

# EL CODIGO CIVIL CHILENO QUEDO OBSOLETO\*

*Fernando Fueyo Laneri\*\**

## SUMARIO

- I. PRELIMINARES
- II. SOBRE LAS DIFERENTES POSICIONES FRENTE A LA REFORMA
- III. LA NECESIDAD DE UN PLAN DE EXPOSICION
- IV. LA MODALIDAD DE LA LEY DE BASES
- V. REESTRUCTURACION DE LA NORMATIVA GLOBAL: UNIFICACION DEL DERECHO CIVIL Y DEL DERECHO COMERCIAL

\* Trabajo preparado para el Congreso Internacional de Derecho Civil organizado por la Universidad de Lima en conmemoración del centenario del Código Civil español, realizado en Lima del 16 al 18 de noviembre de 1989.

\*\* Profesor Titular de Derecho Civil, Ex director del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Chile.

VI. INSTITUCIONES QUE BAJO EL CALIFICATIVO DE NUEVAS RECLAMAN SU INCORPORACION AL CODIGO

VII. REGULACION INNECESARIA, EXCESIVA O INTRINCADA DE MATERIAS, OBLIGANDO A UNA CORRECCION

VIII. MATERIAS QUE REQUIEREN MEJOR O MAS COMPLETO TRATAMIENTO

IX. LA CONVENIENCIA PREFERENTE DE REDACTAR UN NUEVO CODIGO

X. IDEAS O CRITERIOS DE BELLO QUE HAN DE APROVECHARSE EN EL EVENTO DE UNA REFORMA PROFUNDA DEL CODIGO CIVIL CHILENO

## I. PRELIMINARES

La obsolescencia del Código Civil que nos rige por casi 150 años, con reformas en general parciales y de relativa trascendencia, no es cosa mía ni de otros pocos. Un volumen considerable de juristas con preparación integral y miraje universalista, ya está en la orientación clara en orden a un atraso extremo alcanzado por el Código Civil y que conduce irremediablemente a un cambio profundo.

Dicho pensamiento, además, se encuentra acrecentado o ahondado por el avance extraordinario del Derecho universal en los últimos 15 años, comprendidas numerosísimas ramas, circunstancia que desemboca en una situación de emergencia que obliga al cambio pronto.

Queda al margen de lo expresado una masa grande de juristas de prestigio que siguen afirmando la conservación substancial del Código, dada su perfección y la persona de su autor, posición sin duda fuerte, que dificultará o postergará el cambio por algún tiempo.

Una vieja inquietud en torno a un nuevo Código Civil que recoja y proyecte las hondas transformaciones experimentadas por la sociedad chilena —y el universo completo—, me mueve a volver ahora con nuevos aportes sobre esa idea que hice pública substancialmente hace casi un cuarto de siglo, en el centenario de la muerte de D. Andrés Bello, en 1965. Agréguese que los antecedentes y fundamentos de ese plan no se presentaban con aristas tan recias como en nues-

tros días, ni con el acento de progresión constante que se observa ahora, al punto de otorgar a la iniciativa un carácter de urgencia.

En los actos conmemorativos —entre muchos otros— que organizó en esa oportunidad el recordado maestro D. Guillermo Feliú Cruz, en la Biblioteca Nacional que él dirigía con extraordinario acierto, se me encargó abordar el Bello jurista. Mi trabajo se publicó, junto con los demás, en la Revista Mapocho, de la citada Biblioteca (Tomo IV, N° 3, Vol. 12, Santiago de Chile, 1965). Su nombre: “Reforma de nuestro Código Civil bajo la inspiración de Bello”.

De su contenido se desprende que desde aquella época, o desde antes, ya era partidario de una reforma honda que pudiera alcanzar, incluso, a la sustitución del Código vigente por uno nuevo, aunque rescatando algo o mucho del vigente.

No era aquél precisamente el momento más propicio para tocar el extremo de una reforma honda de nuestro primer y principal cuerpo de leyes; ni mirando el problema dentro de nuestro propio país, ni atendiendo a él de acuerdo con las tendencias universales imperantes en la época. De cualquier modo, se cumplía una vez más mi sino de abordar cosas extrañas y difíciles para confrontarlas públicamente a la espera de un eventual rechazo o aprobación en el curso del tiempo, como parece que se va a repetir el caso ahora.

Lo cierto es que la temática de la reforma profunda del Código Civil nuestro ha tenido alternativamente períodos de intentos pálidos y de silencio ciertamente absoluto. De cualquier modo, ha sido siempre tema incontestablemente excepcional, y agregaría que mal recibido por la generalidad que sigue rindiendo equivocada pleitesía al autor del Código y este último, incluso contrariando los principios y el sentir de Bello.

Antes que lo hiciera por mi parte en el recordado 1965, no sólo se habló de reforma sino que se lograron positivamente algunas —aunque no profundas—, siendo fechas señeras los años 1925, 1934, 1952 y, posteriormente, 1989. Algunas de esas reformas abarcan aspectos de instituciones completas y otras se limitan a modificar, agregar o suprimir cosas puntuales de mayor o menor envergadura según los casos. De ningún modo hubo —jamás— cambios de la estructura general del Código o de considerable volumen de su catálogo de materias, con alteración del llamado plan de exposición. A mayor abundamiento, desde 1952, año de la importante reforma por Ley N° 10.271, se sucedieron no menos de 12 reformas; con todo, puntuales, irrisorias e insignificantes, al punto de importar un trabajo farragoso siquiera buscarlas en el Diario Oficial.

Recordando el pasado, no podríamos desconocer el título de gran reformador que debemos asignar a Bello sin el menor temor de equivocarnos.

Lo demostró en el *Mensaje al Código*, puntualmente al empezar y al terminar. Señaló allí que la idea de reforma es consubstancial a este tipo de obras, "por completo y perfecto que se suponga un cuerpo de legislación". Agregaba razones en favor de los remozamientos legislativos: "la mudanza de las costumbres, el progreso mismo de la civilización, las vicisitudes políticas, la inmigración de las ideas nuevas, precursoras de nuevas instituciones, los descubrimientos científicos y sus aplicaciones a las artes y a la vida práctica..."

Se ha reproducido, más de una vez, el siguiente párrafo debido a Bello y que concuerda con lo recién dicho: "*El Derecho de una nación, semejante a su lengua, no está nunca fijo, su existencia es una serie continua de alteraciones y mudanzas. De aquí la necesidad de refundir de tiempo en tiempo la legislación escrita*".

¿Quién podría dudar que las precedentes palabras de Bello están aún plenamente vigentes?

Es por todos sabido que Bello manejó durante su vida un ejemplar del Código Civil al cual hacía anotaciones breves; a veces con una o dos palabras insinuaba hasta una reforma aconsejable.

De su alma innovadora nadie podría dudar. Si Bello viviera en nuestros días ya habría redactado un proyecto de Código Civil nuevo, ¿qué duda cabe? No lo habría reformado parcialmente; lo habría hecho de nuevo. Lamentablemente, esto no lo entienden o no lo perciben muchos de mis contemporáneos.

En el siglo pasado, *Robustiano Vera*, en su Código Civil comentado y explicado, 1892, ya denotaba inspiración por lograr reformar al Código y daba razones convincentes. Con todo, deberá entenderse que pensaba en una puesta al día, por diversas razones muy atendibles; de modo alguno Vera insinuaba una reforma honda que, por lo demás, habría resultado impropia de la época. (Tomo Primero, VII y X. Imprenta Gutemberg. Santiago de Chile, 1892).

