

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO CIVIL Y SU EXPRESIÓN ACTUAL EN LA DOCTRINA Y LA LEGISLACIÓN

I. EVOLUCIÓN DE LOS PRINCIPIOS CLÁSICOS EN EL CAMPO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y EN EL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES

35. Explicación

La autonomía de la voluntad fue una de las más importantes manifestaciones de los ideales revolucionarios de igualdad y de libertad en materia contractual. No obstante, desde la promulgación de los primeros Códigos Civiles se comenzó a notar que la igualdad y la libertad negociales entre las partes muchas veces no eran reales; que los contratantes raramente eran iguales y que los contratos eran celebrados en una situación de desequilibrio real, que era aprovechada por aquella de las partes que se encontraba en una condición de superioridad respecto de la otra, imponiendo contratos abusivos o bien forzándola a cumplir contratos cuya ejecución le resultaba excesivamente onerosa.

Frente a esas situaciones, el Estado ha intervenido, impulsado muchas veces por la doctrina, ya sea a través de leyes para restituir el equilibrio que naturalmente debe existir entre los contratantes, ya sea a través de construcciones doctrinarias que signifiquen remedios adecuados para alcanzar la conmutatividad perdida.

Los remedios que se han ido creando son los siguientes:

a) El contrato dirigido, imaginado como antídoto a los contratos de adhesión, nombre con el cual se designa a aquellos contratos en los cuales una de las partes unilateralmente impone sus términos y

contenidos a la otra, que simplemente adhiere a él, sin hacer modificación alguna a ese contenido. A través del contrato dirigido, el Estado interviene en el contrato, imponiendo su contenido, por medio de normas que fijan cláusulas mínimas o máximas. Uno de los primeros contratos dirigidos fue el contrato de trabajo.

b) En relación con el contrato de trabajo, se comenzó a desgajar del Derecho Civil toda la rama del Derecho Laboral, que es proteccionista del trabajador. Esta nueva rama ha ido creando normas que establecen derechos mínimos para los trabajadores, todas las cuales se imponen por ley como reglas que todo contrato de trabajo debe contener, contenido que además es irrenunciable por los trabajadores. Así es como se han establecido normas para una jornada máxima de trabajo, otras que establecen una remuneración mínima, o un descanso diario, semanal y anual, normas de previsión social y de atención médica, seguros de desahucio, jubilación y cesantía.

c) Se ha desarrollado, por algunos códigos contemporáneos, la teoría de la lesión como principio general para cualquier contrato, a diferencia de los Códigos clásicos, que la regulaban de manera excepcional, sólo en aquellos contratos expresamente señalados por el legislador. La lesión enorme supone que al momento de la celebración de un contrato, una de las partes aprovecha la necesidad o la ignorancia de la otra y obtiene una gran ventaja, la que se traduce en una desproporción manifiesta entre las prestaciones surgidas del contrato. En esas situaciones, se rescinde (se anula) el contrato, o bien se restituye el equilibrio entre esas prestaciones.

d) Comienza a cobrar fuerza, a nivel doctrinario y jurisprudencial, la teoría del abuso del derecho, que postula que si bien una persona puede hacer uso de sus derechos libremente, ello no implica que en esa ejecución pueda causar daño o pasar a llevar los derechos de los demás.

e) También cobra fuerza la teoría de la imprevisión, la cual ha ido consagrándose en los códigos contemporáneos en contra del principio "*pacta sunt servanda*", que puede ser traducido como "los pactos serán cumplidos", dicho de otra manera, "lo pactado obliga". El principio "*pacta sunt servanda*" se establece como una consecuencia de la autonomía de la voluntad, porque se supone que estamos obligados a cumplir aquello que libremente pactamos. Sin embargo, comenzó a observarse por la doctrina que, si bien la intención de las partes al momento de contratar fue obligarse al cumplimiento de lo pactado, podía suceder que durante la ejecución del contrato se produjeran circunstancias posteriores, imprevistas, extraordinarias, que hicieran extremadamente gravoso el cumplimiento del contrato, tal como se concibió originariamente. En respuesta a esta situación, la teoría de la imprevisión agregó al principio "*pacta sunt servanda*", el viejo principio denominado "*rebus sic stantibus*", que puede ser traducido como "en tanto subsistan las condiciones bajo las cuales el contrato se celebró".

36. ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ: "El contrato dirigido". Conferencia dictada en 1940. Recopilada en *Las actuales orientaciones del Derecho*, Editorial Nascimento, 1942, págs. 13 y siguientes.

No es efectivo, se dice, que un contrato no pueda ser fuente de abusos e injusticias, ni que ambos contratantes se hallen colocados en el mismo pie de igualdad. Seguramente será así si se examina el problema desde el punto de vista de la igualdad jurídica; pero si se le examina en atención a la igualdad real, efectiva, esa pretendida igualdad es un mito, porque, de ordinario, es uno de los

contratantes quien impone las condiciones del contrato al otro. Esto es lo que acontece en los contratos llamados de adhesión, que son aquellos en que una de las partes dicta las condiciones con arreglo a las cuales ha de celebrarse el contrato, condiciones que la otra se limita a aceptar lisa y llanamente sin poder discutir y, muchas veces, sin conocer. En estos contratos la autonomía de la voluntad no existe. ¿Quién, al comprar un pasaje en la boletería de un ferrocarril, se atrevería a discutir el precio del transporte? No tiene más recurso que aceptar la tarifa establecida por la empresa. ¿Quién es el que, al interesarse por un objeto en un almacén que vende a precios fijos, pretendería obtener una rebaja en el precio o facilidades para su pago, cuando precisamente la base del negocio radica en que aquél sea fijo y pagadero al contado? ¿Quién, al contratar un seguro, discute las cláusulas que figuran impresas en la póliza que le presenta la compañía aseguradora? Ni siquiera tiene tiempo ni paciencia para imponerse de ellas, porque tales cláusulas suelen estar escritas con caracteres tan pequeños que es menester una lupa para descifrarlos.

Aun en los contratos de tipo clásico, llamados de "libre discusión", en que las condiciones del contrato son debatidas libremente por los contratantes, siempre suele haber una voluntad que prevalece, porque son muchos los casos en que el contrato se celebra bajo la presión de necesidades más o menos apremiantes. ¿Quién podría sostener, sin negar la realidad de las cosas, que el obrero y el patrón discuten las condiciones del contrato de trabajo en un pie de perfecta igualdad económica y en idénticas circunstancias de vida? ¿Ostaría alguien sostener, en nuestros días, en nombre del principio de la autonomía de la voluntad, que hay que dejar el contrato de trabajo sometido al libre juego de la libertad contractual? Evidentemente no, pues ello importaría entregar indefenso al obrero en manos del patrón.

No hay que olvidar, además, que por encima del interés particular está el colectivo. Los individuos al contratar sólo miran

el suyo propio y prescinden por completo de la conveniencia de la colectividad; ni siquiera consideran la del otro contratante. Dejar, pues, a los particulares en absoluta libertad para que contraten cómo y cuándo se les antoje, es permitirles que puedan crear situaciones injustas o susceptibles de originar abusos que, tarde o temprano, han de repercutir en la colectividad toda, lo que puede ser fuente de trastornos y complicaciones en la vida social. Es deber del Estado prevenirlos y evitarlos.

Resumiendo estas ideas creo, pues, que si el régimen de la autonomía de la voluntad es hoy por hoy aceptable y no podría prescindirse de él por las razones expresadas, considero, al mismo tiempo, que el Estado tiene un derecho indiscutible e inalienable para dictar medidas que tiendan a asegurar el imperio de la justicia en las relaciones contractuales y a impedir que el contrato sea fuente de abusos e injusticias sociales o el instrumento de una clase o de un grupo de individuos para explotar a otra clase o grupo.

Es precisamente en este sentido que se orienta la tendencia de las legislaciones contemporáneas. Para emplear una expresión feliz del Decano Jossierand, y que ha tomado carta de ciudadanía en el Derecho, vivimos bajo el régimen del “contrato dirigido”, es decir, del contrato reglamentado y fiscalizado por los Poderes Públicos en su formación, ejecución y duración. A un régimen de economía dirigida, como es el de la hora actual, no puede convenir sino un régimen de contrato dirigido. De otro modo, la economía dirigida no podría marchar: los contratos son los vehículos jurídicos de la circulación y distribución de las riquezas.

Es así como el Estado dicta medidas para limitar la producción de ciertas mercancías, para determinar las cantidades en que éstas pueden ser vendidas, para prohibir los contratos que estima nocivos para la economía general, para controlar las exportaciones e importaciones, para proteger al contratante

que se halle en situación de inferioridad respecto del otro, para señalar las condiciones de precio, duración, circunstancias y demás en que pueden celebrarse determinados contratos, etc.

De este modo el contrato, fenómeno privado e individual, ha pasado a ser un fenómeno social, cuya existencia y efecto interesan por igual al Estado y a quienes lo han pactado.

Una manifestación de esta misma tendencia intervencionista en la vida contractual es el desarrollo creciente del concepto de la lesión.

El Código Civil francés, inspirado en un criterio individualista, no aceptó la lesión como causal de rescisión de los contratos, sino en ciertos y determinados casos. Si los individuos son libres para pactar los contratos que les plazcan, se decía, no puede aceptarse que la desproporción económica autorice la rescisión de los mismos. Tal era el argumento que se esgrimía en contra de la lesión en el seno del Consejo de Estado cuando se elaboró ese Código. Y fue gracias a la tenacidad de Bonaparte, que en esta ocasión, como en muchas otras, hizo prevalecer su voluntad, que pudo obtenerse que la lesión fuera admitida respecto de la compraventa de bienes raíces.

Hoy día, en cambio, en los Códigos dictados en pleno siglo XX, la lesión es aceptada en toda clase de actos o contratos, cualquiera que sea su naturaleza, siempre que entre las prestaciones de las partes haya una desproporción evidente o, como dice el Código Civil alemán, chocante, y esta desproporción provenga de que una de ellas haya abusado de la ligereza, ignorancia, inexperiencia o necesidad de la otra. Una disposición de esta especie consagran, entre otros, los Códigos alemán, chino y mexicano.

Otra manifestación de esta misma tendencia es la aplicación de la teoría del abuso del Derecho en materia contractual. Formulada esta teoría con motivo de la responsabilidad extracontractual, hoy se la utiliza también para controlar el goce y ejercicio de los derechos derivados de los contratos, a fin de que este ejercicio

no sea ilícito o ilegítimo e impedir así que los contratantes se sirvan de los derechos que los contratos crean con una finalidad distinta de aquella para la cual éstos fueron pactados.

Manifestación de la misma tendencia es también la teoría de la imprevisión, aceptada por varias legislaciones extranjeras y en virtud de la cual los jueces pueden dejar sin efecto o modificar aquellos contratos cuya ejecución llega a ser ruinosa para las partes a causa de circunstancias posteriores, extraordinarias e imprevistas al tiempo de la celebración del contrato.

.....

De lo expuesto fluye que el contrato moderno ha dejado de ser, aun entre nosotros, un acto libremente consentido por los contratantes, toda vez que la ley regla en forma imperativa sus condiciones en términos que éstos no pueden eludirlos.

