

CODIFICACIÓN, DESCODIFICACIÓN, RECODIFICACIÓN DEL DERECHO CIVIL

*Gonzalo Figueroa Yáñez**

I. EXPLICACIÓN PREVIA

Dos aniversarios muy cercanos entre sí y de gran trascendencia jurídica estamos celebrando los civilistas chilenos: el bicentenario del *Código Civil* francés, promulgado el 21 de marzo de 1804 (30 de ventoso del año XII) y el sesquicentenario del *Código Civil* chileno, promulgado un poco más de cincuenta años después, el 14 de diciembre de 1855. Al proceso de codificación siguió, tanto en Francia como en Chile, un largo período que se ha llamado de “descodificación” de las normas civiles, caracterizado por la fragmentación y dispersión de dichas normas en diferentes cuerpos legales. Y durante los tiempos que corren, se empieza a considerar una posible “recodificación” del Derecho Civil, que permita ofrecer a esas normas heterogéneas dispersas el sentido unitario y sistemático que caracterizó al *Código* originario. El presente trabajo tiene por objetivo preguntarse acerca de la factibilidad y ventajas de una futura recodificación civil en Chile.

II. LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO CIVIL

Un código, según la definición de Louis Vogel, es “la presentación sistemática, organizada de manera sintética y metodológica de un cuerpo de reglas generales y permanentes que rigen en una o varias esferas particulares del derecho en un país determinado”¹. La Francia revolucionaria de fines del siglo XVIII sintió como un imperativo categórico la necesidad de codificar sus leyes civiles para afirmar, primeramente, la igualdad y, luego, la libertad que se ofrecían entonces a todos los franceses, promovidos a la calidad de ciudadanos.

* Profesor titular de Derecho Civil. Universidades de Chile y Diego Portales.

¹ Louis VOGEL, “Le monde des Codes Civils”, en *Le Code Civil - un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 790 (traducción libre del autor).

Un solo texto para todos, que pusiera término a las normas exclusivas para ciertas regiones o para ciertas clases sociales; el fin de los textos discriminatorios, de los estatutos de privilegio, de los particularismos de las costumbres locales. Es la característica de Derecho Común, de derecho para todos, la que resulta especialmente atractiva para los codificadores de 1804; un derecho sin distinciones, sin discriminaciones, que afirme la igualdad moral de todos los franceses, “las relaciones igualitarias entre ciudadanos”².

Se trata de poner en el nuevo *Código todo aquello que une a los franceses*, y no lo que los distingue en tanto comerciantes, mineros, miembros del ejército o de la armada³, o trabajadores. Lo que los une, esto es, aquello en que todos coinciden, como su condición y dignidad de personas, el matrimonio que celebren, los contratos que consientan, las obligaciones que contraigan, la forma de repartir sus bienes después de sus días. Según el decir de Portalis, de esta manera, “el orden civil vino a cimentar el orden político. No somos provenzales, bretones, alsacianos: somos franceses”⁴.

Existió una fuerza simbólica en esta ley igualitaria, un llamado a todos sin diferencias de clases o de origen, para integrarse a los batallones de los cuales dependía la supervivencia de la Francia republicana. El decano Carbonnier estima que “la verdadera Constitución de Francia fue el Código Civil. En él se recogieron las ideas en torno de las cuales la sociedad francesa se constituyó a partir de la Revolución”⁵. Y el decano Cornu agrega que: “el Derecho Civil da al pueblo francés una organización de conjunto que contribuye a formar un tipo de sociedad. El orden interno de esta sociedad, la organización civil del Estado es la base de lo que se ha llamado la “Constitución civil de Francia”⁶.

² Jean CARBONNIER, *Le Code Civil - Livre du Bicentenaire*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 24 y 25.

³ El art. 4º del *Código Civil* chileno da preferencia a las disposiciones contenidas en los *códigos de Comercio, de Minería, del Ejército y Armada*, y demás especiales, por sobre las disposiciones contenidas en el *Código Civil*, afirmando así el carácter general y supletorio de este último.

⁴ PORTALIS, *Exposé des motifs du projet de loi relatif a la réunion des lois civiles en un seul corps de lois sous le titre du Code civil des Français* (26 ventose an XII).

⁵ Jean CARBONNIER, “Le Code Civil”, en Pierre NORA, “Les lieux de mémoire”, citado por Yves LEQUETTE, “Recodification civile et prolifération des sources internationales”, artículo incluido en *Le Code Civil - Livre du Bicentenaire*, Paris, Dalloz, 2004, n. 47 p. 187 (traducción libre del autor).

⁶ Gerard CORNU, “Introduction, les personnes, les biens”, 10ª ed., 2001, N° 257, citado por Yves LEQUETTE, “Recodification civile et prolifération des sources internationales”, artículo incluido en *Le Code Civil - Livre du Bicentenaire*, Paris, Dalloz, 2004, n. 46, p. 187 (traducción libre del autor).