En general, han cundido, no digo ideas de reformas propiamente tales, relativas a materias substanciales, sino, más bien, proposiciones de nueva redacción de normas ambiguas u oscuras, con miras a la correcta interpretación legal, o bien proyectos de cambios útiles, aunque generalmente de escasa trascendencia y evidente chatura.

Cualquiera que sea el nivel de lo que alguien propuso como cambio, cabe destacar el fuerte *sentimiento de resistencia* que a ello siguió, acentuadamente en el seno de las Facultades de Derecho que, sistemáticamente, han dado su opinión en contrario, por escrito, luego del análisis del anteproyecto respectivo.

La resistencia observada permanentemente es coincidente con el *escaso ambiente de reforma del Código Civil*; por de pronto, prueba que la tendencia reformista es aún débil y que sigue primando el "fetichismo" por el Código, como varias veces lo he dicho, incluso reiteradamente aquí.

*La resistencia al cambio total*, o sea, a la sustitución del Código vigente por otro nuevo, aunque éste rescatara lo bueno y aprovechable del vigente, ha sido puesta de manifiesto en diversas oportunidades. Citaré solamente dos párrafos pertenecientes a dos distinguidos profesores que representan la tendencia señalada.

a) "Podrá argüirse que es más conveniente reformar en su totalidad los códigos, dictando un nuevo cuerpo de leyes. No participamos de esta opinión. Abrogar por completo un código que ha regido decenas de años para reemplazarlo por otro, sepultar el primero en el olvido, es desconocer la labor de aquellos que colocaron los cimientos de la organización jurídica, es renegar de la tradición para presuntuosamente mirar el futuro. Los pueblos para ser grandes tienen que conservar la tradición. Sólo respetando el pasado y admirando la obra de los que nos han antecedido en la lucha incesante tras la felicidad social, es posible alcanzarla en el futuro" (*Manuel Somarriva Undurraga*. "Evolución del Código Civil chileno", pág. 10, Nascimento, Santiago de Chile, 1955).

b) "Pero, no obstante las deficiencias y anacronismo de nuestro Código Civil, creemos que no es necesario tratar de reemplazarlo, tanto porque sería muy difícil encontrar juristas verdaderos que destinaran gran parte de su tiempo a esa enorme labor, cuanto porque son tales las bondades del Código que haciéndole modificaciones de importancia —acordes con las ideas sociales y económicas de hoy, y tratando de seguir su forma—, se obtendría el mejor resultado a que puede aspirar esta país, dados los elementos materiales y humanos de que dispone para esa empresa. Por lo demás, ese fue el criterio de los franceses en 1904, cuando el Código de Napoleón cumplió 100 años. Dijeron, en síntesis, que un buen edificio antiguo que admite reparaciones, no es necesario demolerlo" (*Avelino León Hurtado*. "El Código Civil chileno". En homenaje a don Andrés Bello, pág. 287. Instituto de Chile. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1982).

En síntesis, por mi parte expreso desde luego mi desacuerdo con las opiniones anteriormente expuestas. Se volverá sobre el punto y quedará demostrado el fundamento de mi discrepancia.

## II. SOBRE LAS DIFERENTES POSICIONES FRENTE A LA REFORMA

Hay ciertas y determinadas posiciones de los juristas —tal vez sin atender a nacionalidad—, que van desde el extremo de conservar intacto lo actual, con rezoamiento de rigor o sin él, hasta la derogación del Código vigente para sustituirlo por uno nuevo, sea o no rescatando algo o mucho del derogado. Se dará un esbozo de los diferentes criterios.

a) El Código en vigencia —en este caso concretamente el de Bello— es una obra excelsa de duración larga e indefinida. ¿Por qué cambiarlo o reformarlo? A lo sumo algunos retoques, especialmente por vía de interpretación legislativa<sup>1</sup>.

b) Una segunda posición, igualmente estática, estuvo en boga en los años 60. Ella propiciaba mantener incólume el Código, no porque no necesitara ajustes a una nueva realidad, sino porque en un momento como el que transcurría, de cambios, ensayos y vacilaciones, que se supone transitorio, hacía preferible una espera del instante final de estabilidad socioeconómica, que es cuando llegaría la hora de sistematizar y dar a luz nuevos textos.

c) El Código vigente es una construcción unitaria y sistemática, magníficamente realizada técnicamente, y por lo mismo debe mantenerse en su unidad, si bien con las supresiones y agregaciones que sea menester para conformarlo a los adelantos de la Ciencia jurídica producidos después de su promulgación, y que, ciertamente, se suponen de volumen escaso. Deberán, entonces, suprimirse materias que hoy aparezcan como inútiles y a la vez agregarse las nuevas que ofrezcan interés. Corresponde esta posición a la idea conocida vulgarmente como “reforma de parche”. Los franceses la han practicado muchísimo, hasta nuestros días.

1. A los reacios a toda reforma parece dirigirles Recasens Siches las crudas y ácidas palabras que siguen: “El carácter estático que el Derecho posee por normas jurídicas, en tanto que vigentes, tienden a conservar el orden existente. De aquí que se haya hablado por muchos autores del sentido conservador de la profesión jurídica. Las gentes que disfrutan de una posición privilegiada intentan conservarla, y se convierten en sostenedores del orden existente mediante la defensa de los hechos que les confiere el sistema en vigor. Presentan como necesaria la situación presente de la sociedad, y presentan como peligrosa toda reforma. Predican resignación a los desheredados. Tratan de socorrer a los infortunados, poniendo en práctica un paternalismo protector que no excluye sentimientos de caridad, pero que contiene también el miedo a la exasperación provocada por la miseria.” Tratado General de Sociología, p. 607, 3ª. ed. Porrúa, México, 1960.

ch) La evolución científica experimentada por el Derecho privado, aunque no sea más que considerando el período comprendido desde la iniciación de este siglo y marcando con acento los cambios experimentados en seguida de las dos guerras mundiales, sobre todo la última; el nuevo catálogo de conocimientos que comprende el Derecho privado, las nuevas sistematizaciones doctrinarias y legislativas que empezaron en la segunda mitad del siglo pasado, que no fueron alcanzadas por el Código de Bello, y las que le han seguido sucesivamente; las nuevas Constituciones Políticas que orientan el sistema positivo fundamentalmente de otro modo; y otras razones que podrían seguir agregándose, no admiten la conservación del cuerpo completo y originario de disposiciones. Dicho en dos palabras, falta todo el derecho nuevo —con estructuras y concepciones nuevas— nacido acentuadamente en los últimos 50 años, y todavía más en los últimos 15. Sólo un simple detalle, faltan alrededor de 40 contratos que, a pesar de celebrarse intensamente desde hace mucho tiempo, aún se les conoce por “innominados”.

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

d) El Código Civil, según otra de las posiciones, es un módulo o fórmula que ha pasado de moda y debe lisa y simplemente suprimirse, sustituyéndosele, en lo que sea menester, por leyes especiales. Algunos hablan de principios civiles, otros de Constitución civil, otros de estatutos profesionales y, finalmente, se proponen otras modalidades de sustitución. Era época, ya superada, de la descodificación, o bien, de la minimización del concepto de Código.

Adelanto que mi posición es la señalada en cuarto lugar, esto es, de nueva estructuración, si bien aprovechando, con la mayor habilidad que sea posible, mucho de lo que nos rige actualmente, aprovechamiento que es mayor de lo que pareciera a simple vista y que comprende no sólo el material legislativo mismo, incluso disposiciones completas, sino el criterio jurídico de Bello en lo perenne y, sobre todo, su riquísima personalidad radiando investigación jurídica, espíritu de comparatista, americanismo y codificación<sup>2</sup>.