Es indiscutible que la autonomía de la voluntad subsiste, que los ciudadanos tienen el derecho de celebrar los contratos que les plazcan. Pero esta libertad es sólo para pactar el contrato, porque si lo pactan no pueden hacerlo a su antojo, sino en las condiciones legales. Un productor de trigo puede o no vender el suyo; pero si lo vende, debe hacerlo al precio señalado por la Junta de Exportación Agrícola. El que necesita un empleado puede escoger el individuo que le convenga; pero no puede pagarle el sueldo que le plazca, porque si es libre para elevar éste cuanto quiera, no puede asignarle uno inferior al vital.

Como dice Ripert, el contrato libremente consentido del Código Civil ha venido a ser reemplazado por un tipo de contrato semilegal y semicontractual, en el que la declaración de voluntad sólo es necesaria para reconocer la sumisión de una de las partes a la situación impuesta por la ley.

¿Quiere decir esto que el contrato ha muerto, que asistimos al ocaso de una institución jurídica que ha perdurado incólume durante siglos? Hay autores que así lo creen y entonan el *De Profundis* al contrato. Hay otros, en cambio —y yo participo de su opinión—, que estiman que el contrato

es de aquellos muertos que aún gozan de buena salud. El contrato vive. Tal vez nunca la humanidad ha contratado más que en la época contemporánea. Lo que ocurre es que el contrato se ha transformado. La autonomía de la voluntad, como la concibió el Derecho romano, y la estableció el Código Civil francés, se bate en retirada, y sólo subsiste en cuanto es necesaria para que el vínculo jurídico se genere.

37. ENRIQUE ROSSEL S.: “Orientaciones actuales del Derecho de las obligaciones”, conferencia dictada en 1941. Recopilada en *Las actuales orientaciones del Derecho*, Editorial Nascimento, 1942, págs. 99 y siguientes.

De la imprevisión

La teoría de la imprevisión o de lo imprevisible es la resurrección de antiguos principios olvidados por los Códigos del siglo XIX. Nuestra legislación, así como las que le sirven de fundamento, sienta el principio de que el contrato es ley para los contratantes, de manera que éstos no pueden excusarse de cumplir las obligaciones que se derivan de él, aunque este cumplimiento les resulte mucho más gravoso de lo que ellos pudieron prever en el momento de contratar.

Sólo el caso fortuito, o sea, el imprevisto al que no es posible resistir, puede servir de excusa al incumplimiento de la obligación.

Hay, sin embargo, circunstancias que no alcanzan a imposibilitar en absoluto el cumplimiento, pero que lo hacen mucho más gravoso. Así sería un estado de guerra, que produce un encarecimiento de los fletes, una crisis económica que hace perder valor a la moneda o provoca un alza considerable en el precio de las cosas que se deben. Según nuestros textos positivos, en todos estos casos el deudor no está imposibilitado a cumplir y debe satisfacer, en consecuencia, sus prestaciones, aunque ello le irroge grave desmedro de su patrimonio.

Los principios que constituyen la teoría de la imprevisión actúan sobre los rigoristas

conceptos enunciados y pretenden atemperarlos liberando al deudor del cumplimiento de obligaciones que han devenido excesivamente onerosas.

Ripert, caracterizándola, dice: “La imprevisión, en efecto, reposa sobre aquella idea moral de que el acreedor comete una suprema injusticia al usar de su derecho con absoluto rigor”, y agrega más adelante: “Es la ley moral la que prohíbe al acreedor enriquecerse injustamente a costa de su deudor”.

La teoría de la imprevisión fue conocida en la Edad Media: los canonistas entendían tácitamente incorporado a todo contrato un principio de equidad natural que se enuncia con la máxima *rebus sic stantibus*. Según ella, las partes entienden valedero el contrato en cuanto subsistan las condiciones económicas bajo cuyo imperio se pactó.

En los siglos XIV y XV esta teoría aún informa el Derecho de las Obligaciones, pero se eclipsa cuando se imponen en este terreno los principios de la autonomía de la voluntad; de ahí que resulte inútil buscar en las actuales reglas jurídicas asidero suficiente para que los Tribunales de Justicia, fundados en los principios de la imprevisión, pudieran resolver contratos alterados por fenómenos económicos o sociales, y es así como en los poquísimos casos en que se les ha presentado, han debido rechazar las demandas que han pretendido fundarse en tales principios.

No obstante lo dicho, la concepción filosófica que informa la teoría de la imprevisión gravita sobre nuestro ambiente jurídico y hay casos en que se han dictado leyes especiales para precaver el cumplimiento de contratos, cuyas prestaciones, absolutamente desequilibradas por las reversiones económicas causadas por la guerra, resultarían inequitativas. Un buen ejemplo de lo dicho nos da la Ley Falliot, de 21 de enero de 1918, cuyo texto en su parte esencial es el siguiente: Independientemente de las causas de resolución derivadas del derecho común o de los contratos, las transacciones y contratos celebrados desde el 1º de agosto de 1914 pueden ser resueltos a petición de cualquiera de las partes,

si se prueba que en razón del estado de guerra la ejecución de las obligaciones de uno de los contratantes traería consigo un gravamen cuya importancia sobrepasaría en gran medida las previsiones que pudieron hacerse razonablemente en la época del contrato.

Del abuso del Derecho

Pudiéramos decir que abusa de un derecho quien a través de él y con ocasión de su ejercicio causa un daño. Pero ¿es que se puede abusar, o sea, actuar ilícitamente, cuando se ejecuta un hecho lícito, como es mover un derecho que nos pertenece?

Yo creo que sí y ello ocurre cuando se ejercita el derecho de acuerdo con los textos legales, pero violando el sentido de la institución, torciendo la finalidad de la ley.

Mejor que mis palabras, ilustrarán y esclarecerán esta nueva concepción sobre el ejercicio de los derechos individuales los casos siguientes que se han presentado en las jurisprudencias francesa y belga:

La Corte de Bruselas estimó que había abuso de parte de un comerciante que colocaba un aviso luminoso tapando el de su vecino.

La Corte de Colmar hizo destruir una falsa chimenea construida con el propósito de estorbar al vecino, porque “los principios de la moral y de la equidad se oponen a que se dé eficacia jurídica a un acto inspirado en el solo propósito de dañar a otro”.

Se ha estimado abusivo el acto de un individuo que instala una academia de piano y con su ruido molesta al vecindario y el del que rompe un noviazgo sin motivo legítimo, y el del que espera el último día del plazo para pagar su deuda y ello con el único objeto de dañar a su acreedor; un individuo fue obligado a retirar de su finca un espantapájaros que había construido parecido a su vecino, y otro que iniciara un proceso temerario y vejatorio fue condenado a pagar una indemnización a su víctima.

Esta doctrina del abuso del derecho ha recibido la consagración legislativa. Así es

como el Código alemán (art. 226) dice: “No es permitido ejercer un derecho cuando el ejercicio tiene por único objeto dañar a otro”. El art. 840 del Código mexicano preceptúa: “No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero sin utilidad para el propietario”. El Código suizo en su art. 2º dispone: “Se deben ejercer los derechos y cumplir las obligaciones según las reglas de la buena fe. El abuso manifiesto de un derecho no es protegido por la ley”.

PREGUNTAS Y EJERCICIOS

1. *¿Qué diferencias cree usted encontrar entre el contrato clásico, regido íntegramente por el principio de la autonomía de la voluntad, y el contrato de adhesión?*

2. *Busque ejemplos de algunos contratos de adhesión que usted haya suscrito. Busque luego ejemplos de contratos clásicos, celebrados conforme al principio irrestricto de la autonomía de la voluntad.*

3. *¿Cree usted que existe alguna diferencia doctrinal entre el contrato de adhesión y el contrato dirigido? ¿Cuál? Busque ejemplos de contratos dirigidos que usted haya suscrito.*

4. *¿Dónde cree usted que tendrá mayor aplicación la teoría de la lesión: en los contratos de libre discusión, en los contratos de adhesión o en los contratos dirigidos? ¿Por qué?*

5. *¿En qué consisten, en general, las teorías del abuso del Derecho y de la imprevisión en materia contractual?*

6. *¿Cree usted que subsiste hoy el principio clásico de la autonomía de la voluntad? ¿En qué forma y hasta qué límites?*

II. EVOLUCIÓN DE LOS PRINCIPIOS CLÁSICOS EN EL CAMPO DEL DERECHO DE FAMILIA

38. Explicación

Es en este campo donde las modificaciones legales han sido más frondosas, al punto que ha llegado a decirse que en materia de familia nuestro Código prácticamente

ya no contempla aquello establecido por Bello para esta materia.

Las modificaciones legales relacionadas con el Derecho de Familia han sido numerosas, empezando por las leyes de secularización del matrimonio y de organización del Registro Civil, de 1884, y pasando por las leyes que entregaron a la mujer casada la administración de su patrimonio reservado. Debe agregarse la modificación de las relaciones personales entre los cónyuges, con la desaparición de las obligaciones de obediencia, protección y residencia, realizadas por la Ley Nº 18.802, así como la capacidad plena que esta última ley ha otorgado a la mujer casada. Lamentamos, sin embargo, que no haya querido el legislador en esa ocasión modificar sustancialmente el régimen legal matrimonial de sociedad conyugal. Hubiéramos preferido que hubiera dado el paso lógico de establecer el régimen de participación en los gananciales, en reemplazo del régimen de sociedad conyugal.

Las modificaciones introducidas al Código Civil también han permitido que los esposos pacten separación total de bienes o participación en los gananciales antes o al momento de la celebración del matrimonio; y que reemplacen durante el matrimonio el régimen de sociedad conyugal por el de separación total de bienes o por el de participación en los gananciales. La mujer casada tiene hoy igual derecho que el marido para ejercer la patria potestad respecto de los bienes de sus hijos, derecho de que carecía en el Código originario, y el marido está obligado a solicitar su autorización si desea enajenar o gravar los bienes raíces sociales, o celebrar, respecto a estos mismos bienes, otros actos jurídicos señalados en el Código.

.....

En materia de filiación, las modificaciones de que ha sido objeto nuestro Código tampoco han sido menores. A principios del siglo XX se eliminó la categoría de los hijos de dañado ayuntamiento, los cuales pasaron a tener la misma categoría de los hijos ilegítimos. Más adelante se concedie-

ron mayores derechos, incluso hereditarios, a los hijos naturales. El siguiente paso fue equiparar totalmente las dos categorías de hijos, la que distinguía entre los hijos legítimos y los hijos ilegítimos, atribuyendo mayores derechos a los primeros. Ese paso se realizó el año 1998, con la Ley N° 19.585 que, de la mano de principios fundamentales consagrados a nivel internacional, a través de tratados y pactos de derechos humanos ratificados por Chile, consagrara el interés superior del niño, la igualdad de los niños y el principio de identidad, todo lo cual derivó en una modificación sustantiva en materia de filiación. Hoy día existe un solo estado civil para todos los niños: el estado civil de hijo, con iguales derechos de todos ellos respecto de sus padres.