El *Código* de Napoleón satisfizo la casi totalidad de las necesidades privadas de los ciudadanos franceses en su vida en sociedad. El decano Cornu piensa que con el transcurso del tiempo siempre se podrá reconocer en él el hito histórico que consagró la unidad de la Francia civil, el término de la propiedad vinculada, que era el fundamento de la antigua nobleza; la libertad de las personas, la igualdad civil, la secularización del matrimonio y del estado civil, la propiedad privada, la libertad contractual, la responsabilidad individual, la libertad testamentaria limitada por las asignaciones forzosas, la libre circulación de los bienes y la neutralidad confesional del Derecho Civil⁷.

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

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

Como consecuencia de lo dicho, puede concluirse que el papel histórico que representaron ambos códigos –el francés y el chileno– en sus respectivos países, fue diferente en uno y en otro caso, pero igualmente trascendente: en Francia, el *Código* de Napoleón coronó una unidad nacional preexis-

⁷ Gerard CORNU, “Reflexions en attendant le tricentenaire”, en *Le Code Civil - Livre du Bicentenaire*, Paris, Dalloz, 2004.

tente, y puso fin a las desigualdades internas que habían sido causa de la Revolución. En Chile, en cambio, el *Código* de Bello se constituyó en uno de los elementos esenciales en la construcción de una unidad nacional existente sólo en ciernes, y apuró –un poco a la fuerza, me parece– una igualación de clases sociales que no existía en la realidad fáctica.

Los procesos de descodificación y los intentos de recodificación habrán de ser, en consecuencia, diferentes entre un país y el otro. No obstante, trataremos estos dos fenómenos conjuntamente en ambos países, con énfasis en lo acontecido en Chile.

III. LA DESCODIFICACIÓN DEL DERECHO CIVIL

Desde la dictación del *Código Civil* francés en 1804 y del *Código Civil* chileno en 1855, ha existido un proceso constante de *fragmentación* y de *dispersión* de las reglas civiles que otrora parecieron monolíticas, sistemáticamente organizadas. Ha existido *una verdadera fragmentación* del Derecho Civil, cuando –a partir del tronco común representado por el *Código* mismo– se desprendieron ramas completas para constituir derechos separados, autónomos, con reglas propias, diferentes de las originarias. Es el caso del *Código del Trabajo*, del *Código Rural*, del *Código del Urbanismo*, del *Código del Medio Ambiente* o del *Código de la Construcción*, en Francia⁸, como es el caso del *Código del Trabajo*, del *Código Sanitario* o del *Código de Aguas* en Chile.

Además de estas ramas completas desgajadas del tronco civil originario, ha existido *una dispersión de reglas civiles*, con motivo de la dictación de una abundante legislación complementaria, en todos los campos otrora destinados a ser regulados por la sola aplicación del *Código*. Es así como se ha legislado profusamente para casos y problemas específicos, para grupos gremiales o económicos, para sindicatos u organizaciones patronales, olvidando muchas veces los grandes principios contenidos en el *Código Civil*. Se ha abierto así “la edad de la descodificación”, como la llama Natalino Irti⁹, o “la edad de la poscodificación”, como la denomina Francisco Tomás y Valiente¹⁰.

En Francia, pueden señalarse, por vía ejemplar, las leyes sobre personalidad jurídica; propiedad intelectual; copropiedad; arrendamientos, tanto urbanos como rurales; venta de inmuebles proyectados, pero no construi-

dos aún (que nosotros llamamos “en verde”); subcontratación; productos defectuosos y protección de los consumidores; accidentes del tránsito; responsabilidad médica; operaciones de crédito de dinero o cláusulas abusivas. La lista es larga y cubre todas las materias a que se refiere el *Código Civil*¹¹.

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

A estos fenómenos de fragmentación y dispersión de las reglas civiles, debe agregarse la modificación de algunas de estas reglas por leyes de jerarquía superior, como aquéllas contenidas en la Constitución Política de la República, en tanto se refieren a asuntos civiles, como sucede con las disposiciones sobre derechos humanos contenidas en el art. 19 de nuestra Carta Fundamental. Estas reglas son, sin duda, reglas de Derecho Civil, cuya naturaleza jurídica no puede alterarse por su ubicación en un texto de jerarquía superior¹². Es necesario agregar la influencia que está ejerciendo sobre nuestra legislación civil interna la existencia de leyes supranacionales, como son los tratados internacionales ratificados por Chile, que se refieren a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, normas que han pasado a constituir legislación nacional, conforme al art. 5º de nuestra Constitución.

No hemos querido incluir como ejemplos de dispersión de normas jurídicas civiles a las modificaciones introducidas a ciertas normas por la jurisprudencia de nuestros Tribunales, por estimar que ellas pertenecen más al campo de la interpretación que al de la creación de normas jurídicas. Lo mismo hemos hecho respecto de la doctrina, que también representa aquí un papel interpretativo.