2. Es curioso observar que, incluso en los últimos decenios, cuando más se ha desarrollado la investigación científica organizada y a la vez el Derecho comparado, comprendido en todo esto el campo jurídico, cuando se han costado equipos de investigadores profesionales de dedicación media o completa, no hemos vuelto a encontrar en América un investigador científico y un comparatista de la talla de Bello o que se le parezca siquiera. Esto me hace pensar en que a lo mejor pudiera tener base, cierta reflexión del profesor uruguayo Jorge Peirano Facio y que aparece como chocante o violenta en un principio: “no se debe pagar para investigar; debe pagarse a los que investigan. La investigación no es una función que nace por pago o creación del cargo; es una vocación y supone un talento especial”.

Finalmente, es imprescindible y honrado expresar francamente que, con todo, a las dificultades generales de obras de la envergadura de un Código nuevo, se nos presenta en Chile, como en otros países de América, *el inconveniente de la mediocridad de nuestra cultura jurídica y la falta de trabajos preparatorios*. He usado ex profeso las palabras de *Castán Tobeñas*, citadas a su vez por Felipe Clemente de Diego a propósito de la idea de un nuevo Código Civil español necesario después de la nueva Constitución del Estado de 9 de diciembre de 1931, que establecía estructuras y criterios opuestos a los hasta entonces vigentes<sup>3</sup>. Las empleo porque las considero ajustadas a la realidad de nuestra hora, en el medio americano en general y en nuestro país concretamente, sin faltarse a este respecto en lo más mínimo a la verdad y a la propiedad del lenguaje.

Si algo podría malograr o dificultar la obtención de la fórmula de reforma honda de que soy partidario, sería justamente la presencia evidente de las graves circunstancias recién anotadas.

### III. LA NECESIDAD DE UN PLAN DE EXPOSICION

La cuestión primera que corresponde abordar en el camino de la reforma estructural consiste en fijar un plan de exposición del nuevo Código. Existe ya a este respecto una técnica, sea porque ha sido aplicada con motivo de reformas logradas y por eso es conocida, sea porque se ha comentado y elaborado por los autores de tales proyectos y que aún viven. Lo que aquí se diga a este respecto, pues, carecerá de originalidad. La técnica, sin embargo, permitirá variadas soluciones y en la aplicación de alguna de éstas tendrá posible cabida una cierta originalidad.

La sujeción necesaria a la técnica jurídica es consubstancial en toda reforma, con mayor razón si se trata de un Código que se ajusta a una nueva realidad económico-social. Bien dice *Recasens Siches*: "Se ha observado que son los juristas los que ponen término a la etapa tumultuosa y desordenada de las revoluciones, porque contribuyen a la reconstrucción de un Derecho estable mediante la incorporación a él de nuevas valoraciones y normas. Así se ha dicho que en Francia "la novela de la revolución" terminó en 1804, cuando cuatro juristas dieron al país un Código Civil que incorporaba al ordenamiento jurídico las reformas ya introducidas"<sup>4</sup>. La idea expuesta subsiste aún, sin que medie una "revolución"; basta que por el transcurso de muchísimo tiempo el enorme cam-

3. Felipe Clemente de Diego, citando a *Castán* en "Técnica legislativa codificatoria". Revista de Derecho Privado, núm. 246, p. 65, Madrid, 1934.

4. Tratado General de Sociología, p. 613, 3ª ed. Porrúa, México, 1960.

bio operado en el medio ambiente de una nación haya dejado demasiado atrás a las normas y al sistema entero.

Este plan de exposición empieza por fijar las grandes divisiones o partes del Código y prosigue con las demás subdivisiones. Preciado todo esto tendremos ya el catálogo o inventario en general, a la vez que su ordenamiento y correlación. Siempre en una primera etapa, se fijará la filosofía jurídica, social o económica en que estarán inspiradas las instituciones en el Código; tarea fundamental que, repito, debe realizarse en el primer instante, considerando las frustraciones que nos ofrece la historia de los proyectos de Códigos nuevos por haberse olvidado esto que es esencial.

La confección del plan, en su concepción más amplia, ofrece hoy interrogantes de mucha entidad.

A saber, ¿reunirá el nuevo Código materias desmembradas en otro tiempo que hoy volverían a su seno original, dando lugar a un verdadero Código de Derecho Privado, como el italiano de 1942, que logra, para decirlo con palabras de Federico Castro "la vuelta a la idea de la unidad del Derecho Civil"?

¿Tendrá un acento social que permita denominársele Código Privado social como ha sucedido con el Código mexicano de 30 de agosto de 1928?<sup>5</sup>

¿Cuales serán las grandes divisiones, llamadas generalmente Libros, y éstos irán o no precedidos de Parte general o bien de Título Preliminar?

Sabemos que rechazando en esto la sistematización del Código Civil alemán de 1900, expresión fiel del plan pandectístico, muchos Códigos de este siglo abandonaron la idea de la llamada Parte general del Código alemán, seguido en esto por el Código de Brasil de 1916 con sus 179 artículos destinados a esa

5. En el informe emitido por el Presidente de la República, don Plutarco Elías Calles, con la misma fecha de promulgación del Código, se dice: "Nuestro Código Civil (se refiere al de 1884), producto de las necesidades económicas y jurídicas de otras épocas, elaborado cuando dominaba en el campo económico la pequeña industria y en el orden jurídico un exagerado individualismo, se ha vuelto incapaz de regir las nuevas necesidades sentidas y las relaciones que, aunque de carácter privado, se hallan fuertemente influidas por las diarias conquistas de la gran industria y por los progresivos triunfos del principio de solidaridad. Para transformar un Código Civil en que predominan el criterio individualista en un Código privado social, es preciso reformarlo sustancialmente, derogando todo cuanto favorece el interés particular con perjuicio de la colectividad e introduciendo nuevas disposiciones que se armonicen con el concepto de solidaridad." Revista El Foro, órgano de La Barra mexicana, t. IX, pp. 299 y siguientes, México, 1928.

Parte. A cambio de esta Parte general, que en un principio pareció infaltable, los Códigos de este siglo siguen con la tradición de un breve "Título preliminar", como sucede, por ejemplo, con los Códigos de México ("Disposiciones Preliminares", 21 artículos), de Venezuela (14 artículos).

En cuanto a las grandes divisiones o Libros, nos encontramos con diversidad de criterios, dependientes en mucho de la fijación previa de lo que he llamado el catálogo o inventario de materias que han de comprenderse en el Código.

Nos encontramos con crecidas cifras de libros, como en el caso del *proyecto de Código Civil francés*, iniciado en 1945. Son siete los libros de este proyecto, según plan aprobado<sup>6</sup>, los cuales están precedidos por un Título preliminar, que insiste sobre la teoría de la ley, se extiende a doctrinas generales, algunas modernas, y reservándose los miembros de la Comisión su propósito de futura expansión de este título preliminar.

También es de contenido extendido, con tendencia franca a un Derecho Privado codificado, un *proyecto fenecido elaborado en Alemania* y del cual nos da la noticia J. Beltrán de Heredia<sup>7</sup>. Las bases para los trabajos de la Comisión comprende ocho libros<sup>8</sup>, precedidos de "Reglas fundamentales". El plan está pormenorizado, con las ventajas consiguientes para su aprovechamiento doctrinal.

Por el contrario, el plan de exposición es de menor contenido y a la vez reconoce menor número de divisiones si se trata de lo propuesto por *Eugenio Huber*, principal autor del Código suizo, del 1 de diciembre de 1907. Las materias y su orden son: personas, familia, sucesiones, derechos reales y obligaciones.

