

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)

LA DESCODIFICACIÓN DEL DERECHO CIVIL EN CHILE

Hernán Corral Talciani
Universidad de los Andes

I. FIJACIÓN DEL DERECHO, CODIFICACIÓN Y DESCODIFICACIÓN

Para hablar de una eventual descodificación del Derecho Civil en Chile, habría que precisar a manera de presupuesto algunos conceptos previos que puedan servir como base a toda la exposición. En efecto, el neologismo "descodificación" no se entiende si no lo contraponemos al otro más antiguo, inventado por Bentham, de codificación¹. Por su parte, la codificación debemos entenderla como uno de los procesos por los cuales cada cierto tiempo la comunidad jurídica fija el contenido y las fuentes del Derecho vigente.

Siguiendo al profesor Guzmán Brito, utilizamos el término más amplio de fijación del Derecho para aludir a las diversas formas por las cuales las sociedades intentan organizar, ordenar y seleccionar las normas y criterios aplicables de una materia u ordenamiento jurídico, reuniéndolas en un cuerpo escrito con vocación de permanencia². Hay diversas modalidades de fijación, pero las más frecuentes son las compilaciones de fuentes de derecho, privadas u oficiales, y la codificación.

La codificación es una especie de fijación del Derecho que se caracteriza por innovar respecto de la presentación del material normativo y su organización, por establecer un derecho nuevo que se distancia del anterior, y por determinar la pérdida de vigencia de todas las disposiciones jurídicas anteriores, aunque puedan ser compatibles con la legislación codificada.

Esta es una descripción más bien técnica de la codificación. Pero sabemos que ella es utilizada por una cultura jurídica determinada y por una forma de concebir el régimen político, y la relación entre legislador, juez y ciudadano. Es el célebre *Código Civil* francés el que inaugura así la época de la codificación, con más que ya con anterioridad se hubieran promulgado *Códigos* como el prusiano y el bávaro.

¹ Cfr. GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX a XX* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000), p. 110.

² Cfr. GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La fijación del derecho* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1977), especialmente pp. 21 y ss.

El *Code Civil* es expresión así no sólo de un intento por fijar el Derecho vigente, sino una forma de transformar el sistema jurídico. Ideas como la igualdad de la ley para todos los ciudadanos, la eliminación de las diferencias de regímenes jurídicos entre regiones, la consideración de la ley como expresión máxima de la voluntad general y por ello soberana, la sumisión del juez a aplicar la ley como mero portavoz de dicha voluntad al caso particular, la exposición del material normativo en frases breves, claras, contundentes y de acceso incluso para los no letrados, la aspiración de que todo este nuevo derecho sea una emanación de la simplicidad y llaneza de la razón natural aplicada a las relaciones sociales, son todas ideas que subyacen a la codificación como proceso histórico, político y social.

No incluía el ideario de la codificación el monopolio del *Código Civil* sobre otras ramas del Derecho. Es sabido que una de las características propias del *Code* francés, que sería imitada por los que le seguirían, sería dejar fuera las materias penales y procesales, para las cuales se dictaron códigos propios. Ni siquiera se consideró el *Código Civil* como la fuente exclusiva del Derecho privado, puesto que le acompañó inmediatamente un *Código de Comercio*. Pero lo que queda claro desde el principio es que el *Code* es el derecho privado común y general, e incluso, mediante su título preliminar, es también el derecho común del derecho público. Con razón se le ha llamado la "constitución civil" de la nación.

La gran época de la codificación civil se abre en 1804 y se extiende, aunque con diversos matices en cuanto a sus concepciones fundantes, a la mayor parte de los países que se mantienen en el ámbito latino-continental; excluyéndose los que adoptan el sistema del *common law*.

Durante los comienzos del siglo XX, sin embargo, comienza a verse la necesidad de legislar apartándose de las normas comunes y generales vertidas en los códigos civiles. El desarrollo de la sociedad industrial, los movimientos obreros, la necesidad de atender al crecimiento de la población urbana, los procesos de distribución de las tierras determinan a los órganos legislativos de diversos países a dictar legislaciones especiales que, si bien se refieren a materias que tradicionalmente correspondían al derecho privado, pasan a regularse por disposiciones autónomas. En las últimas décadas del siglo XX este proceso se acelera y comienza una verdadera proliferación de leyes especiales que se apartan de los contenidos del *Código*. Se pregunta entonces si habrá llegado la hora de superar el instrumento técnico-jurídico y político-social de los códigos; si no estamos presenciando una época de transición hacia otra formulación de lo que es Derecho vigente y aplicable, y que se adopte una nueva forma de fijación.