El Código originario también tenía un enorme vacío en materia de filiación adoptiva, la que no era tratada de manera alguna. Este vacío fue llenado en un primer momento por la Ley N° 7.613, a la que siguieron las Leyes N°s 16.346 y 18.703. Finalmente, el año 1998 se dictó la Ley N° 19.620, que derogó todas las leyes anteriores, consagrando sólo un tipo de adopción. La importancia de esta ley es que, a partir de su entrada en vigencia, se terminó con el estado civil de adoptado y se señaló que la adopción confiere al adoptado el estado civil único de hijo, lo que le confiere todos los derechos y deberes que corresponden a cualquier hijo respecto de sus padres.

Finalmente, el año 2004 se logró el último gran avance en materia de familia, con la dictación de la Ley N° 19.947, que entró en vigencia el 18 de noviembre de 2004, ley que derogó la antigua Ley de Matrimonio Civil, consagrando un nuevo régimen en esta materia. Esta nueva ley derogó tácitamente el artículo 102 del Código Civil, en cuanto a la característica de indisolubilidad que confiere al matrimonio, y consagró el divorcio como una de las formas de poner término al vínculo matrimonial. De esta manera, nuestra legislación civil, en

materia de familia, se ha puesto a la altura de las demás disposiciones del derecho comparado.

A pesar de las grandes modificaciones del Código Civil en materia de familia, consideramos que aún queda una tarea pendiente, además de la modificación del régimen legal matrimonial, al cual ya hicimos referencia: la regulación del estatuto jurídico de la pareja no casada.

La doctrina civil ha llamado “concubinato” a la unión de un hombre y una mujer que comparten una vida común y mantienen relaciones sexuales. Ha señalado también que no existe un estatuto jurídico que rijan dicha unión y algunos incluso la han considerado ilícita. Nosotros preferimos denominarla “convivencia” y estimamos que en la actual evolución jurídica chilena las relaciones de convivencia se encuentran suficientemente institucionalizadas a nivel constitucional, legal y jurisprudencial.

En Chile, las relaciones de convivencia constituyen un hecho lícito. La Constitución Política establece que la familia que provenga de dichas relaciones es un núcleo fundamental de la sociedad, y que es deber del Estado protegerla y propender a su fortalecimiento (arts. 1°, incisos 2° y 5°). El Código Penal, por su parte, no sanciona tales relaciones mientras ellas no caigan en una tipificación específica, difícil de producirse en parejas adultas que voluntariamente resuelven realizar vida en común. En cuanto al adulterio y al amancebamiento, ellos fueron despenalizados por la Ley N° 19.335, de 1994. La ley penal reconoce la libertad sexual de las personas adultas.

El mismo reconocimiento se encuentra en la ley civil, si bien ésta sanciona con la separación o con el divorcio por falta el adulterio de cualquiera de los cónyuges. Fuera del caso del adulterio, la ley civil reconoce también la libertad sexual de las personas adultas.

Sin embargo, respecto de estas uniones de simple convivencia, hay una materia que aún no se ha regulado: ella dice relación con los bienes comunes de la pareja no casada,

lo que está directamente relacionado con el derecho de sucesión entre los convivientes. A falta de regulación, los tribunales han debido construir y utilizar diversas figuras jurídicas para evitar el desamparo de alguno de los convivientes, situación que podría evitarse al establecerse un régimen legal serio que regule estas relaciones, que, después de todo, constituyen más del 50% de las parejas chilenas, según se desprende de algunas estadísticas recientes.

39. PEDRO LIRA URQUIETA: *Las grandes líneas de la legislación contemporánea*, Imprenta Chile, 1958, págs. 88 y siguientes.

Indiquemos, ahora, las grandes líneas del Derecho Privado contemporáneo, siguiendo la ordenación de nuestro centenario Código Civil.

Se mantiene el matrimonio monógamo como base de la familia. Hay Constituciones que consideran a la familia: la de Costa Rica (art. 51), la italiana (arts. 29 a 51), la alemana (art. 36), la de Portugal (arts. 12-15). Pero en todas las legislaciones civiles, de cualquiera ideología que fueren, se admite que es el matrimonio la fuente de la familia y se protege a ésta. El divorcio vincular está consagrado en la mayoría de las legislaciones, con mayor o menor amplitud. Sólo contados países no lo tienen: Italia, España, Irlanda, Brasil, Colombia, Chile y Paraguay. Y es de advertir que en algunos la nulidad del matrimonio hace el papel de divorcio vincular por mutuo acuerdo. El Código mexicano lo admite de lleno, pero debiendo haber transcurrido a lo menos un año después de celebrado el matrimonio (art. 274). El Código peruano lo admite y reglamenta (arts. 246-266), y agrega este curioso precepto, destinado al parecer a satisfacer en algo la conciencia católica: "Las disposiciones de la ley en lo concerniente al matrimonio, no se extienden más allá de sus efectos civiles, dejando íntegros los deberes que la religión impone" (art. 292).

La legislación soviética ha tenido un cambio notable en materia de derecho

matrimonial y familiar: como es sabido, al comienzo del régimen se atacó a la familia como a una institución burguesa, llegando a decir Mme. Kolontai que había hecho su época. Las leyes de 1917 y después el Código de 1926 dieron igual valor al matrimonio de hecho que al matrimonio oficial. Por cierto que había sido abolido el religioso. No se distinguió más entre hijos legítimos e ilegítimos y en caso necesario se encargó el Estado de su educación y tutela. El aumento de la criminalidad juvenil, en 1935 y 1936, hizo volver atrás a los gobernantes rusos. Las estadísticas policiales de Leningrado revelaron que los delincuentes juveniles eran casi todos hijos ilegítimos o sin hogar. La ley de 7 de abril de 1935 dio competencia a los tribunales ordinarios para juzgarlos y decisiones de la Suprema Corte insistieron en la seriedad de las penas. En 1936 se dictó una ley que dificultó los divorcios y los tribunales comenzaron a aplicarla con severidad. Finalmente, la ley de 8 de julio de 1944 ha cambiado el régimen matrimonial: sólo es válido plenamente el matrimonio solemne; el divorcio no es recomendable, se elevaron las tasas a fin de dificultarlo, y por último se entregó a la conciencia de los tribunales el aceptar o no el divorcio pedido, según que ello se oponga o no a la moral soviética. Paralelamente a estas medidas represivas se han dictado algunas a favor de las familias numerosas; se han creado premios, condecoraciones, estímulos de diversa clase.

.....

La mujer ha adquirido, en general, plena capacidad jurídica. Son excepcionales los Códigos que, como el de Portugal, mantienen el viejo régimen de la incapacidad de la mujer casada. El derecho anglosajón admitía la igualdad y la ha aumentado, si cabe (*The matrimonial causes act*, de 1950). La Constitución alemana la considera en uno de sus preceptos y por esta causa han debido modificarse, a partir del 1º de enero de 1953, las disposiciones del Código Civil que la contrariaban. Una reciente ley que regirá desde el 1º de julio de 1958 mitiga el régimen de separación de bienes y es

tablece participaciones eventuales en los excedentes de ganancias (Zugewinnengemeinschaft). Las leyes francesas de 11 de febrero y de 22 de septiembre de 1942 le dieron a la mujer casada su capacidad civil; el ejemplo francés ha sido seguido por las legislaciones iberoamericanas. El Código mexicano establece la igualdad en su art. 2º, considerándola como un principio fundamental de derecho.

Tratándose de regímenes matrimoniales la separación total de bienes parece haber logrado favor. Estuvo y está en boga en el derecho anglosajón desde el año 1882, pero la ley respectiva permite pactar modificaciones antes o después del matrimonio. El Código italiano permite a los cónyuges celebrar convenciones matrimoniales, pero sin derogar los derechos que al jefe de la familia y a cada cónyuge concede la ley (art. 1560).

40. MANUEL SOMARRIVA UNDURRAGA: "Nuevas orientaciones del Derecho de familia", conferencia dictada en 1941. Recopilada en *Las actuales orientaciones del Derecho*, Editorial Nascimento, 1942, pág. 127.

Simplificación de las formalidades del matrimonio, aceptación de la disolución del vínculo matrimonial, limitación de las potestades y control de su ejercicio por la autoridad social, supresión de la incapacidad de la mujer casada, mutabilidad del régimen matrimonial, reconocimiento de mayores derechos a la familia ilegítima y creación del delito de abandono de familia, tales son en síntesis las ideas fundamentales que gobiernan el derecho de familia en sus nuevos conceptos.

Características de la familia en el siglo pasado eran la unión y la solidaridad que en ella reinaban. La personalidad y los derechos de sus miembros desaparecían ante el interés del grupo familiar. La mujer y los hijos se hallaban sometidos de una manera absoluta al padre y marido. El vínculo matrimonial era indisoluble y escasos los derechos reconocidos a los hijos ilegítimos, como medio indirecto de favorecer

la familia legítima. Todo esto trajo como consecuencia que el grupo familiar fuera compacto y bien organizado.

Hoy día han desaparecido esa unidad y solidaridad. Las ideas individualistas han germinado en el seno de la familia. La mujer y los hijos han cobrado personalidad, pero la independencia que ellos han alcanzado ha sido a costa de la unidad que antes reinaba, y es por eso que en el mundo entero se nota en estos momentos una aguda crisis en la organización familiar.

PREGUNTAS Y EJERCICIOS

1. ¿Cuál cree usted que será la evolución de la institución del matrimonio en los próximos años?

2. ¿Suprimiría usted el régimen de sociedad conyugal para reemplazarlo por un régimen de separación de bienes o uno de participación en los gananciales?

3. Haga un pequeño estudio, para ser expuesto en clase, acerca de la evolución que ha tenido en Chile el sistema de filiación.

4. Trate de hacer un paralelo entre el estatuto legal de la pareja casada, por una parte, y el estatuto de la pareja de convivientes, por la otra. ¿Qué ventajas cree usted que tienen uno y otro tipo de pareja?

5. ¿Qué cree usted que significa la palabra "familia"? ¿A qué personas engloba esta palabra? ¿Cree usted que la familia contemporánea se encuentra en crisis, como lo sostiene el profesor Somarriva?

III. EVOLUCIÓN DE LOS PRINCIPIOS CLÁSICOS EN EL CAMPO DEL DERECHO DE PROPIEDAD

41. Explicación

También en esta materia ha corrido mucha agua debajo de los puentes desde la dictación de nuestro Código, que terminó con la propiedad vinculada, liberalizó la propiedad inmobiliaria y consagró una mayor protección a este derecho.

A fines del siglo XIX, pero especialmente durante el siglo XX, se produjeron fuertes

movimientos sociales, motivados por trabajadores organizados en sindicatos y gremios. Más adelante se sumaron las consecuencias de las dos grandes guerras mundiales. Todo ello se tradujo, a nivel comparado, en un fuerte liderazgo del Estado, producto de los esfuerzos puestos en las guerras, y luego, en los procesos de reconstrucción de las áreas devastadas. Todo esto se tradujo en una fuerte intervención estatal en la economía y en materia de propiedad.

A ello debe sumarse el fenómeno de las migraciones demográficas entre el campo y la ciudad, fenómeno que concentró grandes grupos poblacionales en diversas megalópolis y derivó en un aumento de la pobreza y de la violencia dentro de las grandes urbes, acompañadas por una masiva toma de conciencia de la fuerza de clase del sector de los trabajadores.