Decreciendo en el concepto de contenido y divisiones llegamos a los *simples principios básicos* que sustituirían el tradicional y complicado andamiaje de un Código. Como dice *Lino Rodríguez-Arias Bustamante*, "últimamente se advierte

6. I, De las personas físicas y de la familia. II, De las sucesiones y de las liberalidades. III, De los bienes, de los derechos reales y de los intelectuales. IV, De los actos y hechos jurídicos. V, De las obligaciones. VI, De ciertos contratos. VII, De las personas morales.

7. "Sistema del Código del pueblo alemán". Revista de Derecho Privado, número 312, p. 125, Madrid, 1943.

8. El número de libros se explica por la consideración de un libro para el "ordenamiento de la propiedad", y la inclusión de otros para "El trabajo", "La empresa" y "Las asociaciones". El destinado a la persona se denomina "El miembro del pueblo". Como ejemplo de Código de muchos libros se puede citar, en nuestros días, el Código Civil del Perú, de 1984. Se compone de diez libros, más un Título Preliminar y otro Final.

la tendencia, tanto en la doctrina como en la legislación, a configurar el Código Civil como un conjunto de principios básicos o generales que comprenden lo sustancial de la legislación civil, desarrollándose en cuerpos legales independientes de las materias específicas que exigen una regulación más minuciosas en nuestro tiempo"<sup>9</sup>. Claro está que el "últimamente" a que se refiere Rodríguez-Arias data de un cuarto de siglo y más.

Sería como una réplica de la Constitución Política, bajo el nombre de Constitución Civil<sup>10</sup>. Naturalmente que esto se dijo hace más de 40 años.

A la misma tendencia de los meros principios básicos obedece la nueva *legislación soviética* dictada a manera de Código Civil, si bien bajo el nombre de Principios de la Legislación Civil de la Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas y de las Repúblicas de la Unión, de 8 de diciembre de 1961 y que entró en vigencia el 1º de mayo de 1962. Ciertamente que lo anterior puede estar superado por las nuevas orientaciones que nacieron en 1988 en esa nación, o antes.

En la doctrina española destaca dentro de esa posición *Pascual Marín Pérez*, cuando ya en 1954, también hace muchos años, se expresaba del siguiente modo: "Nosotros proponemos la derogación del vigente Código Civil, y su sustitución por una amplia y corta *declaración de principios*, especie de Constitución Civil en cuya amplitud cupiese todo el Derecho de nuestras regiones, para lo que se daría a la costumbre y al poder creador del juez la importancia que el momento actual del Derecho Civil requiere, sin que tengan por qué asustarse los leguleyos y picapleitos, puesto que pueblos como la gran nación norteamericana, con menos historia y menos tradición jurídica que nosotros, nos trazan una de las orillas del camino: la jurisprudencia"<sup>11</sup>. A mi entender, debemos considerar superada esa tendencia a un plan tan simple como simplista; se trata de la tendencia a minimizar la codificación, acogiendo la idea opuesta de las descodificación. Creo superada esa posición; en todo caso no dejo de citarla.

Como puede observarse por lo que va dicho, es grande el conflicto por resolver de partida, esto es, el de la concepción del plan de exposición, comprendido el catálogo hoy inventario de las materias.

9. "Orientaciones modernas del Derecho Civil, Revista general de legislación y jurisprudencia", t. XLIX, núm. 4, p. 413, Madrid, 1964.

10. Propiciado por George Ripert: *Le régime démocratique et le Droit Civil moderne*, p. 404, París, 1948.

11. Volviendo sobre el tema, en "El nuevo Derecho Civil de la Rusia Soviética". Revista general de legislación y jurisprudencia, t. XLV, núm. 5, p. 587, Madrid, 1962.

Pero según ya se anunció, hay algo más en dicho plan y que es tarea inicial. Es la fijación de la orientación o directriz general —o filosofía— que corresponderá a las materias de mayor importancia y trascendencia.

Hay que considerar, finalmente, el caso excepcional del *plan de exposición exorbitante*. Se trata de la ideación de Códigos que son en el fondo anteproyectos para un futuro mejor, pues no corresponden precisamente a la consagración legislativa de un Derecho científico o precientífico, existente, como tampoco se trata de recopilar o reformar ese Derecho. Para decirlo con palabras de Wieacker, se tiende “a planear extensamente la sociedad mediante nuevas ordenaciones sistemáticas y creadoras”<sup>12</sup>.

Estos anteproyectos para un futuro mejor “recuerdan a las tormentosas resoluciones reformadoras con las que, un siglo más tarde, los progresivos hombres de estado de las antiguas civilizaciones no europeas, por ejemplo, en Asia Oriental y en Turquía, acogieron los Códigos europeos para transformar a sus pueblos en naciones modernas”<sup>13</sup>.

El mismo fenómeno y la misma solución se observa, por otra parte, en el campo de las *Constituciones Políticas de Estados nuevos* que han alcanzado su independencia recién a contar de mediados del siglo XX, las cuales están redactadas por selectos juristas europeos y se destinan a medios atrasados en los cuales aún no encajan pero que anhelan acomodarse a realidades sociales futuras.

#### IV. LA MODALIDAD DE LA LEY DE BASES

El plan de exposición del Código puede contenerse en un trabajo preliminar de la Comisión de Juristas encargada de redactar el Código nuevo, o bien puede complementarse y respaldarse con un instrumento de carácter legal impuesto por la llamada *Ley de Bases*, que se ha dictado para estos efectos con ocasión de reformas de Códigos.

La citada Ley de Bases está orientada a fijar el plan de exposición, comprendiéndose en esto la orientación o directriz que ha de tener, tanto el Código como las instituciones en particular, al menos las más importantes.

12. Franz Wieacker: Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna, traducción, p. 292, Aguilar, Madrid, 1957.

13. Franz Wieacker, misma cita anterior, p. 294.

Es una *delegación de facultades* del Poder Legislativo al Poder Ejecutivo, considerando el tecnicismo de la materia, en este caso la dictación de un Código.

Una ley de esta naturaleza puede ser de variado contenido; pero cabría citar aquí el caso de la Ley de Bases del Código Civil, del 11 de mayo de 1888, que sirvió para la dictación del actual Código español y sin que esta cita implique compartir íntegramente el texto de esa ley fundamental.

La delegación de facultades está en el artículo 1º: “Se autoriza al Gobierno para publicar un Código Civil con arreglo a las condiciones y bases establecidas en esta ley”.

Desde el artículo 2º hasta el 7º, ambos inclusive, se fija el sistema de trabajo de la Comisión de Códigos, que formulará el texto del proyecto, al cual el Gobierno podrá hacer modificaciones.

El artículo 8º formula 27 bases, sobre las cuales deberá afincarse el proyecto del Código. Destaca la 1ª, que dice: “El Gobierno tomará por base el proyecto de 1851”. Se conoce por el proyecto de Florencio García Goyena, jurista que presidía la Comisión encargada de la Codificación y que a su vez era el alma de ella. Ver “Crónica de la Codificación española”, tomo 4, vol. I, Juan Francisco Lasso Gaite; Ministerio de Justicia. Madrid, 1970, en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del Derecho histórico patrio.

Puede observarse el sentido de prudencia y a la vez el anhelo de modernidad, pues debía atenderse a “necesidades nuevas” y recogerse lo bueno de “legislaciones extrañas”, considerándose siempre “el fundamento científico”. En nuestros días no podríamos elaborar un Código de un modo más razonable y más digno de aprobación.