II. DESCODIFICACIÓN: UN TÉRMINO POLISÉMICO

Es en 1978, en plena época de una frondosa legislación especial que pretende dirigir las relaciones privadas con criterios de intervención estatal, cuando Natalino Irti, el agudo jurista italiano, dicta un curso en la Universidad de

Salamanca sobre la relación entre código y leyes especiales. Expresa allí su idea de que hemos abandonado el período histórico marcado por la codificación y hemos entrado en una nueva etapa: "l'età de la decodificazione". Reunidos en un libro varios estudios del mismo autor con ese provocativo título³, la frase alcanza fortuna y se difunde rápidamente.

Unos la emplean para adherirse a la idea de declive de los códigos civiles, otros para refutarla y propugnar la conservación de la utilidad y sentido de los mismos. Frente a la descodificación, aparece entonces el término de "recodificación", creado ahora por quienes piensan que la solución al diagnóstico de Irti no está en apartarse del instrumento del *Código* como forma de fijar el Derecho, sino de remozar, renovar o sustituir los contenidos de los códigos que hayan podido ser superados por la realidad social.

Codificación, descodificación, recodificación son términos que se harán comunes en la literatura jurídica iusprivatista de fines de siglo. No obstante, no siempre se clarifica adecuadamente el alcance de los términos que se usan a veces para designar fenómenos de diverso carácter.

Nos corresponde analizar esta polémica desde el prisma del *Código Civil* de Bello y del Derecho civil chileno. Para ello nos parece indispensable distinguir las diferentes formas en las que se suele emplear el término de "descodificación", ya que no siempre se les atribuye el mismo significado, y esto es vital para realizar un juicio sobre la realidad del proceso y sobre su evaluación.

Una idea común de todas las acepciones de "descodificación" es la que apunta a una reducción o minusvaloración del *Código Civil* como derecho vigente, pero son diversas las causas a las que se reconduce esa merma de sentido y utilidad social.

Así, descodificación puede querer significar:

- i) La pérdida de valor y utilidad del *Código* como instrumento técnico de fijación del Derecho;
- ii) La pérdida del sentido que le dio al *Código Civil* el positivismo legalista como símbolo máximo de la expresión de la voluntad general a la cual deben subordinarse los jueces⁴;
- iii) La pérdida de aplicabilidad del *Código* a los conflictos privados por la proliferación de leyes especiales que se superponen a sus normas;
- iv) El destronamiento del *Código Civil* como centro aglutinante del sistema de derecho privado en favor de la aparición de leyes singulares que regulan materias propias siguiendo valores, principios y lógicas normativas diversas o

³ Cfr. IRTI, Natalino, *L'età della decodificazione* (4ª edic., Milano, Giuffrè, 1999).

⁴ En este sentido, parece entender la descodificación BRAVO LIRA, Bernardino, *Más allá de los Códigos: Derecho Indiano y Codificación*, en DOUGNAC, ANTONIO - VICENCIO, Felipe (eds.), *La Escuela chilena de historiadores del Derecho y los estudios jurídicos en Chile* (Santiago, Universidad Central, 1999), p. 350: "La descodificación abre paso a una radical renovación de los métodos y formas de trabajar del jurista. El predominio de la dogmática, la exégesis y la subsunción cede paso a los avances de la tópica, la jurisprudencia y la *iurisdictio*".

contradictorias con el *Código* y constituyéndose, así, en microsistemas autosuficientes, que relegan al *Código* a una función de carácter residual⁵.

v) La mermada utilidad del *Código Civil* como instrumento jurídico apto para tutelar a la persona en sus derechos fundamentales, la cual ha pasado a ser materia propia de las Constituciones y de los Tratados Internacionales. Descodificación vendría a ser un fenómeno paralelo y dependiente de la constitucionalización e internacionalización del Derecho Civil.

vi) El apartamiento de la jurisprudencia de los tribunales de las normas del *Código* para poder hacer frente a realidades nuevas, respecto de las cuales las disposiciones legales se presentan como obsoletas y anacrónicas.

