

(ii) ¿Por qué el Código Civil de Andrés BELLO influyó el derecho de América latina?

**27. Enumeración.** En cuanto a las razones de la influencia internacional del Código de BELLO, se adelantó que los estudios son escasos. Y esto es lamentable, porque el conocimiento de las causas del éxito de este Código Civil podría ser un muy buen antecedente para todo proyecto de acercamiento entre las legislaciones civiles de los países latinoamericanos. No se expondrá detalladamente cada una de las causas que pudieron justificar esta circulación —lo que excedería los fines de esta exposición—, sino sólo algunas razones que pueden considerarse relevantes. Con este objeto, se utilizan algunas fuentes históricas recogidas en los trabajos de Alejandro GUZMÁN<sup>136</sup> y de Bernardino BRAVO,<sup>137</sup> así como los ensayos sobre el Código Civil francés que han sido citados (particularmente los lúcidos estudios de Jean CARBONNIER).

Las razones que justificaron el éxito internacional del Código de BELLO, que se analizarán a continuación, son las siguientes: (a) la figura de su autor, y (b) el prestigio de Chile entre las naciones latinoamericanas durante el siglo XIX. (c) Asimismo, se mencionarán otras causas que ya fueron analizadas en los párrafos anteriores, como características o ventajas de su método de codificación.

monial en Chile, Colombia, Ecuador y El Salvador: del modelo de Bello a nuestros días", in MARTÍNEZ María Dora y TAPIA Mauricio (dir.), y RÍOS Sebastián (col.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés BELLO: pasado, presente y futuro de la codificación*, Santiago, Editorial LexisNexis, 2005 (en prensa).

<sup>136</sup> V., esp. *Andrés Bello codificador...*, op. cit., y *La codificación civil en Iberoamérica...*, op. cit.

<sup>137</sup> V. especialmente, "La difusión...", op. cit., y "La codificación en Chile (1811-1907), dentro del marco de la codificación europea e hispanoamericana", REHJ, 1987-1988, N° 12, p. 51.

**28. (a) La figura de Andrés BELLO.** En primer lugar, la explicación más evidente del éxito internacional del Código Civil chileno es la figura de Andrés BELLO. Es indiscutible que el prestigio de BELLO pudo facilitar su circulación. BELLO había creado la Universidad de Chile, de la que fue su rector hasta su muerte; había redactado una obra sobre los *Principios del derecho de gentes*, que contenía su visión geopolítica y su preocupación por el reconocimiento internacional de los nuevos estados, que fue muy apreciada y difundida en los medios académicos de América Latina; también había escrito una *Gramática de la lengua castellana*, destinada a los "hermanos hispanoamericanos", que simbolizaba su preocupación por la conservación de una lengua común y no contaminada, y de la que se efectuaron más de setenta ediciones, etc. Andrés BELLO ya era un personaje conocido en el momento en que el Código Civil empezó a circular y con justa razón se pudo asociar el prestigio del autor a su obra.

Por otra parte, algo que nunca está de más, BELLO tenía amigos y conocía a muchas personas. Así, por ejemplo, respecto de Colombia, la adopción del Código Civil chileno fue impulsada originalmente por Manuel ANCÍZAR, que había conocido a BELLO durante su misión diplomática en Chile. Por su parte, Tristán NARVAJA, el redactor del Código Civil de Uruguay, vivió ocho años en Chile (desde 1845) y pudo conocer de cerca el movimiento codificador chileno por sus relaciones familiares con Gabriel OCAMPO.

¿Pero Andrés BELLO quiso realmente que su Código Civil tuviera una circulación internacional? Al respecto, pareciera que no se puede dar una respuesta afirmativa categórica. Por una parte, BELLO conocía bien los ideales de la escuela racionalista y los propósitos de abstracción de la *Ilustración*, que conducían a concluir que el Código Civil, tributario de la *razón universal*, estaba llamado a aplicarse a todos los pueblos. Además, BELLO apreciaba el derecho romano que se encontraba integrado en el derecho español. Este derecho era un derecho común a todos los hispanoamericanos (la "razón escrita") y quiso conservarlo en el Código Civil. Pero, por otra parte, Andrés BELLO insistió, influenciado como se expuso por el pensamiento de MONTESQUIEU y de PORTALIS, que las leyes están hechas para las costumbres de una Nación determinada y que son esencialmente históricas y parece-

larias. El *Mensaje* redactado por BELLO para el proyecto de Código Civil presentado al *Congreso Nacional*, acentúa la necesidad de redactar leyes adaptadas a la Nación.<sup>138</sup> Como se indicó, esta tensión es también perceptible en el Código Civil francés<sup>139</sup> y, tal vez, una explicación es que entre las materias que regula un Código Civil se encuentran cuestiones tan distintas como la familia (más cercana a las costumbres de cada pueblo) y las relaciones patrimoniales (que obedecen a prácticas más bien generalizadas).

Pero independientemente de los propósitos originales de BELLO, lo cierto es que así como en Francia el *Code Civil des Français* fue redactado originalmente para los franceses, y luego comenzó de todas formas a viajar con el nombre de *Code Napoléon*; el Código Civil redactado para la *República de Chile*, también con posterioridad efectuó un largo viaje, conociéndosele como *Código Civil de Andrés Bello* (un viaje, por cierto, más regional que su equivalente francés).

**29. (b) La posición de Chile en el siglo XIX.** Un segundo factor que pudo ser decisivo para la circulación del Código Civil de Andrés BELLO fue el prestigio de que gozaba Chile en la región en la segunda mitad del siglo XIX.<sup>140</sup> El profesor Sylvain SOLEIL, de la Université Rennes I, ha efectuado un interesante y profundo trabajo de investigación sobre la *exportación del modelo jurídico francés*, concluyendo que una parte importante de los países que adoptaron espontáneamente el Código Napoleón lo hicieron, desde un punto de vista sociológico, porque en él subentendían a la cultura francesa. Querían un Código igual al Código francés más bien para convertirse en "europeos" que por la calidad intrínseca de sus normas. Les seducía, sobre todo, el discurso que simbolizaba el Código Civil francés: la estabilidad política, la modernidad, los derechos del hombre, el libre comercio, la riqueza, etc.<sup>141</sup> Naturalmente, Chile no contaba con

todas esas ventajas de Francia, pero sí tenía algunas que pudieron ser apreciadas, y deseadas, por los países receptores del Código Civil de Andrés BELLO. Chile es uno de los primeros países herederos de la monarquía española que logró consolidarse bajo una forma nacional en el siglo XIX. Es en parte gracias a la obra centralizadora de Diego PORTALES. También fue uno de los primeros países que intentó con éxito otorgarse leyes civiles propias, mediante las que se logró una cierta paz social.

Con frecuencia se subestima la importancia de la voluntad política en el proceso de codificación. No se debe sólo al azar que Andrés BELLO trabajara en Chile y redactara el Código chileno, y no el de otro país de Latinoamérica. La codificación triunfó en Chile porque el Gobierno le concedió su apoyo decidido, a lo largo de los cerca de veinte años que duraron los trabajos de redacción de Andrés BELLO. Matthew MIROW afirma con razón que los países latinoamericanos que esperaron recibir Códigos gratis jamás los recibieron y que la codificación es una empresa lenta y costosa que debe apoyarse y financiarse públicamente, como ocurrió en Chile.<sup>142</sup>

Por otra parte, Mario GÓNGORA mostró en un ensayo notable cómo la formación del Estado en Chile anticipó a la Nación. Es el poder político el que fundó una idea de Nación, el que impulsó la cohesión social.<sup>143</sup> El Código Civil, como se adelantó, pudo ser percibido como un instrumento de este poder político, como una forma de afirmar el gobierno respecto de todos los habitantes del territorio. Resulta entonces probable que los países receptores del Código Civil de Andrés BELLO esperaran al adoptarlo obtener un orden social interno similar al que estaba consiguiendo Chile y que debía acompañar el reconocimiento internacional de sus independencias.

**30. (c) Otras razones vinculadas al método de codificación.** Existen otras razones que pueden mencionarse para justificar esta

<sup>138</sup> "Mensaje...", *op. cit.*

<sup>139</sup> V. párrafo 16.

<sup>140</sup> Salvo respecto de sus vecinos próximos, con quienes antiguas querellas y guerras produjeron un histórico distanciamiento.

<sup>141</sup> V. esp., "Exception française et modèle français en Nouvelle-France (XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles)", *op. cit.*; "La réception du modèle juridique français entre discours et réalité", *op. cit.*; "Le modèle juridique français: recherche sur l'origine

d'un discours", *op. cit.*; "Le destin historique du modèle juridique français. Affaire de puissance ou de qualité technique?", *op. cit.*

<sup>142</sup> *American Law...*, *op. cit.*

<sup>143</sup> *Op. cit.*

circulación internacional del Código Civil de Andrés BELLO, que son las ventajas descritas de su método legislativo, que pudieron ser percibidas por los receptores de este texto. Así, considerando que los países latinoamericanos compartían costumbres y tradiciones provenientes de su pasado colonial, el proyecto transaccional logrado por Andrés BELLO pudo seducir a las otras naciones (la transacción entre costumbres españolas y avances de la *Independencia*). Por ejemplo, en el momento de adopción del Código chileno en Ecuador, la *Corte Suprema* de este país propuso seguirlo en razón de que Chile "*es una República hermana... de idéntica progenie, lenguaje, costumbre y legislación*".<sup>144</sup> Así también, en Venezuela, la adopción efectuada en 1863 del Código de BELLO se justificó porque aceptaba "*las bases del derecho romano y español; pero con modificaciones nacidas de nuestras costumbres, de los progresos que han hecho las legislaciones europeas...*"<sup>145</sup>

Por otra parte, el Código Civil chileno se encontraba redactado en un cuidado español, lo que facilitaba el trabajo de los codificadores nacionales, pues el otro modelo a imitar en esa época —el Código Civil francés— no contaba evidentemente con esa ventaja. Asimismo, el Código Civil chileno, ya se señaló, está estructurado en un plan extraído del derecho romano, que constituía el mismo plan que se utilizaba para enseñar el derecho en las Universidades latinoamericanas y, frecuentemente, para presentar las obras científicas. Constituía un método fácil de ser asimilado por los abogados y jueces en toda América española e incluso portuguesa. Finalmente, el Código de BELLO formulaba solemnemente esas reglas abstractas y flexibles a que se hizo mención, y esta es una ventaja que fue percibida temprano y que pudo seducir a los espíritus latinoamericanos más cultivados.

**31. ¿Una integración regional futura?** Queda por determinar cómo esta magnífica herencia de integración espontánea dejada por BELLO puede aprovecharse en la actualidad. Salvo en materia de derecho internacional privado, las iniciativas de in-

<sup>144</sup> *Oficio de la Corte Suprema al Ministro de Estado en el Despacho del Interior*, 21 de febrero de 1857, citado por BRAVO Bernardino, "La difusión...", *op. cit.*, p. 97.

<sup>145</sup> *Informe de los licenciados José Santiago Rodríguez y Francisco Conde*, 10 de marzo de 1862, citado por BRAVO Bernardino, *ibidem*, p. 99.

tegración por vía de instrumentos multilaterales no han sido muy fructíferas en América Latina. Innegablemente, la OEA ha cumplido un trabajo notable de acercamiento o de tentativas de acercamientos, mediante su *Comité Jurídico Interamericano*. Pero queda un largo camino por delante y, tal vez, deberían aprovecharse las iniciativas internacionales de acercamiento y no redoblar los trabajos de unificación a nivel latinoamericano. Pero éste es otro tema de análisis (en todo caso, más adelante, se aluden brevemente a algunos proyectos de integración regional).<sup>146</sup>

Con todo, el sesquicentenario del Código Civil de Andrés BELLO proporciona un buen ejemplo del interés internacional que sigue suscitando este texto y de su influencia en América Latina. La prueba se encuentra en que la Universidad de Chile lanzó la idea de publicar una obra colectiva en su homenaje. Y es así que, además de los profesores chilenos, contribuyeron a esta obra juristas de Argentina, Brasil, Colombia, España, Estados Unidos, Francia, Italia, Luxemburgo, Panamá, Paraguay, Perú, Rumania y Venezuela. Y esto es verdaderamente una prueba del éxito internacional de la obra de Andrés BELLO.

Pero es necesario cerrar este capítulo, para examinar en el siguiente cómo el Código Civil de Andrés BELLO evolucionó en estos ciento cincuenta años de historia.

<sup>146</sup> V. párrafo 201.



# ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL VI

JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL  
OLMUÉ, 2010

GONZALO FIGUEROA YÁÑEZ - ENRIQUE BARROS BOURIE  
MAURICIO TAPIA RODRÍGUEZ  
(COORDINADORES)

CHILE EN 1850: LEYENDO EL CÓDIGO CIVIL  
(HOMENAJE DEL AUTOR EN EL BICENTENARIO DE LA REPÚBLICA)

Gonzalo Figueroa Yáñez\*

I. INTRODUCCIÓN

El presente ensayo busca imaginar y describir cómo era Chile entre 1830 y 1850 aproximadamente; cómo lo vio don Andrés Bello desde que llegó en 1829, utilizando para ello tan sólo la lectura del articulado del Código Civil originario y del Mensaje con el que el Proyecto fue enviado al Congreso Nacional. El autor se impuso esta limitación de fuentes como una regla básica, en el entendido que a través del articulado del Código, algo del entorno del país, de sus costumbres, hábitos y creencias, incluso algo de su geografía, debía haberse reflejado. No se revisaron ni los Proyectos de Código ni las notas manuscritas de Bello: nos atrajo más explorar la relación que pudo existir entre el mundo social de la época y la creación jurídico-literaria más importante de dicho período. Ese estudio constituye nuestro homenaje al bicentenario del inicio de la República.

No es nuestro objetivo —ni se tratarán aquí— las diversas modificaciones de que ha sido objeto el Código con el correr de los años, pero no resulta inútil recordar, tan sólo para ubicarnos en las costumbres de la época, que el Código originario contempló un solo régimen matrimonial generalmente aplicable: el de la sociedad conyugal, puesto que el régimen de separación de bienes era excepcionalísimo, y que la mujer casada no podía, por regla general, celebrar contrato alguno ni dedicarse a alguna profesión o industria remunerada sin la autorización de su marido (artículos 137 y 150 originarios). Nos parece que esta situación de dependencia está especialmente descrita en la frase contenida en el artículo 1586 originario: “por haber pasado (la mujer) a potestad de marido”. En verdad, la mujer dependía económicamente del varón: el artículo 1076 admitía que se dejara una asignación testamentaria para proveer “a la subsistencia de una mujer mientras permanezca soltera o viuda”, pero el artículo no concebía que una asignación similar pudiera

---

\* Profesor Titular de Derecho Civil en las Universidades de Chile y Diego Portales.

beneficiar al varón. Y la mujer (aunque fuera viuda y madre legítima) no podía ejercer la patria potestad respecto de sus hijos menores (artículo 240).

Recuérdese también el vínculo de subordinación filial que el Código imponía en la relación parental legítima: el padre y en su defecto la madre, tenían la facultad de corregir y castigar moderadamente al hijo, de imponerle la pena de detención en un establecimiento correccional, de elegir su estado o profesión futura y de dirigir su educación, pero no podían obligarlo a que se casara contra su voluntad, ni —llegado el hijo a los 21 años— a que abrazara una carrera honesta, más de su gusto que la elegida por su padre o madre (artículos 233, 234 y 235).

Los hijos naturales, simplemente ilegítimos y de dañado ayuntamiento resultaban discriminados en la escala social: los primeros tenían derecho tan sólo a que los padres que los hubieren reconocido les dieran la enseñanza primaria y el aprendizaje de una profesión u oficio (artículo 279); los segundos tenían derecho tan sólo a alimentos necesarios (artículo 285); y los terceros no podían ni siquiera ser reconocidos como hijos naturales (artículo 270). Demás está decir que los hijos ilegítimos y los de dañado ayuntamiento no podían ser asignatarios forzosos de sus progenitores, y que los hijos naturales sólo podían serlo a falta de hijos legítimos (artículos 1182, 1183, 988). La cuarta de mejoras podía favorecer tan sólo a los descendientes legítimos (artículos 1184 y 1195).

Parece conveniente recordar también que el Código no admitía la investigación de la paternidad o maternidad: el reconocimiento de los hijos naturales quedaba entregado íntegramente al honor del padre o madre y constituía para ellos un acto libre y voluntario (artículo 271).

Debe tenerse en consideración, además, que la "familia" que concibió Bello —aunque no sea más que para los efectos del ejercicio del derecho real de uso o habitación— correspondía al gran "famiión" decimonónico, que bien poco tiene en común con la pareja estable de uno o dos hijos que conocemos hoy.

Aquella familia estaba compuesta por la pareja casada o no casada, los hijos legítimos y naturales, los sirvientes o criados, los allegados y las personas a quienes el habitador debía alimentos, dentro de las cuales se encontraban incluso los hijos ilegítimos (artículo 815). A la cabeza de tal "famiión" se ubicaba el padre, jefe de la sociedad conyugal y dueño, respecto de terceros, de todos los bienes sociales (artículos 1749 y 1750).

## II. EL IDIOMA

La primera reacción que tenemos, al iniciar la lectura del texto originario del Código Civil es la diferencia —que nos parece abismante— entre algunas palabras y locuciones de entonces y las de hoy. No nos referimos tan sólo al reemplazo

de la letra "y" por la letra "i" en gran cantidad de palabras, ni al reemplazo de la letra "g" por la letra "j", cuando la primera antecede a las letras "e" o "i", modificaciones de sobra conocidas, sino también al uso de la "z" antes de la "e" o de la "i", o de la "s" en lugar de la "x", letra que es prácticamente desconocida. Así, Bello escribe "lei" con "i" latina (artículos 1 y 2) y "leislador", "jenerales" o "jestión" con letra jota (artículos 3, 419 y 2116). En cuanto al uso de la "z" antes de la "e" o de la "i", Bello escribe "disfrazé" (artículo 966) y "protocolize" (artículo 1039) con zeta, y en cuanto al uso de la "s" en lugar de la "x", escribe "escepto" (artículos 458, 1326, 1446 y 1526 entre otros), "esenta" por "exenta" (artículo 1374) y "espeler" por "expeler" (artículos 1937 y 1973). Los ejemplos pueden multiplicarse.

En muchos pasajes se dice "diminución" por "disminución" (artículos 1832 y 1930). La mujer embarazada se señala como "preñada" en los artículos 191, 192 y 193, y el artículo 502 habla de "entenado", en lugar de "hijastro", como se diría hoy.

## III. LAS COMUNICACIONES

Es un hecho que en la época en que se dictó el Código Civil las comunicaciones entre distintos puntos del país eran lentas y azarosas. Los artículos 7 y 8 del Código nos permiten establecer esa lentitud y azar.

Efectivamente, conforme el artículo 7º, en el departamento en que se promulgue la ley, ésta se entenderá conocida y se mirará como obligatoria después de 6 días contados desde dicha promulgación, y en cualquier otro departamento de la República, después de estos 6 días y uno más por cada 20 kms. de distancia entre las cabeceras de ambos departamentos. Y según el artículo 8, el plazo recién referido dejaba de correr en el caso de haber existido algún accidente que hubiera interrumpido las comunicaciones ordinarias entre los referidos departamentos.

Entendiendo que hay alrededor de 1.000 kms. entre Santiago y Puerto Montt, una ley promulgada en la capital empezaría a regir en aquel lugar después de 56 días de su promulgación, salvo que alguna crecida de río, un terremoto o algún levantamiento de mapuches hubiera interrumpido las comunicaciones ordinarias.

Por su parte, el artículo 520 del Código concede a los tutores o curadores un plazo específico para excusarse de ejercer la guarda que se les hubiere deferido. Ese plazo es de 30 días contados desde aquel en que el guardador tomó conocimiento de su nombramiento, pero si no se hallare en el departamento respectivo, ese plazo se ampliaba en 4 días por cada 50 kms. de distancia entre la ciudad cabecera del departamento y su residencia. Uno se pregunta por qué este plazo es diferente de aquel fijado para la vigencia de la ley a que se refieren los artículos 7º y 8º.

Estas disposiciones dan fe, sin embargo, de la lentitud de las comunicaciones en la época de dictación del Código Civil.

#### IV. EL TRATO A LOS EXTRANJEROS

El Código distingue entre chilenos, por un lado, y extranjeros, por el otro (artículos 55 y 56). Declara solemnemente que la ley no reconoce diferencia entre el chileno y el extranjero en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regla el Código (artículo 57), y aparentemente se esfuerza por obtener que los extranjeros se domicilien en el país. Así parece desprenderse de la distinción que hace entre personas domiciliadas y transeúntes (artículo 58) y de la declaración del artículo 60 que señala que el que tiene domicilio dentro del territorio del Estado se hace miembro de la sociedad chilena aunque conserve la calidad de extranjero. Para domiciliarse en Chile basta "estar de asiento" en algún lugar o ejercer habitualmente en él su profesión u oficio (artículo 62), pero no es suficiente la mera habitación en algún lugar, si tiene en otra parte su hogar doméstico, como sucede con los viajeros o los comerciantes ambulantes (artículo 63). No obstante, si el individuo en cuestión no alcanzare los requisitos necesarios para constituir domicilio, la ley, en su afán de establecerlo en algún lugar, señala que la mera residencia hará las veces de domicilio respecto de los que no tuvieran domicilio en otra parte (artículo 68). Nosotros vemos en estas disposiciones un atisbo, una inclinación, un deseo posiblemente inconsciente a la colonización de un país semi despoblado.

No obstante lo dicho hasta aquí, el Código contiene algunas disposiciones que discriminan a los extranjeros respecto de los chilenos. Entre ellas pueden señalarse los artículos 15 N° 2 y 998. En otros casos, sólo se distingue entre extranjeros domiciliados y extranjeros transeúntes, como sucede en los casos de los artículos 611 (pesca en el mar territorial), 497 N° 6 (incapacidad para ser testigo de un testamento solemne) y 1028 N°1 (incapacidad para testar en el extranjero).

#### V. LAS INSEGURIDADES DE LA VIDA COTIDIANA

Basta una lectura rápida del Código para comprobar que Bello sabía que la naturaleza es aquí especialmente indómita y que los naufragios (artículos 45, 79, 81 N° 7, 604 y 635), los terremotos (artículos 45 y 908) y los incendios (artículo 79) acechaban por doquier. A estas desgracias naturales parece necesario agregar otras provenientes de la acción de los humanos, como el apresamiento de enemigos (artículo 45), las ruinas o batallas (artículo 79), los saqueos (artículo 2236) o las

epidemias que diezman los ganados o rebaños (artículo 788). Frente a estas circunstancias, nos ha parecido interesante indagar un poco más en las inseguridades que podían afrontar los habitantes de Chile en su vida cotidiana.

Bello anticipa que pueden formarse islas en el mar territorial, en ríos o en lagos (artículos 597 y 656), que es posible que durante una crecida un río se lleve aguas abajo parte de una heredad (artículo 652) o que un inmueble quede permanentemente inundado (artículos 653, 808 y 2502) y en estos dos últimos casos, deja abierta la posibilidad para que el esfuerzo humano pueda volver las cosas a su lugar originario. No obstante, una prevención anticipada pudo haber inducido al propietario a construir diques para atajar las avenidas, puentes, paredes o cercas para impedir las depredaciones (artículos 756 y 908). También anticipa BELLO que un río puede variar de curso (artículo 654) o dividirse en dos brazos (artículo 655), y deja igualmente abierta la posibilidad para que el esfuerzo humano pueda lograr el retorno a la posición originaria.

Además de los embates de la naturaleza, el Código se refiere también a inseguridades o desgracias de origen humano. En efecto, considera que constituyen fuerza mayor el apresamiento por enemigos (artículos 45 y 604), sin señalar si tales enemigos son externos, como podría suceder en una guerra, o si son internos, provenientes de una insurrección. También constituyen fuerza mayor los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público (artículo 45). Aunque el Código tampoco explicita aquí de cuáles actos de autoridad se trata, debe entenderse que la disposición referida incluye tan sólo los actos de abuso de autoridad, que es posible hayan sido abundantes en la época.

La guerra constituía entonces como ahora una desgracia nacional. Muchas disposiciones del Código se refieren a ella. Si una persona ha recibido una herida grave en la guerra, el juez fija como día presuntivo de su muerte precisamente el de la acción de guerra y concede inmediatamente la posesión definitiva de los bienes del desaparecido (artículo 81 N° 7).

Dentro de las diversas clases de ocupación, un curioso artículo 640 establece que el Estado se hace dueño de todas las propiedades que se toman en guerra de nación a nación, no sólo a los enemigos sino a los neutrales, y aun a los aliados y los nacionales, según los casos, y dispone de ellas en conformidad a las Ordenanzas de Marina y de Corso. El contenido de este artículo reconoce la existencia de corsarios en la época en que se dictó el Código; pero también reconoce la existencia de bandidos, piratas e insurgentes, según lo señala el artículo 641, puesto que, según lo ordena esa disposición, las presas hechas por éstos no transfieren dominio, y represadas deben restituirse a sus dueños originarios.