Como dice Santos Briz, si bien esta Ley de Bases “no se promulgó para que la aplicaran los tribunales, sino para que el Gobierno se ajustase a ella al redactar el Código, se advierte con cierta frecuencia la notable influencia de sus preceptos en numerosas sentencias, incluso en las modernas, aceptándola para resolver *cuestiones de interpretación* y no como norma directamente aplicable”<sup>14</sup>. Sin necesidad de suprimir el plan de exposición, que constituye un método gene-

14. Código Civil, I, p. XIX. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964. En la misma obra y tomo véase la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888.

ral, parece ser que la modalidad de una Ley de Bases colabora eficazmente en la organización de la empresa de dictar un nuevo Código, y, a mi juicio, debe emplearse. Remarco la importancia esencial de la delegación de facultades al Poder Ejecutivo, señalándosele a la vez unas Bases.

## V. REESTRUCTURACION DE LA NORMATIVIDAD GLOBAL: UNIFICACION DEL DERECHO CIVIL Y DEL DERECHO COMERCIAL

Las instituciones iusprivatistas se encuentran diseminadas en la legislación chilena; pero, substantivamente, en dos códigos básicos que son el civil y el comercial.

Hay mucho más, sin embargo. Se presenta el fenómeno de la repetición de unas mismas materias en uno y otro; por ejemplo, tratándose de los contratos. Cualesquiera que sean las modalidades o matices de diferenciación, el principio de orden unitario nos obliga a reunir la normativa general, o sobre contratos u otras materias, en un solo cuerpo y no en dos.

El plan de *unificación del derecho privado* salta a la vista. Dicha unificación ha de tener los siguientes presupuestos esenciales: la valoración simultánea de dos códigos, el civil y el comercial, como también la de la legislación complementaria de ambos que ha venido formándose en el decurso del tiempo; finalmente, la consideración de la evolución notable de la sociedad chilena y que ha dejado atrás toda esa legislación hoy en buena medida obsoleta.

Desde un punto de vista técnico, precisemos dos cuestiones fundamentales: la vetustez del Código de Comercio admitida por todos, por una parte, y la necesidad imperiosa de una reforma integral —o reestructuración— del Código Civil, por la otra.

La suma resultante nos dará al propio tiempo una normativa superior de mayor contenido y eficacia “per se”. Dicho valor substantivo debe admitirse como muy importante.

En definitiva, a las innumerables razones que inducen a una reforma integral urgente del Código Civil, se suma la necesidad de la *unificación del derecho privado* según queda planteado aquí.

El método de la antedicha unificación está plasmado en varias experiencias del Derecho comparado, por lo que su problemática tiene desde luego importante apoyo<sup>15</sup>.

Cabe afirmar, por último, que esta moción de unificación del Derecho privado constituye no sólo una cuestión de relevancia técnico-jurídica, sino, además —y muy acentuadamente— una respuesta a los vivos requerimientos de una sociedad nacional, regional e internacional, que ha experimentado cambios de importancia progresiva, y que exige, cada vez más, estructuras jurídicas ágiles, modernas, expeditas, capaces de acoger e integrar fluidamente la vorágine en que nos desenvolvemos.

## VI. INSTITUCIONES QUE BAJO EL CALIFICATIVO DE NUEVAS RECLAMAN SU INCORPORACION AL CODIGO

Se me permitirá el empleo de la expresión “nuevas” en forma relativa, pues no podría afirmarse que todo lo que se expondrá más adelante tiene el carácter de literalmente nuevo. Con cierta impropiedad, he llamado “nuevo” a todo aquello que hasta hoy no se ha incorporado al Código Civil chileno, y a lo mejor también a otros más, aunque raramente a los promulgados en los últimos años. Todavía podría agregarse: más de algún orden jurídico mayor —la doctrina de los actos propios por vía de ejemplo— aún no alcanza su consagración explícita y literal en Código alguno, si bien muchas normas están empapadas de su contenido como principio general de derecho.

Las instituciones, o los órdenes jurídicos mayores, o los principios generales que aún hoy están marginados del Código Civil chileno, suman varias decenas. No tengo por ahora una nómina que pudiera discretamente aproximarse al bagaje de lo existente y que merece consagración legislativa en nuestros días.

Pero en un libro de que soy autor, actualmente imprimiéndose, figuran 12 temas de esos que corresponden a lo que he llamado instituciones nuevas. Más otros 12 temas en actual preparación. Más unos 30 a 40 contratos que se celebran habitualmente en lo nacional e internacional y que tenemos la paciencia de

15. Este movimiento unificador acusa las siguientes experiencias, entre otras: Italia con su nuevo Código Civil de 1942; Suiza, con la incorporación, en 1911 al Código Civil, como Libro V, del que había sido el Código de las Obligaciones; Rusia, con su Código Civil de 1964; República Popular China, cuyo Código Civil nuevo entró en vigencia en 1987; Paraguay, que tiene un Código Civil unificado desde 1985. Merecen citarse, especialmente, los proyectos de unificación del Derecho Privado existentes en Colombia y en Argentina; este último, aprobado por la Cámara de Diputados en julio de 1987.

llamarles todavía innominados por no estar incorporados a una legislación nacional, internacional o comunitaria. ¿Todo suma 50 hipótesis? A lo mejor. Vaya la sorpresa y la vergüenza, ambas cosas a la vez.

### 1. La persona y los bienes y derechos de la personalidad

Es la rotulación ya clásica en el derecho universal moderno y que yo, en la cátedra universitaria, he propuesto como Libro Primero que iniciará y orientará el Código Civil. Se hace mediante la anteposición de la materia más importante de todo el contenido del Código. La sistematización de este Libro Primero ya lo he propuesto en trabajos míos. Dicha sistematización, y su catálogo de contenido, difiere de lo que aparece en los Códigos considerados modernos y promulgados en el presente siglo, aun diría que en los últimos años. Qué decir del contenido y sistematización pobrísimos en nuestro actual Código.

En la sistematización antes aludida no han de faltar cinco fuentes de inspiración y contenido a saber:

a) Una *noción moderna de persona* que va más allá de su caracterización simplista como sujeto de derechos y obligaciones;

b) *Derechos y atributos de la persona*, que han tenido cabida habitual en las exposiciones doctrinarias y aun legislativas, aunque no de un modo completo y sistemático;

c) Los *bienes y derechos de la personalidad*, que deben enunciarse y definirse, partiendo de una debida sistematización que comprenderá un derecho general de la personalidad y unas expresiones particulares o específicas;

ch) El *efecto sancionatorio amplio* que resultará de la agresión a bienes y derechos de la personalidad, comprendiéndose las áreas de responsabilidad civil patrimonial y extrapatrimonial;

d) El *efecto de protección o amparo* de los bienes y derechos de la personalidad, sirviendo de inspiración a este respecto lo que dispone el artículo 70 del Código Civil de Portugal, de 1967, disposición que se rotula "*Tutela general de la personalidad*".

2. Como corolario de la tutela a los derechos y bienes de la personalidad, deberá considerarse en el Código el *daño extrapatrimonial o moral*. Esta materia ha sido largamente tratada por la jurisprudencia nacional; si bien con serias fa-

llas de técnica jurídica y, sin embargo, el Código Civil no menciona en parte alguna el daño moral o agravio moral.

3. El *principio general de la buena fe* es, indudablemente, un orden jurídico mayor que, a la vez, nutre de contenido a otros órdenes jurídicos mayores como, por ejemplo, la doctrina de los actos propios, el ejercicio abusivo de los derechos, el fraude a la ley y el enriquecimiento sin causa. No cabe la menor duda que podría ser llamado un super principio general de derecho capaz de integrar estructuralmente a otros órdenes o valores jurídicos.

