



Universidad de los Andes
Facultad de Derecho

El Código Civil francés de 1804 y el Código Civil chileno de 1855. Influencias, confluencias y divergencias

ESCRITOS EN CONMEMORACIÓN DEL
BICENTENARIO DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS

ALEJANDRO GUZMÁN BRITO

HERNÁN CORRAL TALCIANI

MARÍA DE LOS ÁNGELES SOZA RIED

CARLOS PIZARRO WILSON

PEDRO ZELAYA ETCHEGARAY

JORGE BARAONA GONZÁLEZ

SANDRO SCHIPANI

Ian Henríquez Herrera
Hernán Corral Talciani
EDITORES



2004

CUADERNOS DE EXTENSIÓN JURÍDICA 9



Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

El Código Civil francés de 1804 y el Código Civil chileno de 1855. Influencias, confluencias y divergencias

ESCRITOS EN CONMEMORACIÓN DEL BICENTENARIO
DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS

Alejandro Guzmán Brito

Hernán Corral Talciani

María de los Ángeles Soza Ried

Carlos Pizarro Wilson

Pedro Zelaya Etchegaray

Jorge Baraona González

Sandro Schipani

Ian Henríquez Herrera

Hernán Corral Talciani

EDITORES

Cuadernos de Extensión Jurídica 9 (2004)
El Código Civil francés de 1804 y el Código Civil chileno de 1855.
Influencias, confluencias y divergencias

CIP - Universidad de los Andes

El Código Civil francés de 1804 y el Código Civil chileno de 1855: influencias, confluencias y divergencias: escritos en conmemoración del bicentenario del Código Civil francés/Alejandro Guzmán Brito... [et al.]; Ian Henríquez Herrera, Hernán Corral Talciani, editores.

p. - (Cuadernos de extensión jurídica; 9)

Incluye notas bibliográficas.

1.- Francia. Code Civil.- 2.- Chile. Código Civil.- 3.- Derecho Civil - Derecho Comparado.- I.- Guzmán Brito, Alejandro, 1945.- II.- Ian Henríquez Herrera ed. III.- Corral Talciani, Hernán Felipe, ed.- IV.- Ser.

CDD 21

346

2004

RCA2

Cuadernos de Extensión Jurídica. Publicación seriada de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Av. San Carlos de Apoquindo 2200, Las Condes, Santiago de Chile).

Director: Hernán Corral Talciani

Comité Editorial: Alejandro Romero Seguel, María de los Ángeles Soza Ried, Juan Ignacio Piña Rochefort, Jorge Baraona González, José Ignacio Martínez Estay, Enrique Brahm García.

Secretarios de Redacción: Marcelo Nasser Olea, Loretto Venegas Franzolini

ISSN: 0717-6449

ISBN: 956-7160-30-9

Registro de Propiedad Intelectual Inscripción N° 145.117

No está permitida la reproducción parcial o total de esta publicación, o de alguna de sus partes, formatos o portadas, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo del titular de la propiedad intelectual

© 2004 Universidad de los Andes

Diseño: Carolina Varela

Impresión

Andros Impresores

Impreso en Santiago de Chile – Printed in Santiago of Chile

ALEJANDRO GUZMÁN BRITO

*Doctor en Derecho por la
Universidad de Navarra (España)
Profesor de Derecho Romano
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*

HERNÁN CORRAL TALCIANI

*Doctor en Derecho por la
Universidad de Navarra (España)
Profesor de Derecho Civil
Universidad de los Andes*

MARÍA DE LOS ÁNGELES SOZA RIED

*Doctora en Derecho por la
Universidad de Santiago de Compostela (España)
Profesora de Derecho Romano
Universidad de los Andes*

CARLOS PIZARRO WILSON

*Doctor en Derecho por la
Universidad de Panthéon-Assas (Paris II) (Francia)
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Chile y Universidad Diego Portales*

PEDRO ZELAYA ETCHEGARAY

*Doctor en Derecho por la
Universidad de Navarra (España)
Profesor de Derecho Civil
Universidad de los Andes y Universidad de Chile*

JORGE BARAONA GONZÁLEZ

*Doctor en Derecho por la
Universidad de Navarra (España)
Profesor de Derecho Civil
Universidad de los Andes*

SANDRO SCHIPANI

*Profesor de Derecho Romano
Universidad Tor Vergata (Roma)
Director del Centro de Estudios Jurídicos Latinoamericanos
del Consejo Nacional de Investigación (Italia)*

PRESENTACIÓN	11
--------------------	----

LA INFLUENCIA DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS
EN LAS CODIFICACIONES AMERICANAS.

Alejandro Guzmán Brito

I. Introducción	17
II. La pervivencia del antiguo derecho	18
III. Crítica a la legislación superviviente	19
IV. El ideal de la independencia jurídica	21
V. El modelo del "Code Civil"	22
VI. El "Digeste de la loi civile" o Código Civil de la Luisiana	27
VII. El "Code Civil" de la República de Haití	29
VIII. El "Código Civil para el gobierno del Estado libre de Oaxaca" (México)	31
IX. El "Código Civil de la República de Bolivia" llamado "Santa Cruz"	33
X. La imposición del "Código Civil de la República de Bolivia" en el Perú	37
XI. La adopción del "Código Civil de la República de Bolivia" en Costa Rica	37
XII. El "Code Civil" de la República Dominicana	39
XIII. El segundo "Código Civil Boliviano"	42
XIV. Las influencias indirectas y difusas del "Code Civil" y la declinación de su influencia	44
XV. Conclusiones	49

LA FAMILIA EN EL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS Y EN EL CÓDIGO
CIVIL CHILENO

Hernán Corral Talciani

I. Idea general	51
II. La secularización del matrimonio	52

III.	El <i>ius connubi</i>	53
IV.	La fuerza del vínculo matrimonial. La cuestión del divorcio.....	54
V.	Derechos y deberes entre cónyuges. Régimen matrimonial de bienes.....	56
VI.	Filiación.....	59
VII.	Conclusiones	65

LA INFLUENCIA DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS
EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO EN MATERIA
DE BIENES Y PROPIEDAD

María de los Ángeles Soza Ried

I.	Introducción	69
II.	Clasificaciones de los bienes	70
III.	Propiedad.....	75
IV.	Modos de adquirir el dominio	77
V.	Posesión	79

LA INFLUENCIA DEL *CODE* EN EL CÓDIGO DE BELLO
EN DERECHO DE OBLIGACIONES:

¿EXISTE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL?

Carlos Pizarro Wilson

I.	La existencia de la responsabilidad contractual en el <i>Code</i>	83
II.	La responsabilidad contractual en el Código Civil chileno	88
III.	¿Recodificar la responsabilidad contractual? ...	92

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL *CODE* FRANCÉS
Y SU RELATIVA INFLUENCIA EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO

Pedro Zelaya Etchegaray

I.	Introducción	95
II.	Fuentes del Código de 1804 y establecimiento de la culpa como el principal o único fundamento de la responsabilidad civil	95
III.	La influencia del <i>Code</i> francés en la codificación decimonónica	99

IV.	La influencia del <i>Code</i> en el Código Civil chileno: sus semejanzas y diferencias	100
V.	Modificaciones legales introducidas al <i>Code</i> francés después de su entrada en vigencia	104
VI.	El Código de 1804 frente al paulatino y creciente proceso de objetivación de la responsabilidad civil	106
VII.	Conclusión	115

UNA COMPARACIÓN ENTRE EL SISTEMA SUCESORIO DEL *CODE* Y EL CÓDIGO CIVIL CHILENO EN SUS VERSIONES ORIGINALES

Jorge Baraona González

I.	Introducción	117
II.	El derecho revolucionario sobre sucesiones	118
III.	La facultad de disponer <i>mortis causa</i>	119
IV.	El sistema sucesorio francés y su influencia en nuestro Código. Aspectos principales	120
V.	Conclusiones	140

LOS JURISTAS *IURIS CONDITORES*/FUNDADORES DEL DERECHO

Sandro Schipani

I.	Preámbulo	143
II.	La ley y su primacía entre las fuentes del derecho en el sistema del Derecho Romano	144
III.	Los juristas	145
IV.	Los juristas fundadores del derecho y los Códigos	155
V.	Conclusiones: observaciones sobre la formación del jurista	163



PRESENTACIÓN

Todos conocemos las frases rotundas que la historia le atribuye a esa curiosa y enérgica personalidad que fue Napoleón Bonaparte. Una de ellas debemos verla cumplida este año, que conmemoramos la entrada del Código Civil que oficialmente aún lleva su nombre (Code Napoléon), en su segundo siglo de continuada vigencia: "Mi gloria no es haber ganado cuarenta batallas... Lo que nada destruirá, lo que vivirá eternamente es mi Código civil..." (Cfr. Memorial de Las Cases).

Hace doscientos años, el 21 de marzo de 1804 (30 de ventoso del año XII, según el calendario revolucionario), el entonces Primer Cónsul promulgó la ley que inauguraría una nueva época en la historia del moderno derecho privado y cuya influencia moldearía hasta hoy nuestra cultura jurídica. Dicha ley era el acta de nacimiento del Código Civil francés, producto tardío del ideario revolucionario, que a su vez traía sus orígenes en el pensamiento ilustrado del siglo XVIII y en el iusnaturalismo racionalista, todo ello mediado por la elaboración romanista de juristas como Jean Domat y Robert Pothier. Se trató de reunir en un texto breve, compuesto de reglas generales, concisas y claras, los derechos y deberes de todos los ciudadanos en cuanto a la familia, la propiedad, la contratación y las herencias.

El Código Civil de los franceses, (como se le llama en la primitiva edición de 1804, si bien durante el imperio se convertiría en el Code Napoléon), se compone de 2.281 artículos, distribuidos en un título preliminar y tres libros. El Título preliminar recoge disposiciones relativas a la vigencia e imperio de las leyes. En el libro I se

regula lo relativo a la persona, desde su nacimiento a la muerte, y también a la familia: matrimonio, filiación, protección de menores e incapaces. El libro II trata de los derechos patrimoniales, y su centro es el reconocimiento de la propiedad privada concebida como garantía de libertad. Finalmente, el libro III, el más extenso, bajo el mismo epígrafe de las "différentes manières dont on acquiert la propriété", reglamenta la sucesión por causa de muerte y los contratos, que en la regulación del Código transfiere inmediatamente la propiedad incluso antes de la entrega de la cosa objeto del acuerdo.

El Código tuvo gran aceptación en Francia y resistió, sin modificaciones, los cambios políticos que le siguieron (Restauración, Segundo Imperio, República). Sin duda, en ese éxito ha sido fundamental, aparte de sus méritos técnico-jurídicos e incluso literarios (como bien reconocía Stendhal de quien se dice que leía todas las mañanas el Code para aprender del estilo sobrio y conciso de sus reglas), haber conseguido una síntesis entre las ideas libertarias de la Revolución y el respeto a las tradiciones y a ciertas instituciones básicas como la familia y la autoridad. Ni reaccionario ni revolucionario, como diría Planiol (Traité Élémentaire de Droit Civil, I, N° 92). Así, el Código mantendrá la secularización del matrimonio, pero restringirá el divorcio y cohesionará la familia bajo la poderosa autoridad del marido y una férrea protección de la filiación legítima. Pondrá en vigor el ideal de libertad individual y la primacía de la voluntad como fuente de obligaciones y de responsabilidad, pero dará poder a los jueces para otorgar plazos de gracias a los deudores y para anular un contrato contrario a las buenas costumbres.

La influencia del Código Civil francés será inmensa en la cultura jurídica occidental. Algunos estados lo adoptarán al paso de las conquistas napoleónicas, como

Nápoles y Bélgica (donde aún se mantiene en vigor). Otras naciones lo imitarán por formar parte del ámbito francófono como La Louisiana, Haití y Québec. En Italia, al parecer bajo la influencia del prestigio del Segundo Imperio, al decir de Carbonnier (Droit Civil, I, 84), el Código Civil de 1865 le seguirá muy de cerca. La mayor parte de las naciones latinoamericanas que se independizan en el siglo XIX lo tendrán como modelo de legislación, por afinidad con las ideas liberales y republicanas. Chile no fue la excepción: Bernardo O'Higgins llegó a proponer formalmente la adopción íntegra del Código Civil francés, en 1822.

Cierto es, sin embargo, que gracias a la sabiduría y genialidad de Andrés Bello, el Código Civil chileno (1857) no siguió como fuente primera a su homólogo francés, siendo más fiel al derecho romano y a la legislación castellana. Pero en la finalidad de expresar el derecho con las técnicas de la codificación, en el estilo y el lenguaje normativo, en el contenido y la división de las materias, y en la adhesión a los principios de igualdad y libertad de las personas, nuestro Código Civil es indiscutiblemente tributario del Código francés de 1804.

En estos doscientos años de ininterrumpida vigencia, el Code Civil no ha estado exento de críticas. Se le ha reprochado un individualismo exacerbado, una complicidad con el liberalismo económico burgués y la consagración de una igualdad meramente formal. Pero el Código ha revelado una sorprendente capacidad de adaptación, y, gracias a la labor interpretativa y a intervenciones legislativas puntuales, sigue manteniendo su vigor como fuente y corazón del ordenamiento jurídico privado francés y como referencia obligada de todos los civilistas del ámbito latino-continental. Esa misma adaptabilidad comprueba que la acusación que se le suele dirigir de haber entronizado el legalismo positi-

vista, es más imputable a sus primeros comentadores, (los de la llamada Escuela de la Exégesis), que al Código mismo.

En Francia, y en el mundo entero, se han programado congresos y seminarios para conmemorar este señalado bicentenario. La Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes no quiso restarse a esta conmemoración y el lunes 22 de marzo de 2004 (siguiente al domingo 21 en que se cumplían los 200 años) organizó un Seminario y Mesa Redonda justamente para rendir homenaje al que, en palabras de Bello, ha sido el más célebre de los Códigos. Contamos con el patrocinio del Instituto Chileno Francés y del Centro de Estudios Bicentenario.

La conferencia inaugural estuvo a cargo del Decano de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, profesor Alejandro Guzmán Brito, quien expuso sobre la influencia del Code en el proceso codificador americano, y luego se dio paso a una mesa redonda en la que el profesor de la Universidad Diego Portales, Carlos Pizarro Wilson, y los académicos de la Universidad de los Andes, María de los Ángeles Soza Ried, Jorge Baraona González, Pedro Zelaya Etxebaray y quien suscribe este texto, abordamos el tratamiento de materias específicas haciendo la comparación entre el Código francés y el Código de Bello, y poniendo al descubierto tanto coincidencias como divergencias. Al profesor Enrique Brahm García le correspondieron las palabras de cierre.

La actividad contó con una nutrida participación de profesores, doctorandos y ayudantes de un amplio espectro de Universidades. Además, gracias a la gentileza del profesor Alejandro Vergara Blanco, Director del Programa de Doctorado de la Pontificia Universidad Católica de Chile, tuvimos la oportunidad de exhibir un ejemplar de la primera edición del Code de 1804.

El entusiasmo de aquella tarde fue muy estimulante y, aunque no estaba previsto originalmente, muchos comenzaron a solicitar que las intervenciones pudieran ponerse por escrito para que el homenaje perdurara y pudiera ser consultado. Poco a poco fueron llegando los trabajos de cada uno de los participantes de la Mesa Redonda, y nos dimos entonces a la tarea de coordinar los textos para elaborar con ellos un nuevo número de nuestra Serie Cuadernos de Extensión Jurídica.

Se presentan así los trabajos del profesor que suscribe, sobre la familia, el de la profesora María de los Ángeles Soza sobre bienes y derechos reales, el del profesor Pedro Zelaya sobre la responsabilidad civil, el del profesor Carlos Pizarro sobre contratos y el del profesor Jorge Baraona, sobre sucesiones. Como pórtico de este análisis disciplinar se publica la conferencia que el profesor Guzmán Brito ofreció en el Congreso organizado en Francia por la Asociación Andrés Bello y cuya síntesis tuvimos oportunidad de escuchar en forma anticipada en nuestro Seminario del 22 de marzo. De esta manera, ese texto queda accesible también para su consulta en una obra nacional. Finalmente, como colofón, hemos querido incluir la traducción al español de un artículo del profesor Sandro Schipani que analiza, a nuestro juicio, de manera muy aguda la relación entre código y juristas en la formación y desarrollo del Derecho.

Aparece así este Cuaderno de Extensión como un reconocimiento a ese auténtico hito histórico de la cultura jurídica que representó la entrada en vigor del Código Civil francés. Es un homenaje hecho al estilo de los juristas, con reflexiones, estudios, comentarios, publicaciones. Napoleón creyó ver la pérdida de su Código al aparecer el primer comentario doctrinal de Maleville: "Mon Code é perdu!", habría exclamado el Gran Corso. Pero en esto sí que se equivocó: sin los juristas y su

paciente trabajo dogmático y creador, el Code no habría podido sobrevivir ni adaptarse a las múltiples variaciones y necesidades de una sociedad en constante cambio. Como bien advertía Portalis, en el Discurso Preliminar de presentación al proyecto del año IX, "si en algún ámbito puede perdonarse la intemperancia de comentar, de discutir y de escribir, es, sobre todo, en la Jurisprudencia".

HERNÁN CORRAL TALCIANI

Santiago, 27 de diciembre de 2004

LA INFLUENCIA DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS EN LAS CODIFICACIONES AMERICANAS*

ALEJANDRO GUZMÁN BRITO
Doctor en Derecho U. de Navarra
Profesor de Derecho Romano
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

I. INTRODUCCIÓN**

Los movimientos político-militares que finalmente condujeron a la Independencia de México y de la América del Centro y del Sur respecto de los Estados europeos de que sus diversas secciones hacían parte, se iniciaron el mismo año de la promulgación del *Code Civil* en Francia, en 1804: de hecho, Haití se desvinculó de este último país en ese mismo año; poco después, en 1808, se instaló una Junta de Gobierno en Montevideo, la primera del mundo iberoamericano; y desde entonces se sucedieron las juntas, desencadenando el proceso completo, que resultó consumado en 1821 en los territorios del antiguo virreinato de Nueva España, o sea, en el inmenso México y Centroamérica; y en 1824, con la batalla de Ayacucho, que aseguró la Independencia de la América del Sur. La corona de España solo

* El presente trabajo fue expuesto en el panel concerniente al "Origen y evolución de la codificación", en el interior del congreso internacional sobre "El futuro de la codificación en Francia y en América Latina", celebrado en París, los días 2 y 3 de abril de 2004, bajo la organización de la "Asociación Andrés Bello de juristas franco-latinoamericanos".

** Abreviaturas más frecuentes: GUZMÁN, A., *Andrés Bello codific.* = GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile* (Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile, 1982), I y II: *Fuentes*; GUZMÁN, A., *Codific. civil en Iberoam.* = GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000).

conservó las islas de Cuba y Puerto Rico, perdidas a fines del siglo. Un caso especial fue el de la Luisiana, que desde su descubrimiento en 1542, estuvo alternativa y sucesivamente bajo dominio español y francés, hasta que en 1803 Napoleón la vendió a los Estados Unidos de Norteamérica, de guisa que en 1812 se constituyó en un Estado de la Unión. Por lo que atañe al Brasil, en 1822 proclamó su independencia del Portugal, sin necesidad de guerra alguna.

Así, entre la promulgación del *Code Civil* y la batalla de Ayacucho transcurrieron solo 20 años, lo que una visión amplia permite considerar a aquél y a la independencia americana como acontecimientos casi contemporáneos.

II. LA PERVIVENCIA DEL ANTIGUO DERECHO

La desvinculación de las distintas secciones de la América española, portuguesa y francesa con respecto a sus metrópolis fue, por cierto, política, y siempre implicó una mudanza del antiguo régimen monárquico-absoluto a uno republicano-liberal, organizado merced a constituciones escritas, con la excepción del Brasil, que conservó la monarquía, bien que bajo formas constitucionales y liberales; y de los intentos breves y reiterados, pero finalmente fallidos de instalar una monarquía en Haití y en México. Con todo, el fenómeno no alcanzó, ni al derecho público no-constitucional, por ejemplo, al derecho que ahora llamamos administrativo, o al derecho penal, ni, sobre todo, al derecho privado, o sea, al que ahora denominamos civil, al comercial, al de minas o al de aguas. En todos esos ámbitos se produjo una continuidad notable entre el derecho anterior a la independencia y el inmediatamente posterior.

Con respecto a las secciones castellano-americanas, esta continuidad se manifestó en la supervivencia del orden de prelación de leyes que había fijado el *Ordenamiento de Alcalá* en 1348, revisada en 1505 por la ley I de Toro (recogida, junto a las 82 restantes, en la *Nueva Recopilación* de 1567 y en la *Novísima Recopilación* de 1805). En 1530, Carlos V, en efecto, había dispuesto la aplicación del derecho de Castilla en las Indias conforme con el orden establecido por la citada ley de Toro¹. A ese orden, se le agregó ahora, en el primer lugar, la

¹ La real cédula de Carlos V fue recogida en Rec. Ind. II, 1, 2, y ahí reza: "Ordenamos y mandamos, que en todos los casos, negocios y pletos en que no estuviere decidido ni declarado lo que se debe proveer por las leyes [de esta Recopilación], o por cédulas, provisiones y ordenanzas dadas y no revocadas para las Indias, y las que por nuestra

vigencia del nuevo derecho patrio, o sea, el originado por los estados independientes mismos.

III. CRÍTICA A LA LEGISLACIÓN SUPERVIVIENTE

Así como en Europa, durante los siglos XVI a XVIII, se desarrolló un vasto movimiento de crítica al *ius commune*, que puede ser considerado como uno de los antecedentes inmediatamente impulsores de la posterior codificación, así también en América se desarrolló un proceso semejante, que asimismo debe ser mirado como un poderoso estimulante de la codificación, cuya dirección apuntaba ahora al derecho que cada nuevo Estado había heredado de su metrópolis². Tales críticas, por regla general, apuntaban a los defectos formales o externos de la vieja legislación, a saber: la multitud de leyes, su heterogeneidad, incoherencia y dispersión; la confusión producida por el exceso de comentarios por parte de los autores; la antigüedad del lenguaje empleado; el desuso de muchas de las partes del derecho heredado; todo lo cual producía dificultades para el conocimiento del derecho, incertidumbre e inseguridad en su aplicación y, en definitiva, una mala administración de la justicia, punto este último en el que las anteriores críticas confluían frecuentemente. Este conjunto de críticas externas solía entremezclarse con un argumento tocante al carácter interno de la vieja legislación, que consistía en acusarla de haber sido generada por un gobierno "despótico y feudal", que ya no existía en América, de modo que dicha legislación, aún vigente, se había puesto en desarmonía con la actual "constitución de la libertad". Tampoco faltaron críticas en contra del derecho patrio gestado por los nuevos

orden se despacharen, se guarden las leyes de nuestro Reino de Castilla, conforme a la de Toro, así en cuanto a la sustancia, resolución y decisión de los casos, negocios y pleitos, como a la forma y orden de substanciar". La expresión "de esta Recopilación", por cierto, fue interpolada en el original al insertarse ésta en la Recopilación de 1680.

² Lit.: TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, *La codificación en la Argentina. 1810-1870. Mentalidad social e ideas jurídicas* (Buenos Aires, Imprenta de la Universidad, 1977), pp. 116 ss., 166 ss.; GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, "Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la república, VIII: Crítica al derecho vigente como presupuesto de la codificación en torno al primer tercio del siglo XIX", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 5 (Valparaíso, 1980), pp. 267 ss.; EL MISMO, *Crítica al derecho patrio y proyectos para su fijación*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 3 (Valparaíso 1979), pp. 67 ss.; EL MISMO, *Andrés Bello codific. I*, pp. 119 ss.; EL MISMO, "Crítica póstuma al derecho indiano", en *Derecho y administración pública en las Indias hispánicas* [actas del XII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Toledo, España, octubre de 1998] (Cuenca, 2002), II, pp. 843-858; EL MISMO, *Codific. civil en Iberoam.*, pp. 189 ss.

Estados, en cuanto, por su carácter inorgánico, contingente y particular, había venido a aumentar la confusión preexistente en la legislación antigua, con el agregado de nuevas leyes que presentaban tales características.

Podemos ilustrar esta crítica con algunos documentos selectos, a modo de ejemplos, que podrían repetirse muchas veces.