Estos bandidos, piratas e insurgentes se distinguen claramente de los corsarios y de los que toman parte en una guerra de nación a nación, que son respetables y protegidos por el ordenamiento.

En cuanto a la guerra misma, el artículo 1041 señala las personas que pueden testar militarmente, lo que deben hacer ante algún Capitán o ante algún oficial de grado superior o inferior al de Capitán, ante el Intendente de Ejército, el Comisario y Auditor de Guerra, el Capellán o el Médico o Cirujano. El artículo señala también a los voluntarios, a los rehenes y prisioneros y a las personas que van acompañando y sirviendo a cualquiera de los antedichos.

Y dentro de las acciones de guerra que puede emprender el cuerpo de tropas recién referido, el artículo 1043 señala una expedición de guerra que esté actualmente en marcha o campaña contra el enemigo, o en la guarnición de una plaza actualmente sitiada.

#### VI. EL VALOR DEL DINERO

No es novedad alguna la existencia del bimetalismo en la época en que se dictó el Código, circunstancia que confirma el artículo 2199, cuando admite que en una deuda de dinero pueda darse una clase de moneda por otra, siempre que las dos sumas se ajusten a la relación establecida por ley entre las dos clases de moneda. El interés legal, mientras la ley no estableciera otro, quedó fijado en el 6% (artículo 2207), y se prohibió pura y simplemente, sin los subterfugios posteriores, estipular intereses sobre intereses (artículo 2210).

La moneda legal era el peso, denominado también peso fuerte (artículo 951). Nosotros hemos estimado interesante preguntarnos cuál era el valor real del dicho peso, su verdadero poder adquisitivo, para lo cual el Código nos permite realizar algunos cálculos aproximativos.

La suma de mil pesos era, nos parece, una suma apreciable, puesto que los que no tenían la libre administración de sus bienes no podían repudiar una asignación de bienes raíces o de bienes muebles que valieran más de mil pesos sin autorización judicial con conocimiento de causa (artículo 1236). Por otra parte, una donación entre vivos que excediera de dos mil pesos debía insinuarse (artículo 2401), y si lo donado fuera el derecho de percibir una cantidad periódica, la insinuación era necesaria si la suma de las cantidades que fueran a percibirse en un decenio excediera de dos mil pesos (artículo 1402).

El artículo 1618 contenía y contiene hasta hoy una lista de bienes inembargables. Entre ellos pueden señalarse las dos terceras partes del salario de los empleados en servicio público, siempre que no excedieran de novecientos pesos; los libros relativos a la profesión del deudor y las máquinas e instrumentos que éste utilizara para la enseñanza de alguna ciencia o arte, todo hasta el valor de doscientos pesos.

Por su parte, los artículos 1708 a 1711 negaban la prueba testimonial respecto de las obligaciones emanadas de actos o contratos que contuvieran la entrega o

promesa de una cosa que valiera más de doscientos pesos. Y el artículo 1716 señalaba que las capitulaciones matrimoniales podían celebrarse por escritura privada firmada por ambas partes y tres testigos, si los bienes aportados al matrimonio conjuntamente por ambos esposos no excedían de mil pesos.

El artículo 2036 señalaba que el censo no podía dividirse si de esa división resultare alguna hijuela que debiera quedar gravada con menos de mil pesos del primitivo capital. En este caso, cada hijuela quedaba responsable de la totalidad del capital.

Finalmente, el artículo 2400, ubicado entre las disposiciones del contrato de prenda, señalaba que si el valor de la cosa empeñada era inferior a ciento cincuenta pesos, podía el juez adjudicársela al acreedor por el valor de tasación, sin necesidad de subasta.

#### VII. IMPULSO A LA ALFABETIZACIÓN

Mirando el Código Civil de 1857 de manera general y holística, nos parece entrever en él un cierto impulso a esconder la gran cantidad de analfabetos que entonces existían en el país, a mostrar una nación más educada que lo que era realmente, propendiendo a la vez a un proceso de culturización creciente. No se explica de otra manera la eliminación de los pregones existentes hasta entonces y su reemplazo por carteles y avisos en los periódicos (artículos 447, 629, 693, 1240, 1285, 2114 N° 2, 2173 y otros).

No obstante, parece evidente también la imposibilidad de negar la existencia del analfabetismo: muchos artículos lo reconocen y disponen diversas conductas en presencia de quienes no saben leer ni escribir (artículos 1012, 1018, 1022, 1031 y otros).

El Mensaje recoge la preocupación de Bello por la educación, alfabetización y culturización progresiva del pueblo: "Siendo en el día la aritmética un ramo universal de instrucción primaria, sus términos peculiares deben suponerse entendidos de todo el que haya recibido una educación cualquiera, aun la más común y vulgar". "Se ha creído más prudente aguardar otra época en que, generalizado por todas partes el uso de la escritura, se pueda sin inconveniente reducir a más estrechos límites la admisibilidad de la prueba verbal".

#### VIII. LAS PROFESIONES Y LOS OFICIOS

El Código originario señala en muchas de sus disposiciones las profesiones y los oficios más usuales en esa época; a muchos los menciona en masculino, porque eran al parecer más propias de los varones, y en unos pocos utiliza el femenino, por

pensar que eran más usuales entre mujeres. Entre las profesiones u oficios masculinos figura la de tendero, boticario, fabricante, posadero y profesor (artículo 64), jefe de colegio y discípulo (artículo 2320), acarreador (artículo 2474), mensajero y barbero (artículo 2522), preceptor, histrión y cantor (artículo 2007), criado y dependiente (artículo 73). El Código reconoce la existencia de viajeros, entre los que se cuentan los que se ocupan en algún tráfico ambulante (artículo 63). El turismo, en cambio, no aparece en el Código.

Entre las profesiones u oficios femeninos está la de directora de colegio, maestra de escuela, actriz, obstetriz, posadera, nodriza y aya (artículos 150, 1990 y 2007).

Había un Defensor de Ausentes (artículo 1603) y un Defensor de Obras Pías (artículos 514 y 761), pero no queda claro si se trataba de dos cargos distintos o si podían ser servidos por una misma persona. Había recaudadores y administradores de bienes fiscales o de comunidades o establecimientos públicos (artículos 1579 y 2481 N° 1) y en los fundos se suponía que existía un administrador (artículo 866).

Finalmente, entre los eclesiásticos, el Código menciona a los obispos, a los curas y a "otros eclesiásticos" (artículo 66) y distingue entre "eclesiásticos seculares que no ejerzan episcopado o no tengan cura de almas" para permitirles ser curadores de sus parientes (artículo 498).

#### IX. LOS MALOS HÁBITOS Y LA MALA CONDUCTA

El Código reprueba ciertas conductas, objeta ciertos hábitos y sanciona ciertos excesos que le parecen reprobables. Es así como establece que la vida licenciosa, la pasión inmoderada por el juego y la embriaguez habitual constituyen causa de disenso para contraer matrimonio (artículo 113), el juego habitual en que se arriesgan porciones considerables del patrimonio es causal de interdicción por disipación (artículo 445), y la conducta inmoral de que pueda resultar daño a las costumbres del pupilo es causal de remoción de los tutores y curadores (artículo 539 N° 5).

En relación con las causales de desheredamiento, el Código señala el hecho de haberse abandonado a los vicios el descendiente, o ejercido granjerías infames (artículo 1208 N° 5), y el Mensaje señala como reprobables la disipación habitual, el lujo de vana ostentación y los azares del juego que devora clandestinamente los patrimonios.

También resulta interesante detenerse un momento a recordar algunas sanciones vigentes en la época en que el Código se dictó. El artículo 267 N° 4 contempla como causal de emancipación judicial la sentencia que declara al padre culpable de un crimen a que se aplique la pena de exposición a la vergüenza pública. Y el artículo

65 señala la posibilidad, vigente entonces, de que un individuo fuera confinado por decreto judicial a un paraje determinado o desterrado fuera de la República.

El padre (o la madre en su defecto) podía imponer a sus hijos sujetos a patria potestad la pena de detención hasta por un mes en un establecimiento correccional, en el caso que no hubieran sido eficaces las correcciones y castigos anteriores. Esta pena la imponía el padre directamente. El artículo 233 señalaba al respecto que "basta al efecto la demanda del padre, y el juez en virtud de ella expedirá la orden de arresto".

#### X. HÁBITOS, COSTUMBRES Y MODOS DE SER

Queremos detenernos un momento también en ciertos hábitos, costumbres o modos de ser que eran al parecer usuales o a lo menos admitidas por la sociedad chilena de mediados del Siglo XIX, y que hoy nos llaman la atención.

El marido que deseaba comprobar el parto de su mujer, de la cual estaba separado o divorciado, podía enviar a la parturienta una "compañera de buena razón" que le sirviera de guarda, y además, una matrona que inspeccionara el parto, y la mujer quedaba obligada a recibirlas, salvo intervención judicial que permitiera cambiar las personas enviadas por otras elegidas por él mismo (artículos 191 y 192). Además, el Código daba al marido el derecho de colocar a su mujer en el seno de una familia honesta y de su confianza, quedando obligada la misma a trasladarse a ella, salvo la misma intervención judicial (artículos 193 a 197).

Los hijos recién nacidos podían ser llevados por su madre (o padre en su caso) a una Casa de Expósitos, lo que significaba la renuncia de los padres al ejercicio de los derechos que pudieran tener respecto de los hijos así abandonados (artículo 237). Entendemos que varios conventos capitalinos tuvieron instalado un torno para facilitar esta forma de abandono.

El testador podía designar en el testamento un consultor de su confianza, cuyos consejos debía oír el guardador del heredero beneficiario, si bien no estaba obligado a seguirlos (artículo 392).

En una sociedad como la chilena de mediados del Siglo XIX, en que el honor ocupaba un lugar importante, la palabra empeñada podía ser decisoria en algunas controversias. Es así como el juramento deferido constituía un importante medio de prueba (artículo 1698). En efecto, el pupilo quedaba autorizado para apreciar y jurar la cuantía del perjuicio recibido, incluyendo el lucro cesante, si su guardador no hubiera dado verdadera cuenta de su administración, exhibiendo el inventario y las existencias, o hubiere actuado con dolo o culpa grave (artículo 423).

Y el albacea fiduciario debía jurar que el encargo no tenía por objeto hacer pasar parte alguna de los bienes del testador a una persona incapaz de heredar, o invertirla en un objeto ilícito (artículo 1314).

El testador podía hacer encargos secretos o confidenciales a través de un albacea fiduciario (artículo 1311), los que éste no quedaba en ningún caso obligado a revelar (artículo 1316). Además, el Código legislaba sobre donaciones con causa onerosa, como aquellas destinadas a que una persona abrace una determinada carrera o estado, o a título de dote por razón de matrimonio (artículo 1404). El artículo 2225 admitía la existencia de depósitos confidenciales o de confianza, que el depositario no podía ser obligado a revelar.

Pensamos que las disposiciones recién analizadas revelan la estratificación social entonces imperante en Chile y la estructura jerárquica del padre y marido dentro de la familia, cuya voluntad debía ser acatada y su palabra debía ser creída. El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto (artículos 1456 y 972) era un hecho evidente. Recuérdese que según el artículo 1995, el amo debe ser creído sobre su palabra respecto de la cuantía, pago y anticipo de la remuneración del criado.

Los juegos de azar estaban prohibidos (artículo 1466) y eran mal vistos: la República crecería con trabajo y con tesón, no por azar. Los juegos permitidos, y posiblemente incentivados por el Código, eran los de armas, carreras a pie o a caballo, pelota, bolas y otros semejantes (artículo 2263). Había libros cuya circulación estaba prohibida, así como la de láminas, pinturas y estatuas obscenas, y de impresos condenados como abusivos de la libertad de la prensa (artículo 1466).

Es posible que haya sido costumbre pagar ciertos servicios mediante donaciones remuneratorias. Si no, no se entiende su tratamiento detallado en el Código Civil (artículos 1433 a 1436 y 1738). También es posible que haya sido costumbre dotar a una mujer al momento de contraer matrimonio. Si no, tampoco se explica la abundante legislación referida a esta institución específica (artículos 1786 y siguientes). No obstante, el Mensaje recalca la supresión de los privilegios de la dote y la derogación de la distinción entre bienes dotaes y bienes parafernales, anticipando quizás el desuso previsible de esta institución.

La relación amo-criado era de vertical y tajante dependencia, si bien el criado se entendía parte de la familia del amo (artículo 815). El contrato duraba generalmente un año, pero el criado no podía retirarse de su trabajo "inopinadamente". Si se tratase de una nodriza, ésta quedaba obligada a permanecer en el servicio mientras durare la lactancia, y se estimaba causa grave que ponía término al contrato toda infidelidad o insubordinación del criado (artículos 1988, 1989, 1990 y 1993).

## XI. INSTITUCIONES ALABADAS Y VALORADAS

El Código miraba con buenos ojos, se puede decir que valoraba o alababa ciertas instituciones que le parecían beneficiosas o destacables. Tales eran los establecimientos de beneficencia y los establecimientos nacionales de caridad o de

educación. En efecto, concedió a éstos un crédito privilegiado de segunda clase (artículo 2481 N° 2), y a aquéllos, una posición privilegiada cuando se tratara de una asignación testamentaria cuya indeterminación la hubiera hecho nula, si hubiera beneficiado a cualquier otro asignatario (artículo 1066).

Los actos en beneficio de tales instituciones o de otras similares eran incentivados. Es así como las donaciones de bienes muebles pertenecientes a algún pupilo no podían ser autorizadas por el juez sino por causa grave, como la de socorrer a un consanguíneo necesitado o contribuir a un objeto de beneficencia pública (artículo 402). Y frente al requisito indispensable de que cualquier asignatario testamentario fuere una persona cierta y determinada, el Código admitió la excepción de aquellas asignaciones destinadas a objetos de beneficencia, aunque el o los beneficiarios resultaren indeterminados. El Presidente de la República quedó facultado para realizar la determinación (artículo 1056).

En resguardo de los legados para objetos de beneficencia, el Código impuso al albacea la obligación de dar conocimiento de los mismos al ministerio público, y al ordinario eclesiástico en su caso, a quienes debía denunciar la negligencia en el cumplimiento de tales legados por parte de los herederos, legatarios o curadores de la herencia yacente obligados a ello (artículo 1291). Y los legados de obras pías o de beneficencia pública se entendían exonerados de oficio, sin necesidad de que el testador así lo expresara, de la obligación de contribuir al pago de las legítimas o de las deudas hereditarias, y entraban a contribución sólo después de los legados expresamente exonerados por el testador (artículo 1363).

El trato preferencial que el Código otorgaba a los actos destinados a objetos de eminente piedad o beneficencia se extendía a las recompensas en la sociedad conyugal. En efecto, como excepción a la obligación que establecía el artículo 1742 de recompensar a la sociedad conyugal con el valor de cualquiera donación de bienes sociales hecha por el marido o por la mujer, eximía de tal recompensa a las donaciones recién referidas.

Dentro del afán del Código de dar un trato especial a ciertas instituciones que le parecían valorables, debe señalarse la asimilación que hace de ellas con los incapaces relativos para los efectos de la nulidad de sus actos. Tales instituciones protegidas, además del Fisco y de las Municipalidades, son las Iglesias, las comunidades religiosas y los establecimientos públicos de educación y beneficencia (artículo 1686).

## XII. LA CIUDAD

En ruta hacia la ciudad podía uno encontrarse con acueductos o puentes que atravesaran el camino (artículo 2329), y llegado a sus calles, plazas y posibles puentes (artículo 589) se fijaría uno en las casas mismas. La lectura del Código

Civil nos servirá también para describir las ciudades que pudo tener en vista don Andrés Bello cuando lo redactara.

Es posible que hubiera casas colindantes pegadas entre sí por la utilización de paredes medianeras (artículos 851, 852, 853, 854 y 855), de propiedad de ambos vecinos. Cualquiera casa podía tener columnas, pilastras, gradas o umbrales, pero no podían ocupar ningún espacio, por pequeño que fuera, de la superficie de calles, plazas, puentes o caminos de propiedad nacional (artículo 601), ni podían construirse ventanas, balcones o miradores que salieran más de 5 centímetros fuera del plano vertical del lindero divisorio hasta la altura de 3 metros, y sobre esa altura, que salieran más de 30 centímetros (artículo 602).

Las obras que excedieran los límites verticales establecidos por la ley eran especialmente denunciables (artículo 931).

Toda ciudad tenía su cementerio público, pero también podían existir capillas y cementerios para el uso familiar o particular (artículo 587). El Código reconoce la existencia de posadas, fondas, cafés (sic), casas de billar y casas de baños (artículos 2248 y 2474), casas de locos (artículo 466) y casas de expósitos para dejar niños recién nacidos sin que se supiera su paternidad o maternidad (artículo 237).

También contiene el Código una lista de construcciones que pueden estimarse dañosas para los edificios o heredades vecinas. Entre ellas se mencionan los pozos, las letrinas, las caballerizas, las chimeneas, los hogares, las fraguas y los hornos, para construir las cuales se requiere observar las ordenanzas pertinentes. Lo mismo se aplica a los depósitos de pólvora, de materias húmedas o infectas, y de todo lo que pueda dañar la solidez, seguridad y salubridad de los edificios (artículo 856). La inclusión de letrinas en esta lista deja en claro la falta de una red de agua potable y de alcantarillado en algunas de las ciudades de la época.

Finalmente, el Código contempla la posibilidad de que las casas se vinieran a tierra por vetustez (artículos 799 y 1970) o por ruina (artículos 930, 932 y 2323), distribuyendo las respectivas responsabilidades según le pareció más justo.

### XIII. LA CASA EN LA CIUDAD

Que la vida ciudadana estaba íntimamente ligada con la actividad campesina es una afirmación obvia: basta con leer el artículo 646 del Código Civil, que describe algunos frutos naturales a propósito de la accesión, para llegar a esta conclusión. En efecto, esa disposición señala como frutos naturales a los vegetales que produce la tierra, y a las frutas, semillas y demás productos de los vegetales, a las pieles, lana, astas, leche, cría y demás productos de los animales.

No obstante, para describir la casa habitación que entonces cobijaba a los habitantes de esta tierra, nosotros distinguiremos la casa ubicada en la ciudad,

pueblo, villa o villorrio por un lado, de la casa patronal ubicada en la hacienda, fundo o lugar rural, por el otro.

En lo que se refiere a la casa ubicada en la ciudad, lo normal era que estuviera construida en un solar. El artículo 1119 ordenaba que si el testador legaba el solar y después del testamento edificaba en él, sólo se entendería legado el valor del solar, con exclusión de la casa construida más tarde.

La casa de campo, en cambio, comprendía además, los corrales, los patios, las huertas y los jardines que de ellas dependieran (artículo 862). Se incluían en este concepto, pero como mejoras voluptuarias, los jardines, los miradores, las fuentes y las cascadas artificiales (artículo 911). Más allá, y fuera del concepto mismo de casa habitación, podía haber "terrenos cultivados", que eran favorecidos frente a los terrenos sin cultivo, al momento de trazar el rumbo que debía llevar la servidumbre de acueducto (artículo 864).

Destinaremos este capítulo a la descripción de la casa ubicada en la ciudad.

Parece claro que las paredes de toda casa habitación eran de un grosor desconocido en la actualidad: el artículo 855 permitía al propietario medianero introducir maderos hasta la distancia de un decímetro de la superficie opuesta, si deseaba apoyar el edificio propio en aquella pared medianera. Si así lo hacía, el otro propietario de esa misma pared tenía el derecho de recortar esas maderas hasta la mitad de la pared, sin dislocarlas. Todo esto nos permite deducir que el ancho normal de las paredes de entonces podía exceder con mucho a los 20 centímetros. Y también es posible pensar que el grosor de las paredes que entonces eran generalmente de adobe, haya podido impedir los grandes destrozos provenientes de los terremotos, tan frecuentes entonces como lo son ahora.

Las casas podían tener ventanas, balcones, miradores y azoteas, pero ellas no podían mirar al predio vecino sin haber constituido previamente la correspondiente servidumbre de vista (artículo 878). En cambio, debe haber habido canaletas en cada casa, puesto que el artículo 879 señala que los techos de todo edificio deben verter sus aguas lluvias sobre el predio a que pertenecen o sobre la calle o camino, y no sobre el predio vecino.

Da la sensación de que la arquitectura de la época permitía la construcción de espacios cerrados, sin luz natural, y de que no se usaban entonces las claraboyas. No se entiende, si no, la regulación del Código respecto de la servidumbre de luz, que permite dar luz a un espacio cerrado y techado que no la tiene (artículo 873). Existe una reglamentación bien específica respecto de las ventanas o troneras que deben abrirse en paredes ajenas para dar luz a un espacio cerrado que carece de ella (artículo 875).

Dentro de los muebles que formaban el ajuar de una casa (artículo 1121) es posible que se encontraran algunos muebles preciosos o que tuvieran valor de afección (artículos 393 y 659). Entre los muebles corrientes el Código menciona

expresamente el lecho del dueño y de su familia, las máquinas e instrumentos útiles para la enseñanza de alguna ciencia o arte y los utensilios del propietario artesano o trabajador del campo (artículo 1618). Menciona también las colecciones científicas o artísticas, los libros y sus estantes, las medallas, las armas, las joyas, la ropa de vestir o de cama, los carruajes o caballerías y sus arreos, los granos y los caldos (artículo 574).

Los pavimentos interiores o exteriores de una casa podían estar compuestos por losas movibles, que en consecuencia podían entenderse muebles (artículo 570). Era de responsabilidad del arrendatario conservar la integridad de las paredes, techos, pavimentos y cañerías, reponiendo las piedras de los pavimentos, los ladrillos de las paredes y las tejas de los techos que se quebraban o desencajaban (artículo 1971).

Una casa podía tener espejos o cuadros que estuvieran separados físicamente de las paredes, pero también era posible que tales muebles estuvieran embutidos en ellas. Las estufas y tapicerías eran muebles que siempre estaban separados de dichas paredes (artículo 572). También podía haber chimeneas, que el arrendatario estaba obligado a deshollinar (artículo 1972).

Es posible que uno pudiera encontrar en algunas casas de la época diamantes, oro, espejos y marcos, puesto que Bello pensó en la posibilidad de que en el oro de uno pudiera engastarse el diamante de otro, o en un marco ajeno pudiera ponerse un espejo propio (artículo 657). Siguiendo este mismo razonamiento, es posible que uno pudiera encontrar en algunas casas de la ciudad o del campo uvas, plata, madera, pinturas, lienzos o trozos de mármol, puesto que BELLO abordó la posibilidad de que alguien pudiera hacer vino con uvas ajenas, una copa con plata ajena, una nave con maderas ajenas, una pintura en lienzo ajeno o una estatua con mármol ajeno (artículo 662).

#### XIV. LA VIDA EN EL CAMPO

La hacienda o fundo tenía un conjunto de animales permanentemente destinados a su uso, cultivo y beneficio (artículo 570). Entre ellos, el Código menciona a los caballos (artículos 951, 1115 y 2191), a las yeguas (artículo 1829) y a las vacas (artículos 951, 1115 y 1829), y señala que la venta de la hembra comprende naturalmente la del hijo que lleva en el vientre o esté amamantando. El Código habla también de conejeras, pajareras, estanques, colmenas, vivares, jaulas y corrales (artículo 619), así como de animales bravíos, domésticos y domesticados (artículo 608), y de animales fieros de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio (artículo 2327).

En toda propiedad rural seguramente había abonos (artículo 570), aunque todavía no se utilizara el salitre natural, y panales con abejas para aumentar la

polinización (artículo 620). Es muy posible que uno encontrara una plantación de cebollas, que se usaba arrancar de su lugar de plantación para volverlas a plantar (artículo 573). Si el predio se dedicaba a la vitivinicultura, uno podía encontrar en él prensas, calderas, cubas, alambiques, toneles y máquinas (artículo 570). También podía haber alguna cantera, de donde extraer piedras (artículo 571).

El Código reconoce en varios pasajes la calidad de país minero que tenía y sigue teniendo Chile, y tiende siempre a proteger a la industria minera (artículos 571, 591, 784 y 1730). De la misma manera, reconoce la importancia del agua para el desarrollo del país y le confiere la calidad de bien nacional de uso público (artículo 595). Se preocupa también de los lagos grandes y pequeños, y declara que los primeros también son bienes nacionales de uso público (artículo 596).

Volviendo a la casa patronal, que era el centro de las labores agrícolas propiamente tales, parece interesante señalar que en las cercanías de esa casa deben haber existido graneros para guardar el trigo, cuyas llaves podía entregar el tradente al adquirente al momento de la enajenación de lo que allí estuviera almacenado (artículos 684 y 1821). Muy cerca de esos graneros podrían haberse instalado las caballerizas para los equinos (artículo 856) y los corrales para los vacunos (artículo 853), y sobre algún canal cercano podría haberse construido un molino para moler el trigo de la cosecha reciente (artículos 834, 835 y 944). En los campos aledaños es posible que pastaran ganados o rebaños, estando en uso el sistema de reemplazar los animales que morían por aquellos que nacían, conservando intocada la universalidad de hecho constituida por dichos animales (artículos 788 y 1984). Y más lejos, es posible que pudiera encontrarse un bosque o arbolado, sometido a la misma regla de reemplazo de los árboles que se cortan por aquellos que se replantan (artículos 783 y 1980). Finalmente, el Código contiene disposiciones especiales para el caso de existir minas o canteras en algún predio agrícola (artículo 906).

