

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

POR LA MANTENCIÓN DEL "CÓDIGO CIVIL" MODIFICADO

Ramón Domínguez Águila
Universidad de Concepción
Universidad del Desarrollo

Se nos plantea como cuestión a debatir la opción entre un nuevo *Código Civil* o la mantención del actual y entre esas dos alternativas, me pronuncio por una intermedia: la mantención del *Código* pero revisado en aspectos importantes, más allá de las reformas que se le han introducido hasta fecha reciente.

1. Primero, ¿por qué no un nuevo *Código Civil*? La tentación de rehacer la obra de Bello es grande. Hay aspectos en que ella ha envejecido y no de buen modo y es de estilo recordar que un gran movimiento de descodificación se ha producido en Chile como en otros países, con la proliferación de una copiosa legislación especial que podría encontrar cabida en sus principios fundamentales, en una codificación civil. De hecho, son varios los países de nuestra América que han emprendido obra semejante: Paraguay, Bolivia, Perú y muy recientemente Brasil se han dotado de nuevos *Códigos Civiles* en el curso de los últimos veinticinco años. Los casos de Perú y Brasil son particularmente notables puesto que en ambos países existían *Códigos* de excelente factura. El derogado *Código* del Perú databa de 1936 y en él se manifestaba la influencia de los *Códigos* de Alemania, Suiza y del Brasil en una síntesis adecuada y que había venido rigiendo en el país vecino sin grandes problemas. El del Brasil de 1916 podía ser considerado entre las más notables obras jurídicas de esta parte del Mundo y que sirvió de modelo a otros y aunque durante su vida se le introdujeron importantes modificaciones y se discutieron constantemente otras, nunca se pensó seriamente en una concreta recodificación hasta el punto que el nuevo *Código* de 2002 resultó una sorpresa para el mundo jurídico¹. En Argentina son conocidos los intentos de dictación de un nuevo *Código Civil* incluso unificado con el de Comercio y sobre el punto el proyecto de 1998 redactado por la Comisión designada por decreto 685/95 quedó terminado y listo para su aprobación legislativa y si no fuera por las diferencias políticas encontradas en ese país hace unos pocos años y ajenas por lo demás al proyecto, éste habría podido ser ya una realidad.

¹ Así lo señala, como cuestión curiosa, Gustavo TEPEDINO, *Crise da fontes normativas e técnica legislativa na parte general do Código Civil de 2002*, en "A parte general do novo Código Civil: Estudos na perspectiva Civil-Constitucional (2ª edición, Río de Janeiro, 2003), p. xvi.

¿Por qué entonces no nosotros?

2. Si observamos lo ocurrido al *Código*, podrá observarse que éste ha envejecido, aunque no de modo uniforme. De las disposiciones originales, hay aún muchas que se mantienen incólumes, en su texto primitivo, sin reforma alguna. Determinadas disposiciones conservan incluso su vigor inicial y aun han recuperado su rol central propio de una constitución civil que tuvo durante tanto tiempo el *Código*. Los casos de los artículos 582 para el concepto del derecho de dominio o propiedad y del artículo 1545 sobre la fuerza obligatoria del contrato son los más notorios, pues luego de haber sorteado los embates de las concepciones socialistas de los más diversos apellidos, han recuperado su importancia como pilares del sistema económico de libre mercado. Los artículos 2314 y 2329 han permitido, con su generalidad, un desarrollo cada vez más importante de la responsabilidad civil, incluso fundada en la culpa, siguiendo tardíamente la evolución ocurrida en otros países con legislación y reglas semejantes y las normas que contienen los principios fundamentales del sistema sucesoral chileno, como los artículos 951, 955, 980, 981, 1097 y 1104 siguen en pie, sin discusión, de forma que luego de la desaparición del principio de la defensa de la familia matrimonial con las reformas de la Ley N° 19.585, continúan estructurando el derecho sucesorio romanista que es ya propio a nuestra cultura.