Para ofrecer un atisbo de respuesta sobre si el Derecho civil chileno vive o no un proceso de descodificación, es necesario plantearse lo que ha sucedido en los últimos 150 años en los que el *Código Civil* ha estado en vigor, pero en relación con cada una de las formas en las que es posible concebir dicho proceso. Es lo que intentamos hacer en las líneas que siguen.

III. FORMAS DE DESCODIFICACIÓN EN EL DERECHO CIVIL CHILENO

1. Descodificación y desecho del código como forma de fijación del Derecho

Comenzamos por la más simple, la que identifica descodificación como la pérdida de utilidad de la técnica codificadora para legislar y fijar el Derecho. Esta forma de entender la descodificación es una de las que más utilizan los que pretenden refutar la tesis de que estamos ante una época de descodificación⁶. Efectivamente, si uno mira lo que ha sucedido en las últimas décadas en el mundo parece claro que ni con mucho está periclitada la época en que la codificación es un instrumento técnico jurídico preferido para fijar el derecho privado común. Se mencionan así los códigos de la postmodernidad, tanto en América (Perú, Quebec, Paraguay, Brasil), como en Europa (Holanda) e incluso fuera de occidente (*Proyecto de Código Civil* para China).

Si nos enfocamos en el derecho chileno podemos verificar que no han existido ni existen voces, ni en el sistema político ni en el sistema judicial ni en la doctrina, que aboguen por una sustitución del *Código* como forma de presentación del material jurídico que necesita permanencia, organicidad y coherencia interna. En Chile, en el siglo XX se han dictado nuevos *Códigos* en materia de derecho privado, como el *Código de Aguas*, el *Código de Minería* y el *Código Aeronáutico*.

Nadie ha sostenido que deba derogarse el *Código Civil*. Cuando más se ha considerado la posibilidad de desglosar las materias relativas a la familia para

⁵ Es propiamente la tesis de IRTI, N., *L'età della decodificazione*, cit. (n. 3), *passim*, y especialmente pp. 44 y ss.

⁶ Cfr. PIAGGIO, Anibal Norberto, *Codificación, descodificación, recodificación*, en VV. AA., *La codificación. Raíces y prospectivas. III: ¿Qué derecho, qué códigos, qué enseñanza?* en *El Derecho* (Buenos Aires, 2005), pp. 177-178, siguiendo a Rodolfo Sacco.

redactar un *Código de la Familia*, como se ha hecho en algunos países. Sin embargo, esta idea tampoco ha ganado fuerza suficientemente gravitante.

2. Descodificación y superación del positivismo legalista

Si consideramos que el Derecho civil se ha descodificado porque se ha depurado de todos los aditamentos con que había revestido al *Código Civil* la concepción del positivismo legalista, podríamos encontrar que Chile ha dado pasos en ese sentido. A ello ha ayudado en el último tiempo la conciencia de que los principios generales del Derecho deben jugar un rol en el sistema de fuentes. También el proceso de constitucionalización, al que aludiremos más adelante, ha permitido ir alejándose de los postulados del normativismo positivista.

La misma jurisprudencia tiene atisbos de creatividad que implican un apartamiento del *Código Civil* si se pretende ver en éste una expresión de la voluntad soberana del legislador de 1855, fijada de modo permanente en reglas inamovibles e inmunes a todo desarrollo jurisprudencial.

No obstante, cabe señalar que también aquí puede que nuestro Derecho se haya "descodificado" menos que otros, sobre todo en el ámbito de los tribunales. La teoría según la cual el artículo 19 del *Código Civil* ordena aplicar la ley según su significado literal, desatendiendo otras valoraciones, ha pesado de manera importante en todo nuestro sistema y sigue manteniendo una cierta hegemonía. La teoría de los cuatro elementos de la interpretación, sacada fuera de contexto de Savigny y aplicada a los arts. 19 a 24 del *Código Civil* por nuestro más ilustre civilista don Luis Claro Solar⁷, ha llevado a consolidar esa opinión incluso en las aulas y textos de estudio. Sólo recientemente se ha advertido que la teoría de los cuatro elementos y la supuesta primacía del elemento gramatical no es originaria de Bello ni puede fundarse en los preceptos legales mencionados⁸.

3. Código Civil chileno y proliferación de leyes especiales

Más razón puede darse a la afirmación de que el Derecho Civil se ha descodificado si se atiende al fenómeno de la proliferación de leyes especiales. Para comprobarlo basta mirar la última edición del *Código Civil* realizada por la Editorial Jurídica (edición oficial aprobada por Decreto N° 838, Ministerio de Justicia, de 20 de octubre de 2004): casi la mitad de sus páginas (547) corresponden al apéndice que contienen leyes que regulan materias especiales. Por cierto, fuera del apéndice pueden encontrarse otras que no se han incorporado por ser demasiado extensas o de naturaleza más técnica.