Es posible que —botados en algún lugar de la heredad— pudiera uno encontrar algunos materiales aptos para la construcción, como piedras o maderas o algunos vegetales o semillas. Ello permitiría explicar la posibilidad de edificar con materiales ajenos o de plantar o sembrar con vegetales o semillas ajenas en suelo propio (artículo 668). El Código supone también que con la madera acumulada pudiera el dueño construir un carro, así como podía fabricar telas con la lana que tuviera guardada (artículo 1135). Y si quisiera legar más tarde algún carruaje, se entenderían incluidos en el legado los arneses y las bestias necesarias para usarlo (artículo 1122).

En relación con esta materia debe recordarse que el solo hecho de tomar piedras o frutos pendientes en un predio ajeno constituía tradición si ello se hacía con permiso del dueño (artículo 685).

La posibilidad de traspasar los deslindes de algún predio que no estuviere debidamente cerrado se contempla en diversas disposiciones del Código. En

efecto, era posible cazar en tierras ajenas que no estuvieron cercadas, plantadas o cultivadas (artículo 609). La misma regla rige para quien se apodere de abejas o panales en tierras ajenas no cercadas o cultivadas (artículo 620).

No obstante, el Código tiende a que se llegue a establecer con claridad el deslinde preciso de cada inmueble, y se le cierre debidamente. A alcanzar este objetivo tienden las llamadas servidumbres de demarcación y cerramiento (artículos 842, 843, 844, 845 y 846). Los cerramientos mismos podían consistir en paredes, fosos, cercas vivas o muertas.

El agua de riego podía recibirse por medio de un canal artificial construido en un predio ajeno utilizando una servidumbre de acueducto (artículo 822, 835 y 861). De ese canal se desprenderían luego las acequias por medio de las cuales los regadores conducirían las aguas hasta los cultivos mismos.

Es curiosa la protección que brindó el Código al beneficio de la navegación o flote a la sirga en ríos navegables (artículos 835, 839 y 840), basándose posiblemente en disposiciones legales extranjeras inaplicables en ríos torrentosos como los que corren en Chile. En cambio, el Código reconoce la existencia en nuestro país de aguas detenidas o pantanos, puesto que hace aplicables las reglas de las servidumbres de acueducto a las obras que se construyan para dar salida y dirección a las aguas sobrantes, y para desecar pantanos y filtraciones naturales por medio de zanjas y canales de desagüe (artículo 870).

Y siempre dentro de las disposiciones relacionadas con el riego, no puede olvidarse que el Código autorizaba al dueño para cavar un pozo en su heredad, aunque de ello resultare menoscabarse el agua de que se alimenta otro pozo, salvo si de ello no resultaba utilidad alguna o no tanta que pudiera compararse con el perjuicio ajeno (artículo 945). La limpieza adecuada de estos pozos era responsabilidad del arrendatario, en caso que el predio hubiere sido dado en arrendamiento (artículo 1972). También constituían reparaciones locativas el descalabro de paredes o cercas, albañales y acequias (artículo 1940).

El cuidado mismo del predio fue también preocupación del Código, al estimar que constituyen expensas necesarias que pueden ser cobradas por el poseedor vendido las cercas para impedir las depredaciones o los diques para atajar las avenidas. En cambio, no estima conveniente que existan depósitos o corrientes de agua o materias húmedas cerca de una casa, o que se planten árboles, hortalizas o flores muy cerca de la misma o de los deslindes del predio (artículos 941 y 942).

## CONCEPTUALISMO Y VULGARISMO EN EL DERECHO CIVIL PATRIMONIAL

Enrique Barros Bourie\*

### I. REGLAS Y ESTÁNDARES COMO TIPOS DE ORDENACIÓN LEGAL

1. Una de las discusiones más intensas en la teoría del derecho se refiere a la forma como operan las normas o reglas, por un lado, y los principios o estándares, por el otro. El enfoque ha sido tradicionalmente lógico, de modo que se ha atendido a la diferencia entre unos y otros en el curso de la argumentación jurídica y, en especial, de la adjudicación judicial.

La distinción también puede ser entendida desde un punto de vista práctico, acentuando las analogías entre la argumentación jurídica y el discurso de la filosofía política y moral, como ocurre con las doctrinas de la argumentación jurídica que transfieren al derecho los supuestos de esas disciplinas o del funcionalismo económico; o, al revés, asumiendo que el derecho (al menos el privado) tiene una estructura interna inteligible, de modo que se pueden inferir incluso nuevas reglas a la luz del propio ordenamiento, sin necesidad de recurrir a consideraciones externas al propio derecho, como es característico del enfoque metódico que se ha llamado formalista.<sup>1</sup>

Atendido este cruce de enfoques y teorías es preferible hacer explícito el que uno adopta. En esta ponencia asumo que el derecho es un ordenamiento específico, que tiene sus propias fuentes de legitimidad y validez. En tal sentido, es formalista. Así se explica que tenga por particularmente lúcidos los juristas que aun en épocas

\* Profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

<sup>1</sup> El formalismo no debe ser confundido con el *conceptualismo*. Este último es un método que entiende el derecho privado como un sistema abstracto reglas y reduce el método jurídico a las tareas de conceptualización y deducción lógica. El formalismo atiende a los criterios de pertinencia y relevancia propios del derecho, al que entiende como una práctica comprensiva de "la totalidad de casos, reglas, estándares, doctrinas, principios, conceptos, y procesos que entran en juego cuando una pretensión jurídica es afirmada", de modo que "el formalismo mira esas relaciones jurídicas [contrato, daño extracontractual] como fenómenos [propriadamente] jurídicos." (WEINRIB, Ernest J., *The Idea of Private Law*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1995, p. 24.)

# **EL DERECHO PRIVADO CONSTITUCIONAL DE CHILE**

**ALEJANDRO GUZMÁN BRITO**



**EDICIONES UNIVERSITARIAS DE VALPARAÍSO  
DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO**

**VALPARAÍSO, 2001**

**Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.**

**© Alejandro Guzmán Brito, 2001  
Inscripción N° 122.117**

**ISBN 956-17-0318-1**

**Tirada de 300 ejemplares**

**Derechos Reservados**

**Ediciones Universitarias de Valparaíso  
de la Universidad Católica de Valparaíso  
Calle 12 de Febrero 187, Valparaíso  
Fono (32) 273087 - Fax (32) 273429  
E.mail: [euvs@ucv.cl](mailto:euvs@ucv.cl)  
Web: [www.ucv.cl/web/euv](http://www.ucv.cl/web/euv)**

**Diseño Gráfico: Guido Olivares S.  
Diagramación: Mauricio Guerra P.  
Corrección de Pruebas: Osvaldo Oliva P.**

**Impreso en Salesianos S.A.  
Bulnes 19, Santiago de Chile**

**HECHO EN CHILE**

**En memoria de  
Hugo Hanisch Espíndola**



## ÍNDICE

### INTRODUCCIÓN EL DERECHO PRIVADO

|      |                                      |         |
|------|--------------------------------------|---------|
| § 1. | UN CONCEPTO DE DERECHO PRIVADO ..... | Pág. 15 |
|------|--------------------------------------|---------|

### PRIMERA PARTE EL FENÓMENO DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

|       |                                                                                                           |    |
|-------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| § 2.  | DESCRIPCIÓN DEL FENÓMENO DE LA<br>CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO .....                         | 27 |
| § 3.  | ¿DERECHOS SUBJETIVOS PRIVADOS O DERECHO<br>OBJETIVO PRIVADO? .....                                        | 30 |
| § 4.  | INDEPENDENCIA ENTRE CONSTITUCIÓN Y DERECHO PRIVADO .....                                                  | 32 |
| § 5.  | LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS<br>PRIVADOS COMO GARANTÍA .....                                  | 36 |
| § 6.  | LA CONSTITUCIONALIZACIÓN COMO GARANTÍA DE<br>LOS DERECHOS FRENTE AL PODER PÚBLICO .....                   | 38 |
| § 7.  | LA CONSTITUCIONALIZACIÓN COMO GARANTÍA DE<br>LOS DERECHOS FRENTE A TODOS .....                            | 46 |
| § 8.  | LA CONSTITUCIONALIZACIÓN COMO INSTRUMENTO PARA LA<br>EXTENSIÓN IGUALITARIA DE LOS DERECHOS PRIVADOS ..... | 51 |
| § 9.  | LA CONSTITUCIONALIZACIÓN COMO IMPULSO<br>A LA REFORMA DEL DERECHO PRIVADO .....                           | 60 |
| § 10. | LA INFLUENCIA EMINENTE Y DIFUSA DEL<br>DERECHO PRIVADO CONSTITUCIONAL .....                               | 64 |
| § 11. | FUNCIÓN DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL<br>DERECHO PRIVADO EN EL FUTURO .....                             | 66 |

|                                                                                                |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| § 12. ESTADO ACTUAL DEL PROCESO DE<br>CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO .....          | 68  |
| § 13. ¿UNA CONSTITUCIÓN JURÍDICA? .....                                                        | 69  |
| § 14. PELIGROS DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN .....                                               | 71  |
| § 15. EL DERECHO PRIVADO CONSTITUCIONAL:<br>¿ES DERECHO PÚBLICO O PRIVADO? CONSECUENCIAS ..... | 77  |
| § 16. LOS DESTINATARIOS PASIVOS DEL<br>DERECHO PRIVADO CONSTITUCIONAL .....                    | 79  |
| § 17. LOS DESTINATARIOS ACTIVOS DEL<br>DERECHO PRIVADO CONSTITUCIONAL .....                    | 90  |
| § 18. LAS FUENTES DEL DERECHO PRIVADO CONSTITUCIONAL .....                                     | 102 |

**SEGUNDA PARTE  
LA CONSTITUCIÓN Y LOS DERECHOS**

|                                                                                                 |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| § 19. CONSTITUCIÓN Y DERECHOS .....                                                             | 129 |
| § 20. LAS DECLARACIONES DE DERECHOS COMO<br>DECLARACIONES DE DERECHO SUBJETIVOS .....           | 135 |
| § 21. LAS DECLARACIONES DE DERECHOS COMO DECLARACIONES<br>DE DERECHOS NATURALES O INNATOS ..... | 138 |
| § 22. EL CONTENIDO DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS<br>NATURALES O INNATOS .....                      | 142 |
| § 23. LAS DECLARACIONES DE DERECHOS EN EL<br>CONSTITUCIONALISMO CHILENO .....                   | 150 |
| § 24. LOS DERECHOS SUBJETIVOS NATURALES O INNATOS<br>EN LA CONSTITUCIÓN DE 1980 .....           | 157 |

**TERCERA PARTE  
EL DERECHO PRIVADO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1980  
Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES**

**CAPÍTULO I**

**LA LIBERTAD COMO FUNDAMENTO DEL DERECHO PRIVADO**

|                                                                              |     |
|------------------------------------------------------------------------------|-----|
| § 25. LA LIBERTAD .....                                                      | 167 |
| I. LA TRADICIÓN DE UNA DECLARACIÓN CONSTITUCIONAL<br>SOBRE LA LIBERTAD ..... | 167 |
| II. "LIBRES" Y "LIBERTAD" .....                                              | 169 |
| III. LAS PERSONAS NATURALES .....                                            | 169 |

## EL DERECHO PRIVADO CONSTITUCIONAL DE CHILE

|                                                                            |     |
|----------------------------------------------------------------------------|-----|
| IV. EL NACIMIENTO .....                                                    | 170 |
| V. ¿NACEN Y NO PERMANECEN? .....                                           | 170 |
| VI. EL QUE ESTÁ POR NACER .....                                            | 171 |
| VII. LAS PERSONAS JURÍDICAS .....                                          | 172 |
| VIII. FUNCIÓN SEMÁNTICA DEL ARTÍCULO 1 INCISO 1 CP. ....                   | 174 |
| IX. ¿QUÉ ES LA LIBERTAD? .....                                             | 177 |
| X. LA LIBERTAD Y LAS LEYES MORALES<br>(ÉTICAS, RELIGIOSAS Y SOCIALES)..... | 180 |
| XI. LA LIBERTAD Y LAS LEYES JURÍDICAS .....                                | 183 |
| XII. EL DESTINATARIO DE LA PRESCRIPCIÓN DE LIBERTAD .....                  | 185 |

### CAPÍTULO II LA IGUALDAD COMO FUNDAMENTO DEL MODERNO DERECHO PRIVADO

|                                                                                                         |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| § 26. INTRODUCCIÓN .....                                                                                | 187 |
| § 27. EL PRECEPTO DEL ARTÍCULO 1 INCISO 1 CP. EN GENERAL .....                                          | 189 |
| § 28. EL PRECEPTO DEL ARTÍCULO 1 INCISO 1 CP.<br>COMO GARANTÍA DE LA IGUAL DIGNIDAD .....               | 193 |
| § 29. EL PRECEPTO DEL ARTÍCULO 1 INCISO 1 CP.<br>COMO GARANTÍA DE LA IGUALDAD EN DERECHOS INNATOS ..... | 199 |
| § 30. EL PRECEPTO DEL ARTÍCULO 19 NÚMERO 2 CP.<br>SOBRE IGUALDAD ANTE LA LEY .....                      | 209 |
| § 31. LA IGUALDAD Y EL DERECHO PRIVADO .....                                                            | 218 |
| § 32. LA DIGNIDAD Y EL DERECHO PRIVADO .....                                                            | 221 |

### CAPÍTULO III LAS LIBERTADES DE DERECHO PRIVADO NOMINADAS

|                                                                                                                           |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| § 33. LA LIBERTAD PERSONAL Y EL DERECHO PRIVADO:<br>LAS LIBERTADES DE MORADA, HABITACIÓN,<br>RESIDENCIA Y DOMICILIO ..... | 223 |
| § 34. EL DERECHO A VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE LIBRE DE<br>CONTAMINACIÓN Y EL DERECHO PRIVADO .....                        | 227 |
| § 35. LA LIBERTAD DE INFORMAR Y EL DERECHO PRIVADO .....                                                                  | 233 |
| § 36. EL DERECHO DE ASOCIARSE Y EL DERECHO PRIVADO .....                                                                  | 235 |
| § 37. LA LIBERTAD DE TRABAJO Y EL DERECHO PRIVADO .....                                                                   | 249 |
| § 38. EL DERECHO A DESARROLLAR ACTIVIDADES<br>ECONÓMICAS Y EL DERECHO PRIVADO .....                                       | 253 |

ALEJANDRO GUZMÁN BRITO

|                                                                                                           |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| § 39. LA LIBERTAD PARA ADQUIRIR EL DOMINIO DE<br>COSAS CORPORALES Y DERECHOS Y EL DERECHO PRIVADO .....   | 256 |
| § 40. OTRAS LIBERTADES FRENTE AL DERECHO PRIVADO .....                                                    | 262 |
| CAPÍTULO IV                                                                                               |     |
| LAS LIBERTADES DE DERECHO PRIVADO INNOMINADAS                                                             |     |
| § 41. ENUMERACIÓN DE LAS LIBERTADES INNOMINADAS .....                                                     | 263 |
| § 42. LAS LIBERTADES INNOMINADAS Y LA DECLARACIÓN<br>GENERAL DE LIBERTAD DEL ARTÍCULO 1 INCISO 1 CP. .... | 266 |
| CAPÍTULO V                                                                                                |     |
| LOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LA PROPIEDAD                                                          |     |
| § 43. LA GARANTÍA DE LA PROPIEDAD Y LA POSESIÓN .....                                                     | 269 |
| § 44. LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS MINEROS .....                                                           | 273 |
| § 45. LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS SOBRE LAS AGUAS .....                                                   | 276 |
| § 46. LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS SOBRE LAS CREACIONES<br>INTELECTUALES Y ARTÍSTICAS E INDUSTRIALES ..... | 278 |
| CAPÍTULO VI                                                                                               |     |
| LOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL<br>DERECHO DE LA FAMILIA                                             |     |
| § 47. LA FAMILIA .....                                                                                    | 283 |
| BIBLIOGRAFÍA .....                                                                                        | 287 |

## PRÓLOGO

**La constitucionalización de las distintas ramas del derecho, también del civil y más en general del privado, es un fenómeno ahora universalmente reconocido. Sus pormenores quedan explicados en los primeros párrafos de este libro, y no necesitamos adelantarlos aquí. También en Chile, por supuesto, ese fenómeno ha tenido lugar, y asimismo la doctrina nacional ha dirigido sus ojos hacia tan evidente fenómeno; mas no con la constancia, generalidad y organicidad que son deseables. El presente estudio es un primer intento de conseguirlo en este último sentido. Pero menester es insistir en que se trata precisamente de eso: de un primer intento, por lo cual los defectos han debido ser seguramente inevitables. Con todo, puede él servir de impulso a nuevos estudios que perfilen con más precisión lo que viene ocurriendo entre nosotros en la materia.**

**Agradezco al Fondo Nacional de Investigación Científica y Tecnológica haber subsidiado la investigación que dio lugar a esta obra y a la Universidad Católica de Valparaíso haberla publicado.**

**A. G.**



**INTRODUCCIÓN**  
**EL DERECHO PRIVADO**



## § 1. UN CONCEPTO DE DERECHO PRIVADO

1. Una indagación exhaustiva sobre el concepto de derecho privado no es necesaria aquí. Bien conocido es que la fuente de la noción está representado por un célebre texto de Ulpiano contenido en Dig. 1, 1, 1, 2, que los compiladores justinianeos extrajeron del libro I de las *Institutiones* de aquel jurista, y que reza: "Dos son las posiciones de este estudio, el público y el privado. Derecho público es el que mira al estado de la cosa romana (*rei Romanae*); privado, el que a la utilidad de cada individuo; pues unas cosas son útiles pública y otras privadamente. El derecho público consiste en las cosas sagradas, en los sacerdocios, en las magistraturas. El derecho privado es tripartito, pues ha sido recogido de preceptos naturales, de gentes y civiles"<sup>1</sup>. Estas ideas fueron expresadas por quien escribía en los momentos finales de la época clásica, en el primer tercio del siglo III d. C., y no reflejan toda la concepción de aquello que los romanos entendieron bajo la contraposición *ius publicum* - *ius privatum*, sino una noción más restringida como la única vigente en esos momentos, no bien que asimismo proviniera de épocas anteriores<sup>2</sup>. Por otro lado, es muy posible que el texto original de Ulpiano haya sido modificado en la época posclásica.

---

<sup>1</sup> *Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem; sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. Privatum ius tripartitum est; collectum etenim est ex naturalibus praeceptis, aut gentium aut civilibus.*

<sup>2</sup> Este concepto restringido de derecho público como el concerniente a la *res Romana*, que expresa Ulpiano, ya estaba vigente en la época republicana, como lo demues-

La frase “pues unas cosas son útiles pública y otras privadamente” (*sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim*) parece un añadido, tal vez una glosa. La contraposición de Ulpiano no era entre lo útil públicamente (derecho público) y lo útil privadamente (derecho privado), sino entre lo que mira al estado de la *res Romana* (derecho público) y lo que mira a la utilidad de los particulares (derecho privado). O sea, empleaba dos criterios distintos para configurar cada ámbito. El anotador del texto quiso unificar los criterios, con base en la utilidad, pública o privada.

La dicotomía del *ius* que contiene este texto ha servido de base a un desarrollo conceptual e institucional que llega hasta nuestros días. Sabido es que las tesis que intentan describir lo que sean uno y otro son variadas e incluso contradictorias<sup>3</sup>. Nosotros no podemos entrar pormenorizadamente en el asunto. Nos limitaremos a resumir nuestros propios conceptos<sup>4</sup>.

---

tra el siguiente pasaje de Cicerón, *de oratore* I, 201: “Ahora bien, por qué razón estimo yo que también los derechos públicos que son propios de la ciudad y del imperio... deben ser conocidos por el orador, son cosas que no requieren de un largo discurso; pues tal como en las causas y en los juicios de los asuntos privados con frecuencia el discurso [sc. del orador] debe ser extraído del derecho civil y por ello, como antes dijimos, al orador le es necesaria la ciencia del derecho civil, así en los asuntos públicos de los juicios, de las asambleas, del senado... la autoridad del derecho público y el método y ciencia de regir a la república deben ser materiales tratados por esos oradores que se ocupan de la república” (*nam illa non longam orationem desiderant, quam ob rem existimem publica quoque iura, quae sunt propria civitatis et imperii... oratori nota esse debere; nam ut in rerum privatarum causis atque iudiciis depromenda saepe oratio est ex iure civili scientia necessaria est, sic in causis publicis iudiciorum, contionum, senatus... publici iuris auctoritas et regendae rei publicae ratio ac scientia tamquam aliqua materies eis oratoribus, qui versantur in re publica, subiecta esse debet*). Claramente contrapone Cicerón el derecho que es propio de la ciudad y el imperio (entendido como poder de mando), de los asuntos públicos, de las asambleas de ciudadanos, del Senado (todo esto que Ulpiano sintetizará como aquél que “mira al estado de la *res Romana*”), a las causas y los juicios de los asuntos privados que son lo propio del *ius civile*.

<sup>3</sup> Un panorama en BONET RAMON, Francisco, *Derecho público y derecho privado*, en *Revista de Derecho Privado* 39 (Madrid, julio - agosto 1955), pp. 631 y ss. Véase también: JORDANO BAREA, Juan, *Derecho civil, derecho privado y derecho público*, en *Revista de Derecho Privado* 47 (Madrid, octubre de 1963), pp. 868 y ss. Para la historia de las nociones: en Roma, ANKUM, Hans, *La noción de ‘ius publicum’ en derecho romano*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 53 (1983), pp. 523 y ss.; NOCERA, *Il binomio pubblico-privato nella storia del diritto* (Napoli, ESI, 1998); para la edad media, CALASSO, Francesco, *‘Ius publicum’ e ‘ius privatum’ nel diritto comune classico*, en *Annali di Storia del Diritto* 9 (Milano, 1965), pp. 57 y ss.; para la época humanística, BIROCCHI, Italo, *La distinzione ‘ius publicum - ius privatum’ nella dottrina della scuola culta* (François Connan, Hugues Doneau, Louis Charondas Le Caron, en *Ius Commune* 23 (Frankfurt am Main, 1996), pp. 139 y ss.

2. El adjetivo «público» lo entendemos en su sentido genuino, que está dado por la etimología de nuestro término, como se ve en la serie evolutiva *populus* - *populicus* - *publicus*. De esta manera, *publicus* es el adjetivo que corresponde a *populus*, y significa, así, lo concerniente en común al pueblo o, como diríamos hoy, a la comunidad y a la sociedad.

El adjetivo tiene siempre el mismo sentido de concernencia comunitaria, como en vía pública, uso público, tránsito público, salubridad pública, alarma pública, interés público, orden público, bienes públicos, etcétera<sup>5</sup>.

La contraposición más propia de *publicus* es *privatus*, aquello que atañe al *privus*, vale decir, en nuestro actual lenguaje, al particular, al individuo integrante de la sociedad, que es una *particula* o pequeña parte de ella.

En esta contraposición, lo tocante a la organización del poder político, que desde el siglo XVI empezó a llamarse Estado, va ciertamente incluido en lo público, porque esa organización de poder está destinada de manera primigenia al regimiento del *populus*, y no de los particulares *uti singuli*. Pero lo estatal no se confunde con lo público ni lo agota; menos aún lo excede.

3. Todo lo anterior implica, al menos en el orden de los conceptos, el reconocimiento de la existencia de dos esferas: la pública, cuyo sujeto, por así decir, es precisamente el *populus*; y la privada, cuyo sujeto es el *privus*, el particular. Como quiera que cada una de ellas exige la regulación proveniente de un cierto derecho, lo que caracteriza en general a ambas esferas, y lo que las diferencia, es la específica capacidad de cada sujeto para dar a su respectiva esfera, de modo autónomo y suficiente, la regulación que le corresponde. De esta manera, una es la actividad que desarrolla el *populus* a través del poder público, en la gestión de su propia esfera, mediante actos políticos y administrativos y principalmente a través de la ley, que por tal razón los romanos la llamaban precisamente *publica*; y otra es la que realiza el particular, en la gestión de la suya, principalmente por medio de otra

---

<sup>4</sup> Para lo que sigue: *Notas sobre derecho público*, en *Revista de Derecho Público* 19 - 20 (Santiago, 1976), pp. 385 y ss. = *Actas de las VII Jornadas de Derecho Público* (Valparaíso, 1977), pp. 6 y ss.

<sup>5</sup> D'ORS, Alvaro, *De la privata lex al derecho privado y al derecho civil*, en *Papeles del oficio universitario* (Madrid, Rialp, 1961), p. 246.

clase de ley, que por lo mismo aquellos calificaban de *privata*. Hoy día ya no hablamos más de ley pública y de ley privada, sino simplemente de ley y de negocios jurídicos, pero observamos que un remoto resabio de aquella primera distinción es la consideración de “ley para las partes” que el Código Civil da al contrato (artículo 1.545 CC.)<sup>6</sup>.