Así, Simón Bolívar, en su mensaje de 15 de febrero de 1819, dirigido al Congreso de Angostura, en que habría de fundarse la (Gran) Colombia, decía: "[...] *nuestras leyes son funestas reliquias de todos los despotismos antiguos y modernos; que este edificio monstruoso se derribe, caiga y apartando hasta sus ruínas, elevemos un templo a la justicia; y bajo los auspicios de su santa inspiración, dictemos un código de leyes venezolanas*"³; y continuaba: "*Al pedir la estabilidad de los jueces, la creación de jurados y un nuevo código, he pedido al Congreso la garantía de la libertad civil [...]. He pedido la corrección de los más lamentables abusos que sufre nuestra judicatura, por el origen vicioso de ese piélago de legislación española que, semejante al tiempo, recoge de todas las edades y de todos los hombres, así las obras de la demencia como las del talento, así las producciones sensatas como las extravagantes, así los monumentos del ingenio como los del capricho. Esta enciclopedia judicial, monstruo de diez mil cabezas, que hasta ahora ha sido el azote de los pueblos españoles, es el suplicio más refinado que la cólera del cielo ha permitido descargar sobre este desdichado Imperio*"⁴.

En la nota que el Ministro del Interior de Bolivia en tiempos de Andrés de Santa Cruz, Mariano Enrique Calvo, dirigió a la Corte Suprema para instarla al nombramiento de una comisión de magistrados que iría a encargarse de formar el proyecto de código civil, le dice en apoyo: "*Es de más recordar a V. G. el fárrago que hay de ellas [se refiere a las leyes españolas], la multiplicidad de sus códigos, la pugna de unos con otros, la repetición de unas mismas disposiciones, la antilogía que algunas leyes ofrecen en su propia redacción y hasta lo pesada de ésta y su desusado lenguaje. De estos notorios vicios de nuestra legislación heredada, nacen los infinitos pleitos que arruinan a los ciudadanos, turban la paz de las familias y revuelven permanentemente el foro boliviano. De ellos mismos proceden las injusticias voluntarias o involuntarias de los magistrados [...]. En fin, el mismo origen tiene el crecido número de malos letrados. La vida del hombre tal vez no alcanza para*

³ BOLÍVAR, SIMÓN, "Discurso de Angostura", en *Pensamiento político de la Emancipación (1790-1825)*. (s. l. [Caracas], Biblioteca Ayacucho, s. d.), II, p. 123; también transcrito por PARRA ARANGUREN, GONZALO, *Nuevos antecedentes*, p. XVI.

⁴ BOLÍVAR, SIMÓN, *Discurso*, cit. (n. 3), p. 125.

poseer como corresponde la ciencia de la legislación, mientras sean tantos, tan antiguos y tan encontrados sus códigos. Los que no se consagran exclusivamente a su estudio, no pueden saber ni sus derechos, ni sus obligaciones en el giro de sus negocios"⁵.

La Cámara de Diputados de Chile, al contestar al *Mensaje* anual del Presidente de la República, leído con ocasión de inaugurarse el período ordinario de sesiones del Congreso Nacional de 1831, le decía: "*Mientras la legislación sea un caos insondable e inmenso, no puede mejorar la administración de justicia: treinta y seis mil leyes compiladas y millones de dispersas, sin principio, sin unidad ni relación a las luces, a las costumbres y naturaleza de nuestro Gobierno, no pueden aprenderse ni, sabidas, hacerse decisiones que satisfagan: por ello es preciso comenzar por la redacción de los códigos, reduciéndolos tales cuales se hallan a lo vigente; separar lo derogado e inconducente y, suprimiendo los largos prólogos, reducirlos a sus disposiciones genuinas y claras [...]*"⁶. Aquí, las propias sugerencias de la Cámara de Diputados son indicativas, por contraste, de una crítica, amén de la directamente formulada.

El licenciado guatemalteco Agustín Gutiérrez Lizaurzábal escribía en 1834, con referencia a Costa Rica: "*La falta de códigos que reglamenten los deberes y derechos del hombre nos obliga a regirnos por leyes mendigadas a otras naciones, las que, por su antigüedad, por el espíritu del Gobierno que las formó y por su confusión, de ningún modo son adaptables. A fuerza de glosarlas e interpretarlas un sinnúmero de juristas, las han desfigurado de tal modo, que dejan sobrado campo para oprimir al ignorante y favorecer al culpado. Las diferentes opiniones de estos glosadores pueden formar, en un solo caso, leyes opuestas, como lo son sus doctrinas*"⁷.

IV. EL IDEAL DE LA INDEPENDENCIA JURÍDICA

Muchos consideraron que la independencia política alcanzada por los nuevos Estados no quedaría perfeccionada, mientras no se cortara también el último lazo que aún los ataba a las viejas metrópolis, consis-

⁵ En SANTA CRUZ SCHUHKRAFT, ANDRÉS, "Génesis de la primera codificación republicana hispanoamericana. Códigos Santa Cruz para Bolivia, Nor y Sur Perú", en VV. AA., *La vida y la obra del Mariscal Andrés Santa Cruz* (La Paz, 1976), III, pp. 26-27.

⁶ En GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, *Andrés Bello codific. II: Fuentes*, Doc. N° 22 anexo 87, p. 53.

⁷ GUTIÉRREZ LIZAUZÁBAL, AGUSTÍN, "Revista política de Costa Rica en el año 1834", en *Noticioso Universal* (Alajuela, 16 de agosto de 1834), transcrito por GUTIÉRREZ, CARLOS JOSÉ, "Santa Cruz y Carrillo. Opinión sobre una vieja polémica", en *Revista de Ciencias Políticas* 69 (1991), p. 44.

tente en la legislación heredada de éstas, no bien estar montada sobre ideas que ya no eran más aceptables en el nuevo orden de cosas⁸.

Así, por ejemplo, en Chile, el Vicepresidente de la República, Fernando Errázuriz, al proponer en 1831 al Congreso Nacional un proyecto destinado a impulsar la codificación, lo apoyaba en consideraciones de esta índole, en que claramente vemos presentarse la idea de la independencia: *"Probablemente no se hará verosímil en la posteridad, que habiendo pasado de un régimen monárquico, despótico y semifeudal a constituirnos en República representativa, con división de poderes y casi democrática, hayamos conservado por 21 años no solamente las leyes que rigen en Castilla, sino también las coloniales⁹, dirigiendo nuestras administraciones políticas, fiscales y civiles por unos códigos que concentran en el Monarca toda la omnipotencia humana, y que su gobierno y principales magistraturas existían a tres mil leguas de nuestro suelo"*¹⁰. El Ministro del Interior de Bolivia, Mariano Enrique Calvo, colaborador de Santa Cruz en el impulso a la codificación de ese país, al encargarse el trabajo a la Corte Suprema, le decía: *"Cinco años cuenta Bolivia de existencia política, figurando como Estado soberano e independiente entre los demás de la América del Sud; pero aún no tiene, ni se ha pensado en darle un código propio que arregle su administración de justicia en lo civil: colonia de España antes de su emancipación venturosa, aun se puede decir que lo es en el ramo judicial, pues que la rigen en sus leyes"*¹¹. En 1834, el político guatemalteco José Mariano Rodríguez, afirmaba: *"La reforma de nuestros códigos es ya casi una voz general y en todos los ángulos del Estado se repite que las leyes de una metrópoli opresora, sin relaciones con las circunstancias de nuestro país, dadas por distintos legisladores y tomadas de naciones diferentes, no son ya las más acomodadas para los guatemaltecos, que giran bajo otro sistema de libertad, con el cual no pueden conciliarse las diversas combinaciones de la esclavitud y de un régimen absoluto"*¹².

V. EL MODELO DEL "CODE CIVIL"

La idea de reemplazar la criticada legislación antigua conducía muy naturalmente a la de reemplazarla, en realidad, por nuevos códigos.

⁸ Sobre esto: Guzmán, A., *Codific. civil en Iberoam.*, pp. 237 ss.

⁹ Se refiere a la Recopilación de Leyes de las Indias de 1680.

¹⁰ En Guzmán Brito, Alejandro, *Andrés Bello codific.* II: *Fuentes*, doc. N° 177, p. 44.

¹¹ Santa-Cruz Schukraft, Andrés, *Génesis*, cit. (n. 5), p. 26.

¹² Transcrito en Montúfar, Lorenzo, *Reseña histórica de Centro América* (Guatemala, El Progreso, 1878), II, p. 334.

No parecía haber otra opción que no fuera la de sustituir ley por ley, que resultaba irreal. Los nuevos Estados americanos habían llegado al mundo político en una época en que la última palabra en materia de legislación estaba representada por la idea de código, y no era sino en ella en la que podían poner sus ojos cuando sus dirigentes concibieron el designio de reemplazar la vieja legislación.

Ahora bien, supuesto lo anterior, había dos opciones destinadas a consumir la empresa de codificar: bien componer uno o varios códigos originales, confeccionados en el país de que se tratase, quizá con base en la propia tradición jurídica; bien imitar un código existente, europeo por cierto.

1. La primera opción no quedó descartada. Así, ejemplo, en Chile, en 1831, el diputado Gabriel J. Tocornal propuso a la Cámara a que pertenecía una revisión del código medieval de las *Siete Partidas* —que, por cierto, era derecho vigente en Chile, como en toda la América no anglosajona—, el cual proyecto estribaba en reservar la parte dispositiva de sus leyes, eliminar los preámbulos, las citas de autores, santos padres, escritores de la antigüedad y de la Biblia que suelen aparecer en las *Partidas*, y resolver las dudas que los intérpretes habían planteado y solucionado de diversa manera. Expresamente Tocornal deseaba acudir a las legislaciones extranjeras y usar como modelos a otros códigos¹³.

En Bolivia se elevaron voces en el mismo sentido. En los mismos días en que ahí comenzaba el proceso que habría de concluir con el código de 1830, el diario *El Iris de La Paz*, comentando la iniciativa, recelaba de ella y declaraba: “es por esto que en nuestro humilde sentir, la preciosa y útil obra intitulada ‘Manual del abogado americano’ podría preferirse para hacer las reformas sobre ese cabal y pequeño compendio de legislación general. Reduciéndose a libros, títulos y leyes las materias que comprenden; incluyendo de las *Partidas* y recopiladas de Castilla e Indias todo lo que fuese conducente y necesario; según estos o semejantes principios se habría redactado con un tanto de trabajo y constancia un Código Civil completo [...]”¹⁴.

También en México, el jurista Juan Rodríguez de San Miguel no dejó de pensar en algo semejante. En 1839 editó unas *Pandectas hispano-mexicanas, o sea, código general comprensivo de las leyes generales, útiles y vivas de las Siete Partidas, Recopilación Novísima, la de Indias*,

¹³ La documentación en GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, *Andrés Bello codific. II: Fuentes*, Doc. N° 53 anexo 649, p. 87 s. y N° 54, p. 91 ss.

¹⁴ En SANTA CRUZ SCHUHKRAFT, ANDRÉS, *Génesis*, cit. (n. 5), pp. 17-18.

*autos y providencias conocidas por de Montemayor y Beleña, y cédulas posteriores hasta el año 1820*¹⁵, que era una compilación de normas extraídas de la antigua legislación y de fragmentos de escritos de doctrina jurídica, sistemáticamente ordenados. En el discurso preliminar a esa obra, después de criticar el estado de la legislación, afirma: *“En tal estado, mientras se provee a la nación de códigos propios, o porque se dispongan del todo nuevos, o porque se redacte lo útil de los antiguos, añadiendo lo que falta para su complemento y perfección, quede a la justificación de los sabios calificar si es de notoria y suma utilidad redactar en un solo cuerpo la parte útil de la legislación anterior a la independencia y presentar ésta a manera de código general, reunida y purificada de lo totalmente inútil, de lo repetido y de lo expresamente derogado”*¹⁶. Rodríguez, pues, preveía la codificación oficial (*“mientras se provee a la nación de códigos propios”*), la cual podría consistir en códigos *“del todo nuevos”*; o bien en cuerpos con que *“se redacte lo útil de los antiguos, añadiendo lo que falta para su complemento y perfección”*, apuntando, así, a una fijación del derecho tradicional.

Sin embargo, la mejor demostración de la validez y viabilidad de esta opción fueron, por un lado, la temprana codificación del derecho sucesorio castellano-indiano en los 23 capítulos que componen el título 1º del libro III del *Código Civil boliviano* o *Santa Cruz* de 1830; y la generalizada recepción del antiguo derecho en el *Código Civil del Perú* de 1852. Por lo demás, esta fue la opción que a partir de este último código empezó a imponerse en América. Hasta entonces, sin embargo, y salvo lo dicho para el Código boliviano, la opción fue otra, y consistió en poner los ojos en un cuerpo legal extranjero. Hubo razones para ello, pero tales razones germinaron en un clima determinado por la urgencia por codificar, bien colectiva, bien singular de un gobernante iluminado u obsesionado por dar un código modernizador a su pueblo.

2. La idea de código acababa de ser corporizada en Francia, que desde 1804 contaba con un cuerpo de legislación que había cumplido la misma función que se reclamaba en América, vale decir, la de sustituir de un solo golpe un inmenso y complejo volumen de legislación anterior juzgado inadecuado a un orden nuevo de cosas. Resultaba, así, natural, que los dirigentes de los nuevos Estados aplicaran la abstracta idea de emitir una nueva y completa legislación diseñada

¹⁵ Hay edición facsimilar de la edición de 1852 (México, UNAM., 1980), 3 volúmenes, con una *Introducción* de María del R. González.

¹⁶ *Ibíd.*, p. XII.

como código bajo la forma de una adopción o, al menos, de imitación del *Code Civil*.

Cierto es que también se contaba con los códigos de Prusia, de 1794 y de Austria de 1811. Pero el inmenso volumen del primero, que alcanza a cerca de 20.000 párrafos; su carácter heterogéneo, pues, como es sabido, cubre no solo el derecho privado, más también el público; la cantidad de disposiciones inconciliables con el nuevo orden político-social, como todo lo relativo a la organización estamental, que aun conserva ese código; el orden de sus materias, tan diferentes al tradicional sistema de las *Institutiones* de Justiniano —en síntesis: personas, propiedad y derechos reales, herencia, y obligaciones y contratos—, al que los juristas americanos estaban acostumbrados; y la lengua alemana de su redacción —poco o nada practicada en América—, seguramente explican que nadie pensara en recurrir a él. Este último rasgo, su estilo algo abstracto, y también la inserción de las materias del sistema institucional en un orden diferente al de las *Institutiones*, asimismo explican que nadie hubiera vuelto su mirada al código austriaco. En contraste, el *Code Civil* no solo estaba redactado en una lengua cercana al castellano, que muchos americanos, además, sabían y hasta dominaban, sino que obedecía a un orden de materias muy próximo al orden institucional, adhería notablemente al derecho romano en la forma en que éste era conocido y estudiado en América, estaba libre de las abstracciones y conceptualismo que plagaban los dos códigos germánicos antes mencionados, y en cuanto a envergadura, ofrecía un volumen ostensiblemente más manejable que el inmenso código prusiano, y más desarrollado que el algo sintético código austriaco —de solo 1.502 párrafos frente a los 2.281 artículos del francés—. En fin, en un ambiente de ideas liberales en el orden socio-económico —no siempre en el político—, el *Code Civil* se presentaba como el decantado más puro de tales ideas en lo jurídico.

Por lo demás, estaban el prestigio universal que ese código ya había adquirido en Europa, y la figura de Napoleón y su obra, que no habían dejado de fascinar a muchos libertadores y caudillos americanos¹⁷; de guisa que a la hora de tener ellos que sustituir su actividad militar por la política, cuando asumieron el gobierno de los territorios a cuya independencia habían contribuido y, por ende, la función legislativa en

¹⁷ Sobre la influencia de la figura de Napoleón en los caudillos americanos: STOLTZER, CARLOS, *El pensamiento político en la América española durante el período de la Emancipación. 1789-1825* (Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1966), Vol. II, pp. 69 ss. La primera traducción del *Code Civil* al castellano fue, al parecer, la editada en Madrid, en 1809, con el título de *Código Napoleón* (un ejemplar en la Biblioteca Nacional de Chile); pero tal vez circuló poco en América, debido a las guerras de la Independencia.

ellos, en no pocos casos pensaron en incorporar los códigos napoleónicos en los nuevos estados soberanos que ahora dirigen.

De esta suerte, todo condujo a que el célebre código francés ocupara el lugar de un modelo en las concepciones sobre nueva legislación para los diversos Estados americanos sustentadas por sus dirigentes.

3. Pero todavía había algunas opciones que decidir. La sustitución, ¿habría de hacerse bajo la forma de una adopción completa del código francés, quizá con alguna modificación adaptadora; o bien aquél habría de servir únicamente de modelo que seguir y hasta imitar, mas no que calcar?

En los momentos iniciales de la codificación americana, fue la primera opción la que predominó.

Así, en 1822, el entonces Director Supremo de Chile, Bernardo O'Higgins, su Libertador, decía en un discurso: "*Sabéis cuán necesaria es la reformatión de las leyes. Ojalá se adoptaren los cinco códigos célebres, tan dignos de la sabiduría de estos últimos tiempos y que ponen en claro la barbarie de los anteriores*"¹⁸. El gobernante chileno, pues, sugería simplemente adoptar todos los códigos napoleónicos. También Simón Bolívar pensó en algo similar, según testimonio de su secretario, José D. Espinal, dado en carta que dirigió el 31 de julio de 1829 al Ministro del Interior de la (Gran) Colombia, en la que le decía: "*El Libertador Presidente está altamente penetrado de la sabiduría con que fue redactado el Código de Napoleón. Cree que pudiera plantearse en [Gran] Colombia con algunas modificaciones relativas a las circunstancias y a la moral del país*"¹⁹. En la Argentina, el Gobernador Federal de Buenos Aires, Manuel Dorrego, se mostró asimismo entusiasmado con la idea de adoptar el código francés "*en su mayor parte*"²⁰ como se le propuso en 1828, bien que el proponente haya sido un ex juez francés radicado en la ciudad. En el Ecuador, entre 1830 y 1833, el Congreso ordenó desarrollar una idea semejante²¹. Y algo similar hizo la Legislatura de Guatemala en 1836²².

¹⁸ En GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, *Andrés Bello codific. II: Fuentes*, Doc. N° 3 (p. 14).

¹⁹ En PARRA ARANGUREN, GONZALO, *Nuevos antecedentes sobre la codificación civil venezolana (1810-1862)*, editada como "Introducción" a *La codificación de Páez, I: Código Civil de 1862* (Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, 15, Fuentes para la historia republicana de Venezuela, Caracas, 1974), p. XXI.

²⁰ TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, *La codificación en la Argentina*, cit. (n 2), p. 127.

²¹ CÓRDOVA, ANDRÉS, *Derecho civil ecuatoriano* (Quito, 1956), I: *Parte general e historia de nuestro derecho civil*, p. 89.

²² RODRÍGUEZ, MARIO, "The Livingston Codes in the Guatemalan Crisis of 1837-1838", en VV. AA., *Applied Enlightenment. 19th Century Liberalism* (1955, 2ª ed., New Orleans, Tulane University, 1972), p. 13

Pero estas fueron solo declaraciones. Más importantes, por cierto, resultaron las obras legislativas efectivamente ejecutadas bajo la influencia rigurosa del *Code Civil*. Todavía, empero, ello acaeció bajo la forma predominante de la adopción.

VI. EL "DIGESTE DE LA LOI CIVILE" O CÓDIGO CIVIL DE LA LUISIANA²³

La Luisiana fue el primer territorio americano en sustituir su legislación heredada de la metrópolis. Muy tempranamente, en 1808, se promulgó ahí un cuerpo legal con el nombre de *Digeste de la loi civile*, nombre un tanto arcaico éste que escondía a un código civil al estilo moderno. Ahora bien, la Luisiana no era un Estado soberano, pues desde 1803 hacía parte de los Estados Unidos de Norteamérica, incluso no todavía bajo el régimen de Estado federado: en el año siguiente había sido dividido en un Distrito de Luisiana y un Territorio de Orleans; solo en 1812 fue convertida en el Estado de la Luisiana. Pero desde el comienzo contó con un Consejo Legislativo, con competencia para emitir normas del género, y con un Gobernador.

En 1806, el Consejo Legislativo y la Cámara de Representantes del Territorio de Orleans designaron a James Brown y Louis Moreau-Lislet para compilar y preparar lo que entonces se designó como un "código civil"; y ordenaron que los comisionados debían "hacer que el código tenga como cimiento al derecho civil por el cual es gobernado actualmente el territorio"²⁴. Ese derecho era el castellano-indiano, porque en 1762 la Luisiana había sido cedida por Francia a España, dejando de regir la *coûtume* de París y las ordenanzas reales de los reyes de Francia, que habían sido puestas en vigencia en 1712 por la Corona francesa, a la que desde 1699 pertenecía ese territorio. Pese a que España lo cedió, a su vez, a Francia en 1800, la cesión no se ejecutó sino el 30 de noviembre de 1803, y el 20 de diciembre de ese mismo año, Napoleón la entregó a los Estados Unidos, en los pocos días que Francia volvió a gobernar la Luisiana no alcanzó a acabar con la vigencia del derecho castellano-indiano y a reponer el derecho francés. Así que cuando los cuerpos legislativos luisianos mandaron componer un cuerpo legal fundado en el derecho civil "por el cual es gobernado actualmente el territorio", eso significaba el derecho civil castellano-indiano, y no el francés.

²³ Véase GUZMÁN, A., *Codific. civil en Iberoam.*, pp. 132 ss. y la literatura citada más abajo.

²⁴ HOOD, JOHN JR., "The History and Development of the Louisiana Civil Code", en *Tulane Law Review* 33 (Dic. 1958) 1, p. 12.

Los dos codificadores designados, sin embargo, no cumplieron con esa parte de su cometido. El *Digeste de la loi civile* de 1808 es un código que refleja intensamente, tanto el *Projet de Code Civil* del año VIII (1800), redactado por Portalis, Maleville, Tronchet y Bigot-Prémeneau, cuanto el *Code Civil* mismo, en un 70% de sus 3.522 artículos, y desde luego en el sistema u orden de materias adoptado. El resto reconoce como fuentes a Domat, Pothier, las *Siete Partidas*, la *Nueva Recopilación*, el *Febrero adicionado* de Eugenio Tapia y hasta la *Curia Philípica* de Hevia Bolaños²⁵. Puede entonces decirse que el *Digeste* es un código napoleónico, o napoleónida, como ha llamado un autor a los cuerpos legales acentuadamente imitadores del *Code Civil*, con la sorprendente particularidad de que, en este caso, no siempre se trató de usar el código sino también su proyecto.

¿Qué explicación hay para este hecho? La explicación, a mi juicio, es sencilla: la urgencia de los luisianos por tener rápidamente un nuevo cuerpo.

A poco de ingresado el territorio de Orleáns en la Unión, se promovió el problema de decidir por cuál sistema jurídico habría de regirse él en el futuro. Mientras las autoridades, encabezadas por el primer Gobernador, William Claiborne, querían introducir la *common law*, los notables del territorio pedían conservarse bajo el imperio del "derecho civil" (*civil law* o *droit civil*), esto es, de las leyes castellanas, a las cuales estaban habituados desde 1769. Temían, en efecto, su sujeción a un derecho de jueces, que era y es la peculiaridad de la *common law*.

²⁵ BATIZA, RODOLFO, "The Louisiana Civil Code of 1808: Its Actual Sources and Presens Relevance", en *Tulane Law Review* 46 (Sept. 1971) 1, pp. 11 s. Las conclusiones de Batiza fueron impugnadas por PASCAL, ROBERT, "Sources of the Digest of 1808: A Reply to Professor Batiza", en *Tulane Law Review* 46 (Abr. 1972) 4, pp. 603 ss., trabajo este respondido por BATIZA, RODOLFO, "Sources of the Civil Code of 1808, Facts and Speculation: A Rejoinder", en *Tulane Law Review* 46 (Abr. 1972) 4, pp. 628 ss. Batiza fue secundado por SWEENEY, JOSEPH, "Tournament of Scholars over the Sources of the Civil Code of 1808", en *Tulane Law Review* 46 (Abr. 1972) 4, pp. 585 ss. Vid. también el trabajo posterior de BATIZA, RODOLFO, "Roman Law in the French and Louisiana Civil Codes: A Comparative Textual Survey", en *Tulane Law Review* 69 (Jun. 1995) 6, pp. 1601 ss. Sobre la influencia francesa, además: BAUDOUIN, LOUIS, "The Influence of the Code Napoleon", en *Tulane Law Review* 33 (Dic. 1958) 1, pp. 21 ss.; TUCKER, THOMAS, "Sources of Louisiana Law of Persons: Blackstone, Domat and the French Codes", en *Tulane Law Review* 44 (Feb. 1970) 2, pp. 264 ss. Sobre la presencia del derecho español, asimismo: DART, "The Influence of the Ancient Laws of Spain on the Jurisprudence of Louisiana", en *Tulane Law Review* 6 (1931), pp. 83 ss.; BATIZA, RODOLFO, "The Influence of Spanish Law in Louisiana", en *Tulane Law Review* 33 (Dic. 1958) 1, pp. 29 ss.; CASTÁN VÁZQUEZ, JOSÉ MARÍA, *La influencia de la literatura jurídica española en las codificaciones americanas* (Madrid, R. Acad. de Jurisp. y Legisl., 1984), pp. 143-151. Sobre la del romano: SNYDER, DAVID, "Ancient Law and modern Eyes", en *Tulane Law Review* 69 (Jun. 1995) 6, pp. 1631 ss., BATIZA, RODOLFO, "Justinian's Institute and the Louisiana Civil Code of 1808", en *Tulane Law Review* 69 (Jun. 1995) 6, pp. 1639 ss.