⁷ CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado* (Santiago, Establecimiento Poligráfico Roma, 1898), I, N° 223, p. 124.

⁸ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La historia dogmática de las normas sobre interpretación recibidas por el Código Civil de Chile*, en VV. AA., *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992), pp. 41 y ss.

Algunas de estas normativas especiales fueron exigidas por el mismo *Código* o se dictaron casi contemporáneamente con su entrada en vigor. Así, el *Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces*, dictado por mandato del artículo 695 del *Código*, el 24 de junio de 1857, la *Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes*, de 1861, y las leyes sobre propiedad intelectual (Ley N° 17.336, de 1970) y de propiedad industrial (Ley N° 19.039, de 1991), a las cuales se refiere el artículo 584 del *Código Civil*.

Otras se hicieron necesarias al reformarse algunas materias del *Código*, cuya regulación se prefirió incorporar en leyes especiales, como la *Ley de Matrimonio Civil* de 1884, sustituida hoy por la Ley N° 19.947, de 2004, la *Ley de Registro Civil* de 1884, sustituida hoy por la Ley N° 4.808, de 1930, o la ley que regula la adopción, posibilidad originalmente omitida por el *Código*, hoy en la Ley N° 19.620, de 1999.

Algunas leyes especiales se aprobaron para ir en provisión de nuevas situaciones que necesitaban una regulación particular, aunque sin derogar la normativa del *Código*. Así, las leyes de prendas especiales que culminan en la ley de prenda sin desplazamiento (Ley N° 18.112), la ley de operaciones de crédito de dinero (Ley N° 18.010), que superó el principio del nominalismo del *Código* para las obligaciones de dinero, y las leyes de arrendamientos de predios urbanos y rústicos (Ley N° 18.101; D.L. 993). Últimamente, las realidades de la vida moderna han de nuevo suscitado la intervención del legislador para dictar leyes especiales: así la ley de protección de datos personales (Ley N° 19.628), la ley de firma electrónica (Ley N° 19.799), la ley de copropiedad inmobiliaria (Ley N° 19.537) y la ley del llamado "leasing" habitacional: arrendamiento de viviendas con promesa de compraventa (Ley N° 19.281).

Es un punto incuestionable que el *Código Civil* hoy día tiene que convivir con un conjunto de legislaciones especiales, que de alguna manera le restan claridad, intelegibilidad y coherencia al conjunto del sistema privado, pero ¿significa esto que el *Código* haya perdido toda fuerza de referencia y de aglutinación de ese material disperso y fragmentario?

4. El *Código Civil* chileno: ¿código residual?

Llegamos así al concepto propiamente tal de descodificación, tal como lo planteó Natalino Irti, confirmada en el proemio de la cuarta edición de su libro publicada en 1998 (20 años después de su edición inicial). Según el planteamiento del jurista italiano no es la mera abundancia de leyes especiales lo que permitiría calificar a nuestra época como "la edad de la descodificación", sino la naturaleza de esas leyes especiales.

Tales leyes ya no serían propiamente especiales, en cuanto no seguirían conectadas al *Código Civil* dependiendo en último término de los valores y principios de este último, el que seguiría desempeñando el papel de derecho común y supletorio. Si fuera así, nos mantendríamos dentro de un sistema de derecho privado único compuesto con un centro: el *Código Civil*, y varias legislaciones particulares conectadas a dicho centro.

Irti pide que se vea que estas leyes no son sólo especiales respecto al *Código*, sino extravagantes; normas de Derecho singular ha dicho Guzmán Brito para hacer la diferencia con el derecho meramente especial⁹. Las leyes singulares se separan completamente del conjunto de valores, principios y lógicas insertas en el *Código Civil* para adoptar sus propios valores, sus propios principios y sus propias lógicas. Esto es la ley singular se erige en un nuevo sistema autónomo que ya no guarda referencia al *Código Civil*. La interpretación de sus normas debe hacerse considerando sus propios postulados y no recurriendo al *Código Civil* por analogía o supletoriedad. ¿Qué sucede entonces con el *Código Civil*? Deja de ser el centro y pasa tener la categoría de un sistema más que se aplicará únicamente cuando algún caso no esté contemplado por ninguno de los otros sistemas particulares. Se trata, dice Irti, de un *Código* residual. Se supera la visión del derecho privado como un sistema cohesionado por el *Código* para pasar a un conjunto fragmentario y disímil de microsistemas, cada uno con su propia esfera de aplicabilidad y vigencia. La edad de la descodificación nos habría hecho pasar desde un Derecho civil monosistémico a otro plurisistémico¹⁰.