En consecuencia, podemos reservar la expresión “derecho público”, en una primera acepción, para aquél generado por los órganos públicos mediante actos políticos y administrativos y principalmente a través de las leyes (públicas) para regular la esfera de asuntos públicos, es decir, de la sociedad y de su organización de poder, que ahora es el Estado. Así ocurre, por ejemplo, con las leyes que organizan los distintos departamentos de la Administración. Ellas constituyen un derecho público por su autor: el Estado; por su materia, pues de organizarse a sí mismo se trata; por su fuente, porque la ley es un acto del Estado; y por el conocimiento a que se destina, es decir, por su publicidad, ya que todos pueden enterarse del contenido de esas leyes.

El derecho privado, en cambio, es el que formulan los particulares mediante su actividad negocial para disponer en la esfera de sus asuntos peculiares, vale decir, de las cosas que se encuentran a su disposición y de los servicios que son capaces de prestar. Tal ocurre, por ejemplo, cuando un particular emite su testamento, con el cual regula el destino de sus bienes para después de morir; o cuando dos particulares celebran un contrato de arrendamiento de cosas, en el que disponen sobre el uso de cierto objeto que viene del arrendador por parte del arrendatario y los cánones a que quedará sujeto ese uso, etcétera. Propiamente hablando, el testamento y el arrendamiento de esos ejemplos constituyen un derecho privado: privado por sus autores y partes, porque privados son éstos; privado por la materia a que se refiere, porque atañe a cosas y asuntos privados; privado por su fuente, porque el testamento y el contrato son negocios de particulares; privado

---

<sup>6</sup> Nuevamente Cicerón nos ilustra acerca de esta contraposición *ius publicum* - *ius privatum*, omitida por Ulpiano, en *partitiones oratoriae* 37, 130. Hablando del *ius scriptum*, dice él que puede ser privado y público; y que el público está constituido por la ley, el senadoconsulto, el tratado internacional, mientras que el privado por los testamentos, el convenio privado, la estipulación (*Scriptorum autem privatum aliud est, publicum aliud; publicum lex, senatusconsultum, foedus; privatum tabulae, pactum conventum, stipulatio*). Sobre este sentido de la contraposición: ERRLICH, Eugen, *Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen* (1902, reimp. Aalen, Scientia, 1970), pp. 159 - 158. Vid. asimismo D'ORS, Alvaro, *De la privata lex al derecho privado y al derecho civil* cit. (n. 5).

por el conocimiento que se tiene de esos actos, porque se otorgan y celebran en privado y el *populus* no tiene por qué enterarse de ellos.

4. Ahora bien, el derecho privado está regido por el principio de libertad, según el cual los particulares pueden regular la esfera de su competencia como quieran. En este sentido, es posible definir al derecho privado, en su acepción más estricta, esto es concerniente a las cosas y servicios con valor económico, como el derecho de la libre adquisición y conservación de las cosas y del libre cambio recíproco de éstas y de servicios entre los individuos. En un sentido más amplio, merced a una discutible tradición, pertenecen al derecho privado las ramas denominadas de las personas y de la familia en su aspecto no patrimonial.

5. No obstante, la naturaleza de las cosas exige a veces que el poder público asuma una cierta intervención en el ámbito propio de los particulares. Ello generalmente se debe a la emergencia de abusos cometidos por los particulares en sus regulaciones privadas, que por ello mismo trascienden la pura esfera privada, e invitan a una regulación general de mandatos y prohibiciones protectores. Ello implica una disminución de la original libertad de la que los particulares disponían para arreglar todo lo concerniente a las cosas de que disponen y a los servicios que pueden prestar. Para ello, el instrumento adecuado de intervención resulta ser precisamente la ley (pública), aquella cuyo objeto normal, sin embargo, está constituido por la esfera pública.

Estos mandatos y prohibiciones o, más en general, estas regulaciones obligatorias contenidas en la ley pública que afectan a la esfera privada, también constituyen un derecho público –en una segunda acepción–, cuyo efecto es el indicado de privar a los particulares de su libertad para actuar como quieran o para regular como deseen con sus actos jurídicos la esfera de competencia que les es propia, de guisa de deber tomarlo necesariamente en cuenta, bajo amenaza de sufrir ciertas sanciones (*ius cogens*). Tal ocurre, por ejemplo, con las leyes que disponen sobre el número de testigos que deben intervenir en un acto jurídico, como el testamento, o sobre sus demás formalidades, o con aquellas que prohíben celebrar determinado contrato a ciertas personas.

La progresiva intervención del poder público en lo privado ha sido un fenómeno histórico progresivo. Hubo una época, por ejemplo, en que la sanción de lo considerado ilícito fue asunto privado hasta que

el poder político, a través de un largo proceso, lo absorbió para sí. Hasta tiempos más recientes, el trabajo asalariado también fue considerado un tema de regulación estrictamente privada, y solo desde fines del siglo XIX y sobre todo en el siglo XX ese tema fue atraído a la órbita de intervención pública hasta configurarse el moderno derecho del trabajo.

6. Con las nociones que preceden podría resultar claro que existe un doble concepto de derecho público o, lo que es igual, que un derecho puede ser público, pero de dos modos distintos: uno es el derecho público que resulta tal por ser el propio de la esfera pública, y que es entonces público por su origen y por su objeto, al cual llamaremos estatal; y otro aquel que es público por regular con mandatos y prohibiciones una esfera, como la privada, que normalmente no lo competiría regular, y que es tal no ya por su objeto sino solo por su origen, que llamaremos no estatal.

Es normal que tanto el derecho público propio de la esfera pública, cuanto el público que afecta a la privada se contengan en la ley (pública). Pero no debería, sin embargo, ocurrir que el derecho propio de la esfera privada, es decir, el derecho privado, también se contuviera en leyes públicas, sino, únicamente, en negocios jurídicos o leyes privados. Pero históricamente hemos llegado a un punto en que lo normal es que el derecho privado aparezca formulado también en leyes públicas. De hecho, el Código Civil y el de Comercio, por ejemplo, son leyes formalmente públicas, aunque solo en pequeña proporción contengan mandatos y prohibiciones<sup>7</sup> y por ende derecho público en la segunda acepción, en tanto la mayoría de sus disposiciones corresponden estrictamente a un derecho privado, que igual sería o podría ser aunque nada dijera al respecto la ley. En tales circunstancias, la exacta configuración que debe darse a esa gran mayoría del Código Civil o del de Comercio es la de ser leyes públicas de derecho privado.

---

<sup>7</sup> Una norma como la del artículo 1.057 CC.: “El error en el nombre o calidad del asignatario no vicia la disposición si no hubiere dudas acerca de la persona”—que escojo al azar— no es imperativa, pese a su apariencia de tal. Dentro del sistema del derecho civil es solo una proposición obtenida lógicamente a partir de ciertas premisas. La prueba es que esa proposición era aceptada en el derecho romano no porque una ley la hubiera establecido, sino porque los juristas la formularon con base en criterios, como digo, lógicos (Dig. 30, 4 pr.). En otras palabras, da lo mismo que el artículo 1.057 diga lo que dice o que no lo dijera, aparte la comodidad que implica para los litigantes que lo diga, porque igual sería válido lo que dice. Lo extraño fuera que dijera lo contrario.

Si, por hipótesis, el Código Civil o el de Comercio fuesen reducidos a solo las normas imperativas y prohibitivas que contienen, el resto, que actualmente está en ellos, seguiría siendo usado en el tráfico civil o comercial como derecho entre privados. Solo que para conocerlo los usuarios y abogados, en vez de recurrir a leyes (como hacen con los actuales códigos completos) acudirían a libros de doctrina, a repertorios de sentencias judiciales y al examen de las prácticas usuales, tal y como solía hacerse antes de la época de la codificación.

En un sistema en el cual todo el derecho interno está constituido principalmente por la ley, las correspondientes distinciones pueden configurarse, por lo tanto, de la siguiente manera en relación con el derecho interno: por un lado está el derecho público que puede ser estatal o no estatal; por otro está el derecho privado; aunque ambos derechos se contienen ordinariamente en leyes. El derecho público estatal está representado por la Constitución Política en su parte llamada usualmente orgánica, el derecho administrativo en toda su extensión y en sus diferentes manifestaciones especializadas (derecho aduanero, derecho sanitario, derecho económico orgánico, etcétera), el derecho militar, el derecho penal<sup>8</sup>, el derecho orgánico de tribunales<sup>9</sup>, el derecho tributario y el derecho procesal penal y civil<sup>10</sup>. El derecho público no estatal se configura casi plenamente por el derecho de las personas y de la familia, el derecho del trabajo y el derecho de la seguridad social; y muy parcialmente por el derecho civil, el derecho comercial, el derecho de aguas y el derecho de minas. En fin, el derecho privado se perfila casi plenamente en el derecho civil, el derecho comercial, el derecho de aguas y el derecho de minas; y parcialmente

---

<sup>8</sup> Desde que el *ius puniendi* fue monopolizado por el poder público (el Estado), el derecho penal puede ser considerado como el regulador de una esfera de competencia pública (estatal).

<sup>9</sup> Estrictamente el derecho militar y el orgánico de tribunales (derecho judicial, podría denominársele) hacen parte de una inmensa rama llamada derecho administrativo, si consideramos que la Administración del Estado tiene tres vertientes: la civil (derecho administrativo tradicional), la militar y la judicial. No hay que dejarse perturbar por la consideración de poder del Estado que tienen los órganos de la administración judicial. En el Antiguo Régimen había una cuarta rama: la eclesiástica, que ya no subsiste en un régimen de separación de Iglesia y Estado y de libertad religiosa. El derecho eclesiástico del Estado (hoy prácticamente iniciado en Chile con la ley 19.638) es derecho público no estatal.

<sup>10</sup> El derecho procesal penal y civil puede ser visto como el regulador de una esfera pública (estatal) como es la jurisdicción, ejercida por un departamento de la Administración (precisamente la Administración Judicial).

en el derecho de las personas y de la familia, en el derecho del trabajo y en aquel de la seguridad social.

El llamado derecho internacional privado constituye tan solo un punto que hace parte del ordenamiento de las fuentes del derecho, sin perjuicio de su importancia, extensión y complejidad. El ordenamiento de las fuentes del derecho, a su vez, deberíamos considerarlo como un presupuesto de todo el sistema, que no integra ninguna de sus partes.

La anterior ilustración es, sin embargo, muy gruesa, porque se refiere a masas o ramas del derecho. Con todo, ya ahí mismo se ve que de varias no es posible decir que enteramente pertenecen al derecho público estatal o no estatal, o privado. De hecho, en estas ramas se entremezclan normas de diversa naturaleza. Por eso las distinciones entre derecho público estatal, derecho público no estatal y derecho privado propiamente hablando no constituyen ramas del derecho sino categorías –o *posiciones* en el lenguaje de Ulpiano–, según las cuales se debe juzgar cada norma singular y concreta, pertenezca tradicionalmente a la rama que sea.

7. Es distintivo de una norma de derecho público no estatal su carácter irrenunciable y necesario, lo cual significa que las conductas y negocios jurídicos privados deban adecuarse a ellas de modo ineludible, bajo sanciones de diversas clases (penas, multas, nulidades, inoponibilidades, etcétera), sin que, por otro lado, puedan cambiarlas los particulares. De donde el principio de que “el derecho público no puede ser alterado por pactos de los particulares” (*ius publicum privatorum pactis mutari non potest*<sup>11</sup>). Las normas de derecho privado, en cambio, son supletorias de las declaraciones negociales de los particulares, y pueden ser renunciadas y cambiadas por ellos.

Pero, como es bien sabido, escolásticamente se objeta esta fórmula por haber leyes de derecho privado de carácter irrenunciable y a las cuales no es posible considerar supletorias. Se mencionan así a todas las disposiciones de un Código Civil, que ordenan o prohíben, sin dar al particular la posibilidad de sustraerse a tales mandatos o prohibiciones.

---

<sup>11</sup> Dig. 2, 14, 38. Pero el principio, bajo fórmulas diversas, se repite varias veces en las fuentes: vid. EHRLICH, Eugen, *Beiträge* cit (n. 6), pp. 191 - 195.

**En esta crítica juega un equívoco. Propiamente hablando, las leyes que imponen al particular un estatuto relativo a su propia esfera privada, con carácter necesario, no son leyes de derecho privado, sino precisamente de derecho público no estatal. La expresión derecho público está tomada, por ende, en el segundo sentido, es decir, en el de normas públicas interventoras de la esfera privada, y no en el primer sentido, esto es, como derecho regulador de la esfera puramente pública.**

**En realidad, el problema de la renunciabilidad y supletoriedad de las leyes sólo tiene sentido respecto de las leyes cuyo tema está constituido por la esfera privada (derecho público no estatal), mas no con relación a aquéllas que regulan la esfera pública (derecho público estatal). ¿Qué razón hay para hablar de renunciabilidad o supletoriedad de las leyes constitucionales, de impuestos, penales o que organizan los servicios públicos en relación con los particulares? Si se quiere, puede decirse que la norma que tipifica el delito de homicidio o aquellas que establecen y regulan los impuestos son irrenunciables por los particulares o que no suplen su voluntad y que no pueden los privados sustituirlas por otras; pero francamente ello carece de mucha utilidad. Recurrir a esa noción tiene plena eficacia, en cambio, con respecto a las legítimas hereditarias o a ciertas normas sobre regímenes patrimoniales del matrimonio y a infinitas otras.**

**Esto nos es suficiente como presupuesto para calificar en su momento la naturaleza del derecho privado constitucional.**



**PRIMERA PARTE**  
**EL FENÓMENO DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN**  
**DEL DERECHO PRIVADO**



## § 2. DESCRIPCIÓN DEL FENÓMENO DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

La Constitución es, primariamente, el derecho de la designación, distribución y organización del poder político de una sociedad y de su gestión sobre ella, sin que atañe al concepto que ese derecho provenga solo de usos, prácticas, costumbres y tradiciones; o que se halle formalizado en normas escritas oficialmente establecidas, ni que, de haberlas, éstas se encuentren dispersas o bien reunidas en un código o carta; ni que las normas de que se trate tengan igual o superior valor a las ordinarias; o que, en fin, el sistema se exprese de todas las maneras indicadas en combinación, e incluso en contradicción<sup>12</sup>. El derecho privado, por su lado, aunque en su sentido más estricto, es el derecho de la libre adquisición y conservación de las cosas y del libre cambio recíproco de éstas y de servicios entre los individuos. En un sentido más amplio, discutiblemente si propio, incluye, además, al derecho no patrimonial de las personas y de la familia.

En principio, pues, no hay relación conceptual entre Constitución y derecho privado, atendido que cada cual atañe a materias diferentes.

Mas, por una tradición, las líneas generales de cuyo proceso formativo examinaremos en otro lugar<sup>13</sup>, la idea moderna de Constitución empezó a reservar un departamento en su interior, continente de

---

<sup>12</sup> Por ejemplo, entre la norma constitucional escrita y la práctica o la costumbre políticas, que son un fenómeno de más frecuente ocurrencia que la que se cree o acepta. Para un examen de los distintos conceptos de Constitución, entre nosotros: BUSTOS CONCHA, Ismael, *La Constitución como ley fundamental del ordenamiento jurídico*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 6 (1986), pp. 289 y ss.

lo que llamaremos "declaración de derechos" de las personas. Con ello, aparentemente la Constitución se apartó de su objeto propio. Pero la inclusión quedó justificada porque la "declaración de derechos" fue concebida al principio como una limitación al poder político de la sociedad, en cuanto él no debía vulnerar los derechos declarados<sup>14</sup>. De esta guisa, la "declaración de derechos" venía a concernir al tema de la gestión de ese poder, aunque fuera negativamente, y así quedó salvada la idea de Constitución.

Ahora bien, la "declaración de derechos" de las personas ofreció históricamente un contenido variado. También de esto nos ocuparemos más adelante<sup>15</sup>. Por ahora, nos interesa remarcar que algunos de esos derechos guardaban relación muy directa con el derecho privado, en cuanto concernían precisamente a la libre adquisición y conservación de las cosas y al libre cambio recíproco de éstas y de servicios entre los individuos. Como ejemplo clásico puede citarse inmediatamente a la garantía del derecho de propiedad. Cuando así ocurrió, en ese mismo instante quedó configurado el fenómeno a cuyo estudio dedicamos este libro. El cual, por ende, consiste en la presencia de normas sobre derechos privados en el cuerpo mismo de la Constitución, para decirlo de un modo muy general.

Este antiguo fenómeno, empero, solo en nuestros días ha venido a ser reconocido y destacado, lo mismo que examinado<sup>16</sup>. Hablamos,

<sup>13</sup> § 19 y § 20.

<sup>14</sup> En este sentido el modelo lo dio la *Constitution Française* de 1791, en cuyo *Titre préliminaire*, se lee: "*Le Pouvoir Législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte et mettent obstacle à l'exercice des droits naturels et civils consignés dans le present titre, et garantis par la Constitution*" (en *Les Constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789* por L. Duguit, H. Monnier, R. Bonnard, Paris, LGDJ, 1952, p. 4). Por cierto, el artículo 5 inciso 2 CP. sigue esta línea.

<sup>15</sup> § 22.

<sup>16</sup> En Chile, el estudio estructural y sistemático del derecho privado constitucional está en ciernes. Observaciones generales sobre el fenómeno en CEA EGAÑA, José Luis, *La constitucionalización del derecho*, en *Revista de Derecho Público* 59 (1996) 2, pp. 11 y ss., por lo demás concerniente a todo el derecho y no especialmente al privado. Cfr. EL MISMO, *Flujo y reflujo público-privado*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 18 (1997), pp. 31 y ss. Una exposición más concreta se encuentra en DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón, *Aspectos de la constitucionalización del derecho civil en Chile*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 93 (1996) 3, pp. 107 y ss. Los estudios dogmáticos existentes se han centrado especialmente en la doctrina sentada por la jurisprudencia judicial a través del recurso de protección. Al respecto, véanse las obras de JANA, Andrés - MARÍN, Juan Carlos, *Recurso de protección y contratos* (Santiago, Editio-

así, de "derecho privado constitucional" o de "constitucionalización del derecho privado", aunque por lo general específicamente en relación con el derecho civil constitucional<sup>17</sup>. Pero entendido como se lo acaba de describir, él está en los momentos primordiales mismos del moderno constitucionalismo. Si entonces no se lo reconoció, fue porque no era mirado como derecho privado (o civil) contenido en la Constitución, sino, según ya se dijo, como un límite al poder público. Hoy el fenómeno, sin perder aquella función, ha adquirido otras nuevas, y es bajo éstas que aparece directa y propiamente como derecho privado puesto en la Constitución, precisamente como "derecho privado constitucional".

Por cierto, este fenómeno de "constitucionalización" se extiende al derecho penal<sup>18</sup>, al procesal<sup>19</sup>, al judicial<sup>20</sup>, al económico<sup>21</sup> y a otras ramas del derecho. Pero ello no es nuestro tema.

---

rial Jurídica de Chile, 1996), en lo concerniente a la materia de su título; y de CASTELLÓN, Hugo - REBOLLEDO, Laura, *Aspectos sobre la constitucionalización del derecho civil* (Santiago, Conosur, 1999), con respecto al derecho de propiedad, al derecho a la vida y a la honra y al medio ambiente. Cfr. PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, *El derecho civil en su relación con el derecho internacional de los derechos humanos*, en AA. VV., *Sistema jurídico y derechos humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos*, en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, serie Publicaciones Especiales 6 (Universidad Diego Portales, Santiago, 1996), pp. 545 - 660.

<sup>17</sup> Sobre la denominación: ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín, *El derecho civil constitucional* (Madrid, Civitas, 1986, reimp. 1991), pp. 183 y ss.

<sup>18</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *Constitucionalidad de las leyes penales en blanco*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 8 (1984), pp. 231 y ss.; EL MISMO, *El delito de aborto frente a la Constitución de 1980*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 14 (1991 - 1992), pp. 369 y ss.; EL MISMO, *Sobre la constitucionalidad del tipo de fraude aduanero*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 15 (1993 - 1994), pp. 335 y ss.; RODRÍGUEZ COLLAO, Luis - DE LA FUENTE HULAUD, Felipe, *El principio de culpabilidad en la Constitución de 1980*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 13 (1989 - 1990), pp. 125 y ss.; MEDINA JARA, Rodrigo, *Constitución, bien jurídico y derecho penal*, en *Revista Chilena de Derecho* 20 (1993), pp. 303 y ss.; MISSEONI RADDATZ, Adelio, *El principio de tipicidad en la Constitución de 1980*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 15 (1993 - 1994), pp. 207 y ss.; GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Relaciones del derecho penal con el constitucional y su concreción en la Constitución política chilena*, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* 12 (1994), pp. y 165 ss.; NAQUIRA RIVEROS, Jaime, *Constitución política y fundamento material del principio de culpabilidad*, en *Revista Chilena de Derecho* 22 (1995), pp. 189 y ss.; Cfr. RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel de, *Orden político y orden penal*, en *Revista Chilena de Derecho* 22 (1995) 2, pp. 201 y ss.; MERA FIGUEROA, Jorge, *Adecuación del derecho penal chileno a las exigencias de los derechos humanos*,

### § 3. ¿DERECHOS SUBJETIVOS PRIVADOS O DERECHO OBJETIVO PRIVADO?

1. La tradición del derecho privado constitucionalizado comenzó bajo la forma de derechos subjetivos privados declarados y garantizados en la Constitución. No, pues, bajo la forma de un derecho objetivo privado que se contuviera ahí. Ello por razones históricas complejas que confluyeron finalmente en el carácter de reclamación y, más aun, revolucionario frente al poder establecido con que comenzó el fenómeno, de algo que se había venido paulatinamente configurando precisamente como facultades o poderes de las personas, pretendidamente

---

en AA. VV., *Sistema jurídico y derechos humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos*, en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, serie *Publicaciones Especiales* 6 (Universidad Diego Portales, Santiago, 1996), pp. 343 - 476; EL MISMO, *Derecho humanos en el derecho penal chileno* (Santiago, Conosur, 1997); RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *Las garantías penales frente a los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 18 (1997), pp. 483 y ss.

<sup>19</sup> PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, *La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico chileno*, en AA. VV., *Sistema jurídico y derechos humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos*, en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, serie *Publicaciones Especiales* 6 (Universidad Diego Portales, Santiago, 1996), pp. 661 - 688; ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *El derecho procesal constitucional desde la perspectiva de la teoría constitucional*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 18 (1997), pp. 87 y ss.; CAROCCA PÉREZ, Alex, *Derechos humanos y derecho civil: perspectiva procesal* (Santiago, Corporación de Promoción Universitaria, 1997); LIRA, Sergio, *Derecho procesal constitucional* (Santiago, Conosur, 1999). Cfr. RIEGO, Cristián, *El sistema procesal penal chileno frente a las normas internacionales de derechos humanos*, en AA. VV., *Sistema jurídico y derechos humanos* cit. ibid., pp. 241 - 342.

<sup>20</sup> ALARCÓN JAÑA, Pablo, *Principios constitucionales de la organización judicial*, en *Revista Chilena de Derecho* 26 (1999) 1, pp. 121 y ss.

<sup>21</sup> GUERRERO, Roberto, *La Constitución económica*, en *Revista Chilena de Derecho* 6 (1979), pp. 79 y ss.; BERTENSEN REPETTO, Raúl, *El Estado empresario en la Constitución de 1980*, en *Revista Chilena de Derecho* 14 (1987) 1, pp. 115 y ss.; YRARRAZABAL COVARRUBIAS, Arturo, *Principios económicos de la Constitución de 1980*, ibid., pp. 97 y ss.; CEA EGAÑA, José Luis, *Tratado de la Constitución de 1980. Características generales. Garantías constitucionales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988), p. 155 - 180; NAVARRO BELTRÁN, Enrique, *El Estado empresario a la luz de la Constitución de 1980*, en *Revista de Derecho Público* 62 (2000), pp. 32 y ss.; RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo, *Principios constitucionales del Estado empresario*, ibid., pp. 48 y ss.; BULNES ALDUNATE, Luz, *Visión académica de la Constitución económica de 1980*, ibid., pp. 88 y ss.; LARROULET VIGNAUX, Cristián, *Visión económica de la Constitución de 1980*, ibid., pp. 94 y ss.; ESTÉVEZ VALENCIA, Jaime, *Visión sobre la Constitución económica*, ibid., pp. 105 y ss.

desconocidos o conculcados por ese poder. A ello nos referiremos después<sup>22</sup>. Este originario carácter se ha mantenido en general hasta nuestros días. Las constituciones, y la chilena no es excepción, formulan catálogos de estos poderes o facultades privados, vale decir, de derechos subjetivos privados, que se garantizan a las personas.