En 1806, la Asamblea del Territorio de Orleans aprobó una ley que confirmaba la vigencia de los cuerpos legales castellanos; pero el gobernador la vetó. La mayoría de la Asamblea emitió entonces un manifiesto, en el que declaraba: "...en pocas palabras, podemos decir que la sabiduría del derecho civil es reconocida en toda Europa; y esa ley es la que 19 de cada 20 personas conoce en Luisiana y a la que está acostumbrada desde la niñez [...]; hay una secreta intención de arrojarnos, a pesar nuestro, en el horrible caos de la *common law*"²⁶. Poco después, como vimos, en ese mismo año, el Consejo Legislativo y la Cámara de Representantes del Territorio de Orleans acordaron encargar un código civil a James Brown y Louis Moreau-Lislet, quienes en menos de dos años cumplieron su cometido.

De esta guisa, el temor a caer en la órbita de la *common law* movió a los legisladores luisianos a decirse por codificar; y la presión por tener pronto un nuevo código incitó, a su vez, a los dos codificadores designados a basarse en el mejor modelo disponible, que era el de la codificación de Francia, país con el cual, por lo demás, la Luisiana tenía vínculos histórico-culturales estrechos. Es evidente que de haberse atendido ellos al mandato de los cuerpos legislativos, de componer un código fundado en el derecho vernáculo, o sea, en el castellano, hubieran tardado muchos años en concluir su obra; lo cual resultaba inadmisibles en las peligrosas circunstancias para su cultura jurídica en que se encontraba la Luisiana.

VII. EL "CODE CIVIL" DE LA REPÚBLICA DE HAÍTI²⁷

El 1 de enero de 1804, Haití proclamó su independencia. Por entonces, Haití comprendía a toda la isla de Santo Domingo, vale decir, a su parte oriental (la futura República Dominicana) de habla castellana, que hasta 1795 perteneció a la Corona de España y desde

²⁶ Cit. por HOOD, *History*, cit. (n. 24), p. 11 s.

²⁷ Lit.: Leger, M. A. N., "De l'influence du Code Napoléon à Haïti et des différences de législation civile entre France et Haïti", en VV. AA., *Le droit civil Français. Livre souvenir des Journées du droit civil Français* (Paris, 1936), pp. 755 ss.; Mejía Recart, Gustavo Adolfo, *Historia general del derecho e historia del derecho dominicano* (Santiago R. D., El Diario, 1943), pp. 150 ss.; Castellanos Pizano, Víctor, "La influencia del derecho francés sobre el derecho dominicano", en VV. AA., *Trabajos conmemorativos del primer centenario de la adopción de los códigos franceses como leyes nacionales* (Santo Domingo, ONAP, 1985), pp. 142-145; Vega, Wenceslao, *Historia del derecho dominicano* (Santo Domingo, 1986), pp. 135-138; Tavares, Froilan (p.) - Tavares, Froilán (h.), *Historia del derecho y de las ideas sociopolíticas* (Santo Domingo, 1996), pp. 237-240.

entonces a la República Francesa; y a su parte occidental, de habla francesa, que siempre perteneció a Francia. En ese año, pues, toda la isla se independizó de Francia, para constituir un Estado soberano dominado por la población negra de habla francesa. Por la fecha en que ello acaeció, el *Code Civil* —promulgado como un todo el 21 de marzo de 1804— no alcanzó a regir en la isla. Pero en 1816, el Presidente Alexandre Pétion, que gobernaba la parte sur de la isla, en tanto la parte norte constituía una monarquía gobernada por el Rey Christophe, merced a una circular de 22 de marzo del citado año, dirigida a los Comisarios del Gobierno ante los tribunales, dispuso que: "...en todos los casos dudosos de jurisprudencia no previstos por las leyes en vigor en la República, y hasta que un código civil haya sido especialmente redactado para el país, el Código Napoleón será consultado para servir de base a las decisiones judiciales"²⁸. Mediante un decreto de 23 de septiembre de 1822, el Presidente Jean Pierre Boyer, sucesor de Pétion, dio fuerza legal a esta circular²⁹. Así, el código francés empezó por tener una vigencia subsidiaria en la parte sur de Haití. Sin embargo, la circular de Pétion ya preveía la emisión de códigos propios, lo que la nueva Constitución, la de 1816 (vigente en el sur y desde 1822 en todo el país), inspirada también en este punto por la francesa de 1791, ordenó directamente en su artículo 37: "Se redactarán Códigos civiles, Penales, de Procedimiento y de comercio comunes a toda la República"³⁰.

Este mandato constitucional empezó a ser cumplido a través de un decreto del Presidente Jean Pierre Boyer, de 6 de octubre de 1818, por el cual se designó una comisión encargada de redactar los códigos haitianos. Ella cumplió con su misión entre 1820 y 1821. El proyecto de código civil fue aprobado por partes por el Cuerpo Legislativo, según el mismo procedimiento que se había seguido en Francia para aprobar el *Code Civil*: desde 1822, el Cuerpo Legislativo despachó leyes singulares que sucesivamente iban configurando el código. A principios de 1825,

²⁸ En MEJÍA RECARTE, GUSTAVO ADOLFO, *Historia general del derecho*, cit. (n. 27), p. 150. El 31 de agosto de 1817, una circular del Presidente del Tribunal Superior, Soubarin, dirigida a los miembros del Tribunal de Apelaciones de Puerto Príncipe, interpretando que la carta de Pétion se refería a las leyes haitianas, cuando hablaba de las "las leyes en vigor en la República", para excluir la aplicación subsidiaria de las leyes antiguas (anteriores a las Independencia), opinaba que la aplicación del código francés implicaba, en realidad, desplazar siempre a las dichas leyes antiguas: texto en: MEJÍA RECARTE, GUSTAVO ADOLFO, *Historia general del derecho*, cit. ibi, p. 150, GUZMÁN, A., *Codific. civil en Iberoam.*, pp. 289 ss.

²⁹ *Ibid.*, p. 150.

³⁰ En MARIÑAS OTERO, LUIS, *Las Constituciones de Haití* (Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1968), p. 165.

dio su aprobación final al nuevo cuerpo legal ya completo, que entonces fue promulgado cual unidad, como *Code Civil de la République d'Haïti*, para entrar en vigencia el 1 de mayo de 1826.

El código haitiano de 1825 es una completa copia del *Code Civil* de 1804, con algunas supresiones y modificaciones. Pero cabe destacar que su sistema externo varió sin embargo, pues los legisladores haitianos, al imitar inicialmente el procedimiento francés de aprobación del código por títulos, no consumaron la imitación de modo de incorporar los 36 títulos ya aprobadas en una nueva sistemática de 3 libros, sino que conservaron la estructura lineal derivada de semejante forma de aprobación, de guisa que el código se dividió en 36 leyes (correspondientes a los 35 títulos franceses más el preliminar), con un total de 2.047 artículos (frente a los 2.281 del modelo). Fuera de esto, el código haitiano siguió fielmente el orden del código francés.

De esta suerte, el segundo territorio americano en darse un código civil siguió el mismo camino que el primero, o sea, la Luisiana, a saber: imitar la codificación francesa, incluso de manera más intensa que aquélla, y con la otra diferencia de que lo imitado ahora fue el código y no ya su proyecto.

Ahora bien, ¿a qué obedeció el hecho de dar un código a Haití, y que el código dado fuera una reproducción casi exacta del francés? Esta vez no encontramos la urgencia externa, pero sí el vehemente anhelo de un gobernante, como Boyer, que no obstante su despotismo, no dejó de manifestar atisbos de ilustración e impulsor de obras de progreso para la nación que regía, una de las cuales fue precisamente esta tan temprana como innecesaria codificación.

VIII. EL "CÓDIGO CIVIL PARA EL GOBIERNO DEL ESTADO LIBRE DE OAXACA" (MÉXICO)³¹

En 1823, esto es, ya consumada la independencia de México desde 1821, el territorio de Oaxaca se proclamó como un "Estado libre y soberano", aun reconociendo su pertenencia a unos todavía inexistentes "Estados Mexicanos Federados", que solo fueron establecidos en 1824. La declaración era una manera de afirmar la soberanía y asegurar el federalismo. Ahora bien, entre 1827 y 1829, dicho Estado de la por entonces ya creada federación mexicana, se dio un *Código Civil*

³¹ ORTIZ-URQUIDI, RAÚL, *Oaxaca, cuna de la codificación iberoamericana* (México, Porrúa, 1974).

para el Gobierno del Estado Libre de Oaxaca³² aprobado por libros separadamente en el Congreso Constitucional del Estado y promulgado por el Gobernador, así: el 2 de noviembre de 1827 un *Título preliminar* y el libro I: *De las personas*; el 4 de septiembre de 1828 el libro II: *De los bienes y de las diferentes modificaciones de la propiedad*; y el 14 de enero de 1829 el libro III: *De los diferentes modos de adquirir la propiedad* (incompleto)³³. Este código dejó de estar vigente en Oaxaca en 1837³⁴, seguramente como consecuencia de la abolición del federalismo en 1835.

El código de Oaxaca es un ejemplo más de adopción del *Code Civil*³⁵. Sus autores no otra cosa hicieron que traducir, muy fiel y literalmente, el texto francés, cuyo sistema y distribución, por lo demás, conservaron exactamente, aun cuando eliminaron muchas de las numerosas subdivisiones internas rubricadas que ofrece el original, fundiendo entre sí las respectivas materias que aparecían separadas en dicho original. Sólo se observan algunas modificaciones. Entre las principales, en el *Título preliminar*, un desarrollo del tema de la publicación de las leyes y demás normas; en el libro I, la omisión del tema de la nacionalidad y una presentación resumida de la materia de las inscripciones y actas del estado civil, adaptadas a su administración por los párrocos. También el régimen del matrimonio aparece modificado, para ajustarlo al canónico. En el libro II no se aprecian modificaciones importantes, más que unas cuantas en tema de sucesión intestada. En el libro III, los codificadores eliminaron todo lo relativo al régimen patrimonial del matrimonio. Por lo demás, este libro quedó inconcluso: sólo llega hasta el título del contrato de sociedad (compañía), de modo que omite la reglamentación de las siguientes materias: comodato, mutuo, depósito, mandato, fianza, transacción, prenda, privilegios, hipotecas y prescripción.

¿Hay alguna explicación particular de esta precoz codificación oaxaqueña? A mi juicio, ella está en el acendrado federalismo, y en consecuencia, antiunitarismo, del territorio de Oaxaca. La promulgación de un código propio, en efecto, rechazaba por sí misma la idea de algún día regirse por un código unitario de todo el país, y se

³² Cuya autoría y circunstancias de confección se ignoran: ORTIZ-URQUIDI, RAÚL, *Oaxaca*, cit. (n. 31), p. 23.

³³ Una edición moderna *ibíd.*, como *Apéndice*, pp. 117 ss.

³⁴ Así lo dice el Gobernador de Oaxaca, Benito Juárez, en su *Exposición* de gobierno dirigida al Congreso del Estado el 2 de julio de 1848: "*En la primera época del sistema federal, el Congreso del Estado trabajó y sancionó esta parte de la legislación [se refiere al derecho civil] que estuvo rigiendo entre nosotros hasta el año 1837 [...]*", con lo cual alude sin duda al código [transcrito por ORTIZ-URQUIDI, RAÚL, *Oaxaca*, cit. (n. 31), p. 40].

presentaba como una explícita manifestación de soberanía en el interior del sistema federal, contra el cual había votos poderosos en el resto de los territorios mexicanos. En este sentido, Oaxaca necesitaba de un código. Ahora bien, no se satisfacía una necesidad, más política que técnica, con un proceso de codificación del derecho vernáculo, que por la fuerza de las cosas es dilatado y difícil. De esta guisa, es nuevamente la urgencia por tener un código, la que explica la imitación oaxaqueña del código francés.

IX. EL "CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA" LLAMADO "SANTA CRUZ"³⁶

A mediados de 1829, el Gobierno del Mariscal Andrés de Santa Cruz emitió un decreto por el cual anunciaba la interposición de sus esfuerzos dirigidos a introducir reformas en las leyes; y en seguimiento de ello, poco después, en el mismo año, encargó a la Corte Suprema designar una comisión de jueces para presentar *"en el menor tiempo posible un Código completo de administración para en lo civil, tomando de los Códigos vigentes todo lo que sea justo, concordable y adaptable a nuestra actual liberación"*³⁷. La comisión de magistrados designados

³⁵ Inaceptable ORTIZ-URQUIDI, RAÚL, *Oaxaca*, cit. (n. 31), p. 20, según el cual el código oaxaqueño "no es una copia servil y fácil, rastrera y cómoda del modelo inspirador". Este autor da como argumento la diferencia en el número de artículos entre ambos códigos: 2.281 el francés y 1.415 el de Oaxaca; pero no tiene en cuenta que ello se debe a que este último omitió muchas materias tratadas en el primero, como se dirá enseguida. El coetejo textual, en cambio, muestra lo contrario de lo afirmado por Ortiz Urquidi.

³⁶ Lit.: DURÁN, MANUEL, "Bolivie", en *Travaux de la Semaine Internationale de Droit. L'influence du Code Civil dans le monde* (Paris, Pedone, 1954), pp. 767 ss.; TERRAZAS TORRES, CARLOS, "Historia del Código Civil boliviano", como "Estudio preliminar" a la edición del *Código Civil de Bolivia* (Madrid, Instituto de Cultura Hispánica, 1959), pp. 9 ss.; ORTIZ MATOS, PASTOR, "Informe sobre el Código Civil Boliviano", en *Revista de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales* 8 (Oruro, 1966) 1, pp. 18 ss.; SANTA CRUZ SCHUHKRAFT, ANDRÉS, "Génesis de la primera codificación republicana hispanoamericana. Códigos Santa Cruz para Bolivia, Nor y Sur Perú", en VV. AA., *La vida y la obra del Mariscal Andrés Santa Cruz* (La Paz, 1976), III, pp. 15 ss.; ABECIA BALDIVIESO, VALENTÍN, "La obra legislativa del Mariscal Santa Cruz", *ibid.*, pp. 77 ss. = VV. AA., *Libro homenaje a la Corte Suprema de Justicia de Bolivia* (Sucre, 1977), II, pp. 15 ss., ahora también en BRAVO LIRA, BERNARDINO-CONCHA, SERGIO (editores), *Codificación y decodificación en Hispanoamérica. La suerte de los derechos castellano y portugués en el Nuevo Mundo durante los siglos XIX y XX* (Santiago, Universidad Santo Tomás, s. d. [1998]), I, pp. 61 ss.; ROMERO SANDOVAL, RAÚL, *Derecho civil según los 'Apuntes de derecho civil boliviano' del Prof. Dr. Raúl Romero Linares* (2ª ed., La Paz-Cochabamba, Los Amigos del Libro, 1986), pp. 90-98; RAMOS NÚÑEZ, CARLOS, *El Código napoleónico y su recepción en América Latina* (Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997), pp. 148 ss.; JORDÁN QUIROGA, AUGUSTO, *Un código civil perdido en Los Andes* (s. l., Ed. Fundemos, 1998); GUZMÁN, A., *Codific. civil en Iberoam.*, pp. 307 ss.

³⁷ CALVO, MARIANO, *Los cinco primeros capítulos del Manifiesto de Santa Cruz de 24 de octubre de 1840 publicado con notas comprobatorias de las falsedades que contiene* (Sucre, Beeche, 1843), p. 20, n. 11.

por la Corte concluyó la redacción del proyecto hacia el 22 de junio de 1830³⁸, o sea en un lapso de 9 meses; desde entonces procedió a discutirlo en detalle³⁹; y posiblemente terminó esa discusión hacia el 25 de octubre de 1830, esto es, en 4 meses⁴⁰; con posterioridad, en menos de 2 meses, se dio a la labor de copia y de nuevas correcciones⁴¹, de modo que entregó el proyecto definitivo al Gobierno solo el 11 de diciembre de 1830⁴². Había trabajado, pues, durante unos quince meses en total⁴³.

La Comisión Redactora actuó bajo la intensa presión de Santa Cruz, anhelante de ver ultimada la obra⁴⁴ —de confeccionar la cual fue, por lo demás, autor, en colaboración con su ministro Calvo—. Tanto fue así, que incluso antes que la comisión entregara el proyecto, Santa Cruz, impulsado por su gran ansiedad legislativa y en uso de ciertos poderes extraordinarios de que disponía, promulgó el proyecto merced a decreto de 28 de octubre de 1830, para que entrara en vigencia el 1 de enero de 1831⁴⁵. Pero la circunstancia de haber quedado concluido el código

³⁸ Así lo informó al Ministro Calvo el comisionado Urcullú en oficio de esa fecha: "*La redacción del Código Civil está concluida; mas no se ha procedido a discutir su articulado en detalle [...]. Este es su estado actual*" (ibíd., p. 23, n. 18).

³⁹ Según la orden que recibió del Ministro Calvo, en oficio de 24 de junio de 1830: "*En contestación a la nota de V. S. I. fechada ayer [en realidad el 22], S. E. el Presidente me ha encargado decirle que [...] la misma [Comisión] que ha redactado [el Proyecto] debe también ocuparse de discutirlo [...]*" (ibíd., p. 23, n. 19).

⁴⁰ Esta fecha figura junto a los nombres de los comisionados en la edición príncipe del código de 1831 [vid. SANTA CRUZ SCHUHKRAFT, ANDRÉS, *Génesis*, cit. (n. 5), p. 31].

⁴¹ Vid. las cartas de 12 y 27 de noviembre, del comisionado Urcullú a Santa Cruz; y de 27 de noviembre del Ministro Calvo al mismo Santa Cruz (en SANTA CRUZ SCHUHKRAFT, ANDRÉS, *Génesis*, cit. (n. 5), p. 331-332). De ellas se desprende que a las fechas se ultimaba la revisión y se copiaba el texto definitivo.

⁴² Ibíd., p. 23, n. 20 el oficio de remisión del proyecto.

⁴³ No dejó actas de sus sesiones: ABECIA BALDIVIESO, VALENTÍN, *Obra legislativa* cit (n. 36), p. 83 (= 20 = 64).

⁴⁴ Mediante un oficio de 27 de marzo de 1830, de Mariano Calvo a la Comisión, le dice que Santa Cruz: "*se promete que a su arribo a Chuquisaca encontrará sus trabajos [de la Comisión] enteramente concluidos*" (en ORTIZ MATOS, PASTOR, *Informe*, cit. (n. 36), p. 22, n. 16). Más tarde, en otro de 22 de junio de 1830, le expresa: "*Recordando S. E. el Presidente que ha pasado con demasía el tiempo calculado para la redacción del Código Civil, desea saber si se ha concluido o cuál es su estado actual*" (ibíd., p. 23, n. 17). Incluso circuló el rumor de que Santa Cruz pensaba revocar el mandato dado a la Comisión y encargarlo a otra: tal fue la razón que adujo la Comisión, en oficio de 22 de junio de 1830 (ibíd., p. 23, n. 18), dirigido a Calvo, en respuesta al de éste, del mismo día, para excusarse de no haber concluido la discusión del articulado en detalle, lo cual Calvo debió desmentir mediante respuesta del día 24, no sin antes reclamar nueva urgencia (ibíd., p. 23, n. 19). Además, está la reunión del 10 de septiembre de 1830 de Santa Cruz con la Comisión para tomar providencias a fin de hacer expedita la obra.

⁴⁵ Puede conjeturarse que en la reunión de Santa Cruz y la Comisión, del 10 de septiembre de 1830 (vid. n. 44), que estaba destinada a "*tomar providencias que expediten la obra*", se haya acordado una fecha de entrega, que permitió a Santa Cruz pensar en la promulgación para el día 28 de octubre, y en que, como la entrega no tuvo lugar, Santa Cruz haya decidido proceder a la promulgación de todos modos.

recién el 11 de diciembre de 1830, y la necesidad de editarlo, obligó a postergar su entrada en vigor: un nuevo decreto, de 22 de marzo de 1831, fijó la vigencia para el 2 de abril del mismo año⁴⁶.

El oficio de 17 de septiembre de 1829, con que el Ministro Calvo solicitaba a la Corte Suprema la designación de una comisión codificadora, concebía su trabajo sobre la base de tomar "*de los Códigos vigentes todo lo que sea justo, concordable y adaptable a nuestra actual liberación*"⁴⁷. Con "*códigos vigentes*" Calvo se refería, por cierto, a los cuerpos de legislación españoles todavía en vigor en Bolivia. Así que en el designio de uno de los promotores de la iniciativa de codificar en ese país, el nuevo código debía basarse en el antiguo derecho.

Este diseño original no fue seguido por la Comisión codificadora sino parcialmente, porque ella tomó como modelo al *Code Civil* francés⁴⁸. Las partes del código boliviano concernientes a las cosas, la propiedad y los derechos reales, por un lado (libro II), y a las obligaciones y contratos, por otro (libro III, títulos 3º y siguientes), son, en efecto, una adopción, a veces epitomada, del código francés, de modo que en todo ello el boliviano no se muestra original o independiente, ni siquiera en la redacción. Tal estado de cosas cambia mesuradamente con respecto al derecho de personas y de la familia (libro I), y cambia del todo en el derecho sucesorio (libro III, título 1º). En lo concerniente al primero, los codificadores bolivianos revisaron el código francés a la luz de la vieja legislación castellano-indiana, propia del país a la sazón, y solieron reformarlo para dar su preferencia a aquélla en variadas materias. Así, por ejemplo, el código boliviano conservó la figura de los esponsales con fuerza obligatoria, que el francés desconocía⁴⁹; y la nulidad del matrimonio fue fundada en el antiguo derecho⁵⁰ completado con algunas normas del código francés en materia de legitimación e interés para la acción de nulidad⁵¹, etcétera. Pero en donde el código boliviano se apartó completamente de su modelo habitual fue en materia sucesoria. El derecho pertinente acogido en el

⁴⁶ En TERRAZAS, *Historia*, cit. (n. 36), p. 13-14.

⁴⁷ En ORTIZ MATOS, PASTOR, *Informe*, cit. (n. 36), p. 20, n. 11.

⁴⁸ Se dice que como secretario de la Comisión actuó el abogado José María Linares y que éste se encargó de traducir el código francés; pero el asunto no parece estar documentado: vid. la discusión del punto en ABECIA BALDIVIESO, VALENTÍN, *Obra legislativa* cit. (n. 36), pp. 82-83 (= 20-21= 63-64).

⁴⁹ CC. Bol., arts. 84-87, basados en Part. IV, título 1, leyes 4 y 8, Nov. Recop. Lib. 10, título 2, ley 18.

⁵⁰ CC. Bol., arts. 103-114, fundados en las Partidas.

⁵¹ Los arts. 180, 181, 188, 191, 201 y 202 Cfr. pasaron a los arts. 115 a 120 del CC. Bol., con algunas adaptaciones.

código de 1830, en efecto, fue casi exclusivamente el derecho vernáculo, vale decir, el castellano, y de manera muy fiel, al punto de dar entrada a figuras sucesorias que estaban en pugna con el espíritu de los tiempos nuevos, como la del testamento por comisario o por poder⁵².

El material fue insertado en un sistema externo igual al del código francés, consistente en un *Título preliminar sobre La publicación, efectos y aplicación de las leyes en general*, y tres libros: I: *De las personas*; II: *De los bienes y de las diferentes modificaciones de la propiedad*; y III: *De las diferentes maneras de adquirir la propiedad*, con sus respectivas subdivisiones internas en títulos y capítulos (aunque no éstos en secciones, como el francés), salvo en el título 1º: *De los testamentos y sucesiones* del libro III, que también en la ordenación de materias se apartó de su modelo habitual.

Este último hecho nos da pie para formular una conjetura: es posible que la comisión codificadora de magistrados haya comenzado su labor bajo el proyecto de componer un código moderno de derecho vernáculo, con un sistema incluso original. El título sobre testamentos y sucesiones –que cumple con ambos extremos– habría sido, de esta guisa, la primera manifestación de tal esfuerzo, lo que obliga a suponer que la comisión inició su trabajo con la materia sucesorio, igual que pocos años después iría a hacer Andrés Bello en Chile. El propósito de la comisión habría sido mantener el mismo método en las demás materias; pero le fue imposible, debido a la impaciencia y presión de Santa Cruz, y a sabiendas que el Ministro Calvo de antemano le había ordenado trabajar “*en el menor tiempo posible*”. De esta forma, temerosa la comisión de desagradar al gobernante, terminó por limitarse a copiar y epitomar el código francés –cuyo autor político era admirado por el propio Santa Cruz, el cual, como Napoleón, después dio su nombre al cuerpo legal que él promulgó–; y así pudo conseguir cumplir con los deseos del Protector, de ver pronto un código promulgado. En consecuencia, nuevamente fue la urgencia, creada artificialmente por un gobernante tan autoritario como ilustrado y progresista, y deseoso de modernizar su país, la que explica que en Bolivia haya terminado por adoptarse en buena parte el código francés, como en Haití cinco años antes.