⁸ Jean - Luc AUBERT, “La recodification et l'éclatement du Droit Civil hors le Code Civil”, en *Le Code Civil - Livre du Bicentenaire*, París, Dalloz, 2004, p. 127.

⁹ José María NATALINO IRTI, *La edad de la descodificación*, Barcelona, Bosch editor S.A., 1992.

¹⁰ FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *Códigos y constituciones*, Madrid, 1989, p. 124, citado por el anterior, p. 11.

¹¹ AUBERT (n. 8), pp. 124 a 129.

¹² Así lo hemos sostenido más extensamente en otras ocasiones. Véase GONZALO FIGUEROA YÁÑEZ, *Derecho Civil de la Persona - Del genoma al nacimiento*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 20 a 23.

El Derecho Civil, cuyo *Código* ha sufrido los fenómenos de fragmentación y de dispersión de normas a que nos hemos referido, se ha visto enriquecido, además, por un fenómeno diferente, al que hemos denominado la "civilización" de algunas actividades comerciales, incluidas en el *Código de Comercio*. Si ha de entenderse que el Derecho Civil es el Derecho general, de aplicación a todos los habitantes de un país determinado, el Derecho "común" a todos sin distinción, el Derecho Igualitario, y por eso, supletorio y, en cambio, el Derecho Comercial es un Derecho particular, específico, aplicable tan sólo a los comerciantes, y en tanto ellos actúen como tales; deberemos convenir en que *algunas instituciones comerciales han devenido en instituciones civiles*, en tanto han llegado a ser utilizadas por todo el conglomerado social. Esas instituciones, a nuestro entender, se han "civilizado" y deberían integrarse al Derecho Civil, derecho de todos. Así sucede hoy con las letras de cambio y pagarés, con los cheques y algunos contratos bancarios, con los contratos de prenda agraria, industrial, sin desplazamiento y de compraventa de cosas muebles a plazo, con las sociedades de cualquier tipo que se propongan negocios no - comerciales, con los seguros y con los transportes, a todos los cuales pueden acceder todos los habitantes del país, aunque no sean comerciantes. De la misma manera como en Chile el Derecho Civil se "apropió" de las disposiciones sobre formación del consentimiento incluidas en el *Código de Comercio*, estimamos llegada la hora para que se "apropie" también de todas las instituciones recién referidas, por haberse tornado de utilización general, *por haber devenido en comunes, y en consecuencia, en civiles*.

Frente a este panorama de fragmentación del viejo Derecho Civil, de dispersión de las reglas civiles en innumerables leyes especiales, de aparición de normas civiles del ámbito constitucional y de normas civiles de naturaleza supranacional, así como de reglas comerciales que han llegado a ser de aplicación general, cabe preguntarse si no habrá llegado la hora de "recodificar" el contenido del Derecho Civil, el que no corresponde al contenido que tenía hace ciento cincuenta o doscientos años, cuando se inició el primer proceso de codificación. Existen varios ejemplos contemporáneos de recodificación en nuestro continente, como son los de los códigos civiles del Perú en 1984 y de Québec en 1994, y proyectos de nuevos códigos civiles en Argentina y Bolivia. En Europa, se podrían señalar los de Holanda y de Portugal. En Chile, existe una comisión académica para la reforma de los códigos *Civil* y *Comercio*, que persigue idéntico objetivo¹³.

¹³ El proyecto referido se originó en una iniciativa de algunas universidades y centros de investigación, a la cual adhirieron más tarde otras universidades. Lleva realizados hasta

IV. LA RECODIFICACIÓN DEL DERECHO CIVIL

Recodificar no es recopilar. No se trata, en consecuencia, de juntar todas las leyes civiles en una misma obra, una detrás de otra, en una especie de anexo monstruoso de mil colores, detrás del texto del *Código Civil*. Ese monstruo inconexo, asistemático, durará, además, tan sólo un suspiro, puesto que la dinámica social irá exigiendo la dictación sucesiva de nuevas y nuevas leyes, que irán a engrosar dicho anexo. Tampoco requiere esa compilación de un esfuerzo intelectual de magnitud: bastará tan sólo con un esfuerzo editorial de precisión.

¿Qué hacer con el vetusto *Código Civil* a ciento cincuenta o doscientos años de su promulgación en Chile o en Francia? ¿Es ésta una hora de celebración o una hora de réquiem? ¿De trascendencia o de decrepitud? Los ideales de unificar las distintas costumbres regionales y locales que existían en Francia antes del *Código* de Napoleón, y de coronar así la unidad nacional, hace muchos años ya fueron alcanzados. Los ideales igualitarios y libertarios que se buscaban en Chile después de la emancipación están reconocidos hoy en el ámbito constitucional. Ambos códigos civiles, el de Francia y el de Chile, han sido elevados a un nivel de veneración, de sacralización, que difícilmente merezcan en nuestros días. A mí me parece evidente que ambos códigos no pueden "perennizarse" sin "renovarse", si miramos a las sociedades plurales, multiculturales y multiétnicas a las que se pretende aplicarlos, muy diferentes, por cierto, de las sociedades rurales, homogéneas, que existían en Francia y en Chile al comenzar el siglo XIX.