El principio general de la buena fe no está considerado de modo especial y explícito en el Código Civil nuestro, en forma de poderse aplicar a cualquier materia susceptible de acogerle. A lo sumo se le considera en cerca de 50 disposiciones del Código Civil, especialmente como *buena fe-creencia*, para fijar efectos diversos que los normales por esa circunstancia de haber obrado el sujeto de buena fe. Eso sucede en la posesión y en otros muchos casos más. También se usa el principio en referencia para dar el verdadero contenido al contrato, particularmente fijando su extensión y auténtica interpretación respecto de los derechos y obligaciones que emanan del mismo. Así, el art. 1546 dispone que *los contratos deben ejecutarse de buena fe*.

Falta, sin embargo, el principio general de la buena fe, en el título preliminar, con una o más disposiciones adecuadas. Aunque no adhiero absolutamente a la redacción dada, el señalado principio ya está consagrado en el art. 2º del Código Civil suizo de 1907, y en el Código Civil español, de 1889, art. 7-1, luego de la reforma de 1974. Podrían darse muchos ejemplos más. Se diría que hoy resulta rara la ausencia de este principio general en un Código Civil.

4. El *ejercicio abusivo de los derechos* ya viene admitido y aplicado en la jurisprudencia francesa de mediados del siglo XIX, como también, en semejante época, en otros países. En Chile ha tenido reconocimiento doctrinario y jurisprudencial; pero pálidamente, sin consistencia como para sostener una vida real y efectiva hacia el futuro, ni con aplicaciones en un volumen suficiente que permita afirmar su consagración.

Dicho orden jurídico mayor ya tiene cabida en muchos Códigos, diría que en la mayoría. Basta citar aquí el art. 226 del Código Civil alemán de 1900, el Código venezolano de 1922 en su art. 1185, inc. 2º, y el Código paraguayo de 1985, art. 372.

5. La *doctrina de los actos propios* ha tenido aplicación en sentencias españolas por lo menos a contar de mediados del siglo XIX. Su consagración en Códigos encuentra como inconveniente la posibilidad de limitar o constreñir su aplicación, restando libertad o flexibilidad al juez. Sobre todo, si consideramos que la fenomenología nos ofrece una infinidad de casos variadísimos que han dado lugar a vacilaciones. Una disposición breve que al menos afirme esta doctrina sería altamente provechosa. Se la podría situar en el Título Preliminar.

6. El *fraude a la ley* tiene aplicación tanto en el Derecho Civil como en el Derecho Tributario y en el Derecho Internacional Privado. Me parece que sería útil una disposición explícita, como lo hacen los Códigos español, art. 6-4; italiano, art. 1344; alemán, art. 134, y el portugués, art. 21. Las citas podrían ser más.

7. El *enriquecimiento sin causa a expensas de otro* viene nombrándose en Chile por lo menos desde la década del 20, a propósito de una Memoria de Prueba. En la justicia arbitral, y aun en la ordinaria, suele citársele como fundamento de alguna decisión, aunque generalmente a mayor abundamiento y como apoyando a la equidad. Sin embargo, falta la disposición legal explícita que, de no situarle en el Título Preliminar, podría tener buena acogida en el Derecho de obligaciones, a lo mejor en la teoría de la causa. Demás está reiterar que casi todos los Códigos civiles contemplan el enriquecimiento injusto. Citando algunos: el italiano, art. 2041; el suizo, art. 62; el peruano, art. 1954; el portugués, art. 473 y siguientes.

8. Las *astreintes o penas conminatorias* aseguran el cumplimiento efectivo de una sentencia judicial, y aun de resoluciones sin el nivel de sentencia definitiva que causa ejecutoria. Se produce una cierta forma menor de seguridad, en cuanto que a través de una pena diaria, mensual o, en general, periódica, se conmina al cumplimiento que, generalmente, se logra. Las aplicaciones de la institución de las astreintes tiene historia antigua; en Francia desde mediados del siglo pasado. Los Códigos también contemplan las astreintes. Por ejemplo, el Código Civil argentino a contar de la reforma de 1968, art. 666 bis; el Código Novísimo de Proceso Civil del Brasil, art. 644; la ley uruguaya N° 14978, de 1979, y otros textos que podrían citarse.

9. La *simulación* ha venido siendo tratada desde antiguo, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. En los textos en circulación se afirma en Chile, repetida y uniformemente, que la simulación estaría admitida en el art. 1707 del Código Civil, siendo que dicha norma aplica fundamentalmente la noción de inoponibilidad frente a terceros de ciertas escrituras privadas. Sólo con muy buena voluntad po-

dríamos aceptar que allí se encontraría, ciertamente escondida, la simulación del acto o negocio. Mejor dicho, allí estaría una posibilidad remota de actuación simulada. Los Códigos Civiles contemplan la institución generalmente.

En Chile circuló en español la obra clásica del italiano Ferrara, cuya primera edición en italiano es de 1900. Sirvió ella para excelentes sentencias de nuestros tribunales, sobre todo una de la década del 50. Más tarde Raúl Díez Duarte dio impulso al tema, primero abordándolo como Memoria de Prueba y más tarde en ediciones sucesivas y mejoradas. Con todo, el tema no ha logrado aún consistencia necesaria ni se maneja con habitualidad en los tribunales, quedando como en calidad de residuo. Se requiere, pues, de consagración expresa en el Código Civil.

10. El *estado de necesidad* es una materia propia del Derecho penal; concretamente participa como causal de justificación y como tal es una de las eximentes de responsabilidad criminal. En *materia Civil* el estado de necesidad reviste gran importancia, como que hay consagración en el Código Civil alemán, arts. 228 y 904; en el de Brasil, art. 160; en el Código de las obligaciones, de Suiza, art. 52; en el italiano, art. 2045; en el portugués, art. 339, y en el de Bolivia, arts. 986 y 987. No cabe duda que esta materia debería estar contemplada en nuestro Código Civil.

11. El tema de la *multipropiedad* viene tratándose en monografías y Congresos Internacionales desde hace varias décadas. En Chile tiene aplicaciones prácticas o de hecho; sin embargo, falta su consagración explícita en el Código Civil.

12. El *género del bio-derecho* reúne varios temas de gran actualidad en nuestros días, con posiciones variadas y aun antagónicas en la doctrina. Los hechos, después de todo, han sobrepasado en mucho al derecho positivo. Entre los temas que podrían citarse a este respecto y que darían eventualmente lugar a nueva legislación, merecen recordarse los siguientes: eutanasia, eugenesia, donaciones de órganos y hemodonaciones, fecundación asistida, inseminación artificial, donación y bancos de elementos genéticos, transexualidad, utilización de fetos, manipulación e investigación genética, investigación de la filiación genética, responsabilidad derivada de ingeniería genética, el aborto, protección de embriones.

A propósito de los temas recién sugeridos, no quiero siquiera dar a entender que en mi concepto todas las materias antedichas irían a desembocar fatalmente en nueva legislación; ni menos que la nueva normativa se radicaría necesariamente en el Código Civil. Por ningún motivo. Sólo trato de dar una panorámica

de lo que la ciencia y la técnica modernas ofrecen al jurista para su examen crítico y para una eventual toma de decisiones en el campo de la política legislativa. En substancia, lo que se consagre en el Código Civil ha de ser solamente el principio pertinente, quedando para la ley especial o el reglamento todo lo concerniente al detalle, siempre y cuando, reitero, que la materia correspondiente sea admitida positivamente para su incorporación legislativa.