⁵² GUZMÁN, ALEJANDRO, *La pervivencia de instituciones sucesorias castellano-indianas en las codificaciones hispanoamericanas del siglo XIX*, ponencia presentada en el XIV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, celebrado en Lima, en septiembre de 2003, en prensa.

X. LA IMPOSICIÓN DEL "CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA" EN EL PERÚ⁵³

En 1836, el territorio peruano fue invadido y conquistado por un ejército boliviano, lo que permitió al Presidente de Bolivia, Andrés de Santa Cruz, constituir la Confederación Perú-Boliviana. El Perú fue dividido en un Estado Nor-peruano y otro Estado Sud-peruano, cada uno con un Presidente. Ambos estados peruanos y Bolivia, cuyo presidente era el propio Santa Cruz, constituían la Confederación, de toda la cual este último era, además, el jefe supremo con el título de Protector.

En junio de 1836, el Protector Santa Cruz promulgó el Código Civil Boliviano de 1830 en el Estado Sud-peruano, con el nombre de *Código Civil Santa Cruz del Estado Sud-peruano*. Un nuevo decreto de Santa Cruz, de noviembre de 1836, promulgó el código boliviano en el Estado Nor-peruano, bajo la denominación de *Código Civil Santa Cruz del Estado Nor-peruano*. En ambos casos, el código original, es decir el de Bolivia, había sido sometido a una ligera revisión, mayor en aquél destinado al Estado Nor-peruano.

Pero la vigencia del *Código Civil Santa Cruz* en ambos estados peruanos fue muy efímera. En 1837, el Protector mismo suspendió su vigencia. El Presidente Orbegoso, del Estado Nor-peruano, derogó el código de su territorio en 1838. Al desaparecer la Confederación en enero de 1839, el código del Estado Sud-peruano quedó definitivamente fuera de vigencia. Por lo demás, estos códigos sufrieron el repudio general de los abogados y juristas peruanos, que veían en ellos a una imposición extranjera.

En todo caso, ambos cuerpos legales históricamente hicieron ingresar al Perú en la órbita de influencia intensa del código francés, bien que por poco tiempo.

XI. LA ADOPCIÓN DEL "CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA" EN COSTA RICA⁵⁴

A mediados de 1838, el dictador de Costa Rica, Braulio Carrillo, durante su segunda presidencia (empezada en ese mismo año), conci-

⁵³ Sobre el código de Santa Cruz en el Perú: RAMOS NÚÑEZ, CARLOS, *Historia del derecho civil peruano. Siglos XIX y XX* (Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001), II, pp. 142 ss.

⁵⁴ Lit.: FERNÁNDEZ GUARDIA, R., "Carrillo y los códigos del 41. Opinión equivocada", en *Revista de los Archivos Nacionales* 11-12 (San José, 1942), pp. 650 ss.; BEECHE LUJÁN, HÉCTOR Y FOURNIER JIMÉNEZ, FAVIO, "Estudio preliminar" a la edición del *Código Civil de Costa Rica* (Madrid, Instituto de Cultura Hispánica, 1962), pp. 9 ss.; FOURNIER ACUÑA,

bió un vasto plan de legislación para su país, en materia de policía, enseñanza, administración de justicia y penal, que debía ser formulada por ciertas comisiones; pero estos designios fracasaron. En su plan público, empero, no ingresaba la materia civil. La razón fue que de ella se encargó personalmente Carrillo, quien era abogado y profesor de derecho. En vista del naufragio de las comisiones sobre las materias antes indicadas, también él se ocupó personalmente del derecho penal y del procesal civil. En julio de 1841, Carrillo promulgó un texto legal bajo el nombre de *Código General del Estado* o *Código General de la República de Costa Rica*⁵⁵.

El *Código General del Estado* o *Código General de la República de Costa Rica* consta de tres partes: la parte primera trata de la *Materia Civil*; la parte segunda, de la *Materia Penal*, y la parte tercera, de la *Materia de procedimientos judiciales*. Por cierto, estas materias corresponden a tres códigos: civil, penal y de procedimientos judiciales; de modo que el *Código General* envuelve tres diferentes códigos en uno solo.

Por lo que respecta a la *Materia* (código) *civil*, que contiene 1.575 artículos, debe decirse que ella no es ni más ni menos que la reproducción literal, tanto en sistema como en articulación y redacción, del *Código Civil Santa Cruz del Estado Nor-peruano* de 1836, que a su vez, como vimos, era una versión ligeramente modificada del *Código Civil Santa Cruz* de 1830. Las alteraciones que el código costarricense introdujo a su modelo nor-peruano fueron muy escasas y menores, y aumentaron levemente el volumen del código costarricense de 1.563 artículos que tenía el original nor-peruano a 1.575.

En estas circunstancias, no puede hablarse sino que de adopción íntegra del modelo; y como, según se vio, el código de Santa Cruz, del que derivaba el del Estado Nor-Peruano, era una adaptación del francés adicionada con antiguo derecho español; he ahí entonces que lo mismo cabe decir en definitiva de la *Parte Civil* del *Código General* de Costa Rica de 1841. Por lo demás, también las partes penal y de

FERNANDO, *Historia del derecho* (San José, 1967), pp. 158 ss.; GUTIÉRREZ, CARLOS JOSÉ, "Santa Cruz y Carrillo. Opinión sobre una vieja polémica", en *Revista de Ciencias Jurídicas* 69 (San José, 1991), pp. 23 ss.; GUIER, J. E., *Historia del derecho* (San José, Euned, 1993), pp. 596 ss.; TREJOS, GERARDO, "Costa Rica", en *La Circulation du modele juridique français: Travaux de l'Association Henri Capitant* (Paris, 1993), XLIV, pp. 153 ss.; RAMOS NÚÑEZ, CARLOS, *El código napoleónico*, cit. (n. 36), pp. 154 ss.; SÁENZ CARBONELL, JORGE, *Historia del derecho costarricense* (San José, Juris Centro, 1997), pp. 183 ss.; GUZMÁN, A., *Codific, civil en Iberoam.*, pp. 317 ss.

⁵⁵ Tenemos a la vista la edición Nueva York, Wynkoop y otros, 1858. Su portada inscribe la segunda denominación; pero en la edición misma, precedida del decreto que lo promulgó, se lo llama *Código General del Estado*, que entonces parece haber sido la designación oficial.

procedimientos corresponden al Código Penal (que es, a su vez el Código Penal español de 1822) y al de Procedimientos de Santa Cruz.

El *Código General* y, por ende, su *Parte Civil*, fue obra personal y solitaria de Carrillo. Decepcionado del fracaso de los cometidos dados a sus colaboradores, en orden a redactar cuerpos legales, asumió directamente la labor, que completó en poco tiempo. Ahora bien, nuevamente vemos reproducirse en Costa Rica el caso de Haití y Bolivia: también en aquel país fue el deseo vehemente de imprimir modernización y progreso, en materias de legislación, como en otras, encarnado en el gobernante, el que dio impulso y remate a una codificación, que, empero, subordinada a toda costa al superior y urgente designio político, tenía por fuerza que ser emitida bajo la ley de la imitación. Carrillo no recurrió al código francés, que, como abogado y profesor que era, seguramente tenía que conocer; pero recurrió a un sucedáneo suyo: el código de Santa Cruz. Lo más probable es que Carrillo abrigara escrúpulos de limitarse a copiar el código francés, temeroso de que no se adaptara fácilmente a su nación; y pensara que en el código boliviano ya se contuviera el necesario acomodo a un pueblo de raíz cultural semejante al costarricense; de donde que prefiriera optar por ese código, a cuyo autor político —de talante parecido al suyo— seguramente admiraba.

Por esta vía de segundo grado, Costa Rica se incorporó en la órbita del derecho francés, de manera algo similar a como había ocurrido en el Perú en 1836.

XII. EL "CODE CIVIL" DE LA REPÚBLICA DOMINICANA⁵⁶

La parte oriental de la isla de Santo Domingo era de tradición española, pero en 1795 pasó a Francia, de la que se independizó con

⁵⁶ Lit.: MEJÍA RECART, GUSTAVO ADOLFO, *Historia general del derecho* cit. (n. 27), p. 258 ss.; GALÍNDEZ, JESÚS DE, "République Dominicaine", en *Travaux de la Semaine Internationale de Droit. L'influence du Code Civil dans le monde* (Paris, Pedone, 1954), pp. 804 ss.; CONTÍN AYBAR, NÉSTOR, "El Código Civil francés y sus traducciones y adaptadores en la República Dominicana", en VV. AA., *Trabajos conmemorativos del primer centenario de la adopción de los códigos franceses como leyes nacionales* (Santo Domingo, ONAP., 1985), pp. 11 ss.; CASTELLANOS PISANO, VÍCTOR, "La influencia del derecho francés sobre el derecho dominicano", ibíd., pp. 141 ss.; CAMPILLO PÉREZ, JULIO, "Los códigos dominicanos. Apuntes para su historia", ibíd., p. 181 ss.; VEGA, WENCESLAO, *Historia del derecho dominicano* (Santo Domingo, 1986), pp. 169 ss.; TAVARES, FROILAN (p.) - TAVARES, FROILÁN (h.), *Historia del derecho y de las ideas sociopolíticas* (Santo Domingo, 1996), pp. 237 ss.; ÁLVAREZ, FEDERICO (h.), "République Dominicaine", en *La Circulation du modèle juridique français: Travaux de l'Association Henri Capitant* (Paris, 1993), XLIV, pp. 191 ss.; RAMOS NÚÑEZ, CARLOS, *El Código napoleónico*, cit. (n. 36), p. 136 ss.; GUZMÁN, A., *Codific. civil en Iberoam.*, pp. 293 ss.

toda la isla en 1804; en 1808 se separó de la parte occidental, para caer bajo la órbita de España en 1814, de la que se desvinculó en 1821, solo para volver a caer bajo el poder de la parte occidental en 1822. Desde entonces, ambas partes formaron la República de Haití. En consecuencia, cuando en 1825 se promulgó en Haití el *Code Civil*, él rigió en toda la isla. Ahora bien, en 1844, la parte oriental volvió a tener su independencia, esta vez de la República de Haití, de la que se separó para formar la República Dominicana.

Inicialmente, la nueva república se vio en la obligación de confirmar la vigencia de la legislación haitiana, lo que implicó, por cierto, al código de 1825. Pero en 1845, el Congreso dominicano emitió una ley, que en la parte importante para nosotros, decía: "*Desde la publicación del presente decreto se observarán en todos los tribunales de la República Dominicana los códigos franceses de la Restauración [...]*"⁵⁷. Por la época en que esto ocurrió, los textos de los códigos promulgados en la República Dominicana fueron expresamente aquellos a que se había llegado en Francia bajo la Restauración, es decir, según su edición de 1816, y no, pues, según los originales de 1804-1809; lo que resultaba especialmente significativo para el *Code Civil*, puesto que, como se sabe, la Restauración, para mantenerlo, le introdujo modificaciones: el caso más notable fue la abolición del divorcio vincular que el original establecía.

La adopción de estos textos fue total y completa; y tanto, que incluso se los mantuvo en su lengua, sin previamente traducirlos al castellano, aun cuando antes del decreto se había mandado hacer una traducción, que no se cumplió⁵⁸. En consecuencia, los códigos franceses no penetraron en la República Dominicana como en Haití, en cuanto en la primera ni siquiera se los sometió a una revisión a que sí se los sometió en este último país, por lo que el caso constituye el de la más plena y completa recepción que dichos códigos hayan sufrido en América.

¿Qué razones pudo haber para tan asombroso procedimiento? Las razones oficiales fueron el estado de guerra que entonces afectaba a la República Dominicana y a la de Haití, causado por la secesión de aquella; y además, un desajuste técnico-jurídico: el artículo 136 de la Constitución dominicana establecía tribunales de apelación; pero la

⁵⁷ Decreto N° 58, de 4 de julio de 1845, art. 1, en MEJÍA RECART, GUSTAVO ADOLFO, *Historia general del derecho*, cit. (n. 56), p. 260 s.

⁵⁸ A cargo del señor Manuel Aybar: CAMPILLO PÉREZ, JULIO, "Los códigos dominicanos —Apuntes para su historia—", en *Trabajos conmemorativos del primer centenario de la adopción de los códigos franceses como leyes nacionales* (Santo Domingo, ONAP., 1985), pp. 11 ss.

legislación haitiana conservada los desconocía; y entonces se adujo que en tales circunstancias los tribunales carecerían de *"una regla cierta e invariable para la secuela de tales juicios* [sc. de apelación] [...]". Ambas razones resultaban muy débiles. Nunca una guerra ha obligado algún contendiente a darse códigos; antes bien, un tal acontecimiento tan concentrador de energías, recursos y personas suele impedir obras del género. Por otro lado, el argumento concerniente a los tribunales de apelación tan solo valía para derogar, o mejor, modificar en lo pertinente, los códigos de procedimiento civil y de instrucción criminal, mas no los códigos de fondo, como el civil. Así que a todas luces no se trataba más que de meros pretextos. La verdadera razón consistía en el odio y repulsión que todo lo haitiano generaba en los dominicanos, lo cual incluía a la legislación heredada de Haití. La alusión del citado decreto al estado de guerra con este último país, puede entenderse solo en ese contexto: que no resultaba elegante ni digno regirse por la legislación de un país con el cual se estaba en guerra.

Los dominicanos, pues, en 1844 sintieron urgencia por tener una nueva legislación; e, igual que en la Luisiana de 1808, fue una actitud de resistencia ante un derecho percibido como extraño y ajeno el que precipitó esa urgencia. En ambos casos, la solución fue recurrir a la codificación francesa —porque en 1845, como en 1808, no había otro código mejor disponible en Europa (ni en América)—, pero con modalidades diferentes, porque mientras en la Luisiana se elaboró un código que no era idéntico al de Francia, por muy influido que haya resultado por él, en la República Dominicana se adoptó el de Francia, tal cual se presentaba en su tierra de origen, incluso en su lengua, y simplemente se ordenó su vigencia en el territorio nacional, quizá porque la urgencia de los dominicanos era más apremiante que la de los luisianos, por causa de su guerra con Haití.

Con todo, por más que el fenómeno descrito resulte externamente estupefaciente, los dominicanos no obraron en forma tan descaminada. Como antes se recordó, desde 1822, la parte oriental de la isla, o sea, la futura República Dominicana se hizo parte de Haití, con lo cual empezó a regirse por su Código Civil desde 1825. Los dominicanos, pues, terminaron por familiarizarse con una legislación que en casi todo coincidía con la francesa, y acostumbrarse a ella. Por lo tanto, cuando en 1845 adoptaron el Código francés, de esa manera dejaron inalterado su estado jurídico, y en el fondo mantuvieron lo que tenían y les era habitual.

En cuanto a la lengua francesa del código, la misma larga convivencia con los francófonos haitianos tenía habituados a los dominica-

nos con esa lengua, de modo que el hecho no debió de ser un problema mayor, unido a la circunstancia de que el código haitiano que los había regido por 22 años estaba escrito él mismo en francés. Debemos suponer, por otro lado, que las clases más cultas, de que en esa época se reclutaba a los abogados, tenían que conocer esa lengua también de impulso propio. Por lo demás, casi nunca la lectura de las leyes ha sido una habitualidad de los legos, el tecnicismo de cuyo lenguaje basta por sí mismo para hacerles incomprensible los textos legales. Era, pues, suficiente que los abogados pudieran leer en francés. Eso explica que los dominicanos hayan tardado casi 40 años en verter el Código Civil por el cual se regían al castellano, no bien en el tiempo intermedio hubo muchos intentos de traducción, todos fracasados. Solo en 1884, en efecto, fue promulgado un texto castellano de ese código.

XIII. EL SEGUNDO "CÓDIGO CIVIL BOLIVIANO"⁵⁹

A la caída de Santa Cruz en 1839, como suele suceder en casos similares, se desencadenó una reacción general en contra de su obra, que inevitablemente tenía que alcanzar a sus códigos. Así, por ejemplo, el diario *El Duende* decía en un editorial de 25 de marzo de 1839: "*Los Códigos de Santa Cruz no son códigos de la república, sino de aquel déspota que los hizo traducir del Código de Napoleón, con el solo objeto de eternizar su nombre en ellos, y por lo mismo merecen ser quemados*"⁶⁰. Fue, así, natural que se propendiera a la reforma de los cuerpos legales santacruceños, lo cual ya en noviembre de 1839 resultó encomendado a la Corte Suprema de Justicia, que designó a una especial comisión al efecto, compuesta en su mayoría de magistrados. El 19 de octubre de 1844, la Corte entregó al Gobierno un Proyecto de Código Civil⁶¹, que el Presidente de la República, José Ballivián, san-

⁵⁹ Sobre el segundo código boliviano, especialmente: JORDÁN QUIROGA, AUGUSTO, *Un código civil perdido en Los Andes* (s. l., Ed. Fundemos, 1998).

⁶⁰ JORDÁN QUIROGA, AUGUSTO, *Un código civil perdido*, cit. (n. 36), p. 24, el designio de revisar y de derogar después el código de 1830 hay que entenderlo en el marco de la política y del sentimiento anticruceños. Así, el diario *El Duende* decía en un editorial de 25 de marzo de 1839: "*Los Códigos de Santa Cruz no son códigos de la república, sino de aquel déspota que los hizo traducir del Código de Napoleón, con el solo objeto de eternizar su nombre en ellos, y por lo mismo merecen ser quemados*" (cit. por Jordán Quiroga, Augusto, *Un código civil perdido*, cit. (n. 36), p. 23).

⁶¹ Se lo editó como *Proyecto del Código Civil presentado en 19 de octubre de 1844*. Imprenta de Beeche. Sucre.

cionó por decreto de 12 de agosto de 1845, para que entrara en vigencia a partir del 18 de noviembre de 1845⁶².

El Código de 1845 contiene 2.309 artículos, distribuidos en un *Título preliminar* rubricado *De la publicación, efectos y aplicación de las leyes en general*; un libro I: *De las personas*; un libro II: *De los bienes y de las diferentes modificaciones de la propiedad*; y un libro III: *De las diferentes maneras de adquirir la propiedad*, cada cual dividido en títulos, capítulos y a veces en secciones. Es, pues, más voluminoso que el de 1830, el cual, como se recordará, solo contiene 1.556 artículos. Pero el modelo empleado fue el mismo empleado por aquél, vale decir el *Code Civil*, si bien en forma más fiel y completa que su antecesor⁶³. Igual que éste, siguió íntegramente el plan del código francés, respetando incluso su subdivisión en secciones (a diferencia de aquél). En cuanto al contenido, adoptó muy literalmente el articulado de su modelo, lo que explica su mayor extensión respecto del código de 1830. Pero no dejó de introducirle modificaciones, algunas fundadas en el derecho tradicional, como, por ejemplo, el régimen del matrimonio, librado al derecho canónico, el reconocimiento de la distinción romana de cosas corporales e incorporeales (artículos 411 y 412), la clasificación de los modos de adquirir en originarios y derivativos (artículo 600) o la consideración de la ocupación como modo de adquirir (lib. III, cap. 1, títulos 1 y 2), que en el Código francés no existe, ya que los bienes sin dueño pertenecen al estado, etc.; incluso hay innovaciones algo bizarras, como la categoría de las obligaciones de "no dar" (artículos 1.104 y 1.122, con evidente error, ya que "no dar" es, en realidad, un caso de no hacer). Estas modificaciones, empero, no alcanzan para evitar decir que el código de 1845 revisó a su modelo en medida considerablemente menor que el de 1830, y que solo apenas puede considerárselo como una adaptación de ese modelo, en todo caso ligera, y no directamente como una adopción.

Como quiera que el nuevo código creara graves problemas de aplicación, el 11 de noviembre de 1846, el mismo Ballivian promulgó una ley por la que se mandaba componer nuevos códigos, y cuyo artículo 3º dispuso: *"Mientras se publican los nuevos Códigos, regirán los antiguos Civil, Penal y de Procederes, y las demás disposiciones relativas a éstos, que estaban en vigor hasta el 18 de noviembre de 1845, quedando derogados los publicados en esta fecha y la Ley Orgá-*

⁶² Insertado en la edición príncipe del nuevo código citado en la nota siguiente.

⁶³ Una comparación de los tres códigos, vale decir, del francés y los bolivianos de 1830 y 1845 en JORDÁN QUIROGA, AUGUSTO, *Un código civil perdido*, cit. (n. 36).

nica⁶⁴. De esta manera fue derogado el código de 1845⁶⁵ —sólo estuvo en vigencia, pues, un año y siete días—, y restablecido el vigor del *Código Civil Boliviano* de Santa Cruz⁶⁶, que nuevamente rigió desde entonces hasta 1976.

En lo inmediato, la composición y aprobación de este código se explica por la aversión contra Santa Cruz, el autor político del código de 1831, y no por razones intrínsecas en éste, lo que queda demostrado por su restablecimiento después de tan breve lapso, y su dilatada vigencia posterior. La comisión encargada de componer el nuevo código, pues, trabajó en un ambiente de presión y urgencia, y en verdad careció de la tranquilidad que se requiere para legislar, pues el país había caído en semianarquía después de la deposición de Santa Cruz. Como hacer algo de nuevo es más fácil y breve que revisar una obra hecha, la comisión encargada de la tarea no revisó el código de Santa Cruz sino que confeccionó uno nuevo. Como hacer un código original tampoco es tarea fácil, sobre todo si se trabaja en un clima apremiante, la comisión escogió la vía de adaptar el Código francés, modificándolo ligeramente. De nuevo, pues, la introducción de ese cuerpo legal en un país se percibe como consecuencia de una poderosa urgencia.

XIV. LAS INFLUENCIAS INDIRECTAS Y DIFUSAS DEL "CODE CIVIL" Y LA DECLINACIÓN DE SU INFLUENCIA

1. El código boliviano de 1845 fue el último cuerpo legal en imitar al código francés en América —de hecho, su promulgación fue posterior en un mes y días a la adopción de aquél en la República Dominicana—. El próximo cuerpo legal en aparecer fue el del Perú, sancionado en 1852⁶⁷. Pero con éste, la codificación ya ha emprendido un

⁶⁴ Todo en Colección oficial de leyes, decretos, órdenes y resoluciones vigentes (Imp. de Beeche, s. l., s. d.), Vol. II, p. 282 ss.

⁶⁵ Según JORDÁN QUIROGA, AUGUSTO, *Un código civil perdido*, cit. (n. 36), pp. 221 ss., la derogación del código de 1845 se debió a que había en él un art. 11 que rezaba: "Ningún juez puede excusarse de fallar en las causas sometidas a su juzgamiento bajo el pretexto de falta, obscuridad o insuficiencia de la ley: él debe pronunciar sentencia ex aequo et bono, y de no hacerlo, es delincuente de denegación de justicia". Para Jordán, esta atribución de fallar *ex aequo et bono* habría sido vista como incompatible con los principios de soberanía popular, separación de poderes y legalidad que Bolivia ya tenía adoptados.

⁶⁶ TERRAZAS TORRES, CARLOS, *Historia*, cit. (n. 36), pp. 17-19.