Estos fenómenos tuvieron su respuesta jurídica en la consagración del concepto de la función social de la propiedad, actualmente acogida a nivel constitucional en el artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental. Este principio ha tenido a nivel legal un conjunto de manifestaciones, como el establecimiento de límites mínimos y máximos a los predios agrícolas, la obligación de trabajar la tierra y que ella produzca adecuadamente, el derecho preferente del arrendatario para comprar la propiedad que arrienda, la fijación de precios máximos a productos de primera necesidad, algunas obligaciones de sanidad e higiene de las propiedades, el establecimiento de planos reguladores en ciudades y las recientes exigencias relacionadas con el medio ambiente para evitar la polución.

El concepto de abuso del Derecho se ha hecho extensivo al uso de las propiedades, y se ha sostenido que a pesar de ser la propiedad un derecho absoluto, éste debe ejercerse dentro de los límites establecidos por la ley, utilizando la propiedad según su naturaleza social.

Finalmente, algunas legislaciones llegaron a sostener el concepto de reversión de tierras a su titular originario, que es el Estado, sin pago, en caso de abandono o mala explotación por parte del usuario.

42. PEDRO LIRA URQUIETA: “Nuevas orientaciones del dominio y sucesiones”, conferencia dictada en 1941. Recopilada en *Las actuales orientaciones del Derecho*, Editorial Nascimento, 1942, pág. 69.

Ya con anterioridad a la Gran Guerra los tratadistas Duguit, de Derecho Constitucional, y Hauriou, de Derecho Administrativo, habían señalado el rol o función social de la propiedad y los hechos vinieron a darles la razón. Ahora se admite por todos el concepto de propiedad función social, aplicado a la propiedad capitalista. Insensiblemente, como dice De Harven, nos hemos acostumbrado a pensar que la propiedad ha llegado a ser una afectación de riquezas a necesidades colectivas antes que individuales. La tesis arranca, desde el punto de vista inmediato, del positivismo, pues ya Augusto Comte había señalado la calidad de funcionario público del propietario, porque había interés social en que este individuo gozara de la propiedad, siendo tanto más aceptable y defendible su situación en cuanto redundare en provecho de la sociedad. De aquí se desprenden las dos consecuencias siguientes: a) El propietario tiene el deber de aprovecharse en su desarrollo de la propiedad, interesada como está la sociedad en que prospere el individuo; b) Tiene el deber, además, de destinarla o hacerla servir al bien común, no pudiendo dejarla sin producir ni destruirla.

Las tesis anteriores sirvieron a los juristas franceses para operar, con motivo de la guerra de 1914-1918, grandes transformaciones. Equivocadamente, Gastón Jeze y otros sostenían en 1910 que jamás se llegaría a limitaciones como las señaladas por Duguit y Hauriou en orden a las obligaciones de trabajar un campo o de someterse a la práctica de un determinado cultivo.

Cuando sobrevino la guerra de 1914, se empezó a dictar una legislación restrictiva imponiendo limitaciones al derecho de propiedad y se pensaba que esta era una legislación circunstancial, o sea, que concluida la Guerra Mundial se volvería al estado anterior a 1914. En cambio, se vio

que toda la legislación de emergencia quedó ratificada, trasladándose casi por entero a países que nada tenían que ver directamente con la Gran Guerra; y hoy día, los juristas en Francia se ven forzados a reconocer que la legislación no tuvo carácter accidental, sino permanente.

43. PEDRO LIRA URQUIETA: *Las grandes líneas de la legislación contemporánea*, Imprenta Chile, 1958, págs. 96 a 100.

El Derecho de Propiedad sigue siendo reconocido, pero con grandes limitaciones tratándose de la propiedad sobre inmuebles. Como es sabido, esta última clase de propiedad fue suprimida en Rusia en la noche misma en que triunfó la revolución y a pedido expreso de Lenin. Tanto la Ley Fundamental como el Código Civil hablan de la propiedad privada sobre objetos muebles y frutos del trabajo: los consideran bienes de consumo y estimulantes del trabajo (véase el art. 58 del Código Civil). En las naciones occidentales la propiedad territorial ha sufrido graves limitaciones impuestas por la ley y que varían de país a país. El concepto que las preside es que debe la propiedad territorial rendir una función social. Por esta razón no puede el propietario dejar sin cultivar suelos productivos, no puede mantener extensiones que es incapaz de trabajar y en algunos casos encuentra prohibiciones para determinados cultivos. Si la tierra no es trabajada personalmente por el propietario, la moderna legislación francesa protege ventajosamente al arrendatario o aparcero. Las leyes sobre *fermages et métayages*, de 17 de octubre de 1945 y de 13 de abril de 1946, crearon prácticamente un desdoblamiento del derecho de propiedad rural. Georges Morin habla del desmembramiento de la propiedad, y en cierto modo lo es. El dueño está obligado a prorrogar el arrendamiento agrícola cuantas veces lo pida el arrendatario, a menos que tome él la decisión de trabajar su suelo y entonces pagará ciertas indemnizaciones; si desea vender la propiedad, tiene prioridad el arrendatario (*droit de préemption*).

La propiedad territorial urbana ha sufrido, asimismo, importantes limitaciones; las leyes francesas de 1º de septiembre de 1948, modificadas por las leyes de 14 de abril y de 16 de julio de 1949, establecen la especie de congelación que conocemos en Chile: el desahucio ha de ser motivado, el plazo de ocupación se prolonga según la duración del contrato de arrendamiento, la renta que se cobra no puede exceder de los topes señalados por el legislador. No corresponde aquí señalar los efectos que estas leyes han causado; hemos de decir tan sólo que vienen recibiendo aplicación en países tan diversos como España, Francia, Argentina y Chile.

Escriben los autores franceses que esta evolución del Derecho de Propiedad territorial hace pensar que se vuelve al sistema dual que estuvo en vigor antes de la Revolución Francesa, o sea, que se podía distinguir entre el Derecho de Propiedad eminente, el del dueño que recibía frutos o rentas, y el Derecho de Propiedad que tenía el usuario que la ocupaba o trabajaba. El legislador tiende a favorecer una vez más al que utiliza la cosa (RENÉ THÉRY, *De L'utilisation à la propriété des choses*, 1955; R. SAVATIER, ob. cit., 1948).

Pero el más grave ataque que ha recibido la propiedad lo constituyen las leyes de nacionalización. Las sociedades o empresas más importantes fueron objeto de ellas tanto en Gran Bretaña como en Francia.

La propiedad llamada intelectual e industrial ha hecho mucho camino en el Derecho contemporáneo. Sea mediante leyes novísimas, sea mediante la aplicación de viejas leyes (como ocurre en Francia) remozadas por la jurisprudencia, lo cierto es que los derechos de autor constituyen hoy una parte importante del patrimonio. A las ediciones impresas se han sumado las ediciones sonoras, sea por medio de discos, sea por radiodifusión. Tal ha sido el auge que ha tenido esta especie de propiedad que ha motivado Conferencias Internacionales para protegerla. Los modernos Códigos la tratan con detenimiento; así el Código Civil italiano le consagra veinte disposiciones (arts. 2374 al 2504), el mexicano la reglamenta en los arts. 1161 al 1280.

44. FERNANDO FUEYO LANERI: “La Ley N° 16.640 sobre Reforma Agraria, en cuanto afecta a las normas del Derecho Común”, separata de la *Revista de Derecho Privado*, año II, N° 7, julio-septiembre de 1967, págs. 9 y 10 y 13 y 14.

La unidad agrícola familiar como estructura económico-social ideada en razón de su funcionalidad.

El Código Civil chileno, promulgado el 14 de diciembre de 1855, consideró a la tierra sólo como un bien susceptible de colocación en el activo del patrimonio y apto para rendir frutos, que clasificó en naturales y civiles, fuera de otras subdistinciones. Sabemos, sobradamente, que el Código Civil no reguló la *empresa*; ni siquiera usa esta palabra. Se refiere, esporádicamente, a ciertos empresarios y sin substantividad de contenido. Ni siquiera hay regulación de la empresa en el Código de Comercio, promulgado diez años más tarde, si bien la supone existente y norma ciertos efectos jurídicos en torno a ella.

El titular del dominio sobre esa tierra puede ser –según el Código Civil– tanto un particular como el Estado, partiendo de la base, sin duda, de la *propiedad privada* como regla general, como lo evidencia el art. 590 que, sin desconocer la posibilidad del dominio estatal directo y formal, otorga al Estado el residuo, esto es, aquellas tierras “que carecen de otro dueño”.

La Ley de Reforma Agraria –sea que se lo haya o no propuesto conscientemente– hace una combinación de los elementos propiedad rural, familia, empresa, desarrollo y Estado, para lograr la noción de la *unidad agrícola familiar*, que para efectos de la misma ley se define del siguiente modo en el art. 1° letra h:

“La superficie de tierra que, dada la calidad del suelo, ubicación, topografía, clima, posibilidades de explotación y otras características, en particular la capacidad de uso de los terrenos, y siendo explotada personalmente por el productor, permite

al grupo familiar vivir y prosperar merced a su racional aprovechamiento”.

Acorde con la noción de unidad agrícola familiar está la de *minifundio*, que resulta de la idea de no alcanzarse cuantitativamente a la unidad agrícola familiar.

Caducidad de la propiedad asignada a campesinos

La tradicional norma de la *propiedad perpetua*, que a su vez constituye una de sus características en el Derecho clásico, contradicha sólo por constitución de propiedades especiales, como la fiduciaria, con una causa que se radica en la voluntad, o una que otra propiedad especial que no es perpetua en atención a su naturaleza, tal perpetuidad, digo, se rompe en una disposición fundamental de la Ley N° 16.640 sobre Reforma Agraria.

En efecto, en un capítulo denominado “De la asignación de tierras a los campesinos”, una vez regulada la constitución de la propiedad y otros efectos inherentes a lo mismo, se contempla el mayor de los efectos extintivos, esto es, la *declaración de caducidad del dominio y de su título como consecuencia*.

Dice al respecto el art. 78 en sus dos primeros incisos: “Si el asignatario infringiere alguna de las obligaciones o prohibiciones establecidas en la presente ley y sus reglamentos podrá declararse la caducidad del título de dominio. La declaración de caducidad corresponderá al Tribunal Agrario Provincial, a petición de la Corporación”.

“La sentencia del Tribunal Agrario Provincial que declare caducado un título de dominio ordenará la cancelación de la correspondiente inscripción, así como el inmediato restablecimiento de la inscripción del predio a nombre de la Corporación en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces correspondiente”.

Los incisos 3° y 4° del mismo art. 78 se encargan de regular, pormenorizadamente, los *efectos* de la declaración de caducidad, como devolución de precio pagado por el campesino, reajustabilidad de dicho precio, indemnizaciones del campesino por

deterioro o desvalorizaciones, pago del 5% anual sobre el precio de la asignación, y exigibilidad de los créditos, aun de plazo pendiente, a favor de la Corporación de la Reforma Agraria.

Como puede observarse, descansa en el Estado el poder de *quitar*, de *conceder* y de *volver a quitar*, siempre que se cumplan requisitos o condiciones apreciados en buena parte por la propia autoridad.