En Europa se discute hoy la posibilidad de dictar un código civil europeo, que tendría una jerarquía superior que los códigos civiles nacionales, por su origen comunitario. Los franceses tendrán que resolver entonces qué papel representará frente al código europeo que se proyecta su vetusto *Código Civil*. Y el código civil europeo asumirá la función de coronar la unidad continental que se ha ido forjando a través de innumerables acuerdos políticos y económicos. Cuando en Chile nos planteamos el problema de recodificar nuestras normas civiles, debemos preguntarnos igualmente cómo ese código nuevo podría ajustarse al proceso de globalización en que estamos entrando, y a las ideales de construir un mercado común latinoamericano.

Ante estas disyuntivas, una idea nos salta al espíritu: *la característica de "generalidad" del Derecho Civil* puede constituirse en el hilo de Ariadna que

el momento dieciséis seminarios en los que se han discutido diversas materias que podrían dar origen a modificaciones, agregaciones o supresiones en el *Código Civil* vigente. Para mayor información, véase la obra citada en la nota anterior, n. 10 p. 22.

nos permita encontrar un destino para el nuevo código. *Aquello que nos una, no lo que nos distingue, el Derecho común, que por ser común puede ser subsidiario* de las leyes de especialización que caracterizaron el período de descodificación. *Un Derecho común sirve para dar cohesión doctrinaria a todas las diversas modalidades específicas*, puede representar el papel que desempeñaron las *Siete Partidas* frente al fárrago de legislación indiana; puede constituirse en la “lógica detrás de la letra”.

¿Un nuevo código civil para el siglo XXI? ¿Es posible hacerlo? ¿Es conveniente?

La idea no injuria a Bello, especialmente si se considera que el *Código* de Bello sobrevivirá en muchas de las disposiciones del nuevo código¹⁴. Pero hay que hacerlo bien. La tarea es considerable y exige definir previamente el papel, el contenido y la finalidad de este nuevo código, precisar el concepto mismo de lo que debe ser un código civil en los tiempos que corren.

De partida, hay que reconocer que la actividad civil en Chile ha alcanzado un inmenso grado de complejidad y también un inmenso volumen de leyes y disposiciones que no pueden incorporarse a un solo texto, bajo riesgo de caer en una mera compilación, y perder su unidad conceptual. Me parece prudente asumir aquí la misma actitud de Portalis frente al inmenso material jurídico que le ofrecía la legislación del Antiguo Régimen: resistir a “la ambición de querer reglarlo todo y preverlo todo, y dejar a la norma la flexibilidad necesaria y a la jurisprudencia el cuidado de aclarar en función del contexto” el principio que sustenta la regla¹⁵.

Una recodificación no puede sino ser innovadora, aunque sea reiterativa de los principios generales del antiguo *Código*. Una idea que conviene reiterar, por ejemplo, es la de la igualdad de todos ante la ley civil. Si se trata de “codificar”, ello significa “ordenar”, “clasificar”, “sistematizar”, formular principios generales aplicables a todos. La legislación especializada, por su parte, no debería ser derogada, ni siquiera modificada. Por el contrario, de lo que se trata es de colocar, por encima de esa legislación especializada, un poco incoherente, abundante y asistemática, un código que la sistematice, que le dé unidad, *que le preste sentido*. El nuevo código civil debe incluir, dentro del derecho de la persona, todos los derechos humanos, estén o no constitucionalmente protegidos, porque ellos son patrimonio de todos, sin exclusiones o discriminaciones. Debe incluir, también, los princi-

¹⁴ En el mismo sentido, pero referido a la obra de Portalis y Cambacérès, AUBERT (n. 8), p. 134.

¹⁵ Jean Louis DEBRÉ, “Message du Président de l’Assemblée Nationale lors de la commémoration du bicentenaire du Code Civil”, en *Le Code Civil - Livre du Bicentenaire*, París, Dalloz, 2004, p. 12 (traducción libre del autor).

píos generales aplicables a la familia y a las relaciones entre padres, madres e hijos, así como la adquisición y enajenación de bienes y la constitución de derechos reales sobre ellos. Especialmente importante parece ser la inclusión de los grandes principios que reglan los contratos generalmente celebrados. Nos parece conveniente incluir aquí una teoría general del contrato, abandonando el esquema de caso por caso del *Código Civil* francés, que siguió casi idénticamente el *Código* de Bello. En fin, debe contener los grandes principios de la responsabilidad civil y de la sucesión por causa de muerte. Lo que interesa no es la extensión del contenido, sino su coherencia interna, la sistematización de los grandes principios, la lógica de sus conclusiones, el razonamiento convincente. Más adelante, ofreceremos algunos ejemplos concretos de lo que estamos sosteniendo.