⁶⁷ Lit.: BASADRE, JORGE, "Antecedentes del Código Civil de 1852. Los primeros intentos de codificación. El Proyecto Vidaurre. El Código Santa Cruz. El Proyecto de 1847", en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas* 3 (Lima, 1939) 2, pp. 283 ss., reproducido en: EL MISMO, *Historia del derecho peruano* (2ª ed., Lima, 1997), pp. 313 ss.; EL MISMO, "Hacia

rumbo diferente en el continente. Nunca más el ilustre código europeo habría de ser objeto de adopción, ni siquiera de adaptación; lo que no significa que haya sido abandonado del todo como fuente, pero en concurrencia con otras. El nuevo rumbo consistió en recoger el derecho vernáculo –lo que, empero, ya tenía su precedente en los títulos sobre sucesiones del código boliviano de 1830–, modificándolo a la luz de las experiencias legislativas europeas, entre las cuales la francesa, a las que ahora se agregó la doctrina, de diversos países⁶⁸. A esta ampliación de círculo de fuentes, se agregó el abandono del sistema de materias del *Code Civil*. Comparemos, por ejemplo, los códigos francés y peruano en lo relativo al punto:

Code Civil

Código Civil del Perú

Titre préliminaire:

Título preliminar

De la publication, des effets
et de l' application des lois
en général

Liv. I: Des personnes

Lib. I: De las personas y sus derechos

Liv. II: Des biens et des
différents modifications
de la propriété

Lib. II: De las cosas, del modo de
adquirirlas, y de los derechos

que las personas tienen sobre ellas

Sec. primera: De las cosas

Sec. segunda: De los modos naturales
de adquirir el dominio

Sec. tercera: Del modo de adquirir el
dominio por prescripción, enajenación
o donación

una interpretación histórica del Código Civil de 1852", en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas* 6 (Lima, 1942) 1, pp. 48 ss. = EL MISMO, *Historia del derecho peruano* (2ª ed., Lima, 1997), pp. 345 ss.; BARANDIARAN, JOSÉ LEÓN, "Estudio preliminar a Código Civil del Perú" (Madrid, Instituto de Cultura Hispánica, 1962), pp. 9 ss.; TORRES MÉNDEZ, MIGUEL, "Perou", en *La circulation du modele juridique français: Travaux de l'Association Henri Capitant* (Paris, 1993), XLIV, pp. 181 ss.; TRAZEGNIES, FERNANDO DE, *La idea de derecho en el Perú republicano del siglo XIX* (2ª ed. Lima, Pont. Univ. Católica del Perú, 1992), *passim*; RAMOS NÚÑEZ, CARLOS, *El código napoleónico*, cit. (n. 53), pp. 160 ss.; BASADRE AYULO, JORGE, "Notas sobre el proceso de codificación civil en el Perú en el siglo XIX. El Código civil de 1852. Las transformaciones del derecho civil peruano a partir de 1852", en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 17 (Santiago, 1992-1993), pp. 147 ss.; EL MISMO, *Historia del derecho* (2ª ed., Lima, 1997), Vol. II, pp. 208 ss. Pero sobre todo: NÚÑEZ, RAMÓN, *Historia del derecho civil peruano*, cit. (n. 36), II, pp. 167 ss.

⁶⁸ Véase GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, "El tradicionalismo del Código Civil peruano de 1852", en *Revista de Estudios Histórico-jurídicos* 23 (Valparaíso, 2001), pp. 547-565.

Sec. cuarta: Del modo de adquirir el dominio por herencia

...

Liv. III: Différentes manières dont on acquiert la propriété
 Titr. 1º: Des successions
 Titr. 2º Des donations entre-vifs et des testaments
 Titr. 3º: Des contrats ou des obligations conventionnelles en général

Lib. III: De las obligaciones y contratos

La clave del sistema del código francés es la abolición de la distinción de título y modo de adquirir, vale decir, de un contrato meramente obligatorio sin efecto traslativo, y la tradición como modo de transferir entre vivos que completa al contrato. Como es bien sabido, para dicho código, este último es capaz de producir la transferencia por sí mismo, lo que llama "*l'effet des obligations*" (art. 711). En consecuencia, los contratos, precedidos de las sucesiones y los testamentos y donaciones, integran el libro III sobre adquisición de la propiedad. Pero el Código peruano, en contra del francés, adoptó el principio romano-castellano de que la propiedad entre vivos no se transfiere por contrato obligatorio sino por la tradición subsiguiente (artículos 571 y ss.). Ello determinó una radical separación de la doctrina de los modos de adquirir, que incluye a la sucesión, tratada en el libro II (sección 4ª), de aquella de las obligaciones y contratos, que aparece solitaria en el libro III.

Lo propio acaece en el siguiente código, el de Chile de 1855, que tardó 20 años en ser compuesto, sin prisas ni urgencias de ninguna especie⁶⁹. Con él, la codificación alcanzó su máxima expresión en América. Montado sobre un armónico sistema de 4 libros (y no 3

⁶⁹ Lit.: Como obra de conjunto, es fundamental: GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile* (Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile, 1982), I, 569 pp.; II: *Fuentes*, 436 pp. (en este segundo tomo se reúnen, pues, todas las fuentes primarias concernientes a la historia de la codificación civil chilena). Por otra parte, la literatura anterior y posterior es vastísima y no podría ser citada aquí. Pero ella ha sido recogida en: GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, "Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la República, VII: Ensayo de una bibliografía", en *Revista de Estudios Histórico-jurídicos* 3 (Valparaíso, 1978), pp. 325 ss. = *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* 7 (Firenze, 1979), pp. 601 ss.; EL MISMO, *Nuevo ensayo de una bibliografía para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la república (1978-1988)*, en *Revista de Estudios Histórico-jurídicos* 12 (Valparaíso, 1987-1988), pp. 363 ss. Vid. la nota siguiente. Con posterioridad a 1988, se tiene: NELLE, DIETRICH, *Entstehung und Ausstrahlungswirkung der chilenischen Zivilgesetzbuch von Andrés Bello* (Neuwied-Frankfurt, Metzner, 1990).

como el francés), se adaptaba en todo al sistema institucional gayano-justinianeo, como se ve en la siguiente comparación:

<i>Institutiones</i>	<i>Código Civil de Chile</i>
De iure naturali, gentium et civili	Título preliminar
Personae	Lib. I: De las personas
<i>Res</i>	
Corporales	
Incorporales	Lib. II: De los bienes, y de su dominio, posesión, uso y goce
ususfructus	
Servitutes	
<i>Hereditas</i>	Lib. III: De la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos
<i>Obligationes</i>	Lib. IV: De las obligaciones en general y de los contratos

Estrictamente, la materia del libro III hace parte de aquella del II, vale decir, de los modos de adquirir, ahí tratados. Pero el código chileno separó las sucesiones para evitar convertir al libro II en un tratado enorme y farragoso. Las obligaciones y contratos forman libro aparte, el IV, porque, igual que había hecho el código peruano, el chileno conservó el principio tradicional de distinguir el título contractual del modo de adquirir llamado tradición.

A partir del código peruano, pues, y en varios de los sucesivos, el Código francés solo sirvió de telón de fondo y de fuente de inspiración de normas concretas, que a menudo recibieron nueva redacción, a través de la cual se trataba de superar las oscuridades y los desajustes que la exégesis francesa había revelado. Hablamos, en consecuencia, de influencia difusa. Junto al código francés, además, los codificadores americanos tuvieron a la vista los demás códigos que a medida que avanzaba el tiempo se iban acumulando, y a considerar aquellos que en un primer momento habían quedado al margen de toda influencia, como el prusiano o el austriaco. Del mismo modo, cada vez más poderosamente hizo su entrada la doctrina jurídica, desde luego la prestigiosa doctrina francesa de la exégesis, pero también la germánica, en especial Savigny. En la segunda mitad avanzada del siglo, fueron los propios códigos americanos los que empezaron a influir en el mismo modo en que durante la primera había influido, o más que influido el Código francés. Así, el Código chileno fue íntegramente adoptado por El Salvador en 1859 (hasta la fecha)⁷⁰, por el Ecuador

⁷⁰ GUZMÁN, A., *Codific. civil en Iberoam.*, pp. 403 ss.

entre 1858 y 1860 (hasta la fecha)⁷¹, por Colombia (sucesivamente por los diferentes estados granadinos desde 1858, luego por el Estado unitario en 1887, hasta la fecha), por Venezuela, aunque brevemente en 1860⁷², por Nicaragua por más tiempo entre 1867 y 1904⁷³, y por Honduras entre 1880 y 1898⁷⁴ y con un intervalo, desde 1906⁷⁵. Panamá, al separarse de Colombia en 1903, continuó rigiéndose hasta 1916 por el Código colombiano que era el chileno⁷⁶; en ese año se dio un cuerpo legal propio, que, empero, conservó exacta e íntegramente la sistemática chilena⁷⁷. Con respecto a ella, por ende, el Código panameño siguió siendo el chileno. Paraguay recibió en 1876 el Código argentino de 1869⁷⁸. En 1877, Guatemala, en fin, adoptó el *Proyecto de Código Civil* del Perú de 1847 (que en su país se convirtió en código en 1852, como vimos).

2. Todavía, sin embargo, estuvo reservado al Código francés una nueva forma de influencia, que podemos considerar indirecta. Con la apertura del horizonte, en algunos países se empezó a recurrir a codificaciones que no eran la francesa, pero que en su día habían recibido una fuerte influencia de ella. El caso más notable fue el del tercer código que tuvo Venezuela, el de 1873, que derivada casi enteramente del *Codice Civile del Regno d'Italia*, de 1865⁷⁹. Ahora bien, como es sabido, este cuerpo legal italiano era, a su vez, una buena derivación del *Code Civil* de 1804. También pertenecieron al género de influencias indirectas de este último, todos los casos de empleo más o menos intenso del *Proyecto de Código Civil* español de Florencio García Goyena, de 1852, como ocurrió en el segundo código emitido en Venezuela, en 1867, que reproducía literalmente ese proyecto⁸⁰, y en el complejo proceso de la codificación mexicana, doblemente expresado en el *Código Civil del Imperio Mexicano*, de 1869, y en el *Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California*, o de México, de 1870⁸¹. En ambos, el proyecto de García Goyena tuvo especial, si bien no exclusiva incidencia. Ahora bien, ese proyec-

71 GUZMÁN, A., *Codific. civil en Iberoam.*, pp. 374 ss.

72 GUZMÁN, A., *Codific. civil en Iberoam.*, pp. 406 ss.

73 GUZMÁN, A., *Codific. civil en Iberoam.*, pp. 418 ss.

74 GUZMÁN, A., *Codific. civil en Iberoam.*, p. 420.

75 GUZMÁN, A., *Codific. civil en Iberoam.*, p. 421.

76 GUZMÁN, A., *Codific. civil en Iberoam.*, pp. 424 ss.

77 GUZMÁN, A., *Codific. civil en Iberoam.*, pp. 491 ss.

78 GUZMÁN, A., *Codific. civil en Iberoam.*, pp. 455 ss.

79 GUZMÁN, A., *Codific. civil en Iberoam.*, pp. 472 ss.

80 GUZMÁN, A., *Codific. civil en Iberoam.*, pp. 428 ss.

81 GUZMÁN, A., *Codific. civil en Iberoam.*, pp. 430 ss.

to estaba muy influido también por el *Code Civil*, aunque no era una mera imitación suya y su redacción literaria era original. Pero la dicha influencia es suficiente para ver a través suyo una influencia indirecta del código francés en los códigos americanos citados.

3. En el siglo XX, la presencia del código francés declinó ostensiblemente. El Código brasileño de 1916⁸², por su sistema y sus fuentes, de origen pandectístico, ya no refleja casi en nada al código francés. En el nuevo Código Civil mexicano de 1928⁸³, aquél apenas figura entre sus fuentes. El nuevo Código Civil peruano de 1836 se fundó preponderantemente en la legislación suiza⁸⁴. El nuevo Código Civil boliviano de 1975 recibió la incidencia del Código italiano de 1942⁸⁵, lo que volvió a repetirse en el renovado Código peruano de 1984⁸⁶. Cuba, que desde 1889 se había regido por el Código español de ese mismo año, lo sustituyó en 1987, y las fuentes principales del cuerpo legal entonces promulgado fueron los códigos de los Estados socialistas del este europeo, hoy desaparecidos⁸⁷. El último código iberoamericano en aparecer, o sea el segundo del Brasil del 2000, por seguir la planta del primero de 1916, se mantiene bajo la vieja influencia pandectística ya presente en éste.

XV. CONCLUSIONES

En conclusión, si nosotros dividimos la historia de la codificación americana en períodos relacionados con la influencia del *Code Civil* en ella, debemos distinguir: i) un primer período, desde 1808 a 1845, que se caracteriza porque todos los códigos promulgados en la región fueron una imitación intensa de ese cuerpo legal: Luisiana (1808), Haití (1825), Oaxaca (1827-1829), Bolivia I (1830, de donde Perú en 1836 y Costa Rica en 1842), República Dominicana (1845), Bolivia II (1845); ii) un segundo período que se inicia con el *Proyecto de Código Civil* del Perú de 1847 convertido en ley en 1852 y culmina con el Código chileno de 1855, denotado por la composición de códigos de derecho vernáculo, o sea, castellano-indiano, bajo órdenes sistemáti-

⁸² GUZMÁN, A., *Codific. civil en Iberoam.*, pp. 505 ss.

⁸³ GUZMÁN, A., *Codific. civil en Iberoam.*, pp. 515 s.

⁸⁴ GUZMÁN, A., *Codific. civil en Iberoam.*, pp. 518 ss.

⁸⁵ GUZMÁN, A., *Codific. civil en Iberoam.*, pp. 522 ss.

⁸⁶ GUZMÁN, A., *Codific. civil en Iberoam.*, pp. 524 ss.

⁸⁷ GUZMÁN, A., *Codific. civil en Iberoam.*, pp. 528 ss.

cos distintos al del francés, en que éste actúa, entre otras pocas fuentes, solo como fuente de inspiración de normas específicas, y que han de ejercer su propia influencia —muy amplia y poderosa en el caso del Código chileno— sobre otros países americanos que los adoptaron; iii) un tercer período, que podemos dar por iniciado con la codificación uruguaya de 1868 y argentina de 1869, ambas muy eclécticas, en que el Código francés ocupa un lugar no especial en un amplio conjunto de fuentes recurridas; en fin, iv) un cuarto período, que ya cae en el siglo XX, de declinación casi completa de la influencia del célebre código.

Su época de oro, pues, corresponde a la primera mitad del siglo XIX, en que campeó con indiscutida autoridad y sin rivales, de guisa de ser simplemente adoptado en todo o parte. El punto cúlmine de esa actitud se dio en la República Dominicana, un país de habla castellana en donde ni siquiera se lo tradujo, pues simplemente se lo promulgó sin más.

Ahora bien, se ha podido observar que, en todos los casos de ese período, hay dos razones, por lo demás muy ligadas entre sí, que explican semejante fenómeno: la urgencia por darse un código propio sentida colectivamente en el país, merced a circunstancias sociales externas, como en la Luisiana, Oaxaca, República Dominicana y Bolivia después de la caída de Santa Cruz; o bien la urgencia creada artificialmente por el designio vehemente de un gobernante tan autoritario, si no directamente despótico, cuanto ilustrado, en orden a modernizar su país también en el ámbito de la legislación, como en los casos de Haití, Bolivia en 1830, el Perú en 1836, y Costa Rica.

LA FAMILIA EN EL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS Y EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO

HERNÁN CORRAL TALCIANI

Doctor en Derecho U. de Navarra

Profesor de Derecho Civil

Universidad de los Andes

I. IDEA GENERAL

El Código Civil de los franceses o *Code Napoléon* es el resultado de una especie de síntesis entre las ideas revolucionarias que deseaban cambiar la sociedad a través de las leyes, y la necesidad de mantener las tradiciones y las costumbres sociales que perviven e incluso recobran atractivo después de los excesos y convulsiones de la Revolución¹. Esta transacción entre las aspiraciones ideológicas de los revolucionarios y las necesidades de la realidad práctica reflejada en la vida social de la época, se presenta de manera manifiesta en la regulación que el nuevo Código introduce sobre la constitución y la organización de la vida familiar.

Ya con ocasión del centenario del Código, PAUL LEREBOURS-PIGEONNIERE² hacía notar que sus autores renunciaron a la aspiración voluntarista e ideológica de los revolucionarios de usar la ley como instrumento para transformar las costumbres y tradiciones familiares e imponer de

¹ Por eso, el Código ha sido elogiado por su espíritu de moderación y compromiso. Como señala Planiol, el *Code* es fundamentalmente una "*loi de transaction*" que conserva los principios más sensatos de la revolución pero desecha las ideas quiméricas y las medidas violentas. Es un Código "ni revolucionario, ni reaccionario" (Cfr. PLANIOL, MARCEL, *Traité élémentaire de Droit Civil*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 7ª edic., París, 1915, t. I, N° 92, p. 34).

² LEREBOURS-PIGEONNIERE, PAUL, "La famille et le Code Civil", en AA.VV., *Le Code Civil 1804-1904. Livre du Centenaire*, Rousseau, París, 1904, t. I, pp. 271-272.

este modo una concepción de familia basada en el nuevo ideal de ciudadano: el individuo que en un plano de igualdad busca libremente su propia felicidad. Pero la renuncia no es total, pues en algunos puntos el Código mantuvo algunas instituciones alumbradas por la legislación revolucionaria que se estimaron habían conseguido penetrar en la conciencia colectiva. Con todo, el modelo de familia que presenta el conjunto de la regulación codificada francesa coincide con la imagen de una comunidad de carácter natural e institucional en la que sus integrantes intentan en común, y bajo ciertas reglas de atribución de poderes y jerarquías, un interés supraindividual.

El Código Civil chileno en esto resultará más apegado a las tradiciones y a la legislación castellana antigua, que a los principios derivados del igualitarismo revolucionario.

En un aspecto, sin embargo, el *Code* permanecerá fiel a las ideas revolucionarias: la reivindicación para el poder estatal centralizado de celebrar y regular el matrimonio, base de la organización de la familia. El matrimonio deja de ser un sacramento para tener el carácter de un contrato civil.

II. LA SECULARIZACIÓN DEL MATRIMONIO

La gran innovación que el Código mantendrá de la legislación revolucionaria es la secularización del matrimonio. Era una de las conquistas más caras a los revolucionarios en el plano del Derecho de Familia, que quedará plasmada en la misma Constitución de 1791: "*La loi ne considère le mariage que comme un contrat civil*". Puede explicarse así el énfasis que el Código pondrá en la eficacia del consentimiento de los cónyuges y el rechazo a la significación jurídico-canónica de la cópula o unión corporal: "No hay matrimonio si no hay consentimiento" (art. 146).

La celebración se encomienda a un funcionario público: el Oficial del Estado Civil, que sustituye la figura del ministro de culto. Pero el contenido de la regulación matrimonial no es muy diferente de la contemplada por la legislación canónica. Según LEREBOURS la secularización del matrimonio llevada a cabo por la Revolución y confirmada por el *Code* tiene más que ver con el deseo de respetar la libertad de conciencia y de religión que con el fortalecimiento de la independencia del Estado frente a la autoridad eclesiástica³.

³ LEREBOURS-PIGEONNIERE, P., ob. cit., t. I, p. 276.

Entre nosotros, Bello estimó que la sociedad chilena no toleraría una secularización del matrimonio como la establecida en Francia⁴. Aunque definió el matrimonio como contrato en el art. 102, lo hizo en directa correspondencia con la concepción canónica. La celebración del matrimonio y la determinación de los impedimentos, su dispensa y la posible declaración de nulidad por su transgresión quedaba entregada a la jurisdicción eclesiástica (arts. 117 y 103). Para los no católicos el sacerdote competente servía como ministro de fe junto a dos testigos (art. 118)⁵.

III. EL *IUS CONNUBI*

Los ideales revolucionarios exaltaban la libertad de contraer matrimonio como un derecho individual no sujeto al control de los padres o ascendientes. Pero en este punto el Código francés no sólo no secundó tales ideas, sino que más bien reforzó la autoridad de los padres para otorgar o denegar su beneplácito a una unión matrimonial. Así, establece como edad mínima para contraer matrimonio la de 18 años para los varones y de 15 para las mujeres (art. 144). Aún cumplidas esas edades, el matrimonio no puede celebrarse válidamente si falta el asenso del padre, madre o, en su falta, de los ascendientes para los varones menores de 25 años y para las mujeres menores de 21⁶. Incluso si se trata de mayores de esa edad el Código les sigue obligando a solicitar previamente al matrimonio el consejo de los padres o ascendientes por un "*acte respectueux et formel*" (arts. 151 y ss.)⁷.

⁴ SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, *Evolución del Código Civil chileno*, Nascimento, Santiago, 1955, p. 41, señala que la decisión de Bello fue acertada ya que la sociedad chilena de 1855 era profundamente católica y dictar una ley que restare eficacia al matrimonio religioso habría sido profundamente impopular. Prueba de lo cual es la resistencia enconada que se dio en 1884 a la secularización del matrimonio. Además, anota que en la época de la codificación en América Latina sólo se reconocía eficacia al matrimonio religioso.

⁵ Sólo en un aspecto se apartaba el Código de la regulación canónica: el art. 104 dispuso que el matrimonio entre personas afines en cualquier grado de la línea recta no produciría efectos civiles, aunque el impedimento hubiera sido dispensado por la autoridad eclesiástica.

⁶ La diferencia entre varones y mujeres la explica Mourlon, uno de los primeros comentaristas del Código, haciendo ver que denegar el matrimonio a una mujer joven puede inferirle serios perjuicios: "el rechazo de los ascendientes podría ser irreparable, en cuanto a las hijas ya mayores de 21 años; pues su juventud es a menudo la causa de condiciones ventajosas, que no tendrían ocasión de darse a una edad más avanzada. El hombre, en cambio, se casa mejor a los 25 años que a los 21" (MOURLON, FRÉDÉRIC, *Répétitions écrites sur le premier examen du Code Napoléon*, A. Marescq Ainé Libraire-éditeur, 8^a edic., París, 1869, t. I, N° 538, p. 279).

⁷ Los hijos entre 25 y 30 años y las hijas entre 21 y 25 años deben hacer tres actos respetuosos pidiendo consejo para casarse con un intervalo de un mes entre cada uno de ellos. Pasada esa edad, basta un acto respetuoso y la espera de un mes. Se explica

El Código Civil chileno se remite a la legislación canónica sobre la edad mínima para casarse. Regula los asentimientos de los padres y ascendientes pero no con la fuerza y extensión que tienen en el *Code*. De partida la falta de asenso no invalida el matrimonio, sino que genera otro tipo de sanciones civiles. En todo caso, una vez cumplida la mayoría de edad: 25 años, el varón o la mujer pueden contraer matrimonio sin la necesidad de pedir el asenso o consejo de sus ascendientes (art. 106).

A diferencia de su homólogo francés, el Código Civil chileno contiene la novedad de declarar expresamente que los esponsales no son obligatorios ante la ley civil (art. 98), lo que reafirma la libertad nupcial⁸. El silencio del *Code* suscitará la disputa entre los autores sobre la eficacia jurídica de las promesas matrimoniales⁹.

IV. LA FUERZA DEL VÍNCULO MATRIMONIAL. LA CUESTIÓN DEL DIVORCIO

En lo que respecta a la consistencia del vínculo matrimonial el punto más discutido durante el proceso de elaboración del *Code* fue la conservación o no del divorcio que había sido consagrado por la ley de 20 de septiembre de 1792 como una expresión de la libertad individual y, por tanto, incluyendo el repudio unilateral bajo la causal de incompatibilidad de caracteres: "*incompatibilité d'humeur et de caractère*"¹⁰. Nuevamente, los codificadores intentaron una síntesis entre revolución y tradición. En homenaje a esta última se reconoce que idealmente el matrimonio es una unión perpetua (el matrimonio considerado en sí

esta curiosa institución por el deber permanente que tienen los hijos de respetar y honrar a sus ascendientes: "El hijo a toda edad debe honor y respeto a sus ascendientes (art. 374); y, faltaría a este deber si, sin previamente al menos su consejo, realiza un acto que la da una posteridad y le impondrá incluso obligaciones pecuniarias" (art. 206 a 207)" (MOURLON, F., ob. cit., t. I, n° 554, pp. 286-287).

⁸ La decisión sobre la falta de eficacia civil de los esponsales la adoptó Bello siguiendo el ejemplo del Código austríaco (art. 45) y el parecer de García Goyena. Cfr. CLARO SOLAR, LUIS, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y Comparado*, 2ª edic., reimp. Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1992, t. I, N° 403, p. 270.

⁹ Cfr. CLARO SOLAR, L., ob. cit., t. I, N° 507, p. 272.

¹⁰ La ley contempla tres tipos de formas de divorcio: por causa determinada (demencia, condena, abandono, ausencia por más de cinco años, etc.), mutuo consentimiento e incompatibilidad de caracteres. El divorcio por voluntad unilateral era rápido y expedito: bastaba un plazo de seis meses y la convocatoria por tres veces a una asamblea de parientes que podían aconsejar pero no rechazar el divorcio. La ley revolucionaria estaba implícita ya en la Constitución de 1791 que definía el matrimonio como un contrato. Parecía además exigido por el principio de libertad individual que enarbolaran los revolucionarios. Cfr. HALPÉRIN, JEAN-LOUIS, *L'impossible Code Civil*, Puf, Paris, 1992, p. 104.

mismo "nos ofrece la idea fundamental de un contrato propiamente dicho, y de un contrato perpetuo por su destinación", declaraba PORTALIS¹¹), pero se estima que, dada la situación producida por la Revolución, no resulta prudente abrogar completamente el divorcio y que basta con admitirlo sujeto a serias restricciones¹².