45. ICIRA (Instituto de Capacitación e Investigaciones en Reforma Agraria): “Curso de capacitación de profesionales en reforma agraria”, Tomo II (Aspectos jurídicos e institucionales de la reforma agraria), materiales mimeografiados, mayo de 1966, págs. 71, 72 y 73.

Reversión de tierras al Estado

Extinción del dominio privado sobre tierras ociosas

El Estado también puede obtener tierras para la reforma agraria y la colonización, merced a determinadas disposiciones legales que permitan la reversión de determinadas tierras a su dominio o la extinción del dominio privado sobre tierras ociosas. El resultado de la aplicación de cualquiera de estas dos nociones es idéntico: reincorporar al dominio del Estado determinadas tierras, que podrán utilizarse para los programas de redistribución o colonización.

Ya hemos indicado anteriormente que, por definición, las tierras comprendidas dentro del territorio nacional pertenecen al dominio originario del Estado (se dice también que el Estado posee derechos de dominio “eminente” sobre ellas, mientras que el dominio “directo” puede pertenecer a los particulares, poseyendo el dominio “útil” aquel que efectivamente explota las tierras). Esta noción (ya lo hemos señalado) se encuentra expresamente formulada en las Constituciones de Bolivia y de México. Pues bien, en determinadas circunstancias, las tierras que han pasado al dominio “directo” de los particulares, es decir, que han sido objeto de apropiación

por ellos en virtud de las normas legales, deben revertir al dominio del Estado. Un caso muy interesante al respecto existe en la Ley de tierras baldías de Ecuador, de 1936, que estipula que las tierras que hayan quedado incultas durante el tiempo requerido para la prescripción extraordinaria revertirán al Estado por la parte que exceda del triple del área cultivada en cada predio; también revierten al Estado las tierras no cultivadas, durante los últimos diez años, en por lo menos la cuarta parte de su superficie.

En Costa Rica, revierten al Estado los excesos de tierras que resulten incultos al inspeccionarse las tierras inscritas en el Registro y comprobarse que su superficie no corresponde a la realidad, cuando su cabida sea superior a 100 hectáreas; esta disposición legal constituye, pues, una sanción de las inscripciones de tierras que estén basadas en datos falsos.

En Bolivia, en virtud del decreto ley de reforma agraria de 1953, revierten al dominio del Estado, sin indemnización, las tierras anteriormente concedidas y no explotadas. De modo general, en este país como en otros de América Latina, revierten al Estado las tierras adjudicadas por concepto de reforma agraria o colonización, cuando la adjudicación de que se trate caduque por una de las causas legales. En Guatemala, al fallecimiento del titular de un patrimonio familiar, que carezca de herederos del grado reconocido por la ley, los bienes revierten al Estado. También revierten a éste los patrimonios familiares abandonados, así como aquellos que hayan tenido un uso distinto al que les fuera fijado. En la República Dominicana, en caso de fallecimiento del agricultor beneficiario de una adjudicación de tierras antes de obtener el título definitivo, las tierras revierten al Estado. Como se ve, en ciertos casos, se trata de una sanción por el incumplimiento de sus obligaciones por parte del adjudicatario. En otros casos, los bienes revierten al Estado por realizarse una de las condiciones resolutorias a que estaba sujeta la adjudicación.

PREGUNTAS Y EJERCICIOS

1. *¿En qué se diferencia el concepto clásico de propiedad del de propiedad función social, propuesto por los autores Duguit y Hauriou?*

2. *Busque ejemplos en la realidad chilena de propiedades que lleven la característica de su función social. Busque, en seguida, ejemplos de propiedades que conserven su característica clásica absolutista.*

3. *Lea el art. 582 del Código Civil. ¿Cree usted que la Unidad Agrícola Familiar, creada por la Ley de Reforma Agraria, tiene cabida en la definición de propiedad contenida en dicho artículo?*

4. *¿Introduciría usted en Chile el concepto de reversión de tierras al Estado, en la forma establecida en otras legislaciones? Busque razones para fundamentar su posición.*

5. *¿Cuál piensa usted que es la línea que sigue la evolución del Derecho Civil en materia de propiedad? ¿Cuál piensa usted que es la línea que habrá de seguir en el futuro?*

IV. EL DERECHO CIVIL FRENTE A LA SOCIEDAD DE MASAS

46. Explicación

La situación actual por la que atraviesa Chile ha variado considerablemente respecto de la que existía al momento de la dictación del Código Civil. A lo largo de este siglo y medio se han producido una serie de fenómenos que han incidido fuertemente en nuestra vida social y, por lo mismo, han conducido a la modificación de nuestra legislación, como ya hemos visto en los párrafos anteriores.

Dentro de estos fenómenos, uno de los principales tiene que ver con la masificación de la vida social, descrito por el filósofo Ortega y Gasset en su libro *La rebelión de las masas*. Se dice que esta masificación se ha producido debido a las grandes migraciones demográficas, lo que ha derivado en el surgimiento de grandes megalópolis y en aglomeraciones en que cada vez es más difícil encontrar espacio. Este gran crecimiento poblacional ha derivado en la pérdida de la individualidad

y de la privacidad de las personas, lo que ha llevado al surgimiento de derechos nuevos, que apuntan a la protección de la intimidad y la honra de los individuos. Estas grandes aglomeraciones han derivado en el aumento de la promiscuidad, de las bandas criminales de adolescentes, de los espectáculos masivos y de la violencia colectiva, en la uniformidad del lenguaje, de los vestidos, de la manera de ser de las personas, y finalmente, en la masificación de las comunicaciones y en el pensamiento dirigido.

Otro de los fenómenos producidos con posterioridad a la dictación de los grandes Códigos tiene que ver con la revolución científica y los avances tecnológicos, tales como el surgimiento de la computación y la informática, la mecanización y la robótica, la comunicación global vía satélite, la llamada “revolución verde” (o genética vegetal), y los grandes descubrimientos biológicos. Estos descubrimientos han permitido separar la fertilidad de la sexualidad y han otorgado una gran libertad sexual a la mujer. Es conveniente señalar aquí la posibilidad de la manipulación genética humana, así como la fertilidad asistida a través de la fertilización in vitro, la inseminación artificial y la gestación subrogada.

Otro de los fenómenos que han incidido en la actual vida social dice relación con la globalización de la economía, lo que ha derivado en la interdependencia económica entre las naciones. Este fenómeno ha afectado notoriamente al concepto de soberanía, idea que se encuentra hoy bastante obsoleta. Concurrimos en la actualidad a una unificación de las normas económicas, en la cual se ven obligados a participar todos los países que desean lograr un mayor desarrollo para sus pueblos.

Finalmente, y también como consecuencia de la globalización, participamos en un fenómeno de internacionalización de la cultura, la que se extiende al arte, a la música, al cine, a la televisión y, por supuesto, al derecho.

En estas circunstancias, las preguntas que cabe hacernos son: ¿Cuál es el papel que le corresponde al Derecho Civil en esta sociedad globalizada?

¿Queda algún espacio al individuo, solo o en el círculo pequeño de su familia, dentro de la masa social?

¿Es posible la creación artística individual, el pensamiento original y divergente, el acercamiento personal a la religiosidad, los sueños, la imaginación, el amor?

¿Es posible organizar un sistema participativo que resulte a la postre democrático?

¿El crecimiento del Derecho Público debe ir acompañado necesariamente del empujamiento del Derecho Privado?

De partida, es dable admirarse ante una idea que resulta subrayable, frente a este proceso de masificación: las ideologías antiestatistas, hoy en boga, propugnan el repliegue del Estado, la subsidiariedad del mismo frente a la iniciativa particular, el proceso de descentralización administrativa, la reivindicación de las autonomías y el sostenimiento de las culturas locales, en el ámbito de la lengua, la cultura y el folclore.

Parece así que concurrirnos a un doble proceso, de ida y retorno, de masificación, globalización, estandarización, igualación, por un lado; frente a una reivindicación de lo individual, lo familiar, lo comunal o local, lo regional, lo nacional.

Hemos derivado, desde los derechos humanos individuales, hasta los derechos sociales. Desde una responsabilidad contractual o extracontractual subjetiva hemos avanzado hacia una responsabilidad cada vez más objetiva. Y comenzamos hablando del derecho o libertad de enseñanza, para terminar hablando de un derecho de todos a la educación.

Don Pedro Lira Urquieta sostenía que por el ancho cauce del Código Civil de Bello ahora corren pocas aguas. Pensaba que el Derecho Civil ha cedido espacio al Derecho del Trabajo y de la Previsión Social, al Derecho Tributario y al Derecho que regula el Comercio y la Industria, a derechos particulares de sindicatos o gremios, más o menos fuertes, de consorcios financieros o económicos, de corporaciones transnacionales. El Derecho de Seguros, del Transporte, de Bancos e Instituciones Financieras,

parecen haber ocupado el espacio que otrora ocupara el viejo Derecho Civil.

Frente a esta visión minimizadora del Código Civil, creemos necesario volver a la definición, al concepto de lo que es Derecho Civil: el derecho general y común, aplicable a todos los individuos de un determinado conglomerado social, y que, en tanto general, es esencialmente democrático e igualitario, puesto que es aplicable a todos.

En segundo lugar, por ser común, es supletorio; constituye la base igualitaria sobre la cual se levantan las excepciones, esto es, los derechos especiales, como el de minería o el de aguas.

El proceso demográfico descrito, “el hecho de las aglomeraciones”, como lo llamó Ortega, ha significado una ampliación explosiva del derecho común, general, otrora reservado a una élite culta, otrora el “derecho de los ricos”: hoy todo el mundo contrata, todos se obligan, utilizan la autonomía de la voluntad; todo el mundo aspira o ha llegado a ser titular del derecho de propiedad, incluso sobre inmuebles; todo el mundo testa o puede testar, puesto que la propiedad se ha extendido; todo el mundo contrae obligaciones contractuales o extracontractuales, y acude, en general, a instituciones clásicas del Derecho Civil.

Pero no queda ahí el “derecho común”: además, todo el mundo celebra contratos de sociedad comercial, anónima y de responsabilidad limitada; contrata seguros, tiene cuentas corrientes bancarias, con líneas de crédito y tarjetas de crédito, contrae obligaciones con letras de cambio o pagarés, utiliza las disposiciones de la ley de quiebras, garantiza sus obligaciones con prendas agrarias o industriales o con prendas de valores mobiliarios en favor de los bancos o con almacenes generales de depósito. En suma, gran parte de las disposiciones del Código de Comercio han pasado a ser comunes, generales, e integran hoy, sin duda, el Derecho Civil en su acepción más amplia.

Están empezando a surgir instituciones que unifican, que tratan de una manera unitaria, algunas figuras del antiguo Código

Civil con otras del Código de Comercio. Especialmente remarcable es la formulación de una teoría general de las obligaciones civiles y comerciales, a la que debe seguir la formulación de una teoría general de los contratos civiles y comerciales. Sobre este fundamento, el Derecho Comercial deberá devenir en derecho común y acontecerá lo que el profesor Fernando Fueyo denominaba “la reintegración” del Derecho Comercial al tronco común del cual se desgajó.

Pensamos que en un futuro muy próximo deberá dictarse un nuevo Código de Derecho Privado, proyecto en el cual un conjunto de Escuelas de Derecho del país ya está trabajando.