¿Podemos decir que esto ha sucedido en el Derecho civil chileno? Pareciera que no. La inmensa mayoría de las leyes dictadas para complementar la regulación del *Código Civil* son leyes especiales en el sentido propio del término, es decir, mantienen como derecho común y supletorio la normativa del *Código Civil*.

Junto con Guzmán Brito, pueden identificarse como leyes singulares o extravagantes que podrían dar pie para pensar aplicable la teoría de Irti al Derecho civil chileno, la legislación laboral y la legislación dictada sobre reforma agraria¹¹. Sin embargo, la legislación laboral constituyó finalmente un *Código* propio y no sólo se separó del *Código Civil*, sino del mismo derecho privado.

La legislación de reforma agraria que intentó alejarse del concepto de propiedad del artículo 582 del *Código*, vino finalmente a ser desestimada, recuperando así su vigencia el mismo *Código Civil*, incluso reforzada por la *Constitución* de 1980 (artículo 19, N° 24 Const.).

Quizás la ley que pueda definirse como extravagante del *Código Civil* y que subsiste dentro del derecho privado es la *Ley de protección de los derechos del consumidor* (Ley N° 19.946). En efecto, el *Código* parte del principio de que en

⁹ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Codificación, descodificación y recodificación en el Derecho Civil chileno*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 90 (Santiago, 1993) 2, sec. "Derecho", pp. 39-62.

¹⁰ Dice IRTI, N., *L'età della decodificazione*, cit. (n. 3), pp. 46-47: "La relación entre código y leyes, antes descrito en términos de general y especial, se convierte en una de disciplina general y disciplina residual: donde general es la ley externa y residual el código. El *Código Civil*, si bien regula supuestos más amplios (o sea, pobres de elementos y notas individuantes), y por ello teóricamente generales, es reducido, en la experiencia jurídica concreta, a derecho residual. General es en verdad la ley, nacida como excepcional o especial, que mano a mano ha conquistado sectores más vastos de destinatarios y además responde a una lógica propia y autónoma".

¹¹ GUZMÁN BRITO, A., *Codificación*, cit. (n. 9), p. 55.

las relaciones contractuales ambas partes tienen el mismo poder de negociación y se basa en el principio de igualdad formal de los ciudadanos. En cambio, la legislación particular en este caso tiende a consagrar una clase de ciudadano como merecedora de mayor tutela: el consumidor final, que no se encuentra en igualdad de condiciones con el proveedor. La normativa de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión parece mermar el principio matriz de la autonomía de la voluntad, una de las vigas maestras del *Código Civil*. No se descarta que suceda con esta legislación algo similar a lo que ocurrió con las leyes laborales, y que termine dando paso a un nuevo *Código* y a una disciplina autónoma¹².

En todo caso, incluso tratándose de estos cuerpos legales la descodificación en el sentido de reducción del *Código* a un cuerpo de aplicación residual, debe negarse si se trata del *Código Civil* chileno. En efecto, respecto del derecho laboral y del de consumidores, las reglas del *Código Civil* no son residuales, sino supletorias¹³.

5. Constitucionalización del Derecho y descodificación

La constitucionalización del Derecho civil también parece haber tenido carta de nacimiento en la doctrina italiana. No es raro que el problema de la relación entre *Constitución* y *Código Civil* se presentara problemática en la Italia de la postguerra. En efecto, los juristas se vieron con la necesidad de hacer convivir el *Código Civil* facista de 1942, con la *Constitución* democrática y social de 1947. La forma en que buscaron esta conciliación fue releyendo o reinterpretando el *Código Civil* a la luz de los nuevos principios, derechos y valores consagrados en el texto constitucional.