Se excluye así el divorcio por voluntad unilateral y, si bien se acepta el divorcio por mutuo acuerdo, se le supone fundado en una grave causa cuya prueba se dispensa. El art. 233 señala que el consentimiento mutuo "probará suficientemente que la vida en común es insostenible y que existe, en relación a ellos [los cónyuges], una causa perentoria de divorcio"¹³. Las restricciones son numerosas: los cónyuges, cualquiera sea su edad, deben contar con el asentimiento de sus

¹¹ PORTALIS, JEAN-ÉTIENNE-MARIE, *Discurso Preliminar del proyecto de Código Civil francés*, trad. Manuel de Rivacoba, Edeval, Valparaíso, 1978, p. 59.

¹² Portalis alega como razón fundamental para la conservación de un divorcio restringido la admisión de libertad de cultos. Las leyes civiles, señala en su famoso Discurso al Proyecto del año VIII, "no pueden esperar hacer del matrimonio, para los individuos que profesan dichos cultos, un lazo más fuerte que la misma religión" (PORTALIS, J., ob. cit., p. 67); insiste luego en su Presentación del título del Divorcio ante el Consejo de Estado, sesión de 6 de octubre de 1801, LOCRÉ, *La Législation civile, commerciale et criminelle de la France*, Treuttel et Würtz Libraires, París, 1827, t. V, p. 44, que "El verdadero motivo que obliga a las leyes civiles a admitir el divorcio, es la libertad de cultos". El argumento no es consistente con los párrafos anteriores en que ha declarado estar convencido de que el matrimonio "no es un acto civil ni un acto religioso, sino un acto natural que ha traído la atención de los legisladores y que la religión ha santificado" (Portalis, J., ob. cit., p. 56). Da la impresión que se estima que la admisión legal del divorcio es un mal inevitable que es mejor que sea regulado y controlado por la ley: en su Presentación ante el Consejo de Estado, sesión de 6 de octubre de 1801, LOCRÉ, ob. cit., t. V, p. 44, revela este propósito: "La necesidad de la lengua ha sólo hecho admisible esta expresión, permitir, autorizar el divorcio. Hablando exactamente, la ley no lo permite ni lo autoriza; ella se limita a prevenir el abuso".

¹³ CARBONNIER, JEAN, *Droit Civil. La famille*, Puf, 18ª edic., París, 1997, p. 194, sostiene que detrás de la admisión del divorcio consensual podía estar la idea de Napoleón de disolver su propio matrimonio. Leyendo las actas del Consejo de Estado se observa que ni Portalis ni Bigot-Preameu estaban de acuerdo con el divorcio consensual, y que, en cambio, el Primer Cónsul sostuvo la necesidad de aprobar este tipo de divorcio para dar una salida honrosa al marido que no desea ventilar públicamente el motivo de la ruptura. En su parecer la exigencia de que los cónyuges obtengan el asentimiento de sus padres o ascendientes sobre la necesidad del divorcio es suficiente resguardo de la seriedad de su causa. En la discusión del Consejo de Estado de sesión de 6 de octubre de 1801, sostiene que "Esta condición del consentimiento de la familia sería una garantía de que el matrimonio no será disuelto más que por causas graves y reales; y sin embargo existiría un medio para cubrir la causas de divorcio que el interés de las costumbres no permite divulgar" (LOCRÉ, ob. cit., t. V, p. 65). Más adelante dirá que "El consentimiento mutuo no es la causa del divorcio, sino un signo de que el divorcio ha devenido en necesario" (LOCRÉ, ob. cit., t. V, p. 69). No obstante, llegado el momento, Napoleón no respetó las exigencias de su propio Código, y se divorció de Josefina por medio de un senado-consulta de 16 de diciembre de 1809, sin que constara el consentimiento expreso de la madre del Emperador y haciendo caso omiso de que la esposa repudiada no tuviera más de cuarenta y cinco años (Cfr. Alterini, Jorge Horacio, Estudio introductorio a Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discurso preliminar Código Civil Francés*, La ley, 2004, p. XXIX).

padres o ascendientes (art. 278)¹⁴, no se aplica a matrimonios de más de veinte años de duración ni tampoco cuando la mujer tuviere 45 años o más (art. 277), la mitad de todos los bienes de cada uno de los cónyuges divorciados por consentimiento mutuo se atribuye *ipso iure* a los hijos nacidos de ese matrimonio (art. 305); finalmente, los divorciados no pueden pasar a nuevas nupcias sino pasados tres años desde la sentencia de divorcio (art. 297).

Junto al divorcio se regula la separación de cuerpos, que había sido abolida por las leyes revolucionarias que sólo preveían el divorcio. De nuevo el *Code* muestra su espíritu de ley de transacción entre revolución y derecho tradicional francés (en este caso, canónico)¹⁵.

El panorama para el codificador chileno era completamente distinto. Las leyes canónicas sólo admitían el divorcio como separación de mesa y lecho y sin disolución de vínculo. El Código Civil chileno conserva la típica indisolubilidad del matrimonio canónico¹⁶ y regula los efectos civiles de lo que, siguiendo las leyes canónicas, denomina divorcio perpetuo y no separación de cuerpos (art. 108) Debe notarse que, al momento de redacción del Código chileno, la indisolubilidad había sido reinstalada también en el *Code* por la ley de 8 de mayo de 1816. El divorcio en Francia sólo reaparecería en 1884 y únicamente por causales basadas en la culpa de uno de los cónyuges. La liberalización del divorcio llegará a Francia con la expansión de la teoría del "*non faut divorce*" o divorcio remedio, y por un catálogo abierto de causales incorporadas en el Código en 1975 (y reformadas en 2004).

V. DERECHOS Y DEBERES ENTRE CÓNYUGES. RÉGIMEN MATRIMONIAL DE BIENES

En todo lo referido a las relaciones entre los cónyuges, el Código Civil francés dejó de lado los ideales de igualitarismo y libertad emancipadora que la misma Revolución se había cuidado de no aplicar en estas materias¹⁷. Consagra así una fuerte autoridad del marido como

¹⁴ Los cónyuges deben repetir la petición y demostrar el asentimiento de las familias, por acto auténtico, hasta tres veces: al cuarto, al séptimo y al décimo mes (art. 283 N° 3).

¹⁵ Mourlon señala que el *Code* establece una especie de transacción entre el derecho canónico que sólo reconoce la separación de cuerpos y el derecho revolucionario que únicamente regula el divorcio. Así, se mantiene el divorcio, si bien restringido, para aquellos a quienes no repugna su utilización y se regula la separación de cuerpos para los católicos quienes en conciencia no pueden recurrir al divorcio (ob. cit., t. I, N° 826, p. 447).

¹⁶ Si bien reconoce la disolubilidad del matrimonio rato y no consumado que puede ser decretada por la autoridad eclesiástica conforme el Derecho canónico (cfr. art. 1792).

¹⁷ Las innovaciones revolucionarias no se ocuparon de los regímenes de bienes ni de la subordinación de la mujer al marido. En París, se constata un cierto crecimiento del

cabeza de la familia, que se traduce en la fórmula: "El marido debe protección a la mujer y la mujer obediencia al marido" (art. 213)¹⁸.

El Código Civil chileno en esta materia sigue la concepción jerárquica de la familia que coincide con la realidad social de la época. Bello, amigo de las definiciones, contempla expresamente el concepto de lo que denomina "potestad marital" (art. 133), (que el Código Napoleón consagraba pero implícitamente), pero repetirá exactamente la fórmula del art. 213 del *Code* sobre el deber de protección del marido y de obediencia de la mujer (art. 131). En ambos cuerpos legales, la mujer casada es considerada incapaz de contratar y sujeta a la representación legal del marido. El Código Civil chileno mejora un tanto su posición al consagrar una presunción de autorización del marido para la compra de cosas muebles al contado o de objetos destinados al consumo ordinario de la familia (art. 147). Esto no estaba expresamente recogido en el Código francés, pero la doctrina y la jurisprudencia para colmar ese vacío elaboraron la idea de un mandato marital tácito.

La posibilidad de que la mujer desarrolle un trabajo del hogar es contemplado tanto por el Código francés como por el chileno. El *Code* concede libertad para obligarse en sus negocios a la mujer comerciante (arts. 220 y 1426). El Código chileno es más generoso y amplía esa autonomía a toda profesión o industria: "como la de directora de colegio, maestra de escuela, actriz, obstetrix, posadera, nodriza". Pero condiciona esa autonomía de gestión a que el marido no proteste ni reclame mediante notificación al público o al tercero que contratase con la mujer (art. 150).

En una suerte de compromiso entre los territorios de *Coutumes* y los de Derecho romano y ante la diversidad de estatutos contemplados por

régimen de separación con cláusulas que dan libertad de administración a la mujer a pesar del Derecho consuetudinario. Es posible que la legislación de divorcio haya también influido en esta preferencia. Cfr. HALPÉRIN, J. L., ob. cit., p. 194. Según CARBONNIER, J., ob. cit., t. I, p. 120, las dudas sobre si la potestad marital era o no de derecho natural entre los filósofos de la Ilustración impidieron que los revolucionarios se pronunciaran claramente contra ella: si bien hay indicios de querer abolir la potestad del marido como una forma de tiranía, por otra parte existe el convencimiento de que la igualdad de los sexos no es posible.

¹⁸ Si bien los codificadores coinciden en la igualdad de naturaleza entre hombre y mujer señalan que las diferencias provienen del sexo, y piensan que la preeminencia directiva del varón viene indicada por la misma constitución de su ser. La subordinación de la mujer es considerada una forma de protección y de aseguramiento de la unidad de gobierno de la familia: "La obediencia de la mujer —dirá Portalis— es un homenaje rendido al poder que la protege, y es una consecuencia necesaria de la sociedad conyugal; que no podría subsistir si uno de los cónyuges no se subordina al otro" (Portalis, Exposición de Motivos ante los Cuerpos Legislativos de 10 de marzo de 1803, en LOCRÉ, ob. cit., t. IV, p. 522).

el derecho francés anterior a la codificación, los codificadores franceses establecieron como régimen legal de bienes el de comunidad (previsto por las costumbres) y dejaron como convencional el régimen dotal, típico del derecho romano y que implicaba la libertad de gestión de la mujer respecto de los bienes parafernales. La comunidad legal es una comunidad de muebles y ganancias, administrada por el marido. La mujer goza del derecho de pedir la separación de bienes como protección contra la mala administración marital y puede renunciar a su parte en la comunidad para eximirse del pago de las deudas sociales. Como modificaciones al régimen de comunidad se incluyen modalidades que bien pueden contemplarse como regímenes especiales¹⁹.

Bello en esta materia se distanció fuertemente del *Code*, pues pensó que era más conveniente diseñar un régimen único de comunidad de ganancias manteniendo y simplificando las reglas y prácticas del Derecho castellano²⁰. Por el hecho del matrimonio, se contrae una

¹⁹ El *Code* trata en el título V del libro III del "*contrat de mariage*" [capitulaciones matrimoniales] y de los derechos de los cónyuges, el cual divide en tres capítulos: uno contiene en: las disposiciones generales, el segundo, el régimen de comunidad, subdividido a su vez: a) comunidad legal y b) comunidad convencional, lugar donde se contempla la posibilidad de pactar comunidad de ganancias (arts. 1498 y ss.), exclusión de bienes muebles (arts. 1500 y ss.), separación de deudas (arts. 1510 y ss.), división desigual de los gananciales (arts. 1520 y ss.), comunidad universal (art. 1526), administración sin comunidad (art. 1529-1535), y separación de bienes (arts. 1536 y ss.). El tercer capítulo se dedica al régimen dotal (art. 1540-1581). Mourlon, F., ob. cit., t. III, N° 10, p. 5, piensa que esto se debe a que los antiguos autores Pothier y Lebrun trataban de ellos como anexos a sus tratados sobre la comunidad, y que los autores del Código no hicieron más que copiarlos.

²⁰ DOUGNAC RODRÍGUEZ, ANTONIO, *Esquema del Derecho de Familia Indiano*, Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano y Pereyra, Santiago, 2003, pp. 360 y ss. concluye que del examen comparado de las disposiciones del Código Civil y las del Derecho castellano en esta materia, surge como inevitable corolario que Bello sólo en muy contadas ocasiones modificó el Derecho anterior, y que su labor más notable fue la de simplificar las reglas. OLEA ALVAREZ, VICENTE, *Evolución histórica y análisis crítico de la sociedad conyugal de bienes en el Código Civil chileno*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1966, pp. 293 y ss. postula también la nula influencia del Código francés sobre el régimen de bienes establecido en el Código de Bello sobre las bases de las leyes castellanas. Plantea que los codificadores franceses se enfrentaron a un panorama legislativo muy diferente; mientras en Francia proliferaban estatutos y regímenes diversos desde la comunidad universal al régimen dotal, en la América Indiana se conocía una sola forma de régimen económico matrimonial. Por eso la pluralidad de regímenes que tuvo que admitir el *Code* y su compleja articulación resultaba demasiado extraña a la tradición chilena como para servir de fuente para Bello en esta materia. Quizás sin embargo haya que reconocer influencia francesa, ya sea por el *Code* o por Pothier, en la ubicación del régimen de bienes en la estructura sistemática del Código. Sus reglas se insertan no en el libro de las personas donde se ha tratado del matrimonio y la filiación, sino en la parte dedicada a regular los contratos (libro III del *Code* y libro IV del Código de Bello). Es francesa la distinción entre "*le mariage*" y "*le contrat de mariage*", aludiendo con esta última expresión a las convenciones patrimoniales entre cónyuges y al régimen legal supletorio.

"sociedad conyugal"²¹, sociedad a la que ingresan todos los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio y, además, provisoriamente y con cargo de reembolso, los bienes muebles aportados y los adquiridos a título gratuito²². Este régimen es inmutable, salvo sentencia de divorcio perpetuo o de separación solicitada por la mujer. Esta también goza del derecho a renunciar a los gananciales, caso en el cual no responde por las deudas sociales.

La administración corre por cuenta del marido como "jefe" de la sociedad (art. 1749). Pero se establece expresamente la posibilidad de que la mujer actúe con autorización tácita del marido y obligue los bienes sociales (art. 1751). Además, en caso de interdicción o larga ausencia, la mujer puede ser nombrada curadora del marido y administrar extraordinariamente la sociedad (art. 1758).

VI. FILIACIÓN

En materia de filiación, el Código Civil francés nuevamente conserva algunas disposiciones del derecho revolucionario pero en general se aferra a la tradición e incluso en algunos puntos es aún más riguroso que ésta.

De las leyes revolucionarias se acoge el principio de la igualdad en la partición de los hijos herederos y la supresión de los privilegios de la primogenitura (art 745: los hijos son llamados a la sucesión "sin distinción de sexo ni primogenitura")²³. Según LEREBOURS, sin embargo, los autores del Código no estaban pensando en la independencia y dignidad de los hijos (que era lo que inspiraba a los revolucionarios) sino en un objetivo de carácter económico: la necesaria movilidad de los patrimonios inmuebles²⁴.

²¹ La denominación es original de Bello, porque no estaba en el Código francés, que habla de "comunidad", ni en el Derecho castellano.

²² Esta forma de ingreso provisorio de ciertos bienes es una innovación respecto del Derecho castellano. Cfr. DOUGNAC, A., ob. cit., p. 361.

²³ La igualdad en la sucesión fue materia de varias leyes. La primera de ellas es la de 8-14 de abril de 1791 que suprimió las desigualdades pero sólo en las sucesiones *abintestato*. Vino luego la ley de 12 de brumario del año II (2 de noviembre de 1793), que concedió derechos a los hijos naturales en la sucesión, la ley de 5 de brumario del año II (26 de octubre de 1793), que ordenó reabrir las particiones abiertas después del 14 de julio de 1789 para realizar una partición igualitaria entre los herederos, y la ley de 17 de nevoso del año II (6 de enero de 1794), que reafirmó el criterio de la ley de 5 de brumario, pero aclaró la forma de su aplicación retroactiva anulando las disposiciones testamentarias o donaciones hechas con posterioridad a la fecha del comienzo de la Revolución. Cfr. HALPÉRIN, J. L., ob. cit., pp. 143 y ss.

²⁴ LEREBOURS-PIGEONNIERE, P., ob. cit., t. I, p. 281.

El Código Civil chileno sigue al francés al establecer la igualdad sucesoria de los hijos legítimos: "en la sucesión intestada no se atiende al sexo ni a la primogenitura" (art. 982).

Pero, fuera de la eliminación de los derechos del primogénito, los codificadores franceses rechazarán prácticamente todas las reformas que la Revolución había establecido en materia de filiación, y que la opinión pública de la época juzgaba como demasiado extremas y permisivas. La Revolución había llegado a establecer la equiparación de derechos hereditarios entre hijos legítimos y naturales y esto no para lo futuro sino con efecto retroactivo para las sucesiones abiertas con anterioridad a la ley revolucionaria (ley de 12 de brumario del año II²⁵). El *Code*, en cambio, volverá a hacer la diferencia y, si bien concederá a los hijos naturales derechos en los bienes del padre o madre fallecidos, les negará el título de herederos (art. 756: "Los hijos naturales no son herederos"). La porción del hijo natural corresponde al tercio de lo que le hubiera correspondido de ser hijo legítimo. Su situación resulta precaria ya que incluso se les niega este derecho (y hasta el de alimentos) cuando el reconocimiento por parte del causante se realiza durante su matrimonio con una persona distinta de aquella en la que se tuvo al hijo, en la medida en que ello perjudique a la mujer o a los hijos legítimos (art. 337).

El Código Civil chileno mantuvo la diferencia entre hijos legítimos y naturales y es dudoso si su tratamiento fue más o menos favorable que el que les brindara el *Code*²⁶. Si bien en el Código de Bello se reconoce a los hijos naturales como herederos, no pueden concurrir en el primer orden sucesorio si hay descendientes legítimos. Sólo son llamados en el segundo orden sucesorio, junto con el cónyuge y los ascendientes (arts. 988 y 989).

Para alcanzar la categoría de hijos naturales por parte del padre ambas legislaciones confían casi exclusivamente en el reconocimiento voluntario del progenitor que conste en un acto solemne y con el

²⁵ La ley de 12 de brumario del año II (2 de noviembre de 1793), daba a los hijos naturales los mismos derechos que los legítimos de manera retroactiva al 14 de julio de 1789. En concurrencia con colaterales o extraños su porción correspondía a la cinco sextos de los bienes de sus padres. Los hijos adúlterinos podían tener un tercio de la porción que podían pretender los hijos legítimos. En todo caso, la ley se presentaba como transitoria a la espera de que se dictara un Código Civil, por lo que sólo se aplicaba a los hijos naturales "actualmente existentes". Cfr. HALPÉRIN, J. L., ob. cit., p. 146.

²⁶ Según el Mensaje el codificador creía haber mejorado la posición sucesoria de los hijos naturales: "Se ha mejorado —advierte— notablemente la suerte del cónyuge sobreviviente y de los hijos naturales".

propósito consciente de otorgar esa calidad filiativa. La investigación judicial de la paternidad es denegada por los codificadores franceses por considerar que la paternidad fuera del matrimonio es siempre incierta y que abrir juicios al respecto significa permitir procesos escandalosos²⁷. Sólo en caso de raptó de la mujer que coincide con la fecha de la concepción el *Code* permite que un juez declare la paternidad del raptor (art. 340). Este rigor no es aplicado cuando se trata de identificar a la madre natural. El *Code* acepta la investigación judicial de la maternidad con tal que exista un principio de prueba por escrito, salvo casos de incesto o adulterio (arts. 341 y 342). El reconocimiento de la madre es también eficaz para determinar la filiación excluyéndose solamente a los hijos adulterinos o incestuosos (art. 335).

El Código de Bello siguió en esto al *Code* alejándose del Derecho castellano que permitía que la calidad de hijo natural fuera declarada por sentencia judicial en que se probara fehacientemente la paternidad²⁸. Aun así es tenuemente más abierto en cuanto a la indagación de la paternidad, porque permite que el hijo no reconocido obtenga alimentos de su padre mediante una citación a confesar paternidad, que se presume asentida en caso de ausencia del citado por dos veces (arts. 282 y 283). También se le confiere derecho de alimentos si la concepción hubiere sido posible durante el raptó de la mujer (art. 287). En esto se basa Bello para declarar que en esta materia el Código chileno ha sido menos severo que el Código francés (Mensaje del Código)²⁹. En cambio, la investigación de la maternidad se permite

²⁷ En el antiguo derecho francés, la investigación de la paternidad era admitida con bastante amplitud, pero, como recuerda PLANIOL, M., ob. cit., t. I, N° 1520, p. 471, el hijo natural no entraba en la sucesión de su padre y sólo podía reclamar alimentos. Bajo el adagio "*Virgini praegnantis creditur*", se consideraba que bastaba que la madre soltera embarazara designaba a un hombre como el padre, para obligar a éste a pagar los gastos del parto y dar alimentos al niño. Al parecer estos procesos fueron muy frecuentes hasta hacerse escandalosos. No sería el *Code* el que les pusiera atajo, sino la misma Revolución por la ley de 12 de brumario del año II que sólo admitía la determinación de paternidad por el reconocimiento del padre. Los codificadores no hicieron más que mantener y fortalecer la prohibición de abrir juicios sobre la investigación de la paternidad, que al decir de Bigot du Préameneu, habían llegado a ser una "plaga de la sociedad" ["*le fléau de la société*"] (Bigot du Préameneu, Exposición de Motivos ante los Cuerpos Legislativos de 11 de marzo de 1803, en LOCRÉ, ob. cit., t. VI, p. 213). En el mismo sentido el discurso de Duveyrier, ante los Cuerpos Legislativos de 23 de marzo de 1803, en LOCRÉ, ob. cit., t. VI, p. 320: "Sería a la vez injusto e insensato querer que un hombre sea convencido, sin su voluntad, de un hecho cuya certeza no consta ni de las combinaciones de la naturaleza ni de las instituciones de la sociedad".

²⁸ Cfr. DOUGNAC, A., ob. cit., p. 395, quien sostiene que en el Derecho indiano esta forma de reconocimiento era de las más usuales.

²⁹ Dice el Mensaje que para la obtención de alimentos se impone a los hijos ilegítimos la prueba de la confesión de paternidad del padre, "condición dura a primera vista, pero justificada por la experiencia de todos los países sin exceptuar el nuestro. Más severos

por testimonios fehacientes que establezcan el hecho del parto y la identidad del hijo (art. 289)³⁰.

Ambas legislaciones contemplan la legitimación por el matrimonio subsiguiente de los padres como un incentivo a la constitución regular de la familia, siempre que no se trate de hijos adulterinos³¹. El Código francés exige que los hijos sean reconocidos antes o en el acto del matrimonio (art. 331). El codificador chileno intentó en esta materia una síntesis entre el derecho romano, el canónico y el Código Civil francés³². Establece dos formas de legitimación: legitimación *ipso iure* para los hijos concebidos antes pero nacidos durante el matrimonio y para los reconocidos como naturales por ambos padres antes de su matrimonio (arts. 206 y 207), y legitimación voluntaria para que los hijos que se reconocieran en el acto del matrimonio o, incluso, en caso de "impedimento grave", en instrumento público otorgado en los treinta días si-

han sido todavía el código francés y otros modernos, pues han prohibido absolutamente la indagación de la paternidad". SOMARRIVA, M., ob. cit., p. 144, observa que los códigos de la época aceptaban la investigación de la paternidad, por lo que la determinación restrictiva del Código de Bello aparece como una directa influencia del Código Civil francés. Quizás haya también aquí una suerte de reacción frente a los abusos producidos ante la legislación más liberal anterior a la codificación. En el mismo Mensaje el Codificador afirma que, si bien se ha permitido la investigación de la maternidad, no faltarían "razones gravísimas" para prohibirla que Florencio García Goyena en su proyecto de Código Civil Español de 1851 "ha hecho valer con mucha verdad, sensatez y filosofía". Debe destacarse que el Proyecto de 1853 (art. 313) aceptaba ciertas causas para permitir la investigación de la paternidad, pero la Comisión Revisora las suprimió. Con todo, puede señalarse con SOMARRIVA, M., ob. cit., p. 161, que "En todo caso, es justo reconocer que con respecto a este Código [el francés] el nuestro fue más equitativo ya que siquiera permitió al hijo citar al padre para que lo reconociera, cosa que en aquél no era posible".