Decimos derechos subjetivos privados en relación con su contenido privatístico. Porque no se escapa que, desde otro punto de vista, ha solido denominárselos derechos subjetivos públicos, como hizo Jellinek<sup>23</sup>. Ambas caracterizaciones no son contradictorias, empero, atendido que el punto de vista empleado es diferente en una y otra.

Así, por ejemplo, el artículo 19 N° 24 CP. garantiza el derecho de propiedad, en términos subjetivos por ende; que no la propiedad en sí, que fuera en términos objetivos. Lo cual puede decirse de la mayoría de las garantías de contenido jurídico-privatístico (y en general de todas las garantías, lo que no nos interesa en este trabajo).

Con todo hay excepciones, aunque no en nuestra materia. Así, cuando el artículo 19 N° 1 inciso 2 CP. declara que: *"La ley protege la vida del que está por nacer"*, o el artículo 19 N° 4 garantiza: *"El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia"* no formulan ningún derecho subjetivo, sino que establecen un paladino derecho objetivo, aunque, al menos en el segundo caso, el intérprete puede verse tentado de transformar la actual dicción de la norma en otra que rezara: *"El derecho al respeto y protección..."*.

La Constitución, pues, está inmersa en la forma técnico-ideológica de los derechos subjetivos. Las garantías que ofrece están planteadas, por regla muy constante, desde el punto de vista del individuo y para él; no desde el punto de vista de principios e instituciones.

Es posible que esta manera de garantizar sufra una mudanza en el futuro. Por lo demás, fuera deseable. Cuando el constituyente se desligue de la camisa de fuerza de los derechos subjetivos, el campo privatístico regulable en la Constitución se verá enriquecido y, paradójicamente, las garantías se verán mejor perfiladas de guisa de evitarse los excesos, pero también los defectos que ahora ofrecen a raudales.

---

<sup>22</sup> § 19 y § 20.

<sup>23</sup> JELLINEK, Georg, *System des subjektiven öffentlichen Rechte* (1892).

de las asignacio-  
estos tiempos, se-  
gradadas al *Código*  
a historia. Ni el

*El Código Civil de Chile (1855-2005).*  
Trabajos expuestos en el congreso internacional  
celebrado para conmemorar su promulgación  
(Santiago, 3-6 de octubre de 2005)  
(Santiago, Editorial LexisNexis, 2007)

## HACIA UNA RECODIFICACIÓN SUSTITUTIVA DEL "CÓDIGO CIVIL"

Gonzalo Figueroa Yáñez  
Universidad de Chile  
Universidad Diego Portales

### I. ¿ESCRIBIR UN NUEVO "CÓDIGO CIVIL"?

Esta pregunta, formulada así, a un chileno indeterminado, le parecerá sin duda rupturista, quizás hasta revolucionaria. A lo menos, la considerará iconoclasta. ¿Por qué terminar con uno de los pocos monumentos intelectuales de los cuales podemos enorgullecernos? ¿Por qué no derogar en vez *La Araucana* o los *Veinte Poemas* y la *Canción Desesperada*?

Esta reacción me resulta comprensible, frente al estado de veneración a que se ha elevado al Código y a su autor, fenómeno comparable con el que ha acaecido en Francia con su viejo *Code*. Allá la veneración es por el propio *Código*, con exclusión de sus autores. Aquí, se ha revestido también a Bello con un aura de semi-santidad.

No es verdad que el Padre Hurtado sea el primer santo que tuvo Chile: antes que él, tuvimos a San Andrés y a San Diego. Me refiero, obviamente, cuando menciono a este último, a Diego Portales.

La idea de escribir un nuevo *Código Civil* no resulta tan extravagante, tan rupturista, para algunos juristas bien informados, puesto que el primero que la propuso fue el propio Andrés Bello en el Mensaje con que se envió su *Proyecto de Código Civil* a la consideración del Congreso Nacional. Oigámoslo: "*Muchos de los pueblos modernos más civilizados han sentido la necesidad de codificar sus leyes. Se puede decir que ésta es una necesidad periódica de las sociedades. Por completo y perfecto que se suponga un cuerpo de legislación, la mudanza de costumbres, el progreso mismo de la civilización, las vicisitudes políticas, la inmigración de ideas nuevas, precursoras de nuevas instituciones, los descubrimientos científicos y sus aplicaciones a las artes y a la vida práctica, los abusos que introduce la mala fe, fecunda en arbitrios para eludir las precauciones legales, provocan sin cesar providencias, que se acumulan a las anteriores, interpretándolas, adicionándolas, modificándolas, derogándolas, hasta que por fin se hace necesario refundir esta masa confusa de elementos diversos, incoherentes, y contradictorios, dándoles consistencia y armonía y poniéndoles en relación con las formas vivientes del orden social*"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> BELLO, Andrés, "Mensaje del Ejecutivo al Congreso proponiendo la aprobación del Código Civil", reproducido en la gran mayoría de las ediciones de este *Código*.

Después de Bello, sostuvieron ideas afirmativas acerca de una recodificación parcial del *Código*, algunos juristas eminentes, como Luis Claro Solar<sup>2</sup>, Arturo Alessandri<sup>3</sup> y Gonzalo Barriga<sup>4</sup>. Y durante la segunda mitad del siglo XX, han manifestado su inclinación por una recodificación total los profesores Fernando Fueyo, que propuso estas ideas en varias ocasiones<sup>5</sup> y Daniel Peñailillo<sup>6</sup>. Yo mismo me he manifestado partidario de una recodificación total varias veces. Es por esta última circunstancia, me parece, que se me ha designado para sostener esta posición aquí, en confrontación con las posiciones más conservadoras de mis estimados amigos Jorge Baraona y Ramón Domínguez.

## II. ¿CUÁNDO SE ESCRIBE UN NUEVO CÓDIGO CIVIL?

Pienso que existen sólo dos circunstancias que justifican una recodificación total de un *Código Civil*. La primera es una razón sociológico-política; la segunda es una razón de técnica y de seguridad jurídicas.

Desde un punto de vista sociológico-político, pienso que se justifica dictar un *Código Civil* nuevo cuando el que rige ya no representa adecuadamente la estructura ciudadana, la sociedad civil, que está llamado a organizar, esto es, cuando ha llegado a un cierto grado de obsolescencia respecto de la sociedad civil actual, comparada con aquella otra para la cual se dictó. En otras palabras, cuando la sociedad civil de hoy es esencialmente diversa de aquella de hace ciento cincuenta años, cuando sus valores, sus expectativas, su modo de vivir, la familia a la que pertenece, sus esperanzas e incluso la forma que tiene de enfrentar la muerte, son distintas de aquellas otras que se llevó la historia.

También es posible justificar la emisión de un *Código Civil* nuevo por razones de obsolescencia técnico-jurídica. Puede suceder que diversas instituciones jurídicas, que ciertas formas de razonar, que algunas creaciones jurisprudenciales o doctrinarias se hayan ido formulando durante la vigencia del antiguo *Código*, y hayan facilitado así soluciones novedosas, o hayan abierto nuevos caminos interpretativos, o hayan sugerido nuevas formas de encarar algunas situaciones. Así ha sucedido entre nosotros, por ejemplo, con figuras o instituciones

<sup>2</sup> CLARO SOLAR, Luis, *Proyecto de reformas del Código Civil*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 12, 1ª Parte, pp. 1 y ss.

<sup>3</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *El Código Civil chileno y sus reformas*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 44 (1947), 1ª Parte, pp. 67 y ss.

<sup>4</sup> BARRIGA ERRÁZURIZ, Gonzalo, *Conveniencia de reformar el régimen de la sucesión por causa de muerte*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 43 (1946), 1ª Parte, pp. 148 y ss.

<sup>5</sup> FUEYO LANERI, Fernando, *Reforma del Código Civil chileno bajo la inspiración de Andrés Bello* (Madrid, Centro de Estudios Jurídicos Hispanoamericanos, 1966); EL MISMO, *El Código Civil quedo obsoleto* [trabajo presentado a las Primeras Jornadas de Derecho Civil que tuvieron lugar en Jahuel el año 1989, mimeógrafo].

<sup>6</sup> PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *La reforma del Código Civil* (Concepción, mimeógrafo, sin año de edición).

inexistentes o de poco perfil cuando se dictó el *Código Civil* en 1855 y que son vehementemente solicitadas en 2005.

Pensamos, por ejemplo, en la inexistencia jurídica, en la inoponibilidad, en la unificación de las nulidades absoluta y relativa, en la representación, en la formación computacional del consentimiento. También parece necesario traer al viejo *Código* figuras como el fraude a la ley, el abuso del derecho, la lesión o el enriquecimiento sin causa; así como la asunción de deudas, la imprevisión, el estado de necesidad, el error común, la teoría del acto propio o la teoría de la apariencia. La revisión de la teoría de los riesgos, la ampliación del *nemo auditur*, la aceptación del *rebus sic stantibus* también reclaman de una visión más moderna.

Demás está decir que parece necesario modernizar el sistema inmobiliario registral, hacer posible una administración eficiente de las comunidades, incorporar al ordenamiento la noción de patrimonio objetivo, ampliar los casos de responsabilidad objetiva o sin culpa, y aumentar la protección del medio ambiente en todas sus facetas civiles (derechos reales, contratos, responsabilidad). Agréguese la protección del consumidor, la legislación sobre productos defectuosos y todo el derecho de garantías, hoy entregados a leyes separadas, y a veces contradictorias entre sí. En materia de familia es posible señalar la ausencia entre nosotros de los pactos de convivencia, de un estatuto jurídico para la pareja no casada y de los testamentos vitales.

Es verdad que algunas de estas materias han encontrado un cierto tratamiento por la legislación separada dictada en el período de descodificación, pero esta legislación ha resultado frondosa y asistemática. Pensamos que la emisión de un nuevo *Código* es la forma más adecuada para dar racionalidad y sistematización a este cúmulo de leyes disfuncionales y diversas. Esta última consideración acarreará un mayor grado de seguridad jurídica, puesto que el nuevo *Código Civil* que propugnamos debe establecer los principios de general aplicación para toda esta frondosa legislación civil.

### III. EL DESAFÍO

Si se entiende que nuestra triple intervención en este panel es una especie de debate, quiero declarar que si mis distinguidos contradictores, los profesores Jorge Baraona y Ramón Domínguez logran convencerme de que la sociedad civil de Chile en 2005 es, si no idéntica, a lo menos parecida a la que teníamos en 1855, y que sus valores y su modo de vivir siguen siendo aproximadamente los mismos de entonces; y si, además, me convencen acerca de que la mayoría de las instituciones jurídicas nuevas que señalé, pueden abordarse con simples retoques al *Código Civil* vigente, yo me retractaré de mi convicción de que es necesario elaborar un *Código Civil* nuevo.

En cambio, espero que si ellos se convencen de que la sociedad civil chilena de 2005 es esencialmente diversa de la sociedad semi-colonial de 1855, y de que las instituciones jurídicas ya señaladas tendrían un tratamiento más claro y una interpretación menos dudosa de la que reciben hoy, si se dictara un nuevo

LUIS AGUIRRO Y AÑEZ

*Código Civil*, espero que ellos me ofrezcan su concurso para encarar juntos la redacción de un nuevo *Código Civil* para Chile.

#### IV. ROL DEL "CÓDIGO CIVIL" EN LA SOCIEDAD CHILENA DE 1855

Hasta este año, en Chile habíamos tenido cuatro Constituciones y un solo *Código Civil*. Hemos prescindido de los Reglamentos Constitucionales de 1811, 1812 y 1814, así como de las Constituciones de 1818, 1822 y 1823<sup>7</sup>, porque corresponden a los primeros momentos de nuestra consolidación soberana, por haber sido extraordinariamente efímeros y por su falta de técnica jurídica. A nuestro entender, el primer texto que merece ser llamado Constitución es el que nos dimos en 1828, seguido por los de 1833, 1925 y 1980<sup>8</sup>. En total fueron cuatro. En oposición, el *Código Civil* ha permanecido incólume durante ciento cincuenta años, sufriendo, como es natural, las modificaciones exigidas por el avance de los tiempos.

El rol de toda Constitución es la estructuración del cuerpo social en relación con el ejercicio del poder, esto es, de la toma de decisiones de interés colectivo. Es la noción de "poder" (compartido entre todos, reservado a algunos o concentrado en uno solo) la que yace al fondo de cada Constitución. Esta noción de "poder", de "gobierno", pone de relieve el rol de los gobernados, con toda la trama "autoridad-libertad" que tantos autores han estimado constituye la esencia de cualquiera constitución<sup>9</sup>. La pregunta que se formula desde este último punto de vista se refiere a cual es el rol de la sociedad civil frente al ejercicio del poder. Si se agrega la noción de "democracia" y su fundamento, esto es, que los que gobiernan derivan su poder de la voluntad de los gobernados, tendremos claro el rol de la sociedad civil como fundamento de todo poder. Cómo se organice internamente esta sociedad civil, cuales sean los objetivos colectivos que desee alcanzar, cuales sus ideales y sus criterios éticos, se toman, así, en esencia para la organización política de un país, para que sea capaz de dirigirse hacia los grandes destinos que se haya propuesto.

Mi maestro, don Gabriel Amúnategui, decía que para cumplir adecuadamente su rol de mandar, el gobernante debe saber por qué manda (esto es, el origen de su poder) y para qué manda (esto es, los objetivos perseguidos). En ambas exigencias está presente la sociedad civil, origen y fin de toda actividad

<sup>7</sup> Se pueden encontrar los textos íntegros de estos cuerpos constitucionales en VALENCIA AVARIA, Luis, *Anales de la República* (Santiago, Imprenta Universitaria, 1951), I, pp. 37 a 138.

<sup>8</sup> En 2005 se reformularon muchas disposiciones de la Constitución de 1980, especialmente aquellas que conservaban todavía algunos enclaves dictatoriales, de manera que se ha estimado que ese año Chile se dio una nueva Constitución. No es éste el lugar de dilucidar el punto.

<sup>9</sup> Así por ejemplo, YÁÑEZ, Eliodoro, *La autoridad y la libertad en la Constitución Política del Estado* (Discurso de incorporación a la Academia Chilena, París, Editorial Le Livre Libre, 1928); AMUNÁTEGUI, Gabriel, *Principios generales del Derecho constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1953); BERNASCHINA, Mario, *Manual de Derecho Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1951), 2 tomos.

política<sup>10</sup>. Una buena organización de la sociedad civil asegura un buen gobierno. Sostenemos que éste fue el rol que jugó en Chile el *Código Civil* de Bello para afianzar nuestra República en forma.

Un código, según la definición de Louis Vogel, es "la presentación sistemática, organizada de manera sintética y metodológica, de un cuerpo de reglas generales y permanentes que rigen en una o varias esferas particulares del derecho en un país determinado"<sup>11</sup>.

La Francia revolucionaria de fines del siglo XVIII sintió como un imperativo categórico la necesidad de codificar sus leyes civiles, para afirmar la unidad nacional, requisito fundamental para asentar el gobierno revolucionario naciente<sup>12</sup>. Un solo texto para todos, que pusiera término a las normas exclusivas para ciertas regiones o para ciertas clases sociales; el fin de los textos discriminatorios, de los estatutos de privilegio, de los particularismos de las costumbres locales. Es la característica de derecho común, de derecho para todos, la que resulta especialmente atractiva para los codificadores de 1804; un derecho sin distinciones, sin discriminaciones, que afirme la igualdad moral de todos los franceses, "las relaciones igualitarias entre ciudadanos"<sup>13</sup>.

Se trata de poner en el nuevo *Código* todo aquello que une a los franceses, y no lo que los distingue en tanto comerciantes, en tanto mineros, en tanto agricultores, afirmando así el carácter general y supletorio de la legislación civil. Lo que los une, esto es, aquello en que todos coinciden, como su condición y dignidad de personas, el matrimonio que celebren, los contratos que consientan, las obligaciones que contraigan, la forma de repartir sus bienes después de sus días. Según el decir de Portalis, de esta manera, "el orden civil vino a cimentar el orden político. No somos provenzales, bretones, alsacianos: somos franceses"<sup>14</sup>.

Existió una fuerza simbólica en esa ley igualitaria, un llamado a todos sin diferencias de clases o de origen, para integrarse a los batallones de los cuales dependía la supervivencia de la Francia republicana. El Decano Carbonnier estima que "la verdadera Constitución de Francia fue el *Código Civil*. En él se recogieron las ideas en torno de las cuales la sociedad francesa se constituyó a

<sup>10</sup> Misma cita anterior.

<sup>11</sup> VOGEL, Louis, *Le monde des Codes Civils*, en *Le Code Civil. Un passé, un présent, un avenir* (París, Dalloz, 2004), p. 790 [traducción libre del autor].

<sup>12</sup> Reproducimos a continuación, con algunas modificaciones que hemos estimado convenientes, parte de la ponencia que presentamos al Congreso Internacional sobre el Bicentenario del *Code Civil* francés, el que tuvo lugar en Santiago, los días 23 y 24 de septiembre de 2004. Véase FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, *Codificación, descodificación y recodificación*, en *De la codificación a la descodificación* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2005), pp. 101 y ss.

<sup>13</sup> CARBONNIER, Jean, *Le Code Civil*, en *Livre du Bicentenaire* (Paris, Dalloz, 2004), pp. 24-25.

<sup>14</sup> PORTALIS, *Exposé des motifs du projet de loi relatif a la réunion des lois civiles en un seul corps de lois sous le titre du Code civil des Français* (26 Ventose an XII).

partir de la Revolución"<sup>15</sup>. Y el Decano Cornu agrega que "el Derecho civil da al pueblo francés una organización de conjunto que contribuye a formar un tipo de sociedad. El orden interno de esta sociedad, la organización civil del Estado es la base de lo que se ha llamado la "Constitución civil de Francia"<sup>16</sup>.

El *Código Napoleón* satisfizo la casi totalidad de las necesidades privadas de los ciudadanos franceses en su vida en sociedad. El Decano Cornu piensa que con el transcurso del tiempo siempre se podrá reconocer en él el hito histórico que consagró la unidad de la Francia civil, el término de la propiedad vinculada, que era el fundamento de la antigua nobleza; la libertad de las personas, la igualdad civil, la secularización del matrimonio y del estado civil, la propiedad privada, la libertad contractual, la responsabilidad individual, la libertad testamentaria limitada por las asignaciones forzosas, la libre circulación de los bienes y la neutralidad confesional del Derecho civil<sup>17</sup>. No en balde Napoleón en Santa Helena señaló que "mi solo Código, por su simplicidad ha hecho más bien a Francia que todas las leyes que me precedieron [...]. Mi verdadera gloria no es haber ganado cuarenta batallas; Waterloo borrará el recuerdo de tantas victorias. Lo que nada borrará, lo que vivirá eternamente, es mi Código civil"<sup>18</sup>.

¿Qué leyes se pretende codificar cuando se dicta un *Código Civil*? Las más, las tuyas, las suyas, las nuestras, las vuestras, esto es, las normas generales, no especializadas, que se nos aplican a todos por igual; las normas que no distinguen, que no discriminan. Estas normas, por ser generales, resultan igualitarias, democráticas, y por ser comunes, son capaces de jugar un papel supletorio respecto de disposiciones especiales para ciertos grupos o personas. Según Hernán Corral, "el texto del *Código Civil* [...] pasa a ser considerado el elemento constituyente de toda la sociedad en lo referido a familia, sucesiones, contratos, daños y propiedad"<sup>19</sup>.

En Francia, la nación precedió al Estado: los franceses se sentían tales antes de la Revolución. La configuración de un "Estado en forma", bajo Luis XIII, y especialmente, bajo Luis XIV, lo habían hecho posible. Por esa circunstancia, la promulgación del *Código Civil* no hizo más que coronar, explicitar y legalizar una unidad nacional preexistente. Creo que, en cambio, en Chile el Estado precedió a la nación. A nuestro entender, fueron artífices importantes en la cons-

<sup>15</sup> CARBONNIER, Jean, *Le Code Civil*, en Pierre NORA, *Les lieux de mémoire*, citado por Yves LEQUETTE, *Recodification civile et prolifération des sources internationales*, en *Le Code Civil. Livre du Bicentenaire* (París, Dalloz, 2004), nota (47) al pie de la p. 187 [traducción libre del autor].

<sup>16</sup> CORNU, Gerard, *Introduction, les personnes, les biens*, (10ª ed., 2001), N° 257, citado por Yves, LEQUETTE, *Recodification*, cit., al pie de la p. 187 [traducción libre del autor].

<sup>17</sup> CORNU, Gerard, *Reflexions en attendant le tricentenaire*, en *Le Code Civil. Livre du Bicentenaire* (París, Dalloz, 2004).

<sup>18</sup> BONAPARTE, Napoleón, *Memorial de Las Cases* [traducción libre del autor].

<sup>19</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán, *Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del Derecho Privado*, en *Revista Derecho Mayor* 3 (Universidad Mayor, Santiago, octubre de 2004), p. 49.

"el Derecho civil da  
puye a formar un tipo  
ción civil del Estado  
e Francia"<sup>16</sup>.

necesidades privadas  
ecano Cornu piensa  
er en él el hito histó-  
de la propiedad vin-  
dad de las personas,  
ado civil, la propie-  
dividual, la libertad  
e circulación de los  
en balde Napoleón  
idad ha hecho más  
Mi verdadera gloria  
recuerdo de tantas  
ni Código civil"<sup>18</sup>.  
o Civil? Las mías,  
mas generales, no  
nas que no distin-  
ultan igualitarias,  
del supletorio res-  
as. Según Hernán  
el elemento cons-  
iones, contratos,

entían tales antes  
pajo Luis XIII, y  
circunstancia, la  
citar y legalizar  
e el Estado pre-  
ntes en la cons-

re, citado por Yves  
en *Le Code Civil*.  
aducción libre del

Nº 257, citado por  
tor].

e Civil. *Livre du*

].

ción del Derecho  
e 2004), p. 49.

trucción de nuestra unidad nacional, cuatro elementos: i) La organización gubernamental que nos dimos tempranamente, a partir de la batalla de Lircay, con Portales y la *Constitución* de 1833, y la burocracia que de ello resultó; ii) La relativa unidad racial, por el extenso mestizaje que había tenido lugar en la zona central. Debe recordarse que entonces no pertenecían a Chile ni los mapuches más bravos, ni los aymaras. En verdad, Chile empezaba por el Norte en Santiago y Valparaíso, y concluía en Concepción y Los Ángeles. Los demás "territorios" chilenos (La Serena, Valdivia y Chiloé) eran verdaderas islas enclavadas en tierra firme, a las que se llegaba solamente por mar; iii) La educación que se empezó a generalizar, muy pronto después de la independencia, para dar origen a una creciente clase media oficinesca y culta; y iv) la igualdad entre todos los habitantes de la República, que estableció tempranamente el *Código Civil*.

Al liberalizar la propiedad, nuestro *Código* entregó nuevas armas económicas a la burguesía criolla que había realizado en su beneficio la revolución de la independencia. Debe agregarse la amplia protección que el *Código Civil* entregaba a este derecho de propiedad individual. Por otra parte, la legislación sobre la familia entregaba poderes casi omnímodos al marido y padre legítimo sobre su mujer y sus hijos. La exaltación del principio de juridicidad o estado de derecho constituyó un aliado muy importante del poder político para establecer no sólo con la fuerza de las armas, sino también con la fuerza de la ley, la república en forma que llegó a ser la característica política de Chile durante la primera mitad del siglo XIX. Esa preeminencia de la ley fue recogida y explicitada ampliamente por el *Código Civil* (artículos 1, 2, 3, 6, 7, 8, 14, 15, 19 a 24, 706, 1452, entre muchos otros). Según don Pedro Lira, comentando nuestro *Código Civil* con motivo de su centenario, en Chile fue la ley la que reemplazó al rey<sup>20</sup>.

Como consecuencia de todo lo dicho hasta aquí, puede concluirse que el papel histórico que jugaron ambos *Códigos* —el francés y el chileno— en sus respectivos países, fue diferente en uno y en otro caso, pero igualmente trascendente: en Francia, el *Código Napoleón* coronó una unidad nacional preexistente, y puso fin a las desigualdades internas que habían sido causa de la Revolución. En Chile, en cambio, el *Código* de Bello se constituyó en uno de los elementos esenciales en la construcción de una unidad nacional existente sólo en ciernes, y apuró —un poco a la fuerza, me parece— una igualación de clases sociales que no existía en la realidad fáctica.

#### V. EL DETERIORO DEL "CÓDIGO CIVIL" CON EL PASO DEL TIEMPO

De la época que rememorábamos recién han transcurrido hasta hoy ciento cincuenta años, y Chile ya no es el de entonces, como tampoco lo es Francia. Ha quedado atrás el mundo semi-colonial, rural y agrario que lo caracterizaba, así

<sup>20</sup> LIRA URQUIETA, Pedro, *El Código Civil y su época*, trabajo leído en la Velada Solemne celebrada en la Universidad de Chile el 14 de diciembre de 1955, recopilado en *El Código Civil chileno y su época* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1956), pp. 25 a 27 y 58 a 61.

como la autoridad incontestada del marido sobre su mujer y sus hijos, o del patrón sobre sus inquilinos y sus labriegos. Ha quedado atrás la composición racial monocorde de su clase dominante y los conciliábulos de salón, así como el gran familión compuesto por hijos, sobrinos y allegados.