V. CONSECUENCIAS DE LA IDEA PROPUESTA

El código civil recién descrito no pondrá fin al fenómeno de la especialización creciente que se ha venido creando con la dictación de una abundante legislación especializada. Por el contrario, esa legislación se seguirá produciendo para enfrentar nuevos contratos, nuevos riesgos, nuevas situaciones, incluso, nuevos abusos. Pero esas leyes especiales encontrarán en el *Código Civil* los principios y las reglas generales que las fundamentan y sistematizan. Esos principios y reglas generales, esta sistematización que procede del *Código Civil*, puede, aun, convertirse, con el correr del tiempo, en un texto de leyes supranacionales que sirva para unificar, por la base, las instituciones civiles de diferentes países de América Latina, constituyéndose, así, en un elemento fundante de una futura integración.

Aunque algunos no quieran reconocerlo, hoy día ya tenemos en Chile un conjunto de leyes supranacionales, de validez continental, constituidas por los instrumentos internacionales que hemos suscrito y ratificado, los que se han incorporado a nuestra legislación interna, conforme al art. 5° de la Constitución Política de la República. Esos textos internacionales están fundando una interesante jurisprudencia supranacional derivada de tribunales que tienen competencia continental.

Europa busca hoy redactar un código civil europeo. Creemos que no sólo es deseable sino, también, es posible que América Latina haga lo propio más adelante. Ese código civil supranacional dejará vigentes, sin duda, los códigos civiles nacionales y sólo podrá contener los grandes principios y las reglas generales que los fundamentan. No es objetivo de esta presentación abordar el contenido de un hipotético código civil de América Latina, por lo que nos centraremos en adelante en una posible recodificación en el

ámbito nacional. No descartamos que ese código civil pueda servir –como el anterior de Bello– como inspiración para un futuro código civil latinoamericano.

En relación con la recodificación nacional, vislumbramos un cuerpo central de legislación, un núcleo duro de reglas generales y principios básicos que constituyan el nuevo código civil, y un conjunto de “códigos satélites” que giren en torno al código central y que obtengan del mismo inspiración, sistematización, dirección y principios. Tales podrían ser: el código agrario, minero, de aguas, de la construcción, de la industria, sanitario, etc. o, bien, leyes especializadas que no lleguen a constituir un código propiamente tal, como la ley de trasplantes, de protección de la propiedad intelectual o industrial, específicas para los arrendamientos urbanos o rurales, sobre protección de diversas culturas autóctonas, etc. Ha de ser función primordial del nuevo código dar unidad conceptual a los microsistemas civiles y a las leyes especiales que de él deriven. El nuevo código civil se constituirá así en la base de una interpretación sistemática de toda la legislación civil, puesto que en él se fundamentará todo el sistema de Derecho Privado.

VI. MATERIAS QUE PODRÍA INCLUIR EL NUEVO CÓDIGO

Concebido de la manera recién expuesta, pensamos que el nuevo código civil chileno debe contener *todas aquellas materias que tengan vocación de generalidad*, que se orienten a una aplicación común, no discriminatoria, para todos los que habiten en nuestro país¹⁶. Nos parece, siguiendo el mismo criterio, que la enumeración de las fuentes del Derecho y la teoría de la ley deberían conservar su ubicación actual en un título preliminar del nuevo código, puesto que la jerarquía de las normas y las reglas de vigencia, efectos, no retroactividad, interpretación y derogación de las leyes son de aplicación general. También lo son algunas definiciones que en este título se contienen, como las de dolo, culpa y caso fortuito, caución o presunción. Se echa de menos alguna referencia al fraude a la ley, al abuso del Derecho, a la lesión y a la buena fe, que constituyen conceptos básicos de indudable aplicación general. En cambio, pensamos que las disposiciones relativas a los conflictos de leyes en el espacio ameritan ser trasladadas a un código especial.

El libro I del nuevo código debería destinarse únicamente a las personas naturales, con especial énfasis en la protección civil de sus derechos esen-

¹⁶ Seguimos aquí lo que ha sostenido para el *Código Civil* francés, AUBERT (n. 8), p. 137.

ciales, tengan o no rango constitucional. Las donaciones de órganos y los trasplantes, las intervenciones médicas en el genoma y en el cuerpo humano, las técnicas de reproducción humana asistida, la necesidad del consentimiento libre e informado especialmente en el caso de los incapaces, los derechos de los enfermos, la protección de la vida privada y el estatuto jurídico de las personas vulnerables, tanto de la primera como de la tercera y cuarta edades¹⁷, así como los problemas en torno a la muerte y a la prolongación artificial de la vida, tienen todos carácter y aplicación general y son comunes a todos, por lo que deberían encontrar cabida en este lugar.