- ³⁰ La negación de la investigación de la paternidad para otorgar alimentos al hijo debe contemplarse en conjunto con un decreto de la Convención de 28 de junio y 8 de julio de 1793, que organizaba una especie de socorro anual para los hijos y establecía (título I, § 2) que la Nación se haría cargo de la educación física y moral de los hijos abandonados y que pagaría los gastos del parto de las madres solteras (a. 7): Así —acota CARBONNIER, J., ob. cit., p. 440—, los derechos alimentarios eran mantenidos pero la carga era transferida del progenitor designado por la madre a la colectividad pública.
- ³¹ Se desconoce en cambio la legitimación por rescripto. La legitimación por la autoridad del Príncipe o por Rescripto del Emperador estaba contemplada en el Derecho justinianeo y de allí pasó tanto al Derecho francés antiguo, como al Derecho Indiano a través las Siete Partidas y la ley 12 de Toro. Cfr. DOUGNAC, A., ob. cit., pp. 372-373. En el proceso de discusión del *Code* se hizo ver que esta legitimación no equiparaba a los hijos a los legítimos sino que tenía por objeto hacer cesar la indignidad para ciertos oficios o cargos. Habiendo desaparecido el prejuicio contra los hijos naturales se le considera inútil e incluso nociva socialmente (Bigot du Préameneu, Exposición de Motivos ante los Cuerpos Legislativos de 11 de marzo de 1803, en LOCRÉ, ob. cit., t. VI, p. 211).
- ³² Lo declara expresamente el Mensaje: "En cuanto a los legitimados por matrimonio posterior a la concepción (única especie de legitimación que admite el proyecto), el sistema adoptado en éste combina las reglas del derecho romano, el canónico y el código civil francés".

guientes al matrimonio (art. 208)³³. El Código chileno sigue al francés al establecer la posibilidad de legitimar hijos fallecidos en beneficio de la descendencia de éstos (art. 332 del *Code* y 213 del Código chileno). A diferencia del *Code* que no se pronuncia sobre el tema suscitando la controversia entre sus comentadores, el Código de Bello rechaza la eficacia legitimante del matrimonio nulo putativo (art. 203)

En el Código francés la potestad paterna es atribuida al padre (art. 373). Se le considera un poder que debe ser ejercido en interés del hijo, pero que queda fuera del control judicial por regla general. Sólo el derecho de corrección que consiste en el arresto del hijo mayor de 16 años debe ser sometido a la aprobación o rechazo del juez (art. 377). El Código no acogió la institución revolucionaria de los Tribunales de Familia que tenían por misión velar por el recto ejercicio de las facultades paternas. Crea sí un Consejo de familia al que confiere atribuciones para asentir en el matrimonio del menor de 21 años a falta de ascendientes y sobre todo para controlar, nombrar y destituir a los tutores. Si el menor no tiene padre ni madre ni tutor elegido por ellos ni ascendientes masculinos el nombramiento del tutor le corresponde a este Consejo (arts. 405 y ss.)³⁴. La madre que ejerciendo la tutela de sus hijos menores pretende volver a casarse, debe convocar al Consejo de familia para que éste decida si mantiene o no la tutela. Si contrae matrimonio sin convocar al consejo pierde la guarda de pleno derecho (art. 395).

El padre usufructúa de los bienes del hijo legítimo, salvo aquellos que el hijo adquiere por su trabajo o industria separada (art. 387 del *Code*). La madre viuda es llamada también al goce de estos bienes (art. 384). Esta especie de usufructo legal se extiende hasta los 18 años

³³ Bello en el Mensaje, sostiene que en cuanto al tiempo del otorgamiento del acto de legitimación se ha seguido al Código francés y otros modernos, "pero con menos rigor. No se ha encontrado gran fuerza a las objeciones que a primera vista se ofrecen contra la confección de un instrumento en que los esposos consignan su propia flaqueza. Este es un sacrificio exigido por el orden social, la justa expiación de una culpa. Por otra parte, el otorgamiento no dice nada que no revele mucho más elocuentemente la presencia de los legitimados en la familia paterna". En la discusión del *Code* se había negado tal posibilidad pensando en que la legitimación posterior al matrimonio se prestaría para abusos y fraudes: "La ley no puede dejar a los cónyuges la facultad de atribuir hijos por su consentimiento mutuo. Las familias no deben estar en una continua incertidumbre" (Bigot du Préameneu, Exposición de Motivos ante los Cuerpos Legislativos de 11 de marzo de 1803, en LOCRÉ. ob. cit., t. VI, p. 208).

³⁴ Componen este Consejo el juez de paz que lo preside, seis parientes o afines tomados la mitad del lado paterno y la mitad del lado materno, y domiciliados o residentes en la comuna donde la tutela es defendida (arts. 407 y ss.). Tres cuartos de los miembros convocados son necesarios para deliberar. El juez de paz dirime en caso de empate de votos (art. 416).

o hasta la emancipación del hijo (que puede otorgarse a contar de los 15 años: art. 477).

El Código chileno hace una distinción entre el contenido personal de la autoridad paterna y el derecho de administrar y de gozar los bienes del hijo. Esta última recibe el nombre típico de "patria potestad" que es definida como un poder que recae sobre los bienes del hijo no emancipado y que se extiende hasta los 25 años, salvo emancipación voluntaria, posible para el hijo adulto (varón mayor de 14 y mujer mayor de 12 años) (art. 244), si bien obligado a permanecer bajo guarda hasta cumplir la mayoría de edad. La autoridad paterna, que incluye el cuidado personal del hijo, el derecho a dirigir su educación y la potestad de corrección³⁵, corresponde en principio al padre, pero a veces puede recaer en la madre: le corresponde, en caso de divorcio, el cuidado personal de los hijos varones menores de cinco años y de las hijas de cualquiera edad (art. 223). En los artículos se nota una intervención más fuerte de los tribunales. El juez controla el ejercicio del derecho de corrección mediante el arresto del hijo mayor de 16 años, al igual que en el francés (art. 233)³⁶.

Más severo ha sido el Código Civil chileno con la mujer en cuanto al ejercicio de la "patria potestad". La madre no puede ejercerla ni aún cuando falte el padre. La madre podrá sí ejercer la tutela o curatela legítima de los hijos (art. 499)³⁷.

En materia de guardas, el Código francés distinguió la tutela para las guardas que conciernen a la persona y los bienes del pupilo y las curatelas restringidas sólo a la administración de bienes. El Código chileno simplificó la materia librando al guardador de consultar el parecer de otros órganos (como el Consejo de familia francés) y siguió la nomenclatura romana que reserva la tutela para los impúberes y asigna curatela general para los demás incapaces.

El Código francés reglamentó, aunque muy restringidamente, la adopción (arts. 343 y ss.) en su versión de contrato de familia³⁸. El

³⁵ El Código chileno hace mención expresa del derecho de castigar al hijo siempre que sea "moderadamente". El Código francés silenció esta facultad pensando que estaba incorporada en las costumbres. CLARO SOLAR, L., ob. cit., t. III, n° 1516, p. 195, apunta que esta disposición hace del padre un "verdadero magistrado doméstico".

³⁶ SOMARRIVA, M., ob. cit., p. 137, piensa que los arts. 233 y 234 del Código Civil chileno fueron influenciados por los artículos 375 y 376 del Código Civil francés.

³⁷ Según LIRA URQUIETA, PEDRO, *El Código Civil chileno y su época*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1956, p. 18, posiblemente el estado de cultura o más bien de falta de instrucción de la mujer justificó "el desaire" que le impuso en este punto la ley. SOMARRIVA, M., ob. cit., p. 124, piensa que la decisión de Bello se funda en las ideas romanistas y del derecho español antiguo.

³⁸ La adopción fue una innovación del derecho revolucionario pues no se conocía en el antiguo derecho francés: la ley de 18 de enero de 1792 estableció sus principios

Código Civil chileno ignoró completamente la institución, la que al parecer no era practicada y era más bien mirada con sospecha como modo de encubrir una filiación irregular.

VII. CONCLUSIONES

La imagen de la familia diseñada por ambos Códigos es bastante coincidente. Se la aprecia como una institución, nacida de un contrato, pero con una función social fundamental, y en la que la igualdad y los intereses individuales deben ajustarse a la necesidad prioritaria de un poder de mando que, por las costumbres y la cultura de la época, se estima unipersonal y atribuible por regla general al varón. Diríase que la dimensión institucional de la familia, y su unidad como núcleo social, están subrayadas y se ha rechazado la concepción del individualismo liberal revolucionario que concibe la familia más como una libre asociación de individuos iguales que como una comunidad natural. La constitución legal de la familia en ambos Códigos es un ideal respaldado fuertemente por la ley civil. El matrimonio es un contrato celebrado por el consentimiento de los cónyuges, pero que se distingue de cualquier otro por generar un vínculo permanente o incluso indisoluble (como en el caso chileno) y sobre el que se constituye el hogar al que se confía la crianza y educación de los hijos. Los derechos que se otorgan a los hijos concebidos al margen del matrimonio no son completamente desconocidos pero son de acceso restringido (sobre todo respecto del padre) y resultan preteridos respecto de los derechos de los hijos legítimos.

La diferencia primordial entre ambas regulaciones se concentra en el papel de la Iglesia en la celebración y validez del matrimonio, que en el *Code* francés es sustituida completamente por la autoridad civil, mientras que en el Código chileno mantiene su vigor casi plenamente.

Discutible es qué regulación ha sido más favorable a la autonomía de la mujer: el *Code* tiene a su favor el haber permitido el régimen dotal que confiere mayor autonomía a la mujer casada, mientras que el Código Civil chileno le otorga mayores poderes en el régimen de

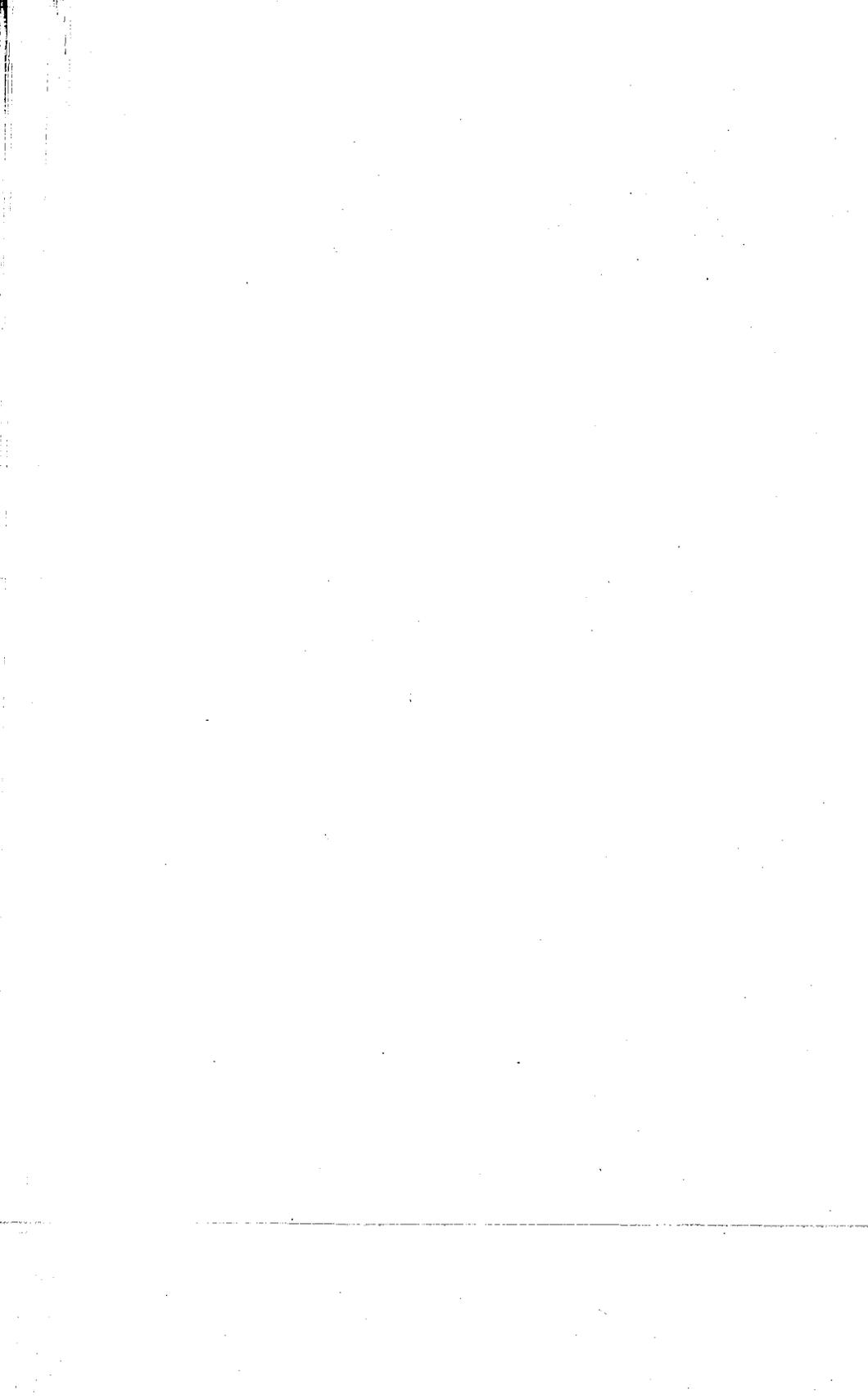
generales pero no la reglamentó. El *Code* la contempla como un contrato entre adoptante y adoptado (mayor de edad), conservando éste sus derechos en la familia de origen. La introducción de la adopción por la Revolución parece estar inspirada en los ideales de reanudar las instituciones de la antigüedad clásica. En el *Code* se intuye la intención de Napoleón de dejar la puerta abierta para recurrir a ella para proveerse de heredero en caso necesario. Según CARBONNIER, J., ob. cit., p. 498, pensaba adoptar a Eugène de Beauharnais, su hijastro, hijo de Josefina.

comunidad al permitir que actúe sobre bienes comunes invocando una autorización tácita del marido y confiriéndole la administración extraordinaria de la sociedad conyugal, si bien como curadora del marido. Pero, a la inversa, el *Code* le concede, a falta del padre, el usufructo de los bienes del hijo, mientras que el Código chileno le niega la patria potestad en caso de viudez, otorgándole sólo el derecho a administrar los bienes del hijo como tutora o curadora.

También es discutible si hubo un mayor favor a los hijos naturales por parte de una u otra legislación. Mientras el *Code* les niega el título de herederos pero les permite concurrir en conjunto con los hijos legítimos en la sucesión de su padre, el Código de Bello, les confiere el nombre de herederos pero los llama sólo a falta de hijos legítimos. En la indagación de la paternidad o maternidad, el Código Civil chileno parece un poco más abierto que el Código francés, al establecer la citación para confesar paternidad y al permitir la indagación de la maternidad fundada sólo en testimonios fehacientes, y no en un principio de prueba por escrito exigida por el *Code*.

Mucha agua ha corrido bajo los puentes desde que los codificadores intentaron plasmar los valores de la familia en las leyes civiles. Es la parte de los Códigos que más reformas ha sufrido como producto de la evolución de las costumbres y de las realidades sociales. Muchas de las reformas han tendido a hacer compatible el interés en proteger la familia con un tratamiento más equitativo de las relaciones entre los cónyuges y de los padres para con los hijos. Pero otras reformas parecen mirar nostálgicas a la imagen de la familia de los revolucionarios de 1789. La contractualización cada vez mayor del matrimonio, la admisión del divorcio incausado y por mera voluntad conjunta o unilateral, la regulación de la filiación que intenta hacer caso omiso del matrimonio, la mirada de éste como una forma alternativa de familia frente a la cual el Estado debe mantener neutralidad, la consideración de que el no reconocimiento legal de las uniones homosexuales como pactos civiles o como matrimonios resulta discriminatorio, y tantas otras medidas legales aprobadas o en curso, nos indican que nuevamente el péndulo de la historia jurídica parece irse al extremo opuesto de la regulación decimonónica. Pero el individualismo liberal de progenie revolucionaria no parece tampoco responder hoy a las aspiraciones y necesidades del hombre y la mujer que desean establecer un hogar que goce de estabilidad y protección para recibir a los hijos. Será tarea de los pensadores y juristas del siglo XXI el alumbrar una nueva síntesis que, evitando los excesos del individualismo actual y ~~sin reinstalar la concepción burguesa y jerárquica~~ del siglo XIX, establezca una regulación de la familia más acorde con

su identidad natural de comunidad y comunión de personas en la que se vive el amor esponsal que fructifica en el acogimiento de los hijos como un don para los padres, y en la que las relaciones conyugales y paterno-filiales no son relaciones ni de dominio de unos a otros ni de pares que intentan maximizar egoístamente sus intereses individuales, sino relaciones de acogida y de entrega de la persona en su ser único e irrepetible como marido, como mujer, como padre, como hijo.



LA INFLUENCIA DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO EN MATERIA DE BIENES Y PROPIEDAD

MARÍA DE LOS ÁNGELES SOZA RIED

Doctora en Derecho U. Santiago de Compostela

Profesora de Derecho Romano

Universidad de los Andes

I. INTRODUCCIÓN

Para entender algo de lo que ha pasado en el Código Civil chileno en relación con el francés debemos advertir el propósito codificador de BELLO. Según abiertamente dice, no pretende introducir con el código un sistema absolutamente nuevo; su tendencia es más bien de conservación del antiguo derecho que de reforma. De este modo, sabemos que tiene especialmente en cuenta el derecho de las Siete Partidas que “encierra lo mejor de la jurisprudencia romana, cuyo permanente imperio sobre una tan ilustrada parte de Europa atestigua su excelencia”¹. Sin embargo, reconoce la necesidad de introducir modificaciones que se obtendrían del derecho europeo recientemente codificado, dirigiendo su atención especialmente al Código Civil francés. De hecho, el *Code Civil* tuvo una gran influencia en el Código Civil chileno aunque, por lo que se refiere al tema que nos interesa – la propiedad –, el influjo es claramente inferior, si se compara con la materia de obligaciones y contratos, por ejemplo². Algunas veces esta influencia es explícita, como cuando BELLO, en sus comentarios a los

¹ BELLO, A., en “El Araucano” 6 de dic. de 1839, citado por GUZMÁN BRITO, A., *Andrés Bello codificador*, Ediciones de la Universidad de Chile, Santiago, 1982, tomo II, Fuentes N° 97, p. 158.

² GUZMÁN BRITO, A., *La Codificación civil en Iberoamérica*, siglos XIX y XX, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, p. 364 ss. y 370 ss.

proyectos, cita alguna disposición concreta del *Code*, y otras implícitas, como cuando se refiere a los comentaristas del mismo cuerpo legal. Desde el punto de vista externo, es decir, de la estructura, podemos decir que hay alguna semejanza: en ambos códigos el tratamiento de la materia de bienes comienza en el libro II. Pero se advierte también una diferencia fundamental: el *Code* dedica un libro distinto, el III, a la regulación de las diferentes maneras a través de las cuales se adquiere la propiedad, analizando, en primer lugar, la sucesión. Nuestro Código, en cambio, dedica un libro entero, el II, a la materia de bienes, y de su dominio, posesión, uso y goce, de modo que quedan incluidos en el mismo libro los siguientes temas: los bienes y las varias clases de bienes (tít. I); el dominio (tít. II); los bienes nacionales (tít. III); los modos de adquirir: la ocupación (tít. IV); la accesión (tít. V); la tradición (tít. VI); y, en relación con la tradición, la posesión (tít. VII); para luego pasar a las limitaciones del dominio (tít. VIII); incluyendo la propiedad fiduciaria, que es una originalidad en la sistemática de los códigos; el usufructo (tít. IX); el uso y la habitación (tít. X); las servidumbres (tít. XI); y, por último, la reivindicación (tít. XII); y las acciones posesorias (tít. XIII); y algunas acciones posesorias especiales (tít. XIV).

Veamos, a continuación, los aspectos en los cuales se puede establecer una influencia del *Code* en las disposiciones de nuestro Código Civil, así como las razones por las cuales en determinadas materias no habría existido ese influjo.

II. CLASIFICACIONES DE LOS BIENES

El *Code* no establece explícitamente la distinción entre bienes corporales e incorporeales, que sí en cambio figura expresamente en nuestro Código en el artículo 565, el primero relativo a la materia de bienes. Y recogiendo las ideas vertidas por GAYO en sus Instituciones, BELLO afirma que las cosas incorporeales son aquellas que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas³. Pero sí se observa de manera ostensible la influencia del *Code* en lo que se refiere a la distinción entre bienes muebles e inmuebles, distinción

³ Los autores franceses no reconocen como relevante esta distinción, quizá más influidos por la concepción tradicional de los romanos relativa a la propiedad, *vid.*, sobre este punto, CLARO SOLAR, L., *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Imprenta Cervantes, Santiago, 1930, tomo VI, p. 13.

que, según dice BELLO en el artículo 566, se aplica solamente a las cosas corporales.

En efecto, una nítida distinción entre ambos tipos de bienes no es tan característica del derecho tradicional castellano⁴, en el que, según sabemos, no existía una regulación específica en relación con los inmuebles, lo cual tiene supuestamente sus orígenes en la escasa atención que dedicaron los romanos a las formas registradas de transferencia inmobiliaria⁵. Los pocos antecedentes propiamente romanos de formas de registro de transferencias datan de la época posclásica romana y no fueron siempre acogidas en el derecho medieval, dada la poca claridad de JUSTINIANO en recoger este tipo de regulaciones⁶. Esto hace que la distinción entre bienes muebles e inmuebles resulte en cierto sentido novedosa, y que podamos afirmar que nuestro Código la habría tomado especialmente del *Code*⁷. En la misma definición de bienes inmuebles o fincas o bienes raíces de nuestro artículo 568, nos encontramos con una nota de BELLO al proyecto de 1853: ella se refiere al artículo 518 del *Code* que dice: "*Les fonds de terre et les bâtiments sont immeubles par leur nature*".

⁴ De todos modos, la distinción no está ausente de la legislación castellana: ALFONSO X EL SABIO, *Las Siete Partidas*, Librería de Rosa y Bouret, París, 1861, tomo II, incluye esta distinción en su obra magna: ley 1ª, tít. 17, partida 2ª: "et las muebles se entienden por aquellas que viven et se mueven por sí naturalmente, otrosí por las otras que maguer non son vivas que se non pueden por sí mover, pero muévenlas: et raíces son las heredades et las labores que se non pueden mover en ninguna destas maneras que dichas habemos"; luego en ley 4ª, tít. 29, partida 3ª: "Muebles son llamadas todas las cosas que los omes pueden mover de un logar a otro, et todas las que se pueden ellas por sí mover naturalmente..."

⁵ Nos parece que el principal interés práctico de la distinción entre bienes muebles e inmuebles es el de rodear la transferencia de los bienes inmuebles de una serie de solemnidades que hacen más segura la adquisición de los mismos y disminuyen los pleitos que la posesión inmobiliaria pudiera generar. Así al menos se formaron las bases históricas de lo que actualmente conocemos como derecho inmobiliario. En el Derecho Romano antiguo no era relevante hacer esta distinción ya que, a pesar de que la tierra era considerada un bien valioso, no era la propiedad inmobiliaria el único tipo de bien que debía transferirse de una manera solemne. El uso de la solemnidad (*mancipatio* o *in iure cessio*) era necesario en relación con todos aquellos bienes que fuesen importantes en el contexto de una economía agropecuaria como lo era la romana: los animales de tiro y carga, los esclavos, la casa, las servidumbres rurales. Ciertamente que en el Derecho Romano existió una distinción entre bienes muebles e inmuebles para algunos efectos específicos (interdictos, *actio ad exhibendum*, usucapión, entre otros) pero no por ello puede decirse que existió derecho inmobiliario.

⁶ Vid. SOZA RIED, Mª ÁNGELES, *La instmatio y la traditio inmobiliaria en el Derecho Romano postclásico*, en *REHJ*. 25(2003), pp. 55-89.

⁷ Según dice CHACÓN, J., *Exposición razonada i estudio comparativo del Código Civil chileno*, Imprenta Nacional, 3ª edición, Santiago, 1890, tomo II, p. 14, nota 1, se trata de la clasificación más práctica, la única que figura en el Código Civil francés, y la que, a imitación del *Code*, adopta la gran mayoría de los códigos.

Pero también advertimos la influencia del *Code* en ciertas categorías concretas como la de bienes inmuebles por adherencia y por destinación⁸.

A) INMUEBLES POR ADHERENCIA

En general puede decirse que son inmuebles por adherencia aquellos objetos que se encuentran incorporados al suelo o a un edificio de manera inseparable o también de modo separable, pero que, retiradas de la cosa a la que adhieren, perderían éstas su forma. Veamos, en primer lugar, los bienes que se estiman inmuebles por su adherencia al suelo.

En el proyecto de 1853, había solo un artículo —el 673—, en donde se hablaba tanto de las plantas que adhieren al suelo por sus raíces, como de las cosechas y los frutos de las plantas que se reputan inmuebles. En el inciso segundo de este artículo coloca BELLO una nota en que hace referencia al artículo 520 del *Code*, en donde se establece el régimen aplicable a las cosechas pendientes y a los frutos de los árboles⁹. De este mismo artículo del *Code*, saca BELLO las siguientes consecuencias: "1° son muebles desde que se cogen, aunque estén todavía en los trojes o eras, o en las manos de los segadores; 2° que, si el dueño de las plantas vende los frutos que todavía están unidos a ellas, los hace por ese mismo hecho muebles. Se sigue del mismo principio que se pueden embargar por sí solos los frutos a beneficio del acreedor, aunque todavía estén pendientes. El decreto de embargo los hace por el mismo hecho muebles"¹⁰.