Algunos han pensado agregar también a este Código de Derecho Privado las materias de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social, que igualmente han devenido en derecho común. La proposición es discutible. Tendrá defensores y detractores, por la variabilidad de las normas laborales, aun no plenamente asentadas en el conglomerado social. En todo caso, ella es muy atractiva y merece considerarse.

Personalmente, estamos por una nueva redacción de un Código Civil y Comercial, o Código de Derecho Privado, cuando nuestro vetusto Código Civil se empina sobre los 150 años de vigencia. El nuevo Código podría incorporar las figuras modernas que ya han sido referidas y otras que no han sido tratadas en este párrafo, tales como la buena fe o el enriquecimiento sin causa.

Discrepamos con aquellos que estiman que después del proceso de codificación que caracterizó el siglo XIX, debe venir un proceso de “descodificación”, donde prevalecerán las leyes civiles dispersas y diferentes para cada materia.

Tenemos una duda final: si el nuevo Código que hemos insinuado debe contener también materias propias del Derecho de Familia. Recuérdese que no todos los Códigos Civiles las contienen. Hay países que consideran el Derecho de Familia como una rama diversa al Derecho Civil.

La duda que tenemos se deriva del hecho que consideramos que las normativas

propias del Derecho de Familia no están universalmente aceptadas en la sociedad chilena. Creemos que nuestro país aún no está preparado para darse un Código de Familia de aceptación generalizada. Recordemos que el establecimiento de una nueva Ley de Matrimonio Civil, que contempla la disolución del vínculo a través del divorcio, fue recién aprobada el año 2004, luego de casi un siglo de discusión en el Congreso, y cuyo contenido no está exento de polémicas.

47. JORGE MILLAS: “Derecho y sociedad de masas”, conferencia pronunciada el 23 de junio de 1964 en el Aula Magna de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile. Primeras Jornadas Sociales, Santiago, 1964, págs. 13 a 15, 19 y 20 y 24 y 25.

En apariencia, no es ya difícil entenderse respecto al hecho más notorio e importante de la situación histórica contemporánea: la masificación de la vida social. Filósofos y sociólogos, educadores y psicólogos, economistas y escritores políticos concuerdan en reconocer el fenómeno y su influjo determinante en la remodelación de la sociedad y sus valores. El hecho tiene, en verdad, caracteres empíricos fácilmente discernibles. Se trata, primero, del aumento incontenible, en ocasiones pavoroso, de la presión demográfica del hombre sobre su contorno; los demás hombres, las instituciones de convivencia política y económica, las facilidades materiales, la cultura toda. Tal es el aspecto físico estricto del fenómeno. Pero resulta apenas posible separarlo del otro, el sociológico, consistente en el nuevo papel que, como fuerza histórica y protagonista de la acción, ha pasado a desempeñar la muchedumbre humana, en realidad el hombre medio. Ambos perfiles fueron ya reconocidos en el célebre estudio de Ortega y Gasset sobre *La rebelión de las masas*, justificadamente célebre por la penetración del análisis, aunque menesteroso de una crítica digna de su alcuernia. El los llamó el hecho de las aglomeraciones y el ascenso histórico de las masas.

Pero a esta concordancia en la percepción del gran fenómeno sucede la controversia en cuanto pasamos a su interpretación sociológica y a su valoración filosófica y cultural. A Ortega mismo, que señaló un camino muy pronto convertido en clásico, no lo sigue uno sin escrúpulos intelectuales, y acaba en fecunda polémica con su perspectiva. Esta, determinada por las categorías de “mando” y “obediencia” espirituales, “mediocridad” y “ejemplaridad”, resulta, con lo útil para examinar algunos aspectos del fenómeno, demasiado estrecha para abarcarlo como conjunto y en toda su complejidad. Otros estudios, como el de WRIGHT MILLS en *La élite del poder*, dejan al descubierto buena parte de su riqueza, aunque nuevas categorías, de índole principalmente profesional en este caso, cierran el horizonte en otra dirección, por ejemplo, para comprender a Ortega y reparar en las coincidencias que con él lo ligan.

Contra Ortega, para quien el aspecto más inquietante de la masificación consiste en que “las masas se han hecho indóciles frente a las minorías” y en que aspiran a suplantarlo en la función del mando, el sociólogo norteamericano muestra, con rigurosa mirada de observador social, todo lo contrario. “Los que suponen que las masas son todopoderosas, o que por lo menos van camino del triunfo, están equivocados”.¹ Al revés, el fenómeno de masificación consiste, esencialmente, en la transformación del público que dialogaba y opinaba en “simple mercado de los medios de comunicación”.² La masa, que no tiene rostro, carece también de pensamiento y voluntad: su conducta es mera reacción, sin conciencia de su propia identidad personal ni de sus intereses, a los estímulos de promoción, sugestión, manipulación, centralmente dirigidos por las minorías que controlan las técnicas de la comunicación. “La manipulación –ha podido escribir, por eso, Wright Mills– es

el ejercicio “secreto” del poder, sin que se den cuenta de ello aquellos sobre quienes influye”.³ Más aún, la tesis capital del penetrante estudio de Mills es que la sociedad de masas se caracteriza por el poderío de élites directoras, minorías influyentes, cuya estrategia de mando consiste en hacer creer que la gente, el hombre medio, toma realmente las decisiones. Lo cual vale, téngase en cuenta, no sólo para la sociedad norteamericana, de que se ocupa preferentemente el escritor, sino también para las sociedades políticas dominadas por autocracias ideológicas. En uno y en otro medio, en efecto, aunque con cambio de técnica en la manipulación, con lenguaje diferente, para la expresión, y con distintos sistemas de referencias existenciales (experiencias, deseos, frustraciones, prejuicios, valoraciones), se eliminan el diálogo y la posibilidad de una verdadera participación personal en la génesis y en la dirección del poder. Para uno y otro medio vale la implacable conclusión del sociólogo: “Los medios (de manipulación) 1) le dicen al hombre de la masa quién es –le prestan una identidad–; 2) le dicen qué quiere ser –le dan aspiraciones–; 3) le dicen cómo lograrlo –le dan una técnica–; 4) le dicen cómo puede sentir que es así, incluso cuando no lo es –le dan un escape–”.⁴

La discrepancia fundamental entre Wright Mills y Ortega –que sólo tomamos aquí como modelos de dos perspectivas disímiles– arranca, en definitiva, del desacuerdo entre sus respectivas sociovisiones: el aristocratismo intelectual y liberalismo político del primero, y el humanismo social y socialismo democrático del segundo. También se contraponen, por supuesto, el filósofo y el sociólogo. Y de ambos contrapuntos surge el concepto axiológico de la masa, caracterizada por Ortega como la conjunción de los hombres no cualificados y que rechazan todo llamado a la responsabilidad y al esfuerzo de la autoexigencia, y el concepto sociológico de ella, que permite a Wright Mills reco-

¹ C. WRIGHT MILLS, *La élite del poder*, Fondo de Cultura Económica, México, 1957, cap. 13, pág. 287.

² Op. cit., pág. 283.

³ Op. cit., pág. 294.

⁴ C. WRIGHT MILLS, op. cit., pág. 292.

nocer en la masa un producto neto de las técnicas de comunicación y de su control económico y político por las minorías del poder. Pero uno y otro ofrecen una imagen similar del hecho mismo, al describirlo como la hegemonía de lo impersonal, la anulación del discernimiento y de la responsabilidad, el embotamiento de la individualidad crítica, el dominio de lo irracional; como una especie, en suma, de analfabetismo psicológico, para utilizar la expresión del sociólogo norteamericano. El análisis de éste es, en todo caso, más completo, y, siguiendo de cerca la sinuosidad de la experiencia, instala el fenómeno en el complejo social que lo engendra. No anula ello, sin embargo, la coincidencia fundamental en la referida imagen ni tampoco el signo igualmente negativo con que en ambos casos se presenta. El filósofo y el sociólogo coinciden, en efecto, en examinar el sesgo adverso del fenómeno de la masificación, y en poner a la vista el cariz degenerativo que presenta. Y hasta concurren en un pronóstico: la evolución de la sociedad de masas hacia el despotismo. Son de Ortega estas palabras: “Ahora, por lo visto, vuelven muchos hombres a sentir nostalgia del rebaño. Se entregan con pasión a lo que en ellos había aún de ovejas. Quieren marchar por la vida bien juntos, en ruta colectiva, lana contra lana y la cabeza caída. Por eso, en muchos pueblos de Europa andan buscando un pastor y un mastín”. Y son de Wright Mills estas otras, menos estilizadas, pero no menos rotundas: “Desde cualquier punto de vista que escojamos para mirar al público, comprendemos que hemos andado mucho a lo largo del camino que lleva a la sociedad de masas. Al final de la ruta está el totalitarismo como en la Alemania nazi o en la Rusia comunista”.

Las consideraciones anteriores nos permiten plantear el problema de las relaciones entre la sociedad de masas y el Derecho en términos precisos, y son éstos:

a) ¿Cómo afecta el fenómeno de masificación al orden jurídico?

b) ¿Qué misión cumple realizar al Derecho como recurso de acción frente al desafío de la sociedad de masas?

Ambas cuestiones se presentan en conexión muy íntima, porque el Derecho sólo podrá actuar útilmente como instrumento de acción allí en donde de algún modo refleje las condiciones reales del medio frente al cual actúa. Será, pues, menester considerarlas una en función de la otra.

A la vista de todos está cómo el orden jurídico va cediendo progresivamente, cuando no revolucionariamente, a las exigencias de la nueva sociedad. La funcionalización social de los derechos individuales, la contracción de la autonomía en las relaciones contractuales, y con ello el desplazamiento de áreas cada vez más amplias del Derecho Privado al Derecho Público, la expansión creciente de instituciones otrora de excepción, como la responsabilidad extracontractual: son todos signos institucionales externos de una transformación más profunda en la idea misma del Derecho.

Los signos traducen algo más profundo sin embargo: una transformación decisiva en los conceptos de derecho objetivo y subjetivo y de sus relaciones. Estas dos categorías son determinantes para la comprensión de la experiencia jurídica en una comunidad política. Todo cambio significativo de ésta encuentra una expresión correspondiente en aquellos conceptos y sus relaciones. El estado de derecho liberal burgués –el cual, cosa paradójica, propia del acaecer histórico, alcanzó su apogeo en Europa durante la primera mitad del siglo XIX, justo cuando recibía en su seno la semilla de la Revolución Industrial que habría de desintegrarlo progresivamente– se caracterizó por la preeminencia del derecho subjetivo y su vinculación subordinante al objetivo. El derecho objetivo es sólo un conjunto de reglas operatorias del ejercicio de las facultades, esto es, del derecho mirado desde el punto de vista de la voluntad o del interés del sujeto. La obligación que impone aquél no es nada originario ni sustantivo, sino mera delimitación de la esfera de la subjetividad y en vistas de otra

subjetividad análoga. Tal es la concepción jurídica que en lo político se traducía en la idea de la misión puramente tutelar del Estado como regulador de las relaciones interindividuales de libertad y de poder, y en lo económico en el concepto de su papel de árbitro imparcial del juego espontáneo de los intereses. El derecho objetivo era, sí, la mera forma de la verdadera sustantividad jurídica, los derechos subjetivos. “En esta sociedad de individuos libres e iguales –apunta un escritor político de nuestros días– que competían armoniosamente entre sí para el bien común, el Estado no necesitaba intervenir; no intervenía económicamente para controlar la producción o el comercio, los precios o los salarios; y menos aún políticamente para guiar e influir la opinión. Se dedicó a mantener las reglas del juego para evitar las malas artes y proteger de malhechores a la propiedad privada. Sus funciones eran funciones de policía. Fue lo que Lasalle, el socialista alemán, llamó con desdén el Estado guardián nocturno”.