También en Chile se ha producido un redescubrimiento de la *Constitución* en materias de Derecho privado, aunque ello no esté exento de polémicas. Las normas de la *Constitución* sobre la persona y su dignidad, la igualdad ante la ley y en el ejercicio de los derechos, la libre iniciativa en materia económica, la propiedad y su afectación, la familia y su promoción, los derechos fundamentales a la vida, integridad física y psíquica, a la honra y a la vida privada, han tenido repercusiones importantes en la interpretación y aplicación de las normas del *Código*. Por ejemplo, la procedencia de la indemnización del daño moral en la responsabilidad tanto contractual como extracontractual ha tenido un apoyo importante en los textos constitucionales.

Incluso pleitos contractuales, como terminaciones de contratos de arriendo o de prestación de servicios, han sido resueltos por los tribunales, no recurrien-

¹² Pero en contra puede decirse que si se tiene en cuenta los mismos principios del *Código Civil* que limitan la autonomía de la voluntad en caso de violación de la moral, las buenas costumbres y el orden público o de vulneración del equilibrio contractual y de las expectativas de los contratantes que revelan su buena fe, es posible considerar la *Ley de Protección de los Derechos del Consumidor* como una ley especial y no como derecho singular llamado a transformarse en un microsistema autónomo.

¹³ En este sentido, TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, *Código Civil 1855-2005. Evolución y perspectiva* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005), pp. 349-353.

do al *Código Civil*, sino a las normas sobre derechos constitucionales, a través del profusamente utilizado recurso de protección del artículo 20 de nuestra Carta Fundamental¹⁴.

Pareciera, sin embargo, que las Cortes han evolucionado hacia una aplicación más estricta de la normativa constitucional y de la acción cautelar de protección, negándose a conocer por esta vía materias que son propias del derecho privado común.

Tal vez más que hablar de descodificación por obra de la constitucionalización del Derecho civil, habría que señalar una nueva forma de interpretar y de aplicar el *Código Civil*, a la vez como fuente central del sistema de Derecho privado, y como cuerpo jurídico que debe reflejar y traducir en criterios y estándares de actuación concreta los principios, derechos y valores consagrados en la *Constitución* en normas y pautas de textura abierta y flexible¹⁵.

6. El Código Civil chileno y la jurisprudencia

A veces se hace alusión a la descodificación para señalar que han sido los tribunales de justicia los que mediante una interpretación creativa se han apartado de los postulados y normas primitivas del *Código Civil*.

Entre nosotros esta forma de "descodificación" es menos gravitante, ya que nuestra jurisprudencia suele ser bastante fiel al tenor literal de los textos. No obstante, hay casos en los que claramente se ha producido un desarrollo jurisprudencial que va más allá de las normas en su significación primitiva.

Nos limitaremos a mencionar tres de los casos más claros. Uno es la abundante jurisprudencia que se ha producido sobre el inciso 2º del artículo 2195 del *Código Civil*, que dice nada más que constituye también precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato, y por ignorancia o mera tolerancia del dueño. Esta norma, ubicada al final del tratamiento del contrato de comodato, ha dado lugar, en la jurisprudencia, a una verdadera acción protectora del dominio que ha venido a rivalizar, en su uso práctico, con la acción reivindicatoria y los interdictos posesorios.

Otra forma de descodificación jurisprudencial ha sido la interpretación extensiva de los arts. 2320 y 2322 del *Código Civil* sobre responsabilidad del hecho ajeno, sobre todo en la figura de la responsabilidad del empresario por el hecho de sus dependientes. Es curioso como la jurisprudencia ha echado mano de la norma del artículo 2322 que habla literalmente de la responsabilidad del amo por los ilícitos cometidos por sus criados o sirvientes para aplicarlo a empresas que son personas jurídicas y a trabajadores de las más variadas especialidades. Incluso se ha aplicado la norma a la responsabilidad del Estado por el hecho de los funcionarios públicos.

¹⁴ Cfr. JANA LINETZKY, Andrés - MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, *Recurso de protección y contratos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996).

¹⁵ Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, *Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del Derecho Privado*, en *Derecho Mayor* 3 (Santiago, octubre, 2004), pp. 47-63.

Una última forma de apartamiento de la jurisprudencia del texto y sentido original del *Código*, es la consagración de la resarcibilidad de los daños morales, primero en la responsabilidad por delito o cuasidelito y recientemente también en la responsabilidad contractual.

Puede, sin embargo, plantearse la pregunta de si ésta es verdaderamente una forma de descodificación. En nuestro parecer, más que ante una descodificación, estamos, a la inversa, ante una consolidación del *Código* como fuente jurídica, a través de su desarrollo por una adecuada y necesaria intervención jurisprudencial.