Más aún, partes enteras del *Código* continúan rigiendo la vida privada de los chilenos, en particular su vida económica, con las mismas reglas de 1855. El ejemplo más notable es el libro IV sobre las obligaciones en general y los contratos. Si exceptuamos el título 22°: *De las convenciones matrimoniales y de la sociedad conyugal*, cuya ubicación en ese libro no es fácil de justificar, no es posible hacer referencia a ninguna reforma en los ciento cincuenta años transcurridos que haya alterado esencialmente ese libro. Cuando se quiere mencionar alguna, se señala la Ley N° 7.825 de 1944 sobre pago por consignación, o las normas que sucesivamente modificaron el contrato de arrendamiento, o las de las Leyes N°s. 6.162, de 1938, y 16.952, de 1968, sobre prescripción. Pero no obstante el interés práctico de esas reformas, ninguna alteró esencialmente aquel libro y sus fundamentos. Más aún, el contrato de arrendamiento que durante largos años pareció escapar del *Código* y del principio de la autonomía contractual, terminó y con ventajas prácticas evidentes, por volver a ser regido por ese principio y la Ley N° 18.101 de 1982 no conserva sino interés procesal.

El libro II mantiene también, en lo fundamental, sus principios originales. Es verdad que muchas de sus disposiciones han sido derogadas al dictarse el *Código de Aguas*; pero el sistema esencial de transferencia de los derechos reales, en especial del dominio, sigue siendo el romano de título y modo, hasta el punto que las reglas sobre la tradición no han sido alteradas y en la enseñanza se mantienen aún vigentes los mismos problemas a que dio origen su interpretación ya a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX y lo esencial de la llamada teoría de la posesión inscrita sigue siendo materia de fe entre nuestros autores y nuestra jurisprudencia.

3. Pero sería un error entender que por ello, el *Código Civil* sigue siendo, como lo pretendieron los *Códigos Civiles* del siglo XIX que siguieron al de Francia, la "constitución civil" de los chilenos. Por bajo la corteza de las disposiciones originales y más allá de las concepciones de aquella teoría de la posesión inscrita o de la fuerza de ley del vínculo obligatorio o de la plenitud de facultades del derecho de dominio, se ha desarrollado, por una parte, toda una legislación especial que ha arrancado de la vigencia del *Código*, partes enteras de la vida civil para entregarla a otras codificaciones y para diseminarlas en una multiplicidad de leyes misceláneas. Y, por otra parte, aunque con un conservadurismo a veces exasperante, la labor jurisprudencial no ha dejado de alterar la visión primitiva que aparecía de la lectura de las reglas de 1855.

a) Sobre lo primero es inútil aludir extensamente aquí: era evidente que la importancia del agua en la agricultura y en la industria requeriría de normas especiales y por ello los sucesivos *Códigos de Agua* se llevaron del *Código* de 1855 esa materia, aunque conservando en no poca medida, los principios y formas técnicas que estaban en éste. Pero el *Código del Trabajo* determinó que, para la mayoría de los chilenos, en un aspecto fundamental de sus vidas diarias, el *Código Civil* no significara nada, como no fuera la alusión a principios comunes a la legislación y a aspectos técnicos de la construcción del derecho que esa legislación especial debe aplicar. Tras él, toda la legislación de seguridad social y en especial sobre accidentes del trabajo han importado una complementación importante a las reglas sobre la responsabilidad civil y aún a las normas sucesoriales². Y las demás reglas especiales son de sobra conocidas para insistir en ello. Bastará recordar solamente que en la vida económica común, la legislación bancaria y crediticia especial tiene tanta relevancia para el ciudadano incluso modesto, como el *Código Civil*, de forma que la subsistencia total del libro IV a que hemos aludido, resulta debilitada profundamente si se tiene en cuenta que sin el crédito bancario o comercial la vida corriente de los chilenos sería imposible. Y esas formas crediticias están reguladas por toda una legislación especial y por contratos de adhesión y consumo por todo ajenos a concepción contractual del *Código*, así como a formas técnicas imposibles de concebir para ésta. El *Código* puede reglamentar la compraventa; pero es lo cierto que sin tarjeta de crédito de las grandes cadenas comerciales, el chileno común no puede acceder a la adquisición de los bienes esenciales y aun deja de ser sujeto importante para la economía nacional.