.....

El derecho objetivo tiene que abrir camino, otra vez, al derecho subjetivo –a un nuevo derecho subjetivo, que destruya los anticuerpos deshumanizadores de la sociedad de masas–. Es imposible prever las formas concretas que las instituciones de este carácter podrían adoptar, pero la experiencia misma del presente permite ya sospecharlas. Los derechos subjetivos, en efecto tienden también a expandirse, aunque ahora en una nueva dirección. La vieja gama se ha enriquecido en el pensamiento de los juristas y en la acción política con instituciones como el derecho al trabajo, el derecho a la educación, el derecho a la vivienda, mas no como mera franquía para la “libre” competencia por tales derechos, sino como ejercicio efectivo de ellos por acción representativa de la sociedad. La sociedad asume los derechos individuales como tales en aras de su efectividad. Se halla a la vista del pensamiento jurídico el nuevo concepto del derecho subjetivo socialmente objetivado.

48. PEDRO LIRA URQUIETA: “Juicio crítico del Código Civil chileno”, trabajo publicado en el Tomo XII de las *Obras Completas de Andrés Bello*, edición hecha por el Ministerio de Educación de Venezuela, 1954-55. Recopilada en *El Código Civil chileno y su época*, Editorial Jurídica de Chile, 1956, págs. 38 y 39.

Vengamos, empero, a nuestro tema. Las transformaciones que ha experimentado el mundo contemporáneo han dado nacimiento a nuevas ramas del Derecho que se han desprendido del viejo tronco civil. Tenemos así, como legislación separada, la abundante legislación del trabajo y las leyes industriales. Paralelamente a ellas han ido multiplicándose las variadas leyes tributarias y ha ganado en frondosidad el Derecho Administrativo. El crecimiento del Estado y de sus organismos alcanza tal magnitud, que no pocos juristas se preguntan angustiados si el Derecho Privado dejó de existir ahogado por el Derecho Público cada vez más absorbente.

Estimamos exagerada tal apreciación, pero no podemos menos de reconocer que los viejos moldes jurídicos se han quebrado. Ocupándonos en particular del Código Civil de Bello, diremos que por su ancho cauce corren ahora pocas aguas. Las corrientes caudalosas ocupan otros cauces, cuales son los que albergan las leyes llamadas del trabajo y de la previsión, las leyes de impuestos y las numerosas leyes que regulan el control estatal del comercio y de la industria. El Código Civil va quedando de esta suerte reducido en su aplicación. No es problema de técnica jurídica el que ha creado este estado de cosas; es la transformación de la sociedad y del Estado. A la política, primero de individuos y luego de partidos, ha sucedido la política de masas. El Estado ya no hace frente a los antiguos señores, sino a las modernísimas entidades que agrupan fuertes intereses económicos y gremiales, sean patronales u obreros. Los escritores políticos franceses hablan, así, con propiedad del moderno feudalismo. Los señores feudales de nuestro tiempo no son

personas naturales: son personas jurídicas que revisten las formas de federaciones sindicales, consorcios financieros o económicos, corporaciones de sabor gremial. Los miles de individuos que engloban estos entes tienen casi en todos los aspectos de la vida jurídica un fuero propio. Hay leyes especiales para los empleados particulares, leyes especiales para los comerciantes, leyes especiales para los agricultores, para los funcionarios y para toda suerte de empleos u oficios. Al Código Civil, sea éste de corte moderno o de corte clásico, no recurren estas personas sino en contadas ocasiones: para casarse, para testar y para uno que otro acto no reglado por una ley especial. El que quiere comprar una propiedad o arrendarla lo tiene ello previsto y reglamentado en ley propia. Igual cosa si se desea celebrar un contrato de seguro o un contrato de transporte o realizar alguna operación bancaria.

Y si a todo esto se agrega que el aumento y difusión de los impuestos convierten a las leyes tributarias en las leyes de mayor aplicación, hemos de convenir en que la crisis del Derecho Civil no es una mera figura retórica. Sostiene un jurista de renombre que tres leyes fundamentales aceleraron en Francia la quiebra del Estado liberal: la ley sindical de 1884, la ley de libertad de asociación de 1901 y, finalmente, la ley del año 1914, que instauró el impuesto global y progresivo de la renta. Con muy ligeras variantes estas leyes han encontrado en nuestra América y en el mundo entero sus leyes gemelas. Los resultados en todos los países han sido los mismos. El Código Civil que ocupaba un gran espacio en el mundo jurídico del pasado siglo hace un pobre papel en nuestros tiempos, ahogado por multitud de leyes especiales.

El problema fundamental, pues, del moderno Derecho Civil no es otro que el de resolver si él puede ser de nuevo el derecho común o si admite la fragmentación creciente. Nos inclinamos a pensar que habría conveniencia, a cien años de distancia, en intentar repetir la empresa colosal de Bello, dando cabida en un Código

Civil renovado a las exigencias modernas que andan dispersas por muchas leyes y cuerpos de leyes.

49. FERNANDO FUEYO LANERI: *El problema de las autonomías o especialidades. ¿Desmembraciones de ramas jurídicas o reintegración al tronco común?*, separata a mimeógrafo, 1968, pág. 6.

El fenómeno de la reintegración. A la evolución del Derecho Civil, dando lugar a desmembraciones de ramas, ha seguido, sin embargo, una evidente reintegración. Esta se demuestra en el campo *legislativo*, con casos tan elocuentes como el del Código suizo, y más recientemente con el del Código italiano, de 1942.

También es evidente el caso de reintegración parcial, que encuentra aprobación casi unánime, como sucede en lo referente a *la teoría general de las obligaciones civiles y mercantiles*.

Como ejemplo de esta reintegración al menos parcial puede citarse lo acordado por ilustres civilistas, incluso franceses, en relación con el actual Derecho Civil, en contraste con la actitud de otros Códigos. Algunos deducen de este y de otros antecedentes la “*conveniencia de sustituir los viejos Códigos Civiles por otros generales de Derecho Privado*”.⁵

Creo, por mi parte, que la *evolución* y la *involución* del problema es algo propio de la naturaleza de las cosas. En efecto, las desmembraciones han obedecido a la necesidad de estudiar mejor y con más detalle lo que ha parecido marcada especialización, o bien se ha caído en el espejismo de lo nuevo a causa de mantener petrificado el Derecho Civil en los Códigos.

Pero llegará de manera natural la vuelta al cauce del Derecho común lo que antes emigró, y se resistemizará la materia con sus nuevos contenidos, inspiraciones y tendencias. La corriente —muy aceptable en nuestros días— de elaborar los grandes principios del Derecho Civil en un orde-

⁵ GALLARDO RUEDA, *El actual Derecho Civil europeo*, Revista Foro Español, año III, N° 17, pág. 24.

namiento único a la manera de Código, facilitará también dicha reintegración.

50. FERNANDO FUEYO LANERI: “Reforma del Código Civil chileno bajo la inspiración de Bello”, separata a mimeógrafo, 1968, págs. 10, 11 y 12.

Frente al tema de la reforma, concretamente de nuestro Código Civil, que empezó a regir el 1º de enero de 1857, o de Códigos en condición similar, hay ciertas y determinadas posiciones de los juristas que van desde el extremo de conservar intacto lo actual hasta la derogación del Código. Señalaré, pues, las posiciones fundamentales.

1º. El Código en vigencia es una obra excelsa de duración larga e indefinida; por el momento no hay necesidad de reforma. A lo sumo algunas interpretaciones que sería preciso aclarar por vía legislativa.⁶

2º. Una posición estática como la anterior propicia mantener incólume el Código, no porque no necesite ajustes a una nueva realidad, sino porque en un momento como el actual, de cambios y ensayos, que se supone transitorio, es preferible una espera del instante final de estabilidad socioeconómica, que es cuando llegará la hora de sistematizar y dar a luz nuevos Códigos.

3º. El Código vigente es una construcción unitaria y sistemática, magníficamente realizada técnicamente, y por lo mismo

⁶ A los reacios a toda reforma parece dirigirles Recaséns Siches las crudas y ácidas palabras que siguen: “El carácter estático que el Derecho posee por sí mismo ofrece una excelente situación a los defensores del orden existente. De aquí que se haya hablado por muchos autores del sentido conservador de la profesión jurídica. Las gentes que disfrutan de una posición privilegiada intentan conservarla, y se convierten en sostenedores del orden existente mediante la defensa de los hechos que les confiere el sistema en vigor. Presentan como necesaria la situación presente de la sociedad, y presentan como peligrosa toda reforma. Predican resignación a los desheredados. Tratan de socorrer a los infortunados, poniendo en práctica un paternalismo protector, que no excluye sentimientos de caridad, pero que contiene también el miedo a la exasperación provocada por la miseria”. *Tratado general de sociología*, 3ª ed. Porrúa, México, 1960, pág. 63.

debe mantenerse en su unidad, si bien con las supresiones y agregaciones que sea menester para conformarlo a los adelantos de la Ciencia Jurídica producidos después de su promulgación. Deberán, entonces, suprimirse materias que hoy aparezcan como inútiles y, a la vez, agregarse las nuevas que ofrezcan interés. Corresponde esta posición a la idea conocida vulgarmente como “reforma de parche”.

4º. La *evolución* científica experimentada por el Derecho Privado, aunque no sea más considerando el período comprendido desde la iniciación de este siglo y marcando con acento los cambios experimentados en seguida de las dos guerras mundiales; el nuevo catálogo de conocimientos que comprende el Derecho Privado, las nuevas sistematizaciones doctrinarias y legislativas que empezaron en la segunda mitad del siglo pasado y no fueron alcanzadas por el Código de Bello, y las que han seguido sucesivamente las nuevas Constituciones Políticas que orientan el sistema positivo de otro modo, y otras razones que podrían seguirse agregando, no admiten la conservación del cuerpo originario de disposiciones.

El problema, por lo tanto, no es sacar y poner simplemente, sino que confeccionar el nuevo catálogo y, hecho esto, resistematizar, lo cual tampoco es óbice para el aprovechamiento de partes o zonas de lo actualmente vigente.

5º. El Código Civil, según otra de las posiciones, es un módulo o fórmula que ha pasado de moda y debe lisa y simplemente suprimirse, sustituyéndoselo en lo que sea menester por leyes especiales; algunos hablan de “Principios Civiles”, otros de “Constitución Civil”, otros de estatutos profesionales y, finalmente, se proponen otras modalidades de sustitución.

.....

A saber, ¿reunirá el nuevo Código *materias desmembradas* en otro tiempo que hoy volverían a su seno original, dando lugar a un verdadero Código de Derecho Privado, como el italiano de 1942, que logra, para decirlo con palabras de Federico de

Castro: “la vuelta a la idea de la unidad del Derecho Civil”?