13. Sea que denominemos al tema "*Teoría de la imprevisión*" (Francia) o "*De la excesiva onerosidad*" (Italia), u otros nombres equivalentes, el problema no puede quedar ausente en una normativa de Código nuevo. En breves artículos se abordará la cuestión, dejándose para leyes especiales la pormenorización a que hubiere lugar. La indexación o corrección monetaria, ya incorporada a nuestra legislación, no abarca todo el tema de la teoría de la imprevisión o de la excesiva onerosidad; a lo sumo es una variante o derivación circunscrita a un campo delimitado que dice relación con el dinero desvalorizado que se paga por una obligación a plazo, o bien, al revés, con motivo del pago excesivo de una deuda a plazo a causa de una indexación errónea o injusta.

14. Ya se hizo al principio una alusión a la regulación legal muy incompleta de los *contratos*, relegándose al absoluto olvido a los llamados "*innominados*" de uso diario. ¿Serán 40? Tal vez. ¿Qué razón existiría para excluirlos del Código?

Vuelvo a decir que no me he propuesto referir aquí todas y cada una de las materias que en nuestros días permanecen marginadas del Código Civil, como si no existieran o carecieran de importancia. No obstante, esas innumerables materias forman parte de las necesidades jurídicas de los ciudadanos en el diario vivir. ¿Por qué privar a esos importantes temas de la norma positiva correspondiente, contribuyéndose con su consagración legislativa a la seguridad jurídica y a la mejor vida de relación? Repito, una vez más, que aquí se ha hecho sólo un rápido esbozo de unas cuantas materias que hoy permanecen ausentes de nuestro Código. La nómina, por tanto, es larguísima y, además, de materias muy importantes. ¿No es esto terriblemente grave e inquietante?

Finalmente, el volumen de temas y materias es tan grande —a la vez que trascendente—, que *esta sola consideración hará decidírnos por la redacción de un Código nuevo* con aprovechamiento de partes del vigente, en lugar de hacer agregaciones, supresiones o intercalaciones que hacen perder la unidad del Código y, además, crean nuevos problemas de confusiones y dudas. En esto ya existe una larga experiencia, tanto interna como externa, y diría que aun respecto de la

reforma de 1989, que por esas razones u otras, resultó en definitiva un gran fracaso.

## VII. REGULACION INNECESARIA, EXCESIVA O INTRINCADA DE MATERIAS, OBLIGANDO A UNA CORRECCION

Aquí se volverá a insistir en la conveniencia de un nuevo texto en lugar de reformas parciales o sectorizadas.

Algunas materias están exageradamente pormenorizadas en el Código Civil, como si éste debiera encargarse de todas las hipótesis que pueden presentarse o bien se tratara de un reglamento que regula los detalles concernientes a una ley. Es justamente el estilo de los antiguos que intentaban tratarlo todo.

Hay repeticiones, o tratamientos excesivos, o bien planteamientos intrincados a lo largo del Código en un considerable número de hipótesis. Se recordarán sólo algunas situaciones por vía de ejemplo: ocupación, accesión, posesión, guardas, limitaciones del dominio, servidumbres, asignaciones testamentarias, contratos en particular con más de 100 artículos, como el de compraventa, repitiéndose en ellos, además, las reglas ya expuestas sobre teoría general de las obligaciones.

Se precisa, en general, sintetizar, y, sobre todo, no repetir. A veces la reglamentación excesiva e inútil podría simplemente suprimirse o bien llevarse a otro estamento estatutario.

Entrando a un plano de franca política legislativa, vale la pena reflexionar sobre la necesidad de reestructurar toda la *sucesión por causa de muerte*, dándole un contenido más simple e inteligible para cualquier sujeto culto, no necesariamente del área jurídica. No quiere decir lo anterior que esté ausente la técnica jurídica, si bien ésta ha de ser moderna. Como resultado, llegaremos en definitiva a lo breve y lo simple. La fenomenología de la realidad social de nuestros días no se aviene con tanta complejidad y oscuridad.

Agréguese a este respecto algo más. El legislador nuestro de la materia sucesoria, siguiendo seguramente una tradición histórica, aplica una imaginación riquísima que abarca situaciones ciertamente irreales o de muy escasa ocurrencia práctica, imaginación que nos recuerda al ajedrecista que construye y combina jugadas al infinito. ¿Por qué en nuestros días?

También merece atención la *porción conyugal* que, de no eliminarse, ha de concebirse en términos más simples. Bien podría encauzarse a través de los mecanismos comunes de la sucesión legal que ofrece soluciones variadas para elegir por el testador.

Tal vez habría que pensar en la exclusión de instituciones históricas que ya no encajan en nuestros días o bien conducen a complicaciones.

## VIII. MATERIAS QUE REQUIEREN MEJOR O MAS COMPLETO TRATAMIENTO

Hay instituciones que, a pesar de su importancia, están hoy pobremente tratadas en el Código Civil chileno, seguramente porque en su época no requerían mayor atención. Otras han evolucionado considerablemente y no pueden mantenerse como antaño.

El *comodato precario*, y el *precario propiamente tal*, requieren mayor detalle y claridad. Abundante jurisprudencia, de varias naciones, constituye una importante fuente para los estudios sobre esta materia.

La *aparcería*, que por necesidad fue llevada al Código del Trabajo, merece acogimiento en el Código, con las normas esenciales.

El *régimen patrimonial del matrimonio* requiere colocación en lugar más apropiado, reunión de sus disposiciones en un solo sitio y no en varios, y una resistemización que se hace indispensable después de tantas reformas "de parche" que ha sufrido; esto es, sin contar las variaciones de fondo a que pudiera someterse esta materia llamada siempre efervescente. Además, ¿por qué ese afán de inspirarse en textos extranjeros a despecho de la realidad de nuestro medio? Por qué olvidar el ángulo de la fenomenología rica en experiencias de gran mérito? Sobre esto último he publicado.

La *responsabilidad civil* (o Derecho de daños o Derecho de la víctima) ha sufrido cambios estructurales profundos, con un catálogo de materias antes desconocido. Se podría añadir que con fuerte acento en los años que empiezan en la década del 60, y aun con mayor intensidad en los últimos cinco años. ¿Por qué ignorar esos adelantos y seguir frustrando a la víctima que clama respuestas adecuadas de una sociedad aún indiferente?

Sobre *hermenéutica legal*, baste decir ahora que nuestro sistema ideado por Bello —hoy superado por completo— requiere una nueva formulación. Sobre la materia me remito a mi trabajo "Interpretación y Juez", 1976.

El *Derecho Inmobiliario Registral* deberá concebirse de manera muy diferente, adoptándose alguno de los sistemas suficientemente probados tanto en las legislaciones extranjeras como en la praxis; en particular respetándose a este respecto los principios registrales vigentes, que alcanzan aproximadamente a diez. De ellos nuestra legislación sólo admite veladamente uno o dos, otros se descubren con esfuerzo y el resto sencillamente se ignora. Lamentablemente, nuestro sistema legal desconoce y contradice el principio fundamental de la seguridad, falla grave que debe atribuirse a quienes concibieron nuestro sistema a mediados del siglo pasado, por supuesto que tan originalísimo como desacertado. Deben mencionarse, además, dos graves defectos: discurrir en torno a la posesión inscrita que confiere febles derechos, y concebir la inscripción como un folio personal que descansa en el poseedor que inscribe, a despecho del folio real que considera por sobre todo el bien raíz, su individualidad y sus mutaciones, logrando en todo ello la certeza. Nuestro sistema actual es ciertamente retrógrado y vergonzoso. ¿Por qué hemos de mantenerlo? De cambiarlo, ¿ofenderíamos la memoria de Bello? ¡Qué ridiculez!