b) Sobre lo segundo, esto es la influencia de la labor jurisprudencial en la evolución interna de las normas habría que decir algo más, pues es menos evidente y conocida que la de la legislación especial, pues el tema de la descodificación ha estado de moda. Pero no es ésta la oportunidad de hacerlo. Por nuestra parte y a propósito de esta misma conmemoración del sesquicentenario del *Código* de

² Por ejemplo, alterando el principio de unidad, como lo hemos señalado en otro lugar: Ramón DOMÍNGUEZ B. - Ramón DOMÍNGUEZ A., *Derecho Sucesorio* (2ª edición, Santiago 1998), I, núm. 68.

Bello hemos querido contribuir a aquel análisis³. Y nadie podría conocer el real derecho de la responsabilidad civil con la sola lectura e interpretación literal de las reglas de los artículos 2314 y siguientes, si no conociera a la vez la evolución jurisprudencial ocurrida en los últimos veinte años en esa materia.

Por último, está a la vista que el libro I, luego de las reformas de la Ley N° 18.802 y, sobre todo, de la Ley N° 19.585, de 1998, que sustituye el sistema de filiación es ya una modificación sustancial que se aparte por entero de los principios y aun de la cultura que dio origen a las normas de 1855, con sus consecuencias en el libro III y el derecho sucesoral, como hemos tenido oportunidad de señalarlo en el curso de este mismo Congreso conmemorativo.

4. ¿Por qué entonces no dictar un nuevo *Código Civil*, si ésa es la realidad de su vigencia a la hora de ahora? La tentación sería legítima, puesto que la multiplicidad de reglas sólo sirve a la confusión y entraba la vida económica. Volver a redactar una legislación civil para los chilenos incorporando los principios de la legislación especial y alterando los principios fundamentales del *Código* de Bello podría servir a una modernización de nuestra vida jurídica.

a) Pero a nuestro juicio, esa tarea, por interesante que pueda ser para los juristas y aun implicando un desafío intelectual que aparece legítimo recoger sería inútil y aun sin resultado práctico considerable. Los países de América Latina estamos acostumbrados a pensar que las grandes reformas son las que harán avanzar a nuestros pueblos y la creencia en el poder de la ley escrita supera entre nosotros incluso el poder de la fe religiosa o el de magia de nuestra literatura. Si examinamos la vida constitucional de nuestros pueblos, veremos que en promedio nuestros países se han dotado de al menos doce constituciones en su vida independiente⁴. Cada nueva constitución es la promesa de mejores días para el país. La última del Brasil contiene nada menos que garantías individuales, sin perjuicios de las sociales y nadie podrá entender que ese país, por esa circunstancia, tiene en la realidad, una mejor situación de los derechos individuales que las nuestras. Tampoco entendemos que ni el Perú, ni el mismo Brasil, ni Paraguay, ni Bolivia, por haberse dotado de *Códigos Civiles* que supuestamente contienen instituciones modernas que el nuestro consagra, hayan por ello modificado sus realidades económicas y de las personas que en Chile no haya podido lograrse. Ni la estabilidad de los vínculos contractuales, ni la confianza de las personas en sus propios ordenamientos jurídicos son allí mejores que en nuestro país.

b) Por otra parte, la búsqueda de un supuesto modernismo, en materia legislativa, se traduce las más de las veces, en la copia servil de instituciones y prin-

³ Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA, *Código Civil y Jurisprudencia: instituciones jurisprudenciales con base en la letra del Código*, en *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello, Pasado, Presente y Futuro de la Codificación* (Santiago, LexisNexis, 2005), I, pp. 331 y ss.