En cambio, tenemos dudas acerca de la inclusión en este libro, de las personas jurídicas, a las que no conciernen, por regla general, los derechos de la personalidad y su protección, ni las reglas sobre el nacimiento o la muerte, ni sobre la protección del embrión o la prolongación de la vida¹⁸. Un título separado, al final de este libro, como lo ha resuelto el actual *Código*, o una inclusión en el libro de los contratos constituyen alternativas posibles.

El libro II del nuevo código debería estar destinado a la familia y a la filiación. En este libro debería darse cabida a las disposiciones sobre matrimonio, abriéndose el nuevo código de una vez por todas, a los regímenes alternativos de convivencia, que son de uso generalizado en nuestro país. Nos referimos al mal llamado concubinato, así como al reciente pacto de convivencia, todos los cuales generan obligaciones y deberes entre los miembros de la pareja y entre éstos y sus hijos, los que deben ser objeto de la atención del legislador. Especialmente significativas son las disposiciones que reglan las relaciones paterno-filiales, que se predicán hoy, resguardando siempre el interés superior del niño, así como las disposiciones que reglan la titularidad patrimonial de los bienes adquiridos en común por ambos convivientes.

De partida, parece necesario determinar con precisión lo que se entiende por “familia”, institución que ha recibido protección constitucional, a pesar de la indeterminación de su contenido¹⁹. A nuestro entender, el término engloba tanto a la familia matrimonial como a la no matrimonial, a la

¹⁷ Un buen número de estas materias son señaladas por el profesor Jean HAUSER, “Les difficultés de la recodification: les personnes”, en *Le Code Civil - Livre du Bicentenaire*, Paris, Dalloz, 2004, p. 201 y ss.

¹⁸ Esta misma advertencia se ha hecho en relación con el *Código Civil* francés. Véase Philippe JESTAZ, “Réflexions finales sur les personnes, la famille, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités”, *Le Code Civil - Livre du Bicentenaire*, Paris, Dalloz, 2004.

¹⁹ Françoise DEKEUWER-DÉFOSSEZ, “Codifier le Droit de Famille?”, en *Le Code Civil - Livre du Bicentenaire*, Paris, Dalloz, 2004.

familia biparental y a la monoparental, a la familia proveniente del matrimonio, del concubinato y del pacto de convivencia, y se extiende, incluso, a la reunión de hermanos sin padres. No obstante, parece indispensable acotar con precisión su significado.

En muchos países, se han separado en dos códigos diferentes las disposiciones civiles que tratan de la familia, de aquéllas relacionadas con el Derecho Patrimonial. Vemos una interrelación fecunda entre ambas, y reglas generales que les son comunes, por lo que somos partidarios de conservar la unidad originaria.

Pensamos que el libro III del nuevo código debería incluir las disposiciones generales respecto de los derechos reales, agregando al lado del edificio del derecho de propiedad, otro edificio igualmente grande, destinado a los diversos regímenes de copropiedad, tan extendida en los últimos tiempos. Ha pasado mucha agua debajo de los puentes, desde los tiempos en que se exaltó la propiedad individual y se relegó la comunidad a la situación de institución transitoria, cuyo destino natural era la partición y adjudicación posteriores, todo ello tratado en artículos diversos, diseminados entre sí a lo largo del *Código*²⁰. Hoy, los humanos viven y trabajan muchas veces en grandes edificios de departamentos, en comunidades o en condominios y, en algunos casos, incluso, veranean en propiedades de tiempo compartido, sin olvidar las empresas familiares que siguen funcionando como comunidades después del fallecimiento del empresario originario, ni las obras literarias, musicales o teatrales escritas en colaboración. Todo esto hace indispensable, en nuestra opinión, la redacción de un nuevo estatuto de la propiedad colectiva o indivisa que resulte más eficaz en su administración que la que consagra hoy nuestro *Código Civil*.

El libro III, que proponemos, deberá enfrentar, además, la vetustez de nuestro régimen inmobiliario registral, el que está reclamando desde hace ya mucho tiempo, una modernización que le permita establecer con precisión los límites y deslindes de los inmuebles, así como la identificación de sus respectivos vecinos.

Este libro III debería destinar un título o sección a definir el patrimonio, sea como un atributo de la personalidad, sea como una universalidad de afectación, así como a resolver los problemas que emanan de una u otra decisión.

A nuestro entender, el libro IV debería destinarse a una teoría general del contrato junto con una teoría general de las obligaciones. En la primera parte deberán reglarse adecuadamente las tratativas preliminares y la for-

²⁰ Véanse los artículos 1.317, 2.081 y 2.304 y siguientes del *Código Civil*, los que dispersan en diferentes lugares las disposiciones legales sobre la comunidad.

mación del consentimiento, materias que, sin duda, son de aplicación general, propias de un código civil, por lo que deberán abandonar su actual ubicación en un código especial como es el de *Comercio*. Aquí es donde debe incluirse la firma electrónica y el consentimiento obtenido por computadora, adaptando así a los requerimientos de la vida moderna, las disposiciones que distinguen entre contratos verbales y contratos escritos y que exigen una aceptación "a vuelta de correo". Debe aprovecharse esta oportunidad para sentar el principio de la buena fe desde el inicio de las tratativas preliminares y no desde que empieza la ejecución del contrato, como lo señala actualmente el artículo 1.546 del *Código Civil*²¹.