Hoy, Chile es un país multirracial o multiétnico, policultural y plurifacético, de mayor transparencia en la toma de sus decisiones políticas, de familias más reducidas, de igualdades entre géneros, que busca además, la igualdad de oportunidades entre sus ciudadanos. En otra ocasión señalamos cómo el mundo actual se caracteriza por avances increíbles en materia de ciencia y tecnología, por una revolución en la informática, robótica y biogenética, por la concentración de la población en grandes megalópolis, por una migración masiva del campo a la ciudad, por la contaminación del mar, del agua y del aire<sup>21</sup>. Chile no escapa, por cierto, a estas características. En nuestras grandes ciudades conviven hombres y mujeres de diversas culturas, de distintas lenguas y religiones, de diferentes mentalidades y modos de ser, y el país comercia con todas las naciones del planeta, gracias a los pactos, acuerdos internacionales y convenios de libre comercio que ha suscrito. Está claro que nuestro país ha resuelto incorporarse a la globalización mundial, a los sistemas de producción en serie, al mundo de las importaciones y exportaciones, a la tecnología de punta.

Desde la época en que se dictó el *Código Civil*, hace ciento cincuenta años, ha sobrevenido un proceso de descodificación de las reglas civiles, que también ha sido objeto de nuestra preocupación<sup>22</sup>. Se trata de un proceso constante de fragmentación y de dispersión de las reglas civiles que otrora parecieron monolíticas, sistemáticamente organizadas. Ha existido una verdadera fragmentación del Derecho civil, cuando —a partir del tronco común representado por el *Código* mismo— se desprendieron ramas completas para constituir derechos separados, autónomos, con reglas propias, diferentes de las originarias. Es el caso del *Código del Trabajo*, del *Código Sanitario* o del *Código de Aguas* en Chile.

Además de estas ramas completas desgajadas del tronco civil originario, ha existido una dispersión de reglas civiles, con motivo de la emisión de un abundante legislación complementaria, en todos los campos otrora destinados a ser regulados por la sola aplicación del *Código*. Es así como se ha legislado profusamente para casos y problemas específicos, para grupos gremiales o económicos, para sindicatos u organizaciones patronales, olvidando muchas veces los grandes principios contenidos en el *Código Civil*. Se ha abierto así “la edad de la descodificación”, como la llama Natalino Irti<sup>23</sup>, o “la edad de la poscodificación”, como la denomina Francisco Tomás y Valiente<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, *América Latina: mestizaje e identidad cultural*, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* 10 (Valparaíso, 1992), pp. 17 y ss.

<sup>22</sup> Véase la nota (12).

<sup>23</sup> IRTI, Natalino, *La edad de la descodificación* (Barcelona, Bosch, 1992).

<sup>24</sup> TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Códigos y Constituciones* (Madrid, 1989), p. 124, citado por el anterior, p. 11.

En Chile, pueden señalarse por vía ejemplar muchas leyes civiles que han venido a agregarse al *Código* mismo. En materia de personas y familia puede mencionarse la primitiva Ley de matrimonio civil, hoy reemplazada por otra ley más moderna, pero que trata de idéntica materia; las leyes que mejoraron la situación de los hijos naturales, y luego igualaron a todos los hijos; la ley que autorizó el cambio de nombres; la ley que entregó plena capacidad a la mujer casada; diferentes leyes sobre adopción y leyes sobre trasplantes de órganos. En materia de derechos reales, tuvimos la Ley de reforma agraria, que alteró profundamente las disposiciones sobre expropiación de predios rústicos, y tenemos las leyes sobre propiedad intelectual e industrial, sobre regularización de la pequeña propiedad raíz, y sobre copropiedad inmobiliaria, mientras en materia de contratos tenemos las leyes sobre arrendamientos urbanos y rurales, sobre operaciones de crédito de dinero, sobre prenda agraria, prenda industrial y prenda sin desplazamiento, sobre derecho del consumo y protección del consumidor. La lista es larga y compleja.

A estos fenómenos de fragmentación y dispersión de las reglas civiles, debe agregarse la modificación de algunas de estas reglas por leyes de jerarquía superior, como aquellas contenidas en la *Constitución Política de la República*, en tanto se refieren a asuntos civiles, como sucede con las disposiciones sobre derechos humanos contenidas en el artículo 19 de nuestra carta fundamental. Estas reglas son, sin duda, reglas de Derecho civil, cuya naturaleza jurídica no puede alterarse por su ubicación en un texto de jerarquía superior<sup>25</sup>. Es necesario agregar la influencia que está ejerciendo sobre nuestra legislación civil interna la existencia de leyes supranacionales, como son los Tratados internacionales ratificados por Chile, que se refieren a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, normas que han pasado a constituir legislación nacional, conforme al artículo 5 de nuestra *Constitución*.

El Derecho civil, cuyo *Código* ha sufrido los fenómenos de fragmentación y de dispersión de normas a que nos hemos referido, se ha visto enriquecido además, por un fenómeno diferente, al que hemos denominado la "civilización" de algunas actividades comerciales, incluidas en el *Código de Comercio*. Si ha de entenderse que el Derecho civil es el Derecho general, de aplicación a todos los habitantes de un país determinado, el Derecho "común" a todos sin distinción, el Derecho igualitario, y por eso, supletorio, y en cambio, el Derecho comercial es un Derecho particular, específico, aplicable tan sólo a los comerciantes, y en tanto ellos actúen como tales, deberemos convenir en que algunas instituciones comerciales han devenido en instituciones civiles, en tanto han llegado a ser utilizadas por todo el conglomerado social. Esas instituciones, a nuestro entender, se han "civilizado" y deberían integrarse al Derecho civil, derecho de to-

<sup>25</sup> Así lo hemos sostenido más extensamente en otras ocasiones. Véase FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo, *Derecho Civil de la Persona. Del genoma al nacimiento* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001), pp. 20-23.

dos. Así sucede hoy con las letras de cambio y pagarés, con los cheques y algunos contratos bancarios, con los contratos de prenda agraria, industrial, sin desplazamiento y de compraventa de cosas muebles a plazo, con las sociedades de cualquier tipo que se propongan negocios no-comerciales. Con los seguros y con los transportes, a todos los cuales pueden acceder todos los habitantes del país, aunque no sean comerciantes. De la misma manera como en Chile el Derecho civil se "apropió" de las disposiciones sobre formación del consentimiento incluidas en el *Código de Comercio*, estimo llegada la hora para que se "apropie" también de todas las instituciones recién referidas, por haberse tornado de utilización general, por haber devenido en comunes, y en consecuencia, en civiles.

La obsolescencia de nuestro *Código Civil* se manifiesta a veces en los ejemplos que da y a veces en instituciones jurídicas que ya no se utilizan. Consideración especial merecen algunas instituciones que se siguen utilizando a pesar de haber devenido en contrarias al interés general, y especialmente las instituciones nuevas que no figuran en el *Código* y que deberían ser recogidas en él, de las cuales ya hablamos al principio, en el capítulo 2°.

En cuanto a la obsolescencia de los ejemplos que a veces ofrece el *Código*, recordemos, sin afán de ser exhaustivos, que la miel que producen las abejas ha dejado de ser un producto de exportación (artículo 620); que las palomas han devenido en pájaros indeseables (artículo 621); que no es posible en nuestros tiempos hablar de "apresamiento de enemigos" (artículo 45), o sostener que el Estado se hace dueño de las propiedades que se toman "en guerra de nación a nación" (artículo 640), o referirse a las *Ordenanzas de Corso* (artículo 640), o a "bandidos y piratas" (artículo 641). Los viejos "carruajes, arneses y bestias" (artículo 1122) han sido sustituidos desde hace largo tiempo por los automóviles, y no es políticamente correcto hablar hoy de "los amos y los criados" (artículo 2322).

Comprendo que se pueda querer conservar esta terminología por estimarla pintoresca, pero no parece posible conservar como regla general instituciones jurídicas como la nulidad que establece el *Código* para las deudas contraídas en juegos de azar (artículo 1466), frente a la siembra de casinos por todo lo largo del país. Tampoco es posible seguir considerando como inembargables los libros relativos a la profesión del deudor sólo hasta el monto de veinte centésimos de escudo, moneda que hace ya muchos años desapareció del país (artículo 1618). Ni conservar la extensión del mar adyacente tan sólo en doce millas (artículo 593).

Las albaceas fiduciarios (artículos 1311 y siguientes) pasaron a la obsolescencia por razones tributarias; los bienes dotales (artículos 1786 y siguientes), que se usaban en Francia en la época de la codificación, nunca fueron usados verdaderamente en Chile. Tampoco se usa en nuestro país el pago por cesión de bienes (artículos 1614 y siguientes) ni el pago con beneficio de competencia (artículo 1625), y la legislación sobre obligaciones naturales (artículos 1470 y siguientes) no se usó entonces ni se usa ahora.

En general, creemos que la abundante legislación civil que se ha dictado durante el período de descodificación, es prueba más que suficiente de la obsolescencia de algunas normas contenidas en el *Código*, desde que ella fue la que en muchos casos obligó a dictar esa legislación complementaria. Creemos, además, que la recodificación que postulamos es la oportunidad para dar coherencia a esa legislación asistemática.

Pensamos, con Corral, que "debe considerarse que la unidad del ordenamiento y su coherencia necesitan de un sector del Derecho que funcione como un gran "centro de abastecimientos", al cual pueda recurrirse en subsidio de pautas o criterios específicos<sup>26</sup>. Es la categoría jurídica que llamamos Derecho común o supletorio". Y propone este autor que el Derecho civil (y su *Código*) jueguen "un rol de derecho nuclear y común [...] respecto del Derecho Privado y en general, de todo el orden jurídico" <sup>27</sup>.

#### VI. HACIA LA REDACCIÓN DE UN NUEVO "CÓDIGO CIVIL"<sup>28</sup>.

Frente a este panorama de fragmentación del viejo Derecho civil, de dispersión de las reglas civiles en innumerables leyes especiales, de aparición de normas civiles de nivel constitucional y de normas civiles de naturaleza supranacional, así como de reglas comerciales que han llegado a ser de aplicación general, sostenemos que ha llegado la hora de redactar un nuevo *Código Civil*, de "recodificar" el contenido del Derecho civil, el que no corresponde al que tenía hace 150 años, cuando se inició en Chile el proceso de codificación. Existen varios ejemplos contemporáneos de recodificación en nuestro continente, como son los de los *Códigos Civiles* del Perú en 1984 y de Québec en 1994, y proyectos de nuevos *Códigos Civiles* en Argentina y Bolivia. En Europa, se podrían señalar los *Códigos Civiles* de Holanda y de Portugal. En Chile, existe una Comisión Académica para la Reforma de los *Códigos Civil y de Comercio*, que persigue idéntico objetivo<sup>29</sup>.

Recodificar no es recopilar. No se trata, en consecuencia, de juntar todas las leyes civiles en una misma obra, una detrás de otra, en una especie de anexo monstruoso de mil colores, detrás del texto del *Código Civil*. Ese monstruo inconexo, asistemático, durará, además, tan sólo un suspiro, puesto que la dinámica social irá exigiendo la emisión sucesiva de nuevas y nue-

<sup>26</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán, cit. (19), p. 62.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 64.

<sup>28</sup> Seguimos aquí nuevamente, y muy de cerca, lo que ya dijimos sobre esta materia en la ponencia referida en la nota (12).

<sup>29</sup> El proyecto referido se originó en una iniciativa de algunas universidades y centros de investigación, a la cual adhirieron más tarde otras universidades. Lleva realizados hasta el momento dieciséis seminarios en los que se han discutido diversas materias que podrían dar origen a modificaciones, agregaciones o supresiones en el *Código Civil* vigente. Para mayor información, véase la obra citada en la nota (25) al pie de la página 22.

vas leyes, que irán a engrosar dicho anexo. Tampoco requiere esa compilación de un esfuerzo intelectual de magnitud: bastará tan sólo con un esfuerzo editorial de precisión<sup>30</sup>.

¿Qué hacer con el vetusto *Código Civil*, a ciento cincuenta años de su promulgación? ¿Es ésta una hora de celebración o una hora de réquiem? ¿De trascendencia o de decrepitud?

A mí me parece evidente que nuestro *Código Civil* no puede "perennizarse" sin "renovarse", si se mira a las sociedades plurales, multiculturales y multiétnicas a las que se pretende aplicarlo, muy diferentes, por cierto, de las sociedades rurales, homogéneas, que existían en Chile al comenzar el siglo XIX. Para dictar un nuevo *Código*, debemos preguntarnos, además, cómo ese *Código* nuevo podrá ajustarse al proceso de globalización en que estamos entrando, y a las ideales de construir un mercado común latinoamericano.

Ante estas disyuntivas, una idea nos salta al espíritu: la característica de "generalidad" del Derecho civil puede constituirse en el hilo de Ariadna que nos permita concebir un nuevo *Código*. Aquello que nos una, no lo que nos distinga, el Derecho común, que por ser común puede ser subsidiario de las leyes de especialización que caracterizaron el período de descodificación. Un Derecho común sirve para dar cohesión doctrinaria a todas las diversas modalidades específicas; puede jugar el rol que jugaron las *Siete Partidas* frente al fárrago de legislación indiana; puede constituirse en la "lógica detrás de la letra".

¿Un nuevo *Código Civil* para el siglo XXI? ¿Es posible hacerlo? ¿Es conveniente? La idea no injuria a Bello, especialmente si se considera que su *Código* sobrevivirá en muchas de las disposiciones del nuevo *Código*. Pero hay que hacerlo bien. La tarea es considerable y exige definir previamente el rol, el contenido y la finalidad de este nuevo *Código*, precisar el concepto mismo de lo que debe ser un *Código Civil* en los tiempos que corren.

De partida, hay que reconocer que la actividad civil en Chile ha alcanzado un inmenso grado de complejidad y también un inmenso volumen de leyes y disposiciones que no pueden incorporarse a un solo texto, bajo riesgo de caer en una mera compilación, y perder su unidad conceptual. Me parece prudente asumir aquí la misma actitud de Portalis frente al inmenso material jurídico que le ofrecía la legislación del Antiguo Régimen: resistir a "la ambición de querer reglarlo todo y preverlo todo, y dejar a la norma la flexibilidad necesaria y a la jurisprudencia el cuidado de aclarar en función del contexto" el principio que sustenta la regla<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> DEBRÉ, Jean Louis, *Message du Président de l'Assemblée Nationale lors de la commémoration du bicentenaire du Code Civil*, en *Le Code Civil. Livre du Bicentenaire*, cit., p. 12 [traducción libre del autor].

<sup>31</sup> PORTALIS, *Exposé des motifs*. En el mismo sentido, SACCO, Rodolfo, *La codification, forme dépassée de législation?* ponencia presentada al XI Congreso de Derecho Comparado, Caracas, 29 de agosto a 5 de septiembre de 1982, p. 80.

uiere esa compila-  
ólo con un esfuer-

cuenta años de su  
a de réquiem? ¿De

ede "perennizarse"  
rales y multiétnicas  
de las sociedades  
glo XIX. Para dic-  
ese *Código* nuevo  
entrando, y a las

característica de "ge-  
e Ariadna que nos  
o que nos distinga,  
las leyes de espe-  
n Derecho común  
dades específicas;  
ago de legislación

erlo? ¿Es conve-  
ra que su *Código*  
go. Pero hay que  
amente el rol, el  
epto mismo de lo

ile ha alcanzado  
umen de leyes y  
riesgo de caer en  
ce prudente asu-  
el jurídico que le  
pción de querer  
necesaria y a la  
el principio que

ionale lors de la  
icentenaire, cit., p.

codification, forme  
mparado, Caracas,

Una recodificación no puede sino ser innovadora, aunque sea reiterativa de los principios generales del antiguo *Código*. Una idea que conviene reiterar por ejemplo, es la de la igualdad de todos ante la ley civil. Si se trata de "codificar", ello significa "ordenar", "clasificar", "sistematizar", formular principios generales aplicables a todos. La legislación especializada, por su parte, no debería ser derogada, ni siquiera modificada. Por el contrario, de lo que se trata es de colocar, por encima de esa legislación especializada, un poco incoherente, abundante y asistemática, un *Código* que la sistematice, que le dé unidad, que le preste sentido. El nuevo *Código Civil* debe incluir, dentro del derecho de la persona, todos los derechos humanos, estén o no constitucionalmente protegidos, porque ellos son patrimonio de todos, sin exclusiones o discriminaciones. Debe incluir también los principios generales aplicables a la familia y a las relaciones entre padres, madres e hijos, así como la adquisición y enajenación de bienes y la constitución de derechos reales sobre ellos. Especialmente importante parece ser la inclusión de los grandes principios que reglan los contratos generalmente celebrados. Me parece conveniente incluir aquí una teoría general del contrato, entregando a la legislación especializada el tratamiento de cada contrato caso por caso si es que ello se estima necesario. En fin, debe contener los grandes principios de la responsabilidad civil y de la sucesión por causa de muerte. Lo que interesa no es la extensión del contenido, sino su coherencia interna, la sistematización de los grandes principios, la lógica de sus conclusiones, el razonamiento convincente.

El *Código Civil* recién descrito no pondrá fin al fenómeno de la especialización creciente que se ha venido creando con la emisión de una abundante legislación especializada. Por el contrario, esa legislación se seguirá produciendo para enfrentar nuevos contratos, nuevos riesgos, nuevas situaciones, incluso nuevos abusos. Pero esas leyes especiales encontrarán en el *Código Civil* los principios y las reglas generales que las fundamentan y sistematizan.

En relación con la recodificación propuesta, vislumbramos un cuerpo central de legislación, un núcleo "duro" de reglas generales y principios básicos, que constituyan el nuevo *Código Civil*, y un conjunto de "Códigos satélites" que giren en torno al *Código* central y que obtengan del mismo inspiración, sistematización, dirección y principios. Tales podrían ser el *Código Agrario*, el *Código Minero*, el *Código de Aguas*, el *Código de la Construcción*, el *Código de la Industria*, el *Código Sanitario*, etcétera, o bien, leyes especializadas que no lleguen a constituir un *Código* propiamente tal, como la ley de trasplantes, las leyes de protección de la propiedad intelectual o industrial, leyes específicas para los arrendamientos urbanos o rurales, leyes sobre protección de diversas culturas autóctonas, etc. Ha de ser función primordial del nuevo *Código* dar unidad conceptual a los micro-sistemas civiles y a las leyes especiales que de él deriven. El nuevo *Código Civil* se constituirá así en la base de una interpretación sistemática de toda la legislación civil, puesto que en él se fundamentará todo el sistema de derecho privado.

Además, la redacción de un nuevo *Código Civil* brindará la oportunidad de incorporar al mismo diversas figuras jurídicas que no recogió el *Código* vigen-

te, o que sólo se insinúan en él, o que no recibieron del mismo un desenvolvimiento pleno, como son todas aquellas a que nos referimos en el capítulo 2º.

¿Es todo esto una utopía? ¿Un sueño de una noche tibia de primavera? Si Chile pudo darse, al inicio de su vida republicana, uno de los *Códigos Civiles* mejor sistematizado, mejor balanceado, más ponderado y a la vez más moderno y más bellamente escrito de tantos códigos elaborados en nuestro continente, no parece tan descabellado que —después de ciento cincuenta años desde su promulgación— no sea capaz de mostrar nuevamente la capacidad de creación jurídica que caracterizó al *Código de Bello*.

definitiva, los aspectos conceptuales para configurar una responsabilidad civil deberán buscarse en nuestro más que centenario Código.

También en el siglo XX se altera el criterio que existía en orden a considerar como normas de carácter general en materia de responsabilidad las que el Código Civil contiene con ocasión de la responsabilidad contractual, y que están contenidas en el Título De los efectos de las obligaciones. En los últimos decenios del siglo XX, este criterio cambió y ya se sostiene, con entera propiedad, que las normas de la responsabilidad civil extracontractual son supletorias y, por lo tanto, para resolver situaciones que tengan su origen en una responsabilidad contractual y que no tengan norma específica que las regule, es posible recurrir a las que se contienen a propósito de los delitos y cuasidelitos. Este criterio ha resultado de enorme beneficio en la determinación y cuantificación del daño, como también para regular su extensión y profundidad. Asimismo, ya son numerosos los casos en que tratándose de responsabilidad contractual puede atenuarse la conducta impropia del contratante incumplidor si su contraparte se ha expuesto, de alguna manera, a que la obligación no se haya cumplido en la oportunidad y forma debidas.

Finalmente, no se podría dar término a este trabajo sin reiterar la enorme importancia que ha tenido la actual Constitución Política de la República en el Derecho Civil. No sólo por el hondo significado de su art. 38, inc. 2º, al incorporar la responsabilidad orgánica del Estado, sino que también por la repercusión que ha tenido en diferentes instituciones del Código Civil. El capítulo III de la Constitución referente a los Deberes y garantías constitucionales, sin duda uno de los títulos mejor elaborados de nuestra Carta Fundamental, ha influido enormemente en la comprensión y significado de uno de los pilares de nuestro Código, como lo es toda aquella parte que se refiere al derecho de dominio o propiedad.

Es por eso que resulta bastante acertado cuando se habla de la constitucionalización del derecho, lo que indudablemente es de toda conveniencia, por cuanto permite que un ordenamiento jurídico tendiente a regular las relaciones entre privados pueda además sostenerse y ampararse en la suprema ley que es, precisamente, la Constitución.

Se concluye expresando que el siglo XX ha sido extraordinariamente rico, tanto en las transformaciones que ha requerido el ordenamiento positivo del Código Civil, especialmente en materia del derecho de la familia y el derecho sucesorio, como también en la elaboración de grandes cambios en relación al sentido, aplicación y entendimiento de muchas de sus instituciones, que sin modificar los preceptos del Código han permitido tan trascendentales innovaciones, las que obviamente no han terminado con el siglo XX sino que, como es lógico, se ahondarán en el presente siglo XXI.

## SESQUICENTENARIO DEL CÓDIGO CIVIL DE ANDRÉS BELLO. ALGUNOS DESAFÍOS DE UN TEXTO CÉLEBRE

Mauricio Tapia R.\*

### Resumen

*El Código Civil chileno cumplió 150 años. Este aniversario es una buena ocasión para volver sobre las virtudes de este texto célebre, vinculado a la obra de Andrés Bello y al método de codificación del Código Civil francés, y que constituye una obra cuyo destino ha ocupado una parte de los estudios del profesor Gonzalo Figueroa. Sin duda, el prestigio y el método del Código Civil de Andrés Bello le permitieron una importante difusión internacional y una larga vida, conservando prácticamente inalterables sus principios y reglas de derecho común. Al mismo tiempo, el aniversario que acaba de celebrarse es también una ocasión oportuna para revisar algunos desafíos que enfrenta actualmente el Código Civil, particularmente aquellos que tienen una repercusión directa en la práctica del derecho: la difusión del common law en el mundo y la denominada constitucionalización del derecho civil.*

**1. Celebraciones.** El Código Civil chileno, promulgado el 14 de diciembre de 1855, cumplió 150 años. Redactado por Andrés Bello constituye, como es sabido, la ley civil fundamental (el *derecho común*) de las relaciones entre los individuos, desde el nacimiento hasta la muerte, en la vida familiar y en el ámbito patrimonial.

Este aniversario suscitó un considerable interés en el mundo académico y profesional, de modo similar a como ocurrió en el año 2004 con el bicentenario del Código Civil francés.<sup>1</sup> Así, el sesquicentenario del Código

\* Profesor de derecho civil, Universidad de Chile; Miembro de la *Société de Législation Comparée*; socio de "Estudio Correa Gubbins" (mauricio.tapia@estudiocg.cl).

<sup>1</sup> Celebrado con múltiples manifestaciones en Francia y el extranjero. En particular, un coloquio oficial tuvo lugar en la Sorbonne (11 y 12 de marzo de 2004) y se publicó un *Livre du Bicentenaire* (París, Dalloz-Litec, 2004). Asimismo, la Asociación Andrés Bello de juristas franco-latinoamericanos organizó el congreso L'avenir de la codification en France et en Amérique Latine, París (París, 2 y 3 de abril de 2004, editado bajo la dirección de Christian LARROUMET y la coordinación de Mauricio TAPIA, en París, Les colloques du Sénat, 2004). En Chile tuvo lugar el congreso internacional: "El bicentenario del Código Civil francés. La influencia de este Código en América Latina y los problemas actuales de la codificación" (Santiago, Universidad Diego Portales, 23 y 24 de septiembre de 2004, bajo la coordinación de Carlos PIZARRO y con la colaboración de Mauricio TAPIA; actas editadas en los *Cuadernos de análisis jurídicos*, Colección Derecho Privado II, Universidad Diego Portales, 2005).