⁴ Sobre ello, Keith S. ROSENN, *The Success of Constitutionalism in the United States and its Failure in Latin America: An Explanation*, en *The University of Miami Inter-American Law Review* 22 (1990) 1, pp. 6 y 7.

ría conocer el real
retación literal de
a vez la evolución
ría.

formas de la Ley
stituye el sistema
por entero de los
le 1855, con sus
os tenido oportu-
morativo.

es la realidad de
sto que la multi-
nómica. Volver
os principios de
s del Código de
a.

er para los juris-
io recoger sería
América Latina
que harán avan-
ta supera entre
ra literatura. Si
ue en promedio
n su vida inde-
as para el país.
les, sin perjui-
circunstancia,
uales que las
ni Paraguay, ni
contienen ins-
cado sus reali-
ograr. Ni la
rsonas en sus
ís.

nateria legis-
iones y prin-

risprudenciales
Bello, Pasado,

1 States and its
an Law Review

cipios de otros países, principalmente europeos, supuestamente más avanzados, de lo que se concluye que una legislación es más moderna y, por ende más progresista, porque se consagran en nuestros códigos, las reformas e instituciones que son adoptadas en aquellos países. A poco que se examine la cuestión, resulta que las normas del Código lo que requieren es una interpretación más conforme con los tiempos y que además, las supuestas nuevas instituciones no ofrecen, en el fondo, enormes diferencias prácticas. Los ejemplos pueden multiplicarse al respecto. Sólo tomaremos uno. Así, mientras nuestro Código consagra la lesión como causal de nulidad relativa en la compraventa y otras contadas excepciones, con un carácter objetivo como consecuencias de una falta de equivalencia en las prestaciones (artículo 1889), en otras legislaciones se ha adoptado un criterio subjetivo a raíz de un lucro indebido, de una inferioridad de la víctima y aprovechamiento o explotación de ella. El ejemplo del artículo 138 del Código alemán está siempre presente, así como el artículo 1448 del Código italiano, de donde la reforma que la Ley N° 17.711 introdujo al artículo 954 del Código argentino, el artículo 1542 del de Guatemala o el 561 del de Bolivia y el 671 del de Paraguay o el 2002 del de Brasil de 2002. Más cuando se trata de precisar el aprovechamiento o la explotación por la parte lesionadora, se utiliza un sistema de presunción que parte de la sola existencia de una desproporción superior a una tasa legal o a un criterio de proporcionalidad, es decir, en buenas cuentas, una dimensión objetiva. ¿Vale la pena arriesgar la estabilidad contractual, imprescindible en una economía de mercado, para consagrar una institución con caracteres prácticos que finalmente no se apartan tanto de la regla clásica?⁵

La tentación de copiar modelos extranjeros porque son supuestamente avanzados y así incluirlos en una nueva codificación lleva también a un nuevo problema: la desadaptación de las normas a la realidad a la que ha de aplicarse y a veces con consecuencias dañinas, en lugar de rectificadoras. El ejemplo de la responsabilidad civil debe estar siempre presente. Si se revisa la literatura reciente en la materia en América Latina, se observará que se repiten las ideas y soluciones propias del derecho francés o aún norteamericano. Mas la tendencia a ampliar el ámbito de los daños que admiten reparación se justifica allí por los medios económicos de que disponen esas sociedades y por los cambios culturales operados en esas sociedades. Pero aplicar esas mismas nociones a países de economía cuando más mediana, puede significar graves trastornos para el interés general. Bastará pensar, por ejemplo, en lo que llega a acontecer con una desmedida concepción de los daños reparables con cargo a los entes estatales por la noción objetiva de la responsabilidad por falta de servicio. Aplicar esas nociones a municipios pequeños o a servicios de salud regionales termina por

⁵ Sobre esta cuestión, véase DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Consideraciones sobre la lesión en especial en el derecho chileno*, en SCHIPANI, Sandro (cura di), *Roma e America. Diritto Romano Comune. Atti del Congresso Internazionale "Mundus Novus. America Latina. Sistema Giuridico Latinoamericano* (Roma, 2005), pp. 559 y ss.

afectar gravemente los límites presupuestarios de los mismos. Lo que es bueno para Europa no tiene porqué serlo para Chile.