¿Tendrá un acento social que permita denominárselo Código Privado Social, como ha sucedido con el Código mexicano, de 30 de agosto de 1928?

51. EDUARDO NOVOA MONREAL: “La crisis del sistema legal chileno”, artículo publicado en la *Revista Mensaje* N° 134, noviembre de 1964. Recopilada en el folleto impreso con motivo de las Segundas Jornadas Sociales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago, 1965, págs. 36 a 38.

La socialización progresiva de las estructuras existentes es un hecho tan innegable como la siempre creciente conciencia colectiva de la socialización. Esto se ha manifestado en un conjunto muy vasto de leyes (también en algún Código, como el del Trabajo, aunque él haya quedado retrasado frente a los conceptos actuales), que son las leyes del presente, por su importancia y por su extensión. Todas estas leyes miran a los intereses de la colectividad; de este modo la colectividad o cuerpo social mismo, integrado por todos los habitantes del país, se transforma en el sujeto de esta legislación. Esas leyes, en algunos casos, se refieren también al individuo, pero para tomarlo como un miembro de la colectividad y en relación con ésta, no como un ente independiente.

Toda la legislación laboral o del trabajo, la previsional y la económica, pertenece incuestionablemente a este nuevo derecho que llamamos Social. Incluso, en ciertos aspectos, también entra en ella la legislación tributaria. Y bien, es precisamente esa legislación la que ha sido dictada en los últimos años en gran cantidad, sin coordinación y en forma invertebrada; y es precisamente esa legislación la que, desde el punto de vista de los intereses generales, tiene la primacía para la vida de hoy.

Este Derecho Social, tan importante en nuestra época, tiene en los estudios oficiales de derecho un rango bien desmedrado. Ya

dijimos que ni siquiera se le reconoce como un conjunto capaz de figurar a la altura del Derecho Privado o del Derecho Público. Solamente algunas de las especialidades que él comprende son objeto de estudio en las escuelas universitarias y todavía en forma incipiente. Esta posición subalterna ha traído como consecuencia, bien previsible, el desinterés de los juristas por su estudio, con lo que hasta el momento no se ha formulado científicamente la teoría general que ha de constituir la base de su conocimiento y ulterior perfeccionamiento.

52. OCTAVIO MAIRA LAMAS: “La crisis del sistema legal chileno”, artículo publicado en “El Mercurio”, de Santiago, el 20 de noviembre de 1964. Recopilado en el folleto impreso con motivo de las Segundas Jornadas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago, 1965, págs. 45 a 47.

A nadie escapa, por ejemplo, que la libertad contractual y la autonomía de la voluntad vienen siendo sustituidas por el dirigismo contractual; que los derechos absolutos se han ido, paulatinamente, relativizando; que el derecho-facultad se ha transformado en un derecho-deber; que la protección de los derechos subjetivos se ha convertido en una protección de los derechos y fines de la colectividad; que la responsabilidad extracontractual ha desplazado de su sitio a la responsabilidad contractual; que el contrato de libre discusión ha cedido paso al contrato de adhesión; que la renunciabilidad de los derechos no es permitida cuando ella menoscaba la posición del contratante más débil; que el arrendamiento de servicios se ha transmutado en un contrato individual de trabajo y que éste ha sido prácticamente absorbido por el contrato colectivo, etc.

¿Quiere esto decir, como parece desprenderse de lo afirmado por el profesor Novoa, que el Derecho Privado ha dejado de ser tal para transformarse en un Derecho Social? No lo creemos. Lo que ocurre, en verdad, es que el Derecho Privado de hoy es un derecho socializado, una disci-

plina empapada de las nuevas tendencias y fenómenos colectivos, consciente de la necesidad de adaptarse al devenir histórico y en constante progresión y cambio. Su estructura misma, empero, no se ha visto alcanzada por esta evolución: sólo los grandes principios contenidos en algunas de sus normas modificadas.

.....

La subsistencia del Derecho Civil y el Derecho Privado en general no depende de los ingentes principios que, no sin asombro, vemos transformarse de manera radical. El futuro nos depara un sistema de Derecho Privado diametralmente diverso del que rige en la actualidad, profundamente convulsionado por una sociedad de masas en permanente ascenso, que se incorpora con vehemencia al seno de las instituciones jurídicas. Pero su base misma permanecerá intangible y no variará. No se alterarán los deberes de respeto y obediencia de los hijos para con sus padres, los de asistencia y lealtad de los cónyuges entre sí, la sanción a la mala fe y al enriquecimiento sin causa, la conmutatividad de las convenciones, etc. Todo ello pertenece a un sistema inspirado en una filosofía bien concreta, cuya transformación implicaría un trastrueque fundamental.

53. GUILLERMO PUMPIN: Versión magnetofónica de su intervención en la mesa redonda sobre el tema “¿Qué queda del Derecho Civil?”, que tuvo lugar el día 14 de diciembre de 1970, *Boletín del Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas* N° 9, noviembre de 1971, Santiago de Chile, págs. 13 a 15.

Podríamos empezar a plantearnos el problema desde la dimensión del hombre mismo, cuando éste entra en relación con otros hombres. El hombre es un ser, tiene una categoría ontológica, está situado dentro de un mundo y posee una característica propia y absolutamente identificable; es un ser indigente, es un ser que está requerido constantemente por la necesidad de ser y seguir siendo, es un ente que requiere de una dinámica para mantener su propio

ser. Dentro del cúmulo de necesidades que tiene está la de proyectarse en el mundo que lo rodea, que es un mundo de hombres y de cosas, y los hombres son seres de su análoga naturaleza, y esto provoca un contacto encaminado a la satisfacción de necesidades, y el requerimiento de regular estos contactos. Surge así el concepto del Derecho en las relaciones interpersonales e individuales. Porque es otra realidad que no se puede desconocer que cada ser tiene su individualidad, y va configurando un plano de relaciones con otros seres que han sido englobados dentro del Derecho Civil. Esto, naturalmente, como intento de situar el campo del Derecho Civil, no puede mirarse con una visión estática, porque el fenómeno es esencialmente dinámico. Lo que en un momento determinado pudo ser para los romanos o para el pretor un problema de relación interpersonal basada en la singularidad individual de los sujetos que estaban comprometidos en ella, hoy puede ser una cosa añeja, obsoleta, no aplicable, y lo que hoy no está incorporado en el Derecho Civil puede aparecer mañana en él porque reúne esa común característica de ser un tipo de relación jurídica de dos personas que están situadas en el plano de su individualidad singular. Así, se podrían dar muchos ejemplos de cómo justamente el concepto del Derecho Civil debe ser analizado dentro de una dinámica propia y eso lleva incluso a hacer una afirmación de su carácter un poco más amplia.

Normalmente, cuando se habla de Derecho Civil se entiende el Código Civil; pero el Código Civil es un accidente histórico, un intento de reflejar el Derecho Civil que una sociedad y una época determinadas han querido adoptar. Eso, sin embargo, no es el Derecho Civil. Álvaro Bunster lo señalaba con propiedad: hay un sinnúmero de legislación complementaria, modificatoria y derogatoria del Código Civil que es legislación de Derecho Civil, porque está situada en el seno de estas relaciones interpersonales, de la individualidad singular de cada uno de los sujetos que se relacionan jurídicamente, y hay una especie de desidia de parte de los cultores de esta

rama del Derecho de querer entender que todo el Derecho Civil está en el Código Civil, lo cual es un error. Yo entiendo, por ejemplo, que pertenece indisolublemente a mi ramo el problema del contrato-ley, que tiene muchas facetas y que tiene un campo amplísimo de análisis dentro del Derecho Constitucional. Dentro de esta especie de campo magnético en que estamos tratando de situar una figura jurídica, resulta que el contrato-ley es una relación particular con el Estado, en que este último actúa en su doble función de autoridad y de contratante de Derecho privado. Y como los civilistas han dejado de mano el estudio del contrato-ley, no lo han tratado, no han descubierto hasta ahora que el contrato-ley, según los principios del propio Derecho Civil, es un contrato nulo, porque se está pactando sobre la soberanía o el ejercicio de la soberanía nacional; se está haciendo de una atribución constitucional el objeto de la contratación y eso adolece de objeto ilícito desde un concepto privatista.

Otra insinuación que normalmente he hecho, para recalcar todavía más este aspecto de la dinámica propia que tiene el Derecho Civil, se refiere al contrato de mutuo. El contrato de mutuo es un contrato añejísimo, y si uno lo lee en el Código Civil en la perspectiva del siglo XIX, capaz que los alumnos piensen en banqueros ingleses, digamos que tienen botines con felpa y que pescan con cañas de bambú de la India, y cosas por el estilo. Pero si uno lo piensa, el contrato de mutuo hoy es el contrato de las Asociaciones de Ahorro y Préstamo, es el contrato que permite actuar en la línea crediticia del Estado para el desarrollo de las economías modestas, es un ejemplo que demuestra cómo hay relaciones jurídicas entre entes singulares, que deben ser analizadas desde el punto de vista de la ciencia del Derecho, y que corresponden al campo del Derecho Civil. La ocupación como modo de adquirir el dominio, esto es, pescar, cazar y otras cosas elegantes, mínimas, que aparentemente afectan a

un grupo reducido, resulta ser una figura jurídica que utilizan las pesqueras del norte para hacerse dueñas de las anchovetas y crear un gran complejo industrial. Esa industria de harina de pescado gira en torno al viejo y desacreditado ejemplo de las abejas y de las palomas, los peces y las golondrinas, contenido en nuestro Código Civil. Es precisamente en el Código Civil donde está la sustancia viva, desde siempre, capaz de afrontar hoy las necesidades del momento social en que se vive cuando se le apunta y tecnifica jurídicamente.

PREGUNTAS Y EJERCICIOS

1. *Busque las similitudes y las discrepancias entre los pensamientos de Ortega y Gasset y de Wright Mills, en lo que se refiere a la sociedad de masas.*

2. *¿Qué relación existe para Jorge Millas entre derecho objetivo y derecho subjetivo en el Estado liberal burgués del siglo XIX? ¿Qué relación debe existir entre estos dos derechos en la sociedad de masas?*

3. *¿Cuál es el papel que el profesor Millas asigna al derecho subjetivo en la sociedad contemporánea? ¿Coincide su concepción en esta materia con la que sostiene el profesor Guillermo Pumpin en la intervención que se ha reproducido?*

4. *¿Coincide usted con el profesor Pedro Lira en el sentido de que el Derecho Civil regla hoy poquísimas materias de interés para el hombre común, o piensa, en cambio, que su campo de acción es aún muy vasto? ¿Cree usted que cabe algún papel de importancia al Derecho Civil en la sociedad contemporánea?*

5. *¿Cree usted llegado el momento de reelaborar nuestro Código Civil? En caso afirmativo, ¿qué materias cree usted que deberían incluirse en él?*

6. *¿Qué diferencias existen para el profesor Novoa entre Derecho Privado, Derecho Social y Derecho Público?*

7. *¿Cree usted que es válido sostener hoy, como se sostenía antes, que el Derecho Civil constituye el Derecho “común”? ¿Cree que es útil conservar su carácter de “supletorio”?*