Civil de Andrés Bello fue celebrado con un congreso internacional, una exposición y una edición facsimilar, programados por una Comisión creada por iniciativa del Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Roberto Nahum, compuesta por las cinco universidades tradicionales (Universidad de Chile, Universidad Católica de Chile, Universidad de Concepción, Universidad de Valparaíso y Universidad Católica de Valparaíso), y en cuya coordinación participó activamente el profesor Gonzalo Figueroa. Por su parte, la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile publicó una obra colectiva con estudios de destacados juristas nacionales y extranjeros, titulada *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: Pasado, presente y futuro de la codificación*, que fue difundida ampliamente en América Latina y en algunos países europeos,<sup>2</sup> y patrocinó la obra *Código Civil 1855-2005. Evolución y perspectivas*, que tuvo oportunidad de preparar para esa misma ocasión.<sup>3</sup>

**2. Objeto del artículo.** El propósito de este artículo es revisar brevemente dos temas que fueron abordados por esas obras publicadas, teniendo en cuenta que una parte de los estudios del profesor Gonzalo Figueroa ha estado dirigida a examinar el futuro de este importante texto civil. En primer lugar, este sesquicentenario parece una buena ocasión para volver sobre las innegables virtudes del Código Civil, aquellas que justifican su celebridad y que merecen conservarse (I). En segundo lugar, me referiré a algunos problemas recientes que enfrenta el Código Civil y que afectan directamente la práctica del derecho: la difusión del *common law* en el mundo y la denominada *constitucionalización del derecho civil* (II).

## I. EL CÓDIGO CIVIL CHILENO, UN TEXTO CÉLEBRE

**3. Generalidades.** En medio de toda la legislación abundante y efímera, ciento cincuenta años es un verdadero triunfo para una ley. Por esto, es conveniente volver sobre aquello que constituye la fortaleza de este texto, lo que explica su longevidad. Así, en primer lugar se examinarán las razones que explican la celebridad de este Código, vinculadas naturalmente a su origen histórico y a su contenido (A). En segundo lugar, se mencionará cómo esas virtudes otorgaron al Código una gran difusión internacional y una larga vida, sin que sus reglas fundamentales se alteraran (B).

<sup>2</sup> Esta obra colectiva contó con el patrocinio amistoso de la Asociación Andrés Bello de juristas franco-latinoamericanos y de la Asociación Henri Capitant de amigos de la cultura jurídica francesa. La obra fue publicada bajo la dirección de María Dora MARTÍNIC y Mauricio TAPIA, con la colaboración de Sebastián RÍOS, en dos tomos por la Editorial LexisNexis (Santiago, 2005).

<sup>3</sup> Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

## A. ORIGEN Y CONTENIDO DEL CÓDIGO CIVIL

**4. Enumeración.** Puede sostenerse que el Código Civil chileno es un texto célebre por dos razones: i) Por el prestigio que le otorgó su autor, uno de los más notables humanistas latinoamericanos, y, ii) Porque su método de codificación lo acerca a otro modelo famoso: el *Código NAPOLEÓN*.

**5. i) Andrés BELLO y el Código Civil.** Como es sabido, el papel de Andrés Bello en la redacción del Código fue decisivo, pues las sucesivas comisiones de redacción que se formaron tuvieron una participación accidental. Naturalmente, en el éxito práctico de la tarea de Bello contribuyó la estabilidad generada por la obra centralizadora de Diego Portales y el apoyo de Manuel Montt.<sup>4</sup> En efecto, en el proceso de codificación nacional se unieron una voluntad política decidida, un talento jurídico fuera de lo común y un momento indicado.

En Francia, el Código Civil es atribuido con justa razón a la obra de Napoleón, quien, tanto como Justiniano, no redactó el Código pero sí lo "ordenó redactar".<sup>5</sup> Así también en Chile, el Código se atribuye a Andrés Bello, el más notable humanista del continente en el siglo XIX, quien se inspiró a su vez en otros textos históricos famosos (como la Recopilación Justiniana, las Siete Partidas y el mismo Código Napoleón). La circunstancia de que el Código fuera obra de un intelectual conocido y respetado más allá de las fronteras de Chile, facilitó su difusión internacional.

No es el momento de profundizar en la vida y en el pensamiento, por cierto muy interesante, de Andrés Bello. A pesar de lo que sugirió Agustín Squella,<sup>6</sup> este aniversario conmemoró la obra más que el autor. Por lo demás, la vida y la obra de Andrés Bello han sido objeto de innumerables estudios, muchos de ellos referidos a su pensamiento jurídico,<sup>7</sup> e incluso varias obras

<sup>4</sup> El proceso codificador chileno y el papel de Andrés Bello han sido objeto de innumerables trabajos de investigación, por lo que sólo se efectuarán algunas referencias. Como es sabido, los diversos *Proyectos del Código Civil* se pueden encontrar en las *Obras Completas* de Andrés Bello (Santiago, Editorial Nascimento, 1930-1935). Alejandro Guzmán ha publicado una importante obra sobre esta materia: *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile* (Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile, 1982, 2 t.), que constituye la conclusión de una larga investigación y que recoge la bibliografía pertinente.

<sup>5</sup> Aunque Napoleón asistió y participó también en su discusión. Célebre es la intervención de Napoleón en la discusión del Código Civil en materia de familia, marcada por su "experiencia de marido decepcionado (o, quizá, engañado) de una mujer frívola y, por lo demás, estéril". Sin embargo, sus ideas eran bastante avanzadas, y muchas fueron recogidas con posterioridad. "Sólo su misoginia no era profética". CARBONNIER, Jean, "Le Code civil", en *Les lieux de mémoire*, t. II, 2, París, Gallimard, 1986, p. 293; reeditado como prólogo de *Le Code civil 1804-2004. Livre du Bicentenaire*, París, Dalloz-LexisNexis, 2004, p. 20, nota 9.

<sup>6</sup> Quien propone "ahondar en éste [Bello] durante 2005, más allá de los poco más de dos mil quinientos artículos del Código Civil", "Homenaje. 150 años del Código Civil, Andrés Bello, un liberal contenido", Diario *El Mercurio*, 27 de febrero de 2005.

<sup>7</sup> Los estudios son numerosos y se encuentran en su mayoría referenciados en GUZMÁN, Alejandro, "Bibliografía sobre Andrés Bello considerado como jurista", *Archivio Giuridico* (Bologna), 1978, 195, p. 145, y "Nuevo ensayo de una bibliografía sobre Andrés Bello considerado como jurista (1978-1988)", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos (Valparaíso)*, 1987-1988, 12, p. 357.

conmemorativas le fueron dedicadas en el centenario de su muerte<sup>8</sup> y en el bicentenario de su nacimiento.<sup>9</sup>

Pero es necesario al menos destacar que el Código Civil chileno tiene, por este origen histórico vinculado a la figura de Bello, un carácter *simbólico*. Un símbolo histórico no tanto por la simple acumulación de años, sino porque el Código es precisamente la obra de un personaje que en la época ya era aclamado como parte de la historia, como construyendo la historia. Por esto, y de la misma forma que su otra imperecedera creación, la Universidad de Chile, el Código Civil nos resulta indisociable de esa imagen de Andrés Bello, aguda y severa, pero a la vez apacible, del retrato realizado por Raymond Monvoisin.<sup>10</sup>

**6. ii) El Código de Andrés Bello y el Código Napoleón.** El *Código Napoleón*, como se sabe, tuvo una enorme influencia en los países de tradición *romano-germánica*<sup>11</sup> y particularmente en América Latina.<sup>12</sup> Andrés Bello redactó el Código Civil chileno siguiendo muy de cerca al que consideraba como el “*más célebre de los códigos*”, el Código Civil francés.<sup>13</sup> Por lo demás, Bello había traducido en 1833 el famoso *Discours préliminaire* de Portalis, que constituye una síntesis elocuente y brillante del método legislativo que inspiró estos textos.<sup>14</sup>

De esta forma, ambos códigos obedecen a un mismo *método de codificación*, de ordenación de las leyes, cuya eficacia se prueba por su longevidad.<sup>15</sup> Este método se refleja en a) su estrategia legislativa, b) en el plan de ordenación que siguió, c) en sus principios ideológicos y d) en la naturaleza de sus normas de *derecho común*.

<sup>8</sup> En el centenario de la muerte de Andrés Bello, la Universidad de Chile realizó diversos actos conmemorativos y, en particular, se publicaron los *Estudios conmemorativos de la vida y obra de Andrés Bello* (Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile, 1973).

<sup>9</sup> En el bicentenario de su nacimiento, se instituyó una comisión nacional y se realizó, en particular, un congreso internacional por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y el Instituto de Chile (13 al 17 de julio de 1981). Las actas de este congreso están publicadas: *Andrés Bello y el Derecho* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982).

<sup>10</sup> Retrato de Andrés Bello, *Archivos centrales “Andrés Bello”*, Universidad de Chile.

<sup>11</sup> Ver *La circulation du modèle juridique français*, Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, t. XLIV, París, Litec, 1994.

<sup>12</sup> Ver al respecto RAMOS, Carlos, *El Código napoleónico y su recepción en América Latina*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, y WALD, Arnoldo, “L'influence du Code Civil en Amérique Latine”, en *1804-2004. Le Code Civil. Un passé, un présent, un avenir*, París, Dalloz, 2004, p. 855.

<sup>13</sup> Ver acerca de la influencia del Código Napoleón en Chile, GUZMÁN, Alejandro, “Le Code Napoléon et le Code Civil du Chili”, en *La circulation du modèle juridique français*, op. cit., p. 141.

<sup>14</sup> La traducción fue publicada en el diario *El Araucano*. Ver para la versión original en francés, PORTALIS, Jean-Étienne-Marie, “Discours préliminaire sur le projet de Code Civil (présenté le 1<sup>er</sup> pluviôse an IX)”, una edición reciente en *Naissance du Code Civil, La raison du législateur*, París, Flammarion, 2004, p. 35.

<sup>15</sup> Con anterioridad, tuve la oportunidad de efectuar una exposición sobre este método de codificación en el Código Civil francés: ver “Códigos civiles y recopilaciones de derecho constante. A propósito del bicentenario del Código Civil de Napoleón”, en *El bicentenario del Código Civil francés. La influencia de este Código en América Latina y los problemas actuales de la codificación*, Cuadernos de análisis jurídicos, op. cit., p. 163.

**7. a) Estrategia legislativa.** El Código chileno es fruto de una *estrategia legislativa*, llevada a cabo por un jurista que logró un compromiso notable entre diversas posiciones. Así como Napoleón construyó el *Code Civil* sobre la base de consensos (con la Iglesia, entre las identidades locales, y con otras), así también Andrés Bello ese “conservador progresista”<sup>16</sup> o “liberal contenido”<sup>17</sup> logró en el Código una transacción admirable entre tradición e innovación: costumbres de América española, progresos de la Independencia e ideales liberales e ilustrados europeos. Así, por ejemplo, Bello no secularizó el derecho, sino que entregó la constitución de la familia y la comprobación del estado civil a las leyes canónicas, como forma de transacción en homenaje “a las ideas dominantes”.<sup>18</sup> Pero, con posterioridad, el Código se adaptó sin problemas a las leyes que introdujeron esta secularización (1884) y a la que intentó recientemente profundizarla (2004).<sup>19</sup>

**8. b) Estructura u orden natural.** El *Código Napoleón* sistematizó la legislación civil siguiendo un *orden natural*. Este orden supone una exposición racional de las normas, como lo sostuvo la *escuela del derecho natural moderno*; aunque es también el resultado de una *larga evolución* que condujo a la primacía del derecho escrito como símbolo de rigor intelectual y de claridad.<sup>20</sup> Esto implicaba dotar al derecho positivo de ciertos atributos del derecho natural: *uniformidad, universalidad e inmutabilidad*, además de la exigencia de una redacción *clara y precisa*.

En todos estos aspectos Andrés Bello siguió de cerca al modelo francés, aunque su plan es incluso más armonioso y cercano al *sistema gayano-justinianeo*: Personas, Bienes, Sucesiones y Obligaciones.<sup>21</sup> Respetando la exigencia de claridad y precisión, Bello redactó un texto sobrio, prístino y exacto, con un lenguaje llano y no técnico, que recuerda que fue poeta y autor de una *Gramática* considerada como una de las mejores de los tiempos modernos. Por esto, Armando Uribe, el Premio Nacional de Literatura, sostiene que en el Código es posible encontrar una “altísima y curiosísima literatura”.

**9. c) Principios ideológicos.** En cuanto a sus *principios ideológicos*, el Código chileno, como el francés, exaltó el individualismo mediante la consagración

<sup>16</sup> BARROS, Enrique, *Apuntes del Curso de derecho civil I, Parte general*, Universidad de Chile, 1996.

<sup>17</sup> SQUELLA (n. 6).

<sup>18</sup> ALESSANDRI R., Arturo y SOMARRIVA, Manuel, *Curso de derecho civil, t. I, Parte general y las personas*, Santiago, Editorial Nascimento, 1945, 2<sup>a</sup> ed. de Antonio VODANOVIC, p. 71.

<sup>19</sup> La Nueva Ley de Matrimonio Civil, que introduce el divorcio vincular, aunque amplía al mismo tiempo las causales de nulidad tomando algunas del derecho canónico.

<sup>20</sup> Acerca del movimiento histórico que condujo a la codificación: HALPÉRIN, Jean-Louis, *L'impossible Code Civil*, París, PUF, 1992, p. 37, y VANDERLINDEN, Jacques, *Le concept de code en Europe occidentale du XIII<sup>e</sup> au XIX<sup>e</sup> siècle. Essai de définition*, Bruselas, Facultés Libres de Bruxelles, 1967.

<sup>21</sup> Sobre el origen de este plan del Código Civil chileno; GUZMÁN, Alejandro, “La sistemática del Código Civil de Andrés Bello”, en *Andrés Bello y el derecho latinoamericano*, Caracas, La Casa de Bello, 1987, p. 317.

en normas de derecho privado de la igualdad, la libertad y la voluntad. Estos principios generales se reflejaron en la mayoría de las disposiciones y, particularmente, en las relativas a la propiedad individual, a la libertad contractual y a la responsabilidad civil.<sup>22</sup> Aunque hayan recibido múltiples ataques, estos principios ideológicos siguen formando parte del centro del derecho civil moderno y, más aún, permanecen como una verdadera conquista democrática.

**10. (d) Derecho común: normas generales, abstractas y flexibles.** La técnica de redacción de las normas del Código Civil chileno resultó exitosa: al recoger reglas de *derecho común*, que venían formándose desde Roma, en normas generales, abstractas y flexibles. Como en el modelo francés, la generalidad de los términos utilizados por muchas disposiciones –la textura abierta y flexible de su redacción– permitió a la jurisprudencia, asistida por la doctrina, elaborar teorías generales que demostraron ser una fuente rica de interpretación y de integración del derecho privado. Así, por ejemplo, a partir de las escasas reglas de los artículos 2314 y siguientes se creó una teoría general de la responsabilidad por culpa, aplicable a todos los daños provocados por ilícitos no regulados por leyes especiales y que sigue siendo el régimen común de la reparación de los daños.

**11. ¿Pérdida de la influencia del derecho francés?** Con posterioridad a la promulgación del Código Civil, la legislación francesa continuó influyendo en el derecho nacional. Pedro Lira Urquieta (1958) afirmaba que las leyes francesas, a pesar de sus defectos y de las precipitaciones que con frecuencia las dominan, “siguen sirviendo de modelo a las legislaciones iberoamericanas(...) es curioso observar cómo nuestras legislaciones son reacias a servirse de los modelos italiano y español”.<sup>23</sup> Así también, en la discusión de diversas leyes en los últimos años (como la relativa a la contratación con consumidores o la Nueva Ley de Matrimonio Civil), la legislación francesa puede identificarse como la fuente inmediata de numerosas instituciones o disposiciones particulares.

Estos vínculos entre los derechos francés y chileno permanecen en la actualidad. Así, es frecuente que abogados y jueces citen en sus escritos y decisiones las opiniones de autores franceses destacados (generalmente, por intermedio de traducciones al español que datan de la década del 50 ó 60).<sup>24</sup> De esta forma, el derecho francés no sólo influyó en la redacción del Código Civil chileno, sino también en la interpretación de sus normas.

<sup>22</sup> Ver en este sentido, CARBONNIER, Jean, *Droit civil, Introduction*, París, PUF, 2002, 27ª ed., p. 136.

<sup>23</sup> *Las grandes líneas de la legislación contemporánea*, Santiago, Imprenta Chile, 1958, p. 11.

<sup>24</sup> La colección *Derecho francés contemporáneo*, dirigida por el autor de este artículo y José Miguel Valdivia, efectuará traducciones de obras francesas recientes, de autores consagrados, en materia de responsabilidad. El primer volumen de esta colección corresponde al estudio de François CHABAS, *Cien años de responsabilidad civil en Francia* (París, van Dieren éditeur, 2004, traducción y notas de M.T.) y el segundo, que se encuentra en preparación, al libro *Responsabilidad civil extracontractual*, de Jean CARBONNIER (www.vandieren.com).

Pero es una realidad que la influencia del Código Civil francés sobre las codificaciones latinoamericanas ha sido decreciente en el tiempo,<sup>25</sup> y esto puede explicarse en parte por la difusión del *common law* en el mundo, como se expondrá.<sup>26</sup>

En todo caso, este notable origen y contenido aseguró una evolución al Código Civil chileno marcada por una gran difusión internacional y le confirió una longevidad sin afectar sus reglas fundamentales.

## B. EVOLUCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL (1855-2005)

**12. Enumeración.** En lo que interesa para los fines de este estudio, mencionaremos algunos aspectos de la difusión internacional del Código Civil (i), así como de las modificaciones que sufrió, que no alteraron sus principios y reglas fundamentales (ii).

**13. i) Difusión internacional del Código Civil chileno.** Tal como el modelo francés, el Código Civil chileno tuvo una gran difusión en Sudamérica y Centroamérica. En efecto, el Código Civil chileno se representaba para estos países un texto que junto con efectuar innovaciones necesarias se mantenía en la línea del derecho castellano. Tenía, además, la ventaja de estar redactado en español (y de gran calidad) y poseer una ordenación sólidamente fundada en el derecho romano. Por esto fue valorado por varios países como un modelo preferible a sus contemporáneos europeos.

Los estudios históricos son numerosos sobre esta materia y sus conclusiones son bien conocidas. Es suficiente con recordar, como señala Bernardino Bravo, que el Código Civil de Bello fue difundido de tres formas distintas.<sup>27</sup> En primer término, algunos países lo adoptaron con sólo algunas modificaciones de detalle: Colombia, Panamá, El Salvador, Ecuador, Venezuela (por un corto período), Nicaragua y Honduras. Por otra parte, en la redacción de textos propios, varios países siguieron muy de cerca al Código de Bello en contenido y estructura: Uruguay, Argentina y Paraguay (a través del texto argentino). Por último, el Código de Bello fue consultado como una fuente entre otras para elaborar los códigos de los siguientes países: Portugal, México, Venezuela (1873 y 1916), Guatemala, Costa Rica, España y Brasil (1917).

**14. ii) Modificaciones del Código Civil.** En un elocuente artículo publicado próximo al sesquicentenario del *Código Napoleón*, Georges Ripert sostenía que

<sup>25</sup> GUZMÁN, Alejandro, “La influencia del Código Civil francés en las codificaciones americanas”, en LARROUMET Ch. (dir.) y TAPIA M. (coord.), *L’avenir de la codification en France et en Amérique Latine* (2 y 3 de abril de 2004), París, Les colloques du Sénat, 2004, p. 47.

<sup>26</sup> Ver *infra* N° 18 y s.

<sup>27</sup> Ver BRAVO, Bernardino, “La difusión del Código Civil de Bello en los países de derecho castellano y portugués”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (Valparaíso), 1982, N° 7, p. 71.

ese Código era como esos ancianos que no demuestran su edad.<sup>28</sup> Lo mismo se puede decir del Código de Andrés Bello: si bien varias de sus disposiciones se modificaron, su estructura, así como sus normas y principios fundamentales, permanecen intactos y saludables. Por esto, como se concluirá, el Código Civil no ha sufrido verdaderamente un proceso de *descodificación* que justifique su reforma global.<sup>29</sup> En efecto, el Código Civil chileno ha asimilado, asistido por la jurisprudencia y la doctrina, grandes transformaciones sociales generadas por la aparición del motor a explosión, de la navegación aérea, de las telecomunicaciones, de los mercados financieros, de la liberalización de los intercambios internacionales, de la medicina moderna; sin hablar de varios conflictos armados, tres constituciones políticas, la secularización del Estado y los innumerables (y radicales) cambios de política económica.

La riqueza del *derecho común* que recoge y la plasticidad de sus normas permitieron que el Código atravesara gran parte de la vida independiente del país y, por esto, como hizo Jean Carbonnier respecto del *Código Napoleón* en Francia, puede atribuírsele el carácter de verdadera *constitución civil* de Chile.<sup>30</sup>

**15. Panorama de las reformas importantes.** Pero el Código Civil chileno sufrió también varias modificaciones. Sería *tedioso* efectuar una descripción detallada de cada una de las normas modificadas del Código Civil.<sup>31</sup> En todo caso, las modificaciones más importantes ocurrieron en el ámbito de la familia y de las sucesiones, materias sensibles a la evolución de las costumbres. En estas áreas el derecho privado marcó un sano repliegue, dando cuenta de una mayor tolerancia frente a una pluralidad de formas de vida y de relaciones familiares.<sup>32</sup>

Así, la celebración y disolución del **matrimonio** se secularizó (1884). El divorcio vincular sólo se reconoció ciento veinte años más tarde, aunque la práctica de la nulidad simulada como método de divorcio se había masificado desde 1925.<sup>33</sup> En materia de filiación, las antiguas distinciones entre los hijos fueron progresivamente eliminadas en beneficio de una sola distinción: hijos matrimoniales y no matrimoniales. Hoy existe una amplia igualdad entre ellos en todos los ámbitos: acciones de filiación, derechos patrimoniales entre padres e hijos, patria potestad y derecho de alimentos.<sup>34</sup>

<sup>28</sup> "Le bilan d'un demi-siècle de vie juridique", Recueil Dalloz, 1950, chr. p. 1.

<sup>29</sup> Véase *infra* N° 30.

<sup>30</sup> Véase n. 26, p. 15.

<sup>31</sup> Manuel Somarriva realizó un estudio acucioso e interesante en el centenario: *Evolución del Código Civil chileno (Homenaje al centenario de su promulgación)*, Santiago, Editorial Nascimento, 1955. Una cuestión similar intentó efectuar, con mucho menos éxito naturalmente, el autor de este artículo en (n. 24), pp. 61 y s.

<sup>32</sup> Sobre este repliegue del derecho civil, BARROS, Enrique, "La ley civil ante las rupturas matrimoniales", en *Revista Estudios Públicos*, 2002, 85, p. 5.

<sup>33</sup> Véase TAPIA, Mauricio, "Nulidad y divorcio en el proyecto de Nueva Ley de Matrimonio Civil", Santiago, en *Revista Estudios Públicos*, 2002, 86, p. 232.

<sup>34</sup> Véase sobre esta importante reforma, los estudios publicados en *El nuevo estatuto de filiación en el Código Civil chileno*, Santiago, Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1999.

La capacidad de la mujer casada fue restablecida progresivamente hasta la desaparición de su último vestigio: la incapacidad relativa en régimen de sociedad conyugal. Los regímenes de bienes del matrimonio sufrieron cambios importantes: se autorizó el pacto de separación total de bienes, se creó el patrimonio reservado de la mujer casada, se adecuó la administración de la sociedad conyugal y se introdujo un nuevo régimen de *participación en los gananciales*.

En cuanto al **cónyuge sobreviviente**, luego de sucesivas reformas se transformó en legitimario: heredero forzoso, asignatario de la cuarta de mejoras y, eventualmente, en habitador o usuario de la vivienda familiar. En cuanto a la situación de los hijos, y también tras varias reformas, se igualó a todos los descendientes de un mismo progenitor, nacidos dentro o fuera del matrimonio.

En materia de **bienes** las reformas se realizaron fuera del Código: la elaboración del Código de Aguas y del Código de Minería; el surgimiento de propiedades especiales, como la intelectual, industrial y la relevante copropiedad inmobiliaria, y las innumerables leyes que establecieron algunas limitaciones al dominio, creando servidumbres públicas, limitaciones urbanísticas o de carácter municipal, entre otras.

En materia de derecho de contratos las modificaciones también son abundantes, pero las reglas fundamentales del Código permanecen vigentes (condiciones de validez, efectos, interpretación y pruebas). Ante todo, existe un primer gran ámbito cubierto por el derecho comercial que cuenta con regulaciones propias. Como el Código Civil es el *derecho común* de todos los individuos y no de una categoría (comerciantes), es conveniente que permanezcan fuera de él, al menos mientras se siga estructurando principalmente como un derecho de una clase. Otras figuras contractuales, esta vez civiles, se incorporaron como anexos al Código: contrato de prenda sin desplazamiento, arrendamiento con promesa de compraventa, etc.