A continuación, este libro debería tratar, en general, el tema del equilibrio contractual, materia especialmente necesaria cuando el objetivo es buscar la conmutatividad entre las partes. Es aquí donde deben insertarse los principios del abuso del derecho y de la lesión, anticipados en el título preliminar, así como el tema de los contratos por adhesión, de las cláusulas abusivas, la protección del consumidor y el tratamiento de los productos defectuosos²². Alguna consideración debe otorgarse, además, a la posibilidad de resciliación unilateral de los contratos (denominada también desahucio, revocación o renuncia).

Además de las reglas comunes a cada clase de contratos, y dentro de la sistematización que se busca, este libro IV debería incorporar los principios de *Unidroit* y de la convención de Viena, sobre contratación internacional, y englobar la autocontratación, los subcontratos, la cesión de contrato y los contratos conexos o coaligados. Ya se dijo que la sistematización de los contratos debe extenderse también a todos aquellos ubicados actualmente en el *Código de Comercio*, pero que por haber pasado a ser generales, merecen una ubicación en el *Código Civil*. Tales son, por ejemplo, la compraventa, el mandato, la sociedad y la prenda comerciales, el seguro y el transporte. El nuevo legislador deberá escoger entre cada contrato civil y su homónimo comercial, el estatuto jurídico que parezca más adecuado en cada caso. Pensamos que la posibilidad de acreditar cada contrato por medio de testigos y el tratamiento de la costumbre como una fuente de derechos, son instituciones comerciales que deberían generalizarse para el ámbito civil.

²¹ El actual artículo 1.546 del *Código Civil* expresa a la letra que "los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella".

²² En este sentido, Jacques MESTRE, "Les difficultés de la recodification pour la théorie générale du contrat", en *Le Code Civil - Livre du Bicentenaire*, Paris, Dalloz, 2004.

Creemos, también, que ha llegado la hora de preguntarse por la utilidad de conservar la categoría de los contratos reales. El principal de ellos, como es el mutuo, hace mucho tiempo que perdió en los hechos su categoría de contrato real para devenir en consensual o solemne según si necesite de una prenda o hipoteca como caución. La misma suerte están corriendo los otros contratos reales.

En lo que se refiere a la teoría general de las obligaciones, creemos necesaria una mirada crítica sobre sus fuentes, y sobre la posibilidad de agregar a aquéllas tradicionalmente aceptadas, la declaración unilateral de voluntad y el enriquecimiento sin causa. Parece conveniente resolver si esta última figura permite englobar dentro de su natural extensión a todos los cuasicontratos, y si, en consecuencia, debieran eliminarse como fuentes de obligaciones. Pensamos que también debieran eliminarse las obligaciones naturales, que no tienen, a nuestro entender, aplicación alguna en la práctica moderna.

En esta parte debiera abordarse el problema de aceptar o no la asunción de deudas; convendría legislar sobre el problema de la imprevisión y otros casos en que puede ser lícita la intervención del juez si las obligaciones correlativas resultan desproporcionadas; debiera aceptarse el derecho legal de retención como una institución de aplicación general en todo el ámbito civil, y modificarse la teoría de los riesgos para hacer recaer el riesgo del cuerpo cierto, cuya entrega se deba en el deudor y no en el acreedor, como se establece en la actualidad²³. También puede resultar interesante limitar la institución de la representación cuando el representante lo es de intereses jurídicos contrapuestos.

El libro v del *Código* que proponemos debería contener los contratos en particular que se utilizan generalmente por todas las personas. Pensamos que la línea divisoria entre los contratos que debieran ser admitidos en el código, y aquellos que por su naturaleza debieran relegarse a leyes separadas o a códigos satélites, está marcada por la generalidad de los primeros frente a la especialidad de los segundos. Creemos que el contrato de promesa de celebrar un contrato y el contrato de opción, la compraventa y la permuta, el arrendamiento de cosas, la sociedad, el mandato, el comodato, el mutuo y el depósito, la fianza, la prenda, la hipoteca y la transacción, el

²³ El actual artículo 1.550 del *Código Civil* establece que "el riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre a cargo del acreedor...". Esta disposición ha sido objetada por la unanimidad de la doctrina nacional, a pesar de lo cual todavía no se modifica. Véase sobre este tema, Fabián ELORRIAGA DE BONIS, "La teoría de los riesgos", en *Estudios sobre reformas a los Códigos Civil y de Comercio*, Santiago, Fundación Fernando Fueyo Laneri, Editorial Jurídica de Chile, 2001, tomo segundo, p. 13 y ss.

contrato de cambio, el de cuenta corriente bancaria, el seguro y el transporte, tienen vocación de generalidad, en tanto los contratos de arrendamiento de servicios y de construcción de una obra material, la infinidad de contratos agrarios, los contratos para la utilización del agua y los contratos mineros, por ejemplo, tienen vocaciones especializadas. La existencia de una teoría general del contrato en el libro iv hará exigible, por lo demás, un tratamiento bien acotado de cada contrato en particular.