5. ¿Sustituir el *Código* de Bello por uno que obedezca a otros principios y que esté de acuerdo con la evolución jurídica de otras naciones? Pensamos que la codificación del tipo del *Código Civil*, cuando se ha producido con eficacia y valor de permanencia se ha hecho necesaria en relación a momentos históricos particulares. El *Código Napoleón* fue el producto de la Revolución Francesa y la necesidad de dictar una verdadera constitución civil que unificara jurídicamente al país y, como consecuencia, fuera un medio de sustitución de un derecho aristocrático. El tema es de común conocimiento y no es la oportunidad de insistir en él. Los primeros *Códigos* latinoamericanos fueron la consecuencia de nuestra Independencia y la necesidad de afianzar la separación con España. El de Bello, además, el de sentar uno de los pilares de la organización jurídica de la nación independiente. El tiempo era el de refundir, como dice el *Mensaje* la masa confusa de elementos diversos; incoherentes y contradictorios. El de Alemania fue el símbolo de la nueva nación unificada y así podríamos seguir.

¿Cuál es la necesidad actual de dictar un nuevo *Código Civil* ¿Dónde está el momento histórico que lo hace necesario? Por nuestra parte no lo vemos, como no sea la voluntad de seguir algunas modas en curso.

6. Por otra parte, habrá de tenerse en cuenta que la realidad y necesidades jurídicas del tiempo actual determinan una indefectible pérdida del valor que tuvo el *Código* como fuente del derecho chileno. Necesariamente éste ha perdido centralidad en el sistema de fuentes normativas nacionales. La aparición de ámbitos sociales que requieren de una legislación especial lleva indefectiblemente a ello y ése es un fenómeno irreversible que la dictación de otro *Código*, por moderno que fuese, no podrá restituir. Mientras en 1855 el *Código* de Bello podía ser calificado, como lo fue en Francia el de Napoleón, como constitución civil hoy en día, por el contrario, los grandes principios del *Código*, protectores de la persona, tienden a desplazarse indefectiblemente al ámbito constitucional. El fenómeno de la constitucionalización del derecho civil es ya un tema bien asentado⁶ El Derecho civil ya no se contiene sólo en el *Código*, como ya se dijo al inicio y su origen es cada vez menos interno, por la influencia de las normas obligatorias internacionales, de las necesidades de una economía volcada al comercio exportador y por ende, por la importancia de los tratados comerciales suscritos por el país. De este modo, como lo ha dicho un autor, para el caso del *Código* francés, una recodificación no puede contrariar la explosión de los polos de unificación de la legislación civil⁷ y es imposible pensar

⁶ A modo de simple ejemplo, véase DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Aspectos de la Constitucionalización del Derecho Civil Chileno*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 96 (Santiago, 1999), 1ª parte, pp. 107 y ss.; EL MISMO, *La constitucionalización del Derecho*, en *20 Años de la Constitución Chilena. 1981-2001* (Santiago, ConoSur, 2001), pp. 37 y ss.