IV. LA REFORMA DEL CÓDIGO Y LA INCODIFICACIÓN

Por último, debemos hacer presente que nuestro *Código Civil* ha sido objeto de variadas reformas, sobre todo en materia de familia y sucesiones. Por razones de espacio no mencionaremos las diversas leyes que han venido a modificarlo. La última fue publicada el 5 de julio pasado sobre investigación de la paternidad (Ley N° 20.030, de 2005).

De nuevo estas reformas, más allá de los juicios que puedan hacerse sobre su bondad y conveniencia, consolidan el *Código* en su vigencia y presuponen su eficacia jurídica ya que de ser efectiva la merma de influencia que algunos le atribuyen en razón de la descodificación, el legislador no se daría el trabajo de actualizarlo.

Es más, puede suceder que leyes especiales que han tratado una materia fuera del *Código* sean de nuevo reinsertadas en el articulado de dicho cuerpo jurídico. En efecto, sabemos que en Francia se propone una reformulación de la regulación de las garantías para simplificar y organizar leyes dispersas y reincorporar esa normativa en lo que sería un nuevo libro cuarto del *Code*.

Entre nosotros, el fenómeno también ha estado presente. Se trata de la Ley N° 19.335, de 1994, que estableció el régimen matrimonial de participación en los gananciales. A través del Decreto con fuerza de ley N° 2, de 1995 (D. Of. de 26 de diciembre de 1996) que fijó el texto refundido del *Código Civil* se insertó toda la normativa legal en el nuevo título XXII-A del libro IV, dividiendo la numeración del artículo 1792 en 27 números.

Así, podríamos añadir a los neologismos ya conocidos de codificación, descodificación y recodificación, el de *incodificación*, que vendría a significar el ingreso en el articulado del *Código Civil* de regulaciones que han pertenecido previamente a una legislación de carácter especial¹⁶.

V. ¿ESTÁ EL DERECHO CIVIL CHILENO EN LA EDAD DE LA DESCODIFICACIÓN?

Terminamos con algunas respuestas sobre la cuestión de si nuestro Derecho Civil vive la etapa de descodificación. Es para dudar si se toma el término en

¹⁶ TAPIA, M., *Código Civil 1855-2005*. cit. (n. 13), pp. 407-408, sugiere la reintegración en el Código de ciertas materias hoy reguladas en leyes especiales, como la formación del consentimiento contractual o la prenda sin desplazamiento.

el significado que le atribuía Irti¹⁷. Parece claro no obstante, que el *Código Civil* no puede pretender seguir siendo el paradigma del positivismo legalista ya hoy superado por nuevas concepciones más realistas de lo que es Derecho. Tampoco parece tener ya esa influencia máxima en todo el ordenamiento jurídico, y es necesario ajustarlo ahora a los parámetros y criterios valóricos y dogmáticos contenidos en la *Constitución*.

Si bien lo anterior parece indudable, no es suficiente para concluir que el *Código Civil* ha dejado de desempeñar el papel de centro nuclear y común del derecho privado, e incluso a veces del Derecho público (cuando se trata de instituciones derivadas del derecho privado como la nulidad y la responsabilidad). Las leyes especiales que se han dictado en abundancia siguen suponiendo que las reglas generales y supletorias se encuentran en el *Código Civil*.

En todo caso, no parece que en Chile estemos presenciando el fracaso de la técnica de la codificación como manera de fijación del Derecho. De allí que las alternativas que se proponen, más que las de acostumbrar al jurista y a enseñar a los estudiantes a convivir con un plurisistema de Derecho privado cuyo *Código* es un texto sin vida y meramente residual (como pretende Irti), sean las de remozar el *Código*, actualizarlo, seguir desarrollando doctrina y jurisprudencia creativa bajo el impulso de sus textos, y —en el caso de los más audaces o temerarios (según se estime)—, ir hacia una sustitución del *Código* de Bello, pero por un nuevo *Código Civil*.

En cualquier caso, estas alternativas quedan fuera del propósito de nuestra exposición y formarán parte de la Mesa redonda que le sigue. Damos así por concluidas estas reflexiones, esperando haber arrojado luces sobre de qué forma y hasta qué punto puede hablarse de descodificación del Derecho Civil chileno.

¹⁷ Lo niega rotundamente TAPIA, M., *Código Civil 1855-2005*. cit. (n. 13), pp. 349-353.