El libro vi del nuevo código debiera destinarse a la responsabilidad civil, en cuanto se trate de las reglas generales vigentes en esta materia, destinando a leyes separadas los estatutos específicos vigentes para ciertas materias determinadas, como pueden ser aquéllas que se refieren a accidentes del trabajo, y a riesgos marítimos o aeronáuticos.

Es conocido el laconismo con que nuestro *Código*—siguiendo aquí como en numerosas otras materias, al *Código* de Napoleón— trató tanto acerca de la responsabilidad contractual como acerca de la extracontractual, diseminando las respectivas disposiciones en lugares diferentes del Código. Pensamos, en cambio, que ambas responsabilidades civiles debieran ser tratadas conjuntamente, procurando dentro de lo posible acercar las reglas de una y otra lo más que se pueda. Es así como pensamos que deben resarcirse de la misma manera en ambas responsabilidades los daños patrimoniales y morales; que el criterio para apreciar la culpa debe ser idéntico en ambos campos, y que las presunciones de culpa deben ser lo más parecidas que se pueda. Nos parece indispensable legislar sobre el problema del cúmulo de responsabilidades, así como extender la responsabilidad objetiva al mayor número de situaciones posibles, unificar los plazos de prescripción y abrir de par en par en ambos campos las puertas que conducen al seguro del riesgo creado. También es necesario insertar en este libro vi el nuevo principio ecológico de la precaución, y la forma de precaver en el futuro los daños que ocasione un abuso del medio ambiente, por medio de fondos estatales o privados de garantía o de indemnización, como se está haciendo ya en algunos países desarrollados²⁴.

El libro vii, finalmente, debería destinarse a las sucesiones. Tenemos dudas acerca de si el contrato de donación debería mantenerse aquí o trasladarse al libro v, junto con los demás contratos. En lo que a sucesiones propiamente tales se refiere, pensamos que debe repensarse muy seriamente la institución de las asignaciones forzosas, teniendo a la vista los cambios sociales provenientes del aumento de la longevidad, los que ponen en tela de

²⁴ Seguimos aquí el pensamiento de Geneviève VINEY, "Les difficultés de la recodification du droit de la responsabilité civile", en *Le Code Civil - Livre du Bicentenaire*, Paris, Dalloz, 2004.

juicio la obligatoriedad de estas asignaciones cuando los herederos han llegado ya a la edad adulta.

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

LA DESCODIFICACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA FRANCESA. MIRADA DE UN JUEZ

*Michel Couailler**

El 21 de marzo de 1804, Bonaparte, Primer Cónsul, ordenaba que fueran reunidas bajo el título de “Código Civil de los Franceses” las treinta y seis leyes votadas sucesivamente en el transcurso de los dos años precedentes. Hoy día, dicho *Código Civil* cumple dos siglos.

Como dice M. Guy Canivet, primer presidente de la Corte de Casación,

“el código civil es un libro símbolo, y un libro de símbolos que guían nuestras rutas de juristas. Símbolo de unidad, unidad de Derecho, unidad nacional, unidad original –símbolo de modernidad y de rejuvenecimiento indefinido– símbolo de sabiduría, de razón, de compromiso –símbolo de una ley clara, magníficamente redactada– símbolo de instituciones señeras y de principios fuertes”.

El *Código Civil* ha sido acondicionado, modificado, corregido, completado. Pero no ha sido sustituido. Sigue siendo la fuente central del Derecho Privado. Es “lo normal de nuestra vida social”.

Entonces, corresponde celebrar el bicentenario, hacer aparecer los múltiples temas que pueden mostrarse con motivo del examen de lo que se puede llamar un monumento del Derecho.

Así es como, bajo la impulsión de la Presidencia de la República, del Senado, de la Asamblea Nacional y del Ministerio de Asuntos Exteriores, numerosos estudios, coloquios, conferencias y exposiciones se han llevado a cabo en Francia y en muchos otros países... el coloquio de hoy, en la Universidad Diego Portales es una de las manifestaciones capitales en América Latina, influida por el *Code Civil* en su codificación, especialmente en Chile.

El tema del estudio que me fue propuesto es el siguiente: Evocar y describir la “descodificación” y proponer algunos ejes de reflexión respecto a

* Primer presidente de la Corte de Apelaciones de Rennes, Francia.

** El texto fue revisado por el doctorando Sebastián Ríos L., a quien los editores agradecen su significativo trabajo.