Un segundo grupo de reformas se hizo con fines de protección: el contrato de trabajo (que dio origen desde el año 1931 a una codificación especial), los contratos con consumidores, arrendamiento de inmuebles, etc.<sup>35</sup>

El estatuto general de la responsabilidad civil extracontractual fundada en la culpa no ha sido modificado. La materia tuvo un extraordinario, aunque no muy sistemático, desarrollo en la jurisprudencia, del cual la doctrina se ha esforzado por extraer algunas nociones generales. El surgimiento de nuevos y graves riesgos, vinculados a la industrialización de la economía y a los medios de transporte, dio nacimiento a regímenes especiales de responsabilidad estricta: responsabilidad del explotador de aeronaves por daños ocasionados en caso de accidente aéreo; daños provenientes del uso de instalaciones nucleares, etc. La responsabilidad del Estado también se desarrolló enormemente, con pretensiones de autonomía y una considerable confusión en los conceptos.

<sup>35</sup> Véase respecto de estos contratos en que es necesaria la protección de una de las partes; TAPIA, Mauricio y VALDIVIA, José Miguel, *Contrato por adhesión*, Ley N° 19.496, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002.

Pero a esta evolución legislativa debe agregarse la contribución de la jurisprudencia. No cabe duda de que la jurisprudencia nacional presenta algunas desventajas, como la escasa motivación en algunas materias, cuestión que dificulta la comparación y la formación de precedentes. Pero un esfuerzo mayor de sistematización y argumentación es perceptible, sobre todo observando el incremento del diálogo con la doctrina, que es una gran auxiliar en esa tarea.<sup>36</sup> Por una parte, los fallos usan con más frecuencia las explicaciones y las teorías doctrinales;<sup>37</sup> y por otra parte, los comentarios de sentencias y el número de revistas jurídicas que las recogen va en aumento (RDJ, Gaceta Jurídica, Revista del Abogado, Revista de Derecho de la U. de Concepción, Revista de Derecho de la U. Austral, Revista Chilena de Derecho Privado, entre otras).

**16. Síntesis de la primera parte.** En resumen, puede concluirse que el Código Civil chileno es un texto célebre por su origen histórico, que lo acerca a la figura de Andrés Bello y al método de codificación de otro texto famoso, el *Código Napoleón*. Esta celebridad y contenido aseguró al Código una gran difusión internacional y una larga vida. Las reformas parciales que sufrieron sus normas lo adaptaron a la evolución de las costumbres. Pero contrariamente a lo que algunos autores sostienen, estas reformas no provocaron la descodificación del derecho civil, pues los principios y reglas fundamentales del Código permanecen vigentes y, por esto, no parece necesario emprender una recodificación. Se volverá sobre la descodificación y la recodificación al final del artículo.<sup>38</sup>

## II. CÓDIGO CIVIL CHILENO: UN TEXTO CUESTIONADO

**17. Generalidades.** Los Códigos Civiles, como el francés y el chileno, han sido objeto de los más variados ataques y críticas. Tres de ellos fueron bastante discutidos en este sesquicentenario; en primer lugar, el reproche de que las categorías ideológicas fundamentales del Código estarían obsoletas (libertad contractual, igualdad, propiedad individual, etc.), cuestión que resulta muy discutible; en segundo lugar, la denuncia de la ausencia de algunas teorías o doctrinas que con el tiempo se consolidaron en la práctica (como los derechos de la personalidad o el abuso de derechos); y, finalmente, la irrupción de la inflación normativa, la proliferación de leyes efímeras, técnicas y deficientes, que oscurecen el sistema creado por el Código. Dada su especialidad, estos problemas los he tratado en otra publicación.<sup>39</sup>

<sup>36</sup> Véase DOMÍNGUEZ A., Ramón, "Observaciones a ciento veinte años de jurisprudencia", en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, 1985, 178, p. 59.

<sup>37</sup> Aunque las citas no siempre son afortunadas, como en el fallo de 7 de noviembre de 2001; la Corte Suprema, efectuando una cita incompleta de la obra de Jossierand, incurre en un error de calificación de la prescripción de la acción de indemnización de perjuicios. Véase JANA, Andrés y TAPIA, Mauricio, "Corte Suprema, 7 de noviembre de 2001. Suspensión e interrupción de la prescripción de la acción indemnizatoria" (en preparación).

<sup>38</sup> Véase *infra*, N° 30.

<sup>39</sup> (n. 24).

En efecto, considerando su efecto mediático, me parece preferible concentrar el análisis en otros dos problemas que enfrenta el Código Civil: A) la expansión del *common law* en el mundo, y B) La denominada *constitucionalización del derecho civil*.

### A. EL CÓDIGO CIVIL Y LA DIFUSIÓN DEL *COMMON LAW*

**18. La temida ineficiencia.** La difusión del *common law* en el mundo no debiera ser un problema para el Código, en la medida en que esa tradición ha coexistido durante siglos con la *romano-germánica*. Como se sabe, se entiende por tradición jurídica *romano-germánica* los sistemas que utilizan un razonamiento por categorías (cuyo paradigma son las *Institutas* del derecho romano), expresado en leyes sistematizadas comúnmente en códigos, tal como ocurre en Francia y en Chile.<sup>40</sup>

Sin embargo, la denominada *mundialización de la economía* provoca que el sistema de derecho propio sea percibido como un instrumento útil en la expansión económica internacional. Ya no sólo se trata de hacer buenos negocios, sino también de hacerlos con las leyes propias.

En particular, la difusión del *common law* en el mundo siembra (deliberadamente) la sospecha, en gran medida injustificada, de que los códigos civiles son una fuente de la temida *ineficiencia*.<sup>41</sup> En efecto, los países de tradición *romano-germánica* son objeto de un asedio por el *common law*.

**19. *Doing business in 2004*.** Resulta suficiente con aludir el informe *Doing business in 2004*, del Banco Mundial, que concluye que los países de tradición jurídica *romano-germánica*, en oposición al *common law*, sufren de una reglamentación asfixiante, que sería una tara para los países en vías de desarrollo y una fuente de formalismo nefasto para las actividades empresariales.<sup>42</sup>

Efectuado sobre la base de un esquema comparativo de cinco grandes parámetros (creación de empresas, contratación y despido de trabajadores, obtención de crédito, cumplimiento de los contratos y liquidación de empresas), la ambición declarada es la búsqueda de un modelo universal inspirado en el *common law*. En efecto, en un comunicado de prensa, el propio Banco Mundial indicó que, "en muchos casos, lo que funciona en

<sup>40</sup> Ver Informe del Conseil d'Etat *L'influence internationale du droit français*, París, La documentation française, 2001, p. 18.

<sup>41</sup> Sobre la *eficiencia* en los sistemas de derecho civil codificado, véase MALLET-BRICOUT, Blandine, "Libres propos sur l'efficacité des systèmes de droit civil", en *Revue internationale de droit comparé*, 1994, p. 865.

<sup>42</sup> Disponible en: <http://rru.worldbank.org/DoingBusiness/Main/DoingBusiness2004.aspx> (consultado: 22.12.2004). Ver el comentario de Edouard de Lamaze, "Bon anniversaire, cher Code Civil", en *Gazette du Palais*, 28-29 mayo 2004, p. 2.

los países desarrollados proporciona también buenos resultados en los países en vías de desarrollo, desmintiendo la idea de que no existe un modelo universal".<sup>43</sup>

Los errores técnicos, la metodología y los propósitos de este informe han sido fuertemente criticados por los Colegios de Abogados franceses,<sup>44</sup> particularmente por el prejuicio ideológico de sostener que forzosamente "la regla es sinónimo de corrupción y un freno al desarrollo".<sup>45</sup>

**20. Defensa de la tradición romano-germánica.** Este y otros ataques generaron una preocupación acerca de la importancia de la difusión del modelo jurídico *romano-germánico*. Preocupación que se acrecienta con los intentos de codificaciones supranacionales, que inevitablemente ponen en competencia a las diversas tradiciones jurídicas,<sup>46</sup> y que son presentados como un avance técnico con el fin de esconder los propósitos ideológicos que se persiguen con esa uniformidad impuesta.<sup>47</sup> La defensa de un modelo nacional, como se debe entender, no se reduce a la defensa nacionalista (chovinista) de un sistema propio, sino que se funda en la idea de que su coexistencia no conduce necesariamente al exterminio de uno de ellos.

Resultan innegables la adaptabilidad y las otras múltiples ventajas de la *common law*; sobre todo apreciables por quienes ejercen el derecho en el campo de los negocios. Pero insistir sobre este modelo, reputándolo como *superior*, es hacer poco caso a nuestras diferencias históricas y culturales. En efecto, es evidente que existen diferencias reales en la forma de razonamiento jurídico, y una prueba un tanto caricatural es el brindis anual que los *lawyers* efectúan a las eternas divergencias y vacíos del *common law*.

**21. Convergencia de las tradiciones jurídicas.** Por otra parte, una unificación impuesta parece ser inútil, puesto que los dos sistemas conducen progresivamente a soluciones análogas. En efecto, la denominada *mundialización de la economía* no debe conducir a un derecho mundial único, sino a una convergencia de los sistemas jurídicos respetando un pluralismo jurídico

<sup>43</sup> Ver BONNET, Eric y DUFOUR, Olivia, "Le droit français expliqué aux américains", en *Gazette du Palais*, 5-6 diciembre 2004, p. 3.

<sup>44</sup> Ver la posición del *Conseil National des Barreaux* francés (comunicado de prensa, <http://www.cnb.avocat.fr/journalistes/banquemondiale.php>; consultado 8/12/2004).

<sup>45</sup> Opinión del *Barreau de Paris*, en BONNET y DUFOUR (n. 43), p. 3.

<sup>46</sup> Los estudios sobre la codificación europea son innumerables y escapa al objeto de este artículo el referirlos. Para una visión acerca del problema de la concurrencia de tradiciones jurídicas y la codificación europea, véase LEGRAND, Pierre, "Sens et non-sens d'un code civil européen", en *Revue internationale de droit comparé* (París), 1996, p. 779.

<sup>47</sup> Al respecto, véase la crítica del profesor Ugo Mattei en MATTEI, Ugo y DI ROBILANT, Anna, "Les longs adieux. La codification italienne et le Code Napoléon dans le déclin du positivisme étatique", en *Revue internationale de droit comparé* (París), 2004, IV, p. 847.

que parece inevitable.<sup>48</sup> La convergencia espontánea entre los sistemas jurídicos de tradición del *common law* y *civil law* puede constataarse, en derecho privado, en las instituciones influenciadas por la noción de *mercado* de inspiración liberal. El ejemplo más evidente se encuentra en materia de libre competencia: la represión de conductas abusivas de poder de mercado y de concentraciones tiende a uniformarse, particularmente por efecto de un alineamiento progresivo entre las decisiones de jurisdicciones especializadas. Asimismo, en materia contractual algunos principios generales tienden a ser reconocidos en ambas tradiciones, tal como la sanción del *estoppel* o de los actos propios.

**22. Reacción de los Colegios de Abogados franceses.** En cualquier caso, cabe destacar algunas oportunas reacciones frente a estos asedios del *common law*. Es el caso de los Colegios de Abogados franceses, inquietos por el estado deplorable de la "exportación del modelo francés. En una declaración señalan que Napoleón comprendió perfectamente que la exportación del derecho nacional es un factor de desarrollo de la influencia de un país y de creación de riqueza a largo término, además de ser una herramienta de *protección de la profesión, de la independencia y del sistema jurídico*".<sup>49</sup> Es así que el *Barreau de Paris* organizó una conferencia en Washington (noviembre de 2004), con la participación del Banco Mundial, destinada a explicar y promover el derecho de tradición francesa en el mundo, intentando demostrar que este sistema jurídico también ofrece herramientas eficaces (como las recientes regulaciones francesas sobre dirección de empresas, contenidas en las leyes de *nuevas regulaciones económicas* y de *seguridad financiera*).<sup>50</sup>

**23. Reacción de los poderes públicos franceses.** Los poderes públicos también reaccionaron (preocupados naturalmente de que en algunos índices Francia resultará clasificada atrás de Botswana), y el mismo Presidente de la República francesa, en la conmemoración del bicentenario del *Código Napoleón*, anunció la creación de una *Fundación para la promoción y exportación del derecho francés*,<sup>51</sup> cuyos propósitos en definitiva se extendieron para la promoción del derecho continental.<sup>52</sup>

<sup>48</sup> Ver acerca de esta aproximación entre los sistemas, el artículo del *Primer Presidente de la Cour de Cassation* francesa, Guy CANIVET: "La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français", en *Revue internationale de droit comparé* (París), 2003, p. 7.

<sup>49</sup> Ver JOBERT, Marc, *Rapport sur l'exportation du droit français*, Conseil National des Barreaux, 17 de enero de 2004 ([http://www.cnb.avocat.fr/PDF/2004-01-17\\_Rapport\\_Jobert.pdf](http://www.cnb.avocat.fr/PDF/2004-01-17_Rapport_Jobert.pdf); consultado 21/12/2004).

<sup>50</sup> Ver BONNET y DUFOUR (n. 64), p. 3.

<sup>51</sup> Ver CHIRAC, Jacques, *Allocution à l'occasion du colloque organisé pour le bicentenaire du Code Civil*, París, La Sorbonne, 11 de marzo de 2004 (<http://www.elysee.fr/magazine/actualite/sommaire.php?doc=/documents/discours/2004/D040311B.html>; consultado 21/12/2004).

<sup>52</sup> Que se encuentra en formación: <http://www.fondation-droitcontinental.org/>

Como es sabido, en este tipo de iniciativa los Estados Unidos tienen bastante ventaja. Un ejemplo de ello es el *Central European and Eurasian Law Initiative* (CEELI), creado en 1990 por la *American Bar Association*, subvencionado con abundantes fondos gubernamentales, y cuya misión es promover y asesorar los procesos de reforma del derecho de los países de Europa central y oriental y en los Estados independientes derivados de la ex URSS.<sup>53</sup>

En todo caso, las iniciativas descritas anteriormente lograron al menos que el informe *Doing Business in 2005*, contenga una aproximación relativamente más equilibrada en el análisis comparado de los sistemas.<sup>54</sup>

**24. Situación de Chile.** No obstante, y fruto sin duda de la favorable imagen internacional de que goza el país, en ambos informes Chile es mejor clasificado que Francia. Así, en el último de estos documentos, Chile es catalogado como uno de los treinta y cinco países en el mundo donde es más fácil desarrollar un negocio y su extraordinaria posición relativa en la región es confirmada... y todo esto con un Código Civil que data de 1855.<sup>55</sup>

**25. ¿El common law podrá reemplazar al Código Civil?** La pregunta excede ampliamente los fines de este artículo. Con todo, puede afirmarse que aunque el common law haya influido algunas leyes económicas chilenas, difícilmente podrá reemplazar al Código Civil. Además de las enormes diferencias culturales, nuestras formas distintas de razonamiento vuelven muy difícil estructurar un derecho civil sobre esa tradición. Por lo demás, desde una perspectiva histórica, "una sociedad que ha adoptado códigos difícilmente deja de pensar en hacer nuevos códigos".<sup>56</sup>

Pero el Código Civil sufre de otro problema serio e importante en la práctica: la concurrencia de normas constitucionales que se refieren a materias civiles.

<sup>53</sup> Véase LEVY, David, "Le CEELI", en Jobert Marc, *Rapport sur l'exportation du droit français*, Conseil National des Barreaux, 17 de enero de 2004 ([http://www.cnb.avocat.fr/PDF/2004-01-17\\_Rapport\\_Jobert.pdf](http://www.cnb.avocat.fr/PDF/2004-01-17_Rapport_Jobert.pdf); consultado 21/12/2004).

<sup>54</sup> Este informe evalúa siete indicadores para desarrollar una empresa: creación de empresas, contratación y despido de trabajadores, obtención de crédito, cumplimiento de los contratos, liquidación de empresas, registro de propiedades y nivel de protección con que cuentan los inversionistas ([http://rru.worldbank.org/documents/DoingBusiness/DB2005\\_Overview\\_Spanish.pdf](http://rru.worldbank.org/documents/DoingBusiness/DB2005_Overview_Spanish.pdf); consultado: 22/12/2004).

<sup>55</sup> Así también, en el informe anual del *World Economic Forum*, Chile es situado en el puesto veintidós en el ranking de competitividad y primero en Latinoamérica, mientras que Francia aparece en el lugar veintisiete ([http://www.weforum.org/pdf/Gcr/Growth\\_Competitiveness\\_Index\\_2003\\_Comparisons](http://www.weforum.org/pdf/Gcr/Growth_Competitiveness_Index_2003_Comparisons); consultado: 22/12/2004).

<sup>56</sup> GUZMÁN, Alejandro, *La fijación del derecho. Contribución al estudio de su concepto y de sus clases y condiciones*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1977, p. 12, nota 4.

## B. EL CÓDIGO CIVIL Y LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL

**26. Planteamiento.** Las relaciones entre el Código Civil y la Constitución han sido objeto de varios estudios en el derecho nacional.<sup>57</sup> De entre éstos, varios se refieren, como se hace a continuación, al *efecto horizontal de los derechos fundamentales*.<sup>58</sup>

**27. Efecto horizontal de los derechos fundamentales.** La Constitución, que contiene un catálogo de derechos y de garantías considerados fundamentales, no sólo representa una defensa de los particulares contra los excesos del Estado sino que, también, establece un conjunto de valores o principios que imponen límites a la actuación de los particulares en sus relaciones con otros particulares. Esta utilización de las normas constitucionales se denomina usualmente *efecto horizontal de los derechos fundamentales*.<sup>59</sup> Este fenómeno plantea un problema considerable desde el punto de vista de los códigos y de la práctica, pues si los principios constitucionales sobre aspectos civiles tienen un efecto entre particulares, ¿qué función le queda al Código?, ¿sus reglas y categorías fueron modificadas por la Constitución?, ¿sus principios y reglas son prescindibles?

La Constitución asegura, por ejemplo, el respeto a la integridad física y síquica (art. 19, N° 1) y a la intimidad, vida privada y el honor (art. 19, N° 4). La jurisprudencia nacional, gracias al extendido desarrollo del recurso constitucional de protección, ha aceptado que se invoque directamente un derecho constitucional (la propiedad incorporal sobre un derecho personal,<sup>60</sup> la igualdad, etc.) en conflictos entre particulares, como los originados por incumplimiento de un contrato. También en materia de responsabilidad civil, por ejemplo, existen varias sentencias que citan como derechos *directamente* oponibles a las partes del litigio el art. 19 N°s 1 y 4 de la Constitución, con el objetivo de conceder la reparación del daño moral en materia contractual,

<sup>57</sup> Véase para una visión general, DOMÍNGUEZ A., Ramón, "Aspectos de la constitucionalización del Código Civil chileno", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 1996, t. XCIII, p. 107, y GUZMÁN, Alejandro, *El derecho privado constitucional de Chile*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2001.

<sup>58</sup> Véase JANA, Andrés, "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales", en *Los derechos fundamentales*, seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, SELA, 2001, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, p. 53; también los párrafos pertinentes de JANA Andrés, y TAPIA, Mauricio, "Daño moral en la responsabilidad contractual. A propósito de un fallo de la Corte Suprema de 5 de noviembre de 2001", en *Temas de responsabilidad civil*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2004, p. 171, y PIZARRO, Carlos, "Los derechos fundamentales y los contratos. Una mirada a la *Drittwirkung*", en *Gaceta Jurídica*, 1998, 221, p. 7.

<sup>59</sup> La expresión *efecto horizontal* se utiliza para graficar que los derechos fundamentales producen efectos entre privados, en oposición al *efecto vertical* en que sólo resultan oponibles tales derechos a las acciones de entes públicos (es el contraste entre coordinación y subordinación). Véase JANA (n. 58), p. 53.

<sup>60</sup> Véase sobre el desarrollo de esta práctica en materia de contratos y sus riesgos, JANA, Andrés, y MARÍN, Juan Carlos, *Recurso de protección y contratos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996.

sosteniendo que tales normas predominan de modo jerárquico por sobre el art. 1556 del Código Civil.<sup>61</sup>

**28. Rol del Código Civil en esta constitucionalización.** No cabe duda de que la invocación de la Constitución en conflictos entre privados muestra el vigor y la elasticidad de sus preceptos. Pero esa práctica involucra algunos riesgos. Las normas constitucionales son expresión de valores considerados fundamentales por la sociedad, pero la materialización de esos principios generales y abstractos en reglas precisas es una tarea que corresponde al legislador, esencialmente al Código Civil. La denominada *constitucionalidad del derecho civil* no supone un abandono del Código, sino una nueva "mirada" sobre sus categorías y reglas esenciales, que por lo demás siguen siendo imprescindibles para resolver los casos concretos. Así, por ejemplo, el respeto constitucional de la *integridad física* puede llevar a concluir que el daño corporal sufrido por la infracción contractual debe ser reparado, pero ello nada nos dice acerca de la naturaleza de esa reparación, de su alcance y de sus límites. Estas últimas cuestiones son los típicos problemas que el derecho privado, en más de veinte siglos de evolución, ha intentado resolver mediante leyes y prácticas judiciales que, por ejemplo, han extendido la reparación al *pretium doloris*, precisando las reglas sobre legitimación activa y exigido la previsibilidad de los daños como límite a la reparación. Esta riqueza normativa corre el riesgo de despreciarse cuando las sentencias fundan su decisión no en las normas del Código y costumbres judiciales, sino en la aplicación directa de normas constitucionales que tienen valor de principios generales, pero cuyos contornos son enormemente difusos.<sup>62</sup> Esa misma indeterminación es una fuente de inseguridad jurídica, pues sobre la base de esas normas generales de la Constitución pueden plantearse las demandas más peregrinas.

En conclusión, los principios constitucionales pueden utilizarse para renovar el sentido del Código Civil en algunas materias, conforme a la evolución de la sociedad. El Código Civil chileno, no debe olvidarse, se ha aplicado sin inconvenientes bajo el imperio de tres constituciones políticas. Después de todo, como acertadamente afirma Enrique Barros, precisamente por su carácter marcadamente histórico el derecho privado se encuentra abierto a la evolución.<sup>63</sup> Pero ello no debe conducir a aceptar la aplicación directa de las normas constitucionales en conflictos entre particulares, sin la mediación de la rica tradición civil. Esto podría conducir, como ha señalado Carlos Peña, a propósito de la utilización indiscriminada del recurso de protección, a una práctica constitucional procesalmente avanzada, pero

<sup>61</sup> Véase por ejemplo, Corte Suprema, 20 de octubre de 1994, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XCI, sec. 1<sup>a</sup>, p. 100.

<sup>62</sup> Véase sobre la diversa naturaleza de los principios y las reglas, BARROS, Enrique, "Reglas y principios en el derecho", en *Anuario de filosofía jurídica y social*, 1984, N° 2.

<sup>63</sup> "Lo público y lo privado en el derecho", en *Revista de Estudios Públicos*, 2001, 81, p. 5.

argumentativamente arcaica,<sup>64</sup> o lo que es peor, fundada en una forma elemental de justicia de equidad.<sup>65</sup>

**29. Síntesis de la segunda parte.** En resumen, puede concluirse que ninguno de estos ataques dirigidos contra el Código Civil parecen afectar su futuro; por una parte, las tradiciones jurídicas se dirigen hacia ciertas convergencias y no es necesaria una "fusión" con el *common law*; y, por otra, las normas de derecho privado de la Constitución no excluyen sino que necesitan de los principios y reglas del derecho civil para aplicarse.

**30. Finalmente, y a modo de epílogo,** cabe preguntarse si es necesario reformar globalmente el Código Civil, idea que algunos autores replantearon en este sesquicentenario. En la primera parte de esta exposición se describieron las ventajas del método de codificación en que se inspiró el Código de Bello y al mismo tiempo se señaló cómo las reformas parciales no alteraron las reglas y principios de *derecho común* del Código. Luego se expuso cómo el Código resiste a embates provenientes del derecho comparado y de la propia Constitución. De estas constataciones, así como de otras que sería largo enumerar, puede inferirse que el denominado fenómeno de *descodificación* no se ha producido en el derecho nacional. Una *descodificación* verdadera supone un vacío de su contenido fundamental, una sustitución de sus categorías fundamentales por normas ubicadas fuera de sus contornos. Este fenómeno no es perceptible en la evolución que se trazó del Código.<sup>66</sup> No existiendo esas nuevas categorías, ni tampoco las otras condiciones que históricamente son necesarias para la codificación, no parece necesario ni conveniente en la actualidad abocarse a la reforma radical del Código Civil chileno. Aunque naturalmente sí pueden efectuarse, imitando la prudencia y moderación de Bello, algunas modificaciones o adaptaciones parciales que el avance de la sociedad transforme en imprescindibles.

Pero estas últimas ideas merecen un análisis mucho más extenso. Por el momento, nos alegramos por este sesquicentenario del Código Civil y comenzamos a reflexionar sobre algunas adaptaciones imprescindibles de su texto que nos permitan *celebrar su bicentenario*.

<sup>64</sup> *Práctica constitucional y derechos fundamentales*, Santiago, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1997, p. 154.

<sup>65</sup> Véase, en este sentido, JANA y MARÍN (n. 81).

<sup>66</sup> Véase, en este sentido, GUZMÁN, Alejandro, "Codificación, descodificación y recodificación del derecho civil chileno", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 1993, t. XC, p. 55.