⁷ Thierry REVET, *La recodification, entre tentations et illusions*, en *Le Code Civil 1804-2004. Le livre du bicentenaire* (Paris, 2004), p. 466.

s. Lo que es bueno

otros principios y es? Pensamos que sido con eficacia y umentos históricos olución Francesa y unificara jurídica-tución de un dere-la oportunidad de n la consecuencia ación con España. anización jurídica io dice el *Mensaje* tradictorios. El de odríamos seguir. *ivil* ¿Dónde está el io lo vemos, como

y necesidades jurí-l valor que tuvo el perdido centralidad le ámbitos sociales e a ello y ése es un lerno que fuese, no alificado, como lo ía, por el contrario, nden a desplazarse . constitucionaliza- vil ya no se contie-s cada vez menos ales, de las necesi-le, por la importan-), como lo ha dicho puede contrariar la s imposible pensar

tos de la *Constitucio-* dencia 96 (Santiago, cho, en 20 Años de la

ode Civil 1804-2004.

que un nuevo *Código* pueda restituir a él todas las reglas y principios que rigen hoy la sociedad civil en sus ámbitos privados, a menos de revisarse y recrearse la integridad de la legislación y esa tarea hoy parece imposible y aun innecesaria. La dispersión de las fuentes del derecho civil es un fenómeno irreversible aquí, como en otros lugares.

7. Todo ello no significa que el *Código* de Bello no requiera de amplias y aun urgentes modificaciones. Ciento cincuenta años son demasiados para mantener incólume partes importantes de la legislación civil, más aún, si nuestro país conoce desde por lo menos veinte años, una considerable transformación económica y social que ha alterado incluso ámbitos importantes de nuestra cultura. Pero esas modificaciones pueden hacerse manteniendo la estructura inicial, el plan de Bello que fue con mucho original para su época y que conserva sus ventajas. Más aún, pueden mantenerse algunos de sus principios fundamentales; pero reforzándolos. Por ejemplo, es evidente que el sistema de transferencia de la propiedad que nos liga con nuestra tradición española y más lejos romanista, no puede ser abandonado sin graves perturbaciones económicas; pero requiere de reformas urgentes para hacer más clara la realidad de propiedad especialmente inmueble. Por ello todo el sistema registral debe ser modificado a partir del *Código* para eliminar las incertidumbres que produce la falta de equivalencia entre inscripción y dominio. La teoría de la posesión inscrita debe dejar de ser fuente de debates clásicos para ser una efectiva herramienta de desarrollo económico. Las denominadas propiedades intelectuales deben recibir consideración como derechos especiales y con mayor protección que la que ofrece el *Código*.

En materia de contratos y obligaciones es urgente consagrar una mayor vigencia del principio de la buena fe, para hacerlo regir desde los tratos preparatorios y no sólo desde la ejecución del contrato, como lo dice el artículo 1546 y sin que la jurisprudencia haya querido ampliar por vía de interpretación, que sin embargo parece evidente, su ámbito. Y más aún: toda la etapa precontractual requiere de efectiva reglamentación, para unificar bajo nuevas reglas, en esa parte, la legislación civil y la comercial.

El sistema de cauciones requiere también revisión para servir mejor a las necesidades del crédito de las medianas y pequeñas empresas, permitiendo por ejemplo, el desplazamiento fácil de la hipoteca sin nueva constitución o reglamentando de modo general y con adecuadas limitaciones, la cláusula de garantía general.

El principio de la autonomía privada que ha alcanzado rango constitucional según no poca jurisprudencia, requiere ser actualizado para contemplar efectivamente la libertad de creación de modelos contractuales sin necesidad de tener que recurrir en cada caso a los contratos típicos. Pero a la vez es preciso que el abuso del derecho y el fraude sean efectivamente controlados, sin perjuicio de mantener la seriedad de la obligación convenida.

El sistema de responsabilidad civil requiere de un preexamen para unificar lo contractual y lo no contractual en aspectos como el daño reparable. Se requiere consagrar una responsabilidad más general por el hecho de las cosas.

En materia sucesoral conviene repensar la extrema rigidez de las asignaciones forzosas que no parece responder ya a las realidades de estos tiempos, según lo hemos expuesto en este mismo congreso.

En fin, materias de reforma las hay y abundantes. Pero integradas al *Código* y sin la pretensión de imitar el rol que Bello tuvo en nuestra historia. Ni el tiempo, ni las necesidades actuales son para ello.