En materia de *derechos reales* ha de revisarse la teoría nuestra de su consagración legislativa bajo la fórmula "numerus clausus". Se acepte o no en definitiva la tesis del "numerus apertus", el caso es que deberán agregarse nuevas formas de derechos reales mas allá de los actualmente consagrados por la ley. Tal vez los indiscutidos serían al respecto el derecho real de superficie y el derecho real de enfiteusis.

La *división de las cosas en muebles e inmuebles* no es hoy decisoria como antes, ni sólo los inmuebles han de merecer la mayor atención y protección. Los bienes muebles deberán abandonar su posición de segundo orden dada la importancia que han adquirido. Obsérvese simplemente que la fortuna mobiliaria es inmensamente superior a la inmobiliaria. Hasta los muebles están representados por títulos-valores en un sistema asociativo. Los muebles, además, han de tener acceso al Registro, como es habitual en las modernas legislaciones y así también se ha declarado en los Congresos Internacionales de Derecho Registral, como en el III celebrado en Puerto Rico en 1977.

*Las clases o categoría de obligaciones* son muchas más que las consagradas en los Códigos decimonónicos y ellas han de introducirse en esos cuerpos legales que aún las desconocen.

Lo anterior se expone sólo por vía de ejemplo, pues los casos son numerosos. El presente trabajo, en general, no tiene otro objeto, se reitera, que el de dar una visión simple y de conjunto, como una nueva muestra breve de lo mucho por agregar o mejorar.

## IX. LA CONVENIENCIA PREFERENTE DE REDACTAR UN NUEVO CODIGO

Ya en mi trabajo de 1965, "Reforma de nuestro Código Civil bajo la inspiración de Andrés Bello", citado en un comienzo, propiciaba la redacción de un nuevo Código aprovechando lo bueno que tiene el vigente y que conserva su mérito hasta hoy. La palabra "reforma" que se emplea en aquella rotulación ha de entenderse en el sentido amplio recién indicado; por lo demás, está claramente confirmado por el texto expreso de dicho trabajo. Seguramente la época precisa de culminación del tradicional endiosamiento del Código y de su autor, aconsejó el término más soportable de "reforma".

*Las razones fluyen directamente del cambio necesario cualitativa y cuantitativamente importante*, según se desprende incontestablemente de este ligero diseño de lo que se proyectaría.

Además, la experiencia que nos ofrecen no menos de *diez Códigos civiles* de los últimos años aconsejan hacerlo redactando un Código nuevo. Como los autores o coautores de esos cuerpos legales aún viven, hemos podido saber de ellos, de un modo u otro que, ante cambios de considerable volumen y profundos, más fácil resulta redactar de nuevo que corregir, complementar, suprimir, intercalar, en una palabra, "parchar". Se los he escuchado a ellos mismos unánimemente.

El método erróneo de las reformas parciales, suprimiendo, agregando o intercalando lo vemos patente en el Código Civil francés de 1804. Habiéndose elaborado frustradamente un proyecto completo de Código nuevo no hace mucho tiempo —el proyecto se inició en 1945—, primó, sin embargo, el método de sumar reformas parciales, que hasta hoy superan las mil, juntándose a veces hasta dos en un mismo mes y año. El Código Civil español de 1889, no contando con tan crecido número de reformas parciales, las ha tenido de

tiempo en tiempo, muchas de ellas valiosas y de mérito. Con todo, al igual que en el caso del Código Civil francés, no se ha llegado al Código nuevo que la época requiere urgentemente.

Soy muy insistente en las consecuencias funestas que acarrearán las reformas parciales o "de parche", según reiterada experiencia interna o externa fácil de comprobar; en nuestro país, recién con motivo de la reforma al Código por Ley Nº 18.802 de 9 de junio de 1989, que, como ya dije, resultó en definitiva un fracaso.

Es muy difícil —por no decir imposible lograr realmente el fin que se propuso el reformista de partes. Simultáneamente, se llega por desgracia al resultado de un desajuste en el todo, creándose de este modo dudas y desinteligencias antes inexistentes.

Por último, muchas de las dificultades que debieron superar codificadores de antaño son hoy insuperables por la mayor información disponible, la existencia de muchos Códigos nuevos que sirven de excelente inspiración y, muy importante, las técnicas que facilitan y agilizan el trabajo de un nuevo Código, pudiendo citarse a este respecto la computación y las telecomunicaciones, técnicas que en Chile ya poseemos.

## X. IDEAS O CRITERIOS DE BELLO QUE HAN DE APROVECHARSE EN EL EVENTO DE UNA REFORMA PROFUNDA DEL CODIGO CIVIL CHILENO

a) Su sentido universal del Derecho, propio del más refinado de los comparatistas, servirá para formular disposiciones de contenido verdaderamente científico; como también para fijar el parámetro de condiciones intelectuales y de preparación de cuantos integren la correspondiente Comisión.

b) Su atención prevalente al medio nacional, que estudió y conoció como nadie, servirá de guía para no caer en vulgares copias de Códigos extranjeros, o en trasplantes crudos de instituciones. Bello, justamente, captó integralmente un crecido acervo de fuentes y luego dio la versión que le pareció adecuada al medio nacional. Con todo, ni el medio nacional es el de la época de Bello ni las fuentes son las mismas de que dispuso el Maestro.

c) Su innegable americanismo, acreditado en muchas facetas de su vida, como civilista y, sobre todo, como internacionalista y como director técnico de las

relaciones internacionales de Chile, sirve para señalarnos la ruta de un proyecto de Código Civil para todos los países hispanoamericanos.

ch) Su posición acentuadamente de reforma, tanto frente a la masa legislativa vigente, como a las leyes particulares. A pesar de que se le tildó de conservador —aunque tal vez desde otro ángulo—, lo cierto es que propició y presionó la dictación de un Código Civil, como así mismo tuvo firmeza para imponer lo nuevo con discreción y prudencia. Además, siempre vivió en posición de cambios. Esa postura de reforma, a la manera de Bello, es la que justamente debemos adoptar.

d) La independencia de criterio de Bello, que se puso por encima de partidismos y bandos políticos, y aun religiosos, como que sirvió a todos sin que se trasluciera necesariamente su personalidad íntima. Ello nos indicará que la reforma debe ser abordada en lo técnico por juristas, que recibieran la orientación general del medio político, sin obrar propiamente como políticos. Así se hizo incluso el Código Civil francés de 1804, por juristas, aun estando tan cerca la revolución.

e) Su espíritu moderador, acreditado en muchas facetas de su vida y de su obra, ha de servir para redactarse un Código que, captando los avances de la ciencia jurídica y la evolución social, sea a la vez discreto, macizo, sereno, ajeno a estridencias o demagogia. Además, aprovechándose lo bueno de lo vigente.

f) El lenguaje de Bello, en el Código, deberá servirnos para aprovecharle, sea reproduciendo literalmente las disposiciones que necesariamente deberán conservarse, sea para señalarnos el estilo que es propio de un Código y que deberá reflejarse en las disposiciones nuevas.

g) También hemos de hacernos a la idea del tiempo necesario para tan magna obra. Mirando a Bello pensemos en 20 años. ¿Podrá reducirse esa cifra en nuestros días? Tal vez, pero dependerá de las varias circunstancias en juego.