Esto motivó seguramente el establecimiento de un nuevo artículo en la versión definitiva del Código chileno, el 571, que trata expresamente este tipo de cosas que, pese a ser inmuebles por adherencia, se

⁸ Estas categorías no son nuevas: el Derecho Romano distinguía entre aquellas cosas que son accesorias de otras, de otras cosas que, pese a ser muebles, por estar destinadas a servir a una cosa inmueble, pueden ser tratadas, desde el punto de vista negocial, como inseparables de la cosa a la que se destinan. Es el caso de la *domus instructa* (casa con su mobiliario) o la *taberna instructa* (tienda con sus utensilios, instrumentos de trabajo y esclavos). Vid. D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, EUNSA, 9ª edición, Pamplona, 1997, §135, y GUZMÁN BRITO, A., *Derecho Privado Romano*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, tomo I, p. 443.

⁹ Artículo 520 del *Code*: "Les récoltes pendantes par les racines, et les fruits des arbres non encore recueillis, sont pareillement immeubles. —Dès que les grains sont coupés et les fruits détachés, quoique non enlevés, ils sont meubles. —Si une partie seulement de la récolte est coupée, cette partie seule est meuble".

¹⁰ BELLO, A., *Obras completas, Código Civil de la República de Chile*, ediciones del Ministerio de Educación, Caracas, 1954, tomo XII, p. 402.

reputan muebles, a efectos de ser comercializadas. En definitiva, en el artículo 569 del Código Civil chileno quedó establecido el principio general relativo a los vegetales, que se reputan inmuebles mientras adhieren al suelo, y en el artículo 571, por influencia del artículo 520 del *Code*, se regula el caso más especial de los productos pendientes de los vegetales que se consideran inmuebles, los cuales se reputan muebles para el efecto de constituir derechos en favor de terceros. La importancia práctica de este artículo se desprende de una anotación de BELLO al proyecto inédito en la que dice: "Esta es una distinción importante, pues de ella se deduce que, para la venta de la cosecha de un fundo perteneciente a un menor, no son necesarias las formalidades que se requieren para la venta de los bienes raíces, aunque no se haya todavía cogido la cosecha"¹¹.

En definitiva, nuestro Código sigue el criterio del *Code* en el sentido de que los vegetales son inmuebles mientras estén adheridos al suelo por sus raíces¹²; los productos y frutos de esos vegetales son inmuebles también, pero dejan de serlo cuando se cosechan¹³. De todos modos, si se comercializan por separado de la cosa madre, aun cuando no se hayan cosechado todavía, se reputan muebles para este solo efecto.

B) INMUEBLES POR DESTINACIÓN

La categoría de inmuebles por destinación, que figura en los artículos 570 y 572 de nuestro Código, también parece inspirarse de modo general en el *Code*.

POTHIER¹⁴, siguiendo la doctrina romana, y recogiendo unos comentarios del *Digesto* relativos a la venta, distingue entre las cosas que integran una casa, y las cosas destinadas a la decoración o al ajuar de la misma¹⁵. Las primeras son, a su juicio, inmuebles, mientras que las segundas, muebles¹⁶. El autor exige que estas cosas estén puestas definitivamente en la casa o edificio para que puedan considerarse como parte de ella: "*Les choses qui sont dans une maison ou autre édifice pour perpétuelle demeure, en font partie, secùs si*

¹¹ BELLO, A., *Obras completas* (Caracas), cit., tomo XII, p. 402.

¹² CLARO SOLAR, L., *Explicaciones* cit., tomo VI, p. 60.

¹³ El principio arranca del Derecho Romano: los frutos naturales, según comenta D'ORS, A., *Derecho Privado* cit., §165, existen realmente desde que son separados: los pendientes se estiman todavía como parte de la cosa productora.

¹⁴ CLARO SOLAR, L., *Explicaciones* cit., tomo VI, p. 55.

¹⁵ *Vid. supra*, n. 8.

¹⁶ POTHIER, R.J., *Oeuvres*, annotées et mises en corrélation avec le Code Civil et la législation actuelle par M. Bugnet, París, 1861, tome 7, § 53 ss, p. 75 ss.

*elles n'y sont que pour un temp*¹⁷. La razón de esta exigencia es que solo lo que ha puesto el propietario puede serlo a perpetuidad: se presume que el usufructuario o arrendatario colocan las cosas solo por el tiempo que dure su usufructo o arrendamiento, es decir, no lo hacen de un modo definitivo¹⁸. El *Code*, siguiendo la doctrina de este autor, exige en el artículo 524 que la destinación sea hecha por el propietario del inmueble en todo caso¹⁹. A juicio de CLARO SOLAR, esta exigencia hace que fácilmente puedan confundirse las cosas inmuebles que forman parte de un edificio por incorporación (escaleras, parqués, persianas, etc.) con las que se consideran inmuebles por destinación (animales, instrumentos de labranza, etc.). Sin embargo, según agrega el autor, es más preciso decir que las cosas que forman parte de un inmueble, por estar incorporadas a él, no son propiamente inmuebles por destinación: se trata de cosas compuestas que, al introducirse a la construcción, pierden su individualidad. De todos modos, la fusión de estos dos tipos de bienes en la categoría de inmuebles por destinación que hace el legislador francés, es seguida por nuestro Código que, en el artículo 570, reproduce de manera muy similar los ejemplos del homólogo 524 del *Code*. En efecto, los tubos de las cañerías, por ejemplo, o las losas de pavimento, más que inmuebles por destinación, son cosas que, al ser utilizadas en la construcción del edificio, pierden su singularidad y pasan a formar parte de la edificación, a diferencia de los animales destinados al cultivo o beneficio de una finca o los utensilios de labranza o minería, que mantienen perfectamente su individualidad, de modo que, únicamente en virtud de un ejercicio mental ficticio, pueden ser considerados inmuebles²⁰. Sin embargo, pensamos que la confusión entre ambos tipos de inmuebles que destaca CLARO SOLAR puede difuminarse, en parte, a propósito de la destinación suntuaria descrita en el artículo 572 de nuestro Código, que se inspira en la parte final del 524 y en el artículo 525 del *Code*²¹, y

¹⁷ POTHIER, R.J., *Oeuvres* cit., §48, p. 74.

¹⁸ POTHIER, R.J., *Oeuvres* cit., §37, p. 69. El caso que describe el autor es el de un molino de viento, que no se reputa inmueble si no ha sido colocado por el dueño del inmueble.

¹⁹ El artículo que comentamos se sirve incluso de las mismas palabras de Pothier: "Sont aussi immeubles par destination, tous effets mobiliers que le propriétaire a attachés au fonds à perpétuelle demeure".

²⁰ CLARO SOLAR, L., *Explicaciones* cit., tomo VI, p. 57 ss.

²¹ Pero lamentablemente la distinción entre cosas embutidas o incorporadas a la construcción y las que pueden separarse sin dificultad, se hace únicamente a propósito de los elementos decorativos de una vivienda: el criterio para determinar si se trata de cosas muebles o inmuebles es el de la posibilidad o no de ser esas cosas separadas sin detrimento de la casa. El criterio parece ser el de la destinación permanente de unas determinadas cosas a la decoración de una vivienda: el *Code* es más explícito a este

también con ocasión de lo que se señala en la segunda parte del artículo 573²².

A diferencia del *Code*, nuestro Código no exige que la incorporación o destinación la haga el dueño del inmueble, con lo cual podemos afirmar que en nuestro derecho se consideran inmuebles las cosas adheridas o destinadas al bien raíz, aunque la adhesión o destinación la haya hecho una persona distinta del dueño. De todos modos, sí exige nuestro Código que esa destinación al uso, cultivo o beneficio de un inmueble sea permanente.

Por último, en la enumeración del artículo 570, al igual que sucede en el artículo 524 del *Code*, predomina el interés agrícola²³. El artículo 574, que define lo que son los muebles de una casa, no figura en el proyecto de 1853: es introducido por el proyecto inédito, artículo 676 a), que claramente se inspira en los artículos 533, 534 y 535 del *Code*, según se deduce de los ejemplos utilizados en uno y en otro texto.

Si como hemos dicho una de las principales consecuencias de establecer una distinción entre bienes muebles e inmuebles es la de determinar un régimen diferenciado de transferencia, esta categoría, para la legislación chilena es sumamente importante. Nuestro derecho, inspirándose en las prescripciones de los modernos sistemas de registros, exige que la transferencia de los bienes inmuebles se haga por inscripción del título en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces. En el derecho francés, en cambio, la inscripción de los inmuebles solamente es relevante en relación con los terceros, es decir, por razones de publicidad. De este modo, concluimos que, pese a que la distinción entre bienes muebles e inmuebles, consignada por nuestro Código Civil, recibe la influencia del Código francés, las consecuencias prácticas de distinguir entre uno y otro tipo de bienes son mucho más importantes en el ámbito de nuestro derecho.

III. PROPIEDAD

La definición de propiedad del artículo 582 Código Civil chileno: "El dominio (que se llama también propiedad), es el derecho real en

respecto, ya que en el artículo 525 exige que el propietario haya unido esas cosas con betún, cal u otro material, acentuando de este modo la intención del dueño de destinar definitivamente tales cosas al ornato de la vivienda. Cfr. CHACÓN, J., *Exposición* cit., p. 19.

²² En este artículo las losas o piedras tienen consideración de cosas accesorias a un inmueble, y, en calidad de tales, se estiman como inmuebles, aunque se separen momentáneamente de la cosa principal. En este artículo, en definitiva, BELLO califica las losas o piedras no como inmuebles por destinación, pese a haberlos enumerado entre aquellos en el artículo 570.

²³ CLARO SOLAR, L., *Explicaciones* cit., tomo VI, p. 66 ss.

una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra ley o contra derecho ajeno. —La propiedad separada del goce de la cosa, se llama mera o nuda propiedad”, es claramente semejante a la del artículo 544 del *Code* francés: “La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements”.

BELLO quiso introducir, en el espíritu de la legislación, el principio de libertad, tan característico del ideario de la Revolución Francesa, que, desde un punto de vista jurídico, tiene unas concretas manifestaciones, como se advierte precisamente de la lectura de este artículo del cuerpo legal francés. De este modo, BELLO incorpora a la legislación el concepto de propiedad proveniente del iusnaturalismo racionalista, cuyas bases remotas se hallaban, según opinan diversos autores, en el pensamiento de OCCAM²⁴, quien pone las bases del concepto de derecho subjetivo.

De este mismo concepto de propiedad, que acentúa el poder del sujeto sobre las cosas que le pertenecen —su voluntad omnímoda—, se desprende que las limitaciones o prohibiciones al mencionado derecho solo pueden tener origen en una ley. La mayoría de los autores franceses que comentan el *Code* afirma que, al ser el derecho de propiedad de orden público, no puede quedar afectada la libre circulación de los bienes por convención. De este modo, la facultad de enajenar, al ser de la esencia del derecho de propiedad, solo puede ser restringida de un modo excepcional, debiendo estas restricciones descansar en determinados preceptos legales que así lo permitan expresamente. En este aspecto, el derecho chileno, siguiendo la nueva tendencia, se aparta del tradicional derecho español, y no acepta los mayorazgos y vinculaciones con prohibición perpetua de enajenar (artículo 982), ni los fideicomisos o los usufructos sucesivos (artículos 745²⁵ y 769, respectivamente). Por otro lado, en el artículo 1317 establece el derecho de todo comunero a pedir siempre la partición, a menos que exista un pacto de indivisión, que en cualquier caso no puede durar más de cinco años. Por otra parte, nuestro Código Civil

²⁴ GUZMÁN BRITO, A., *Andrés Bello Codificador* cit., t. I, p. 455.

²⁵ Según sabemos, los fideicomisos sucesivos tienen origen en una institución del Derecho Romano que es la sustitución fideicomisaria, en la cual el fideicomisario deja la asignación a la persona que se le designe, lo cual ocurre el *dies* de su muerte. Este es el origen del llamado fideicomiso de familia que se generaliza en la Edad Media y Moderna. En la época clásica del Derecho Romano estaba limitado: solo podía constituirse a favor de personas que existieran en vida del fideicomitente, lo cual es una consecuencia del principio de que las asignaciones hereditarias se dejan siempre a personas ciertas.

dice arbitrariamente, de manera similar al *Code*: "de la manière la plus absolue". Sin embargo, este poder jurídico naturalmente que debe ejercitarse de un modo razonable, conforme a la naturaleza de la cosa, aunque no necesariamente haya sanción al abuso de este derecho, como, por ejemplo, en el caso de la crueldad con los animales, o de la destrucción de cosas que están en buen estado. En algunos casos sí que la hay, como se ve de la lectura del antiguo artículo 945 de nuestro Código Civil —ya suprimido y trasladado al Código de Aguas—, que limita el derecho del propietario a cavar un pozo en suelo propio cuando ello no le reporta utilidad alguna o no tanta que pueda compararse con el perjuicio que supone la disminución del agua de que se alimenta el pozo ajeno²⁶. El *Code* permite gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta siempre que no vaya contra las leyes o reglamentos. Así, los artículos 651 y 652 del *Code* dicen que la ley somete a los propietarios a diferentes obligaciones, uno respecto de otro, independientemente de toda convención; se trata de leyes de policía rural y otras relacionadas con la pared o foso medianero. Las referidas prescripciones y otras muchas que se refieren a la materia de relaciones de vecindad, parecen ser la fuente de inspiración de los artículos 856 y 941 del Código Civil chileno, así como de otros tantos que reglamentan el tema de la vecindad²⁷.

IV. MODOS DE ADQUIRIR EL DOMINIO

En esta parte sí que el Código chileno se aparta de un modo radical del cuerpo civil francés, ya que el primero sigue la concepción romana, que exige para la adquisición dominical un previo acto jurídico, según la teoría del título y el modo. En efecto, en relación con esta

²⁶ El derecho de disponer, que se llamaba en Derecho Romano de un modo amplio *habere*, también tenía sus limitaciones en el Derecho Romano. Claras son las que se refieren al dominio sobre los esclavos que son más propias del periodo de los emperadores del posclásico y también, por supuesto, cristianos, pero también había otra serie de limitaciones en la época clásica, como la expropiación, la confiscación, limitaciones de origen urbanístico relacionadas con la altura de las construcciones, sanciones a manumisiones y donaciones excesivas, etc. Por esto, mal se dice cuando se afirma que la concepción romana de la propiedad era la de un derecho de dimensiones absolutas.

²⁷ Puede decirse que existe una influencia menor en lo que se refiere al resto de los derechos reales. Así, por ejemplo, algunas disposiciones concretas relativas al usufructo están inspiradas en artículos del *Code*: el artículo 797 del Código Civil chileno, en el 605 del *Code*; el 798 en el 606 del *Code*; el 799 en el 607 del *Code*; el 802 en el 614 del *Code*. En cuanto a los derechos de uso y habitación, el artículo 812 del Código Civil chileno se inspira en el 625 del *Code*. Y, en materia de servidumbres, el artículo 820 del Código Civil chileno se inspira en el 637 del *Code*; el 822 en el 688 del *Code*; el 824 en el 689 del *Code*; el 831 en el 639 del *Code*.

materia, BELLO se inspira expresamente en el derecho de las *Instituciones* de JUSTINIANO y en las *Partidas*.

En el *Code*, son los propios actos jurídicos los que permiten la adquisición del dominio, sin que se necesite un acto posterior de carácter dispositivo. Se advierte esta idea en el libro tercero titulado "Des différentes manières dont on acquiert la propriété", que consta tan solo de 6 artículos. El artículo 711 dice: "La propriété des biens s'acquiert et se transmet par successions, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations", y luego, el artículo 712 agrega: "La propriété s'acquiert aussi par accession ou incorporation et par prescription". Pero la accesión es tratada en el libro II, inmediatamente a continuación de la reglamentación del derecho de propiedad. La prescripción, en cambio, es tratada en un lugar distinto.

A este respecto, CARBONNIER²⁸ comenta que la adquisición de la propiedad en el sistema del *Code* puede tener lugar, ya sea por convención (o por un acto voluntario como el testamento) o en virtud de la ley, como sería el caso de la sucesión abintestato; la accesión en sus diferentes modalidades; y las adquisiciones fundadas en una relación de hecho, donde tiene especial relevancia la prescripción. Esta idea arranca del iusnaturalismo racionalista que, a diferencia del Derecho Romano, considera la propiedad como un concepto meramente intelectual del cual puede uno despojarse intelectualmente, sin que sea menester realizar un acto concreto de desprendimiento posesorio. Si bien el derecho francés sigue en el primer periodo los principios del Derecho Romano, luego se aparta, adoptando una serie de prácticas que comenzaron a utilizarse en el Derecho Romano posclásico y sobre todo en la Alta Edad Media, según las cuales, aunque la tradición teóricamente era necesaria, ella se daba por realizada mediante una cláusula de *dessaisine-saisine*, en la que el enajenante afirmaba desprenderse de la posesión en favor de su adquirente. Pero autores como POTHIER se manifiestan expresamente en el sentido de no aceptar la validez de esta cláusula. Nuestro Código Civil en esta parte sigue la doctrina de POTHIER. Basta ver, por ejemplo, las anotaciones marginales que se hacen al proyecto de 1853, en que no se menciona para nada el *Code* francés; sí, en cambio, innumerables veces a este connotado jurista francés. Nuestro código, en definitiva no adopta esta variante y se queda con el sistema tradicional romano²⁹.

²⁸ CARBONNIER, J., *Droit Civil*, Presses Universitaires de France, 17 édition, tome 3 (les biens), París, 1997, pp. 200 ss.

²⁹ No obstante, parece haber influencias concretas del *Code* en nuestro cuerpo legal en el tema de la accesión. Pese a tratarse de principios de origen netamente romano, sí

V. POSESIÓN

Nuestro Código trata de la posesión inmediatamente a continuación de la tradición, dedicando el título VII a este tema, y apartándose en este sentido del Código Civil francés³⁰, que se ocupa de la posesión de manera tangencial y a propósito de la prescripción, lo cual ha merecido abundantes críticas por parte de los mismos juristas franceses. Los artículos 2238 y 2229 del *Code* acogen el criterio de SAVIGNY, su teoría subjetiva de la posesión, que acentúa el elemento anímico (*animus possidendi*), tendencia que también asume nuestro Código Civil al definir la posesión en el artículo 700. Sobre la naturaleza de la posesión como hecho o derecho, el *Code* no se pronuncia expresamente, aunque se inspira en la doctrina de DOMAT y POTHIER que consideran la posesión en sí misma como un hecho. Lo mismo sucede en nuestro Código Civil: tampoco se pronuncia explícitamente sobre la materia, aunque, siguiendo a SAVIGNY y a la mayoría de los autores concededores del tema, parece inclinarse por considerarla un simple hecho, sin perjuicio de que pueda en muchos casos producir consecuencias jurídicas³¹. Por otro lado, nuestro Código Civil hace clasificaciones que no figuran en el *Code*, el cual como se ha dicho, se limita a tratar de la posesión a propósito de la prescripción, exigiendo solamente una posesión continua y no interrumpida, pacífica, pública, no equívoca y a título de propietario³². También hay un tema interesante a propósito del vicio de fuerza. BELLO, en el proyecto de 1853, adopta la solución romana que hacer pasar el vicio a los herederos, pero, en la versión definitiva, decide eliminar el vicio desde que deja de producirse tal efecto, a pesar de que no lo dice expresamente como lo hace el *Code* en el artículo 2223³³.

En definitiva, y, para terminar, advertimos la influencia del *Code* especialmente en lo que se refiere al concepto y funcionamiento del derecho de propiedad, que adquiere especiales visos de libertad, contrastando esta regulación con una serie de restricciones a la libre circulación de los bienes que se habían generalizado en la Edad Media y Moderna. El resto de las influencias podemos decir que es menor.

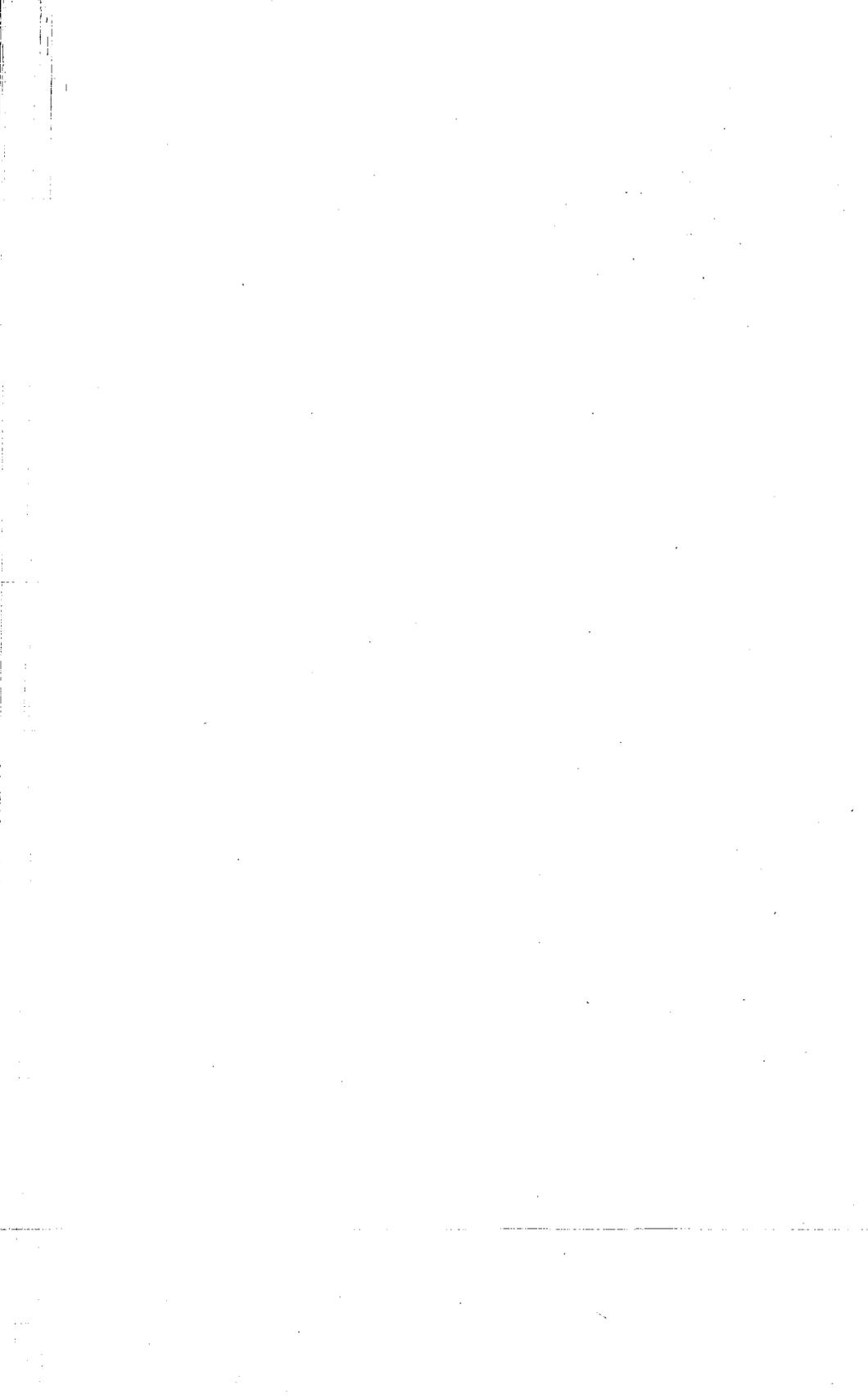
parece BELLO haberse inspirado especialmente en las disposiciones del *Code*, según se deduce de las numerosas remisiones a este cuerpo legal que aparecen en lo relativo a esta materia. En las notas de BELLO a los diferentes proyectos figuran los artículos 547, 550, 554, 555, 565, 566, 567, 568, 569, 570, 571, 572, 573, 574, 576, 577, 584, 585, 586 del *Code*.

³⁰ CLARO SOLAR, L., *Explicaciones* cit., Santiago, 1932, tomo VII, p. 413.

³¹ CLARO SOLAR, L., *Explicaciones* cit., tomo VII, p. 468 s.

³² *Vid.* art. 2229 del *Code*.

³³ CLARO SOLAR, L., *Explicaciones* cit., tomo VII, p. 509 s.



LA INFLUENCIA DEL *CODE* EN EL DERECHO DE OBLIGACIONES. ¿EXISTE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL?

CARLOS PIZARRO WILSON

Doctor en Derecho Universidad Panthéon-Assas (Paris II)

Profesor de Derecho Civil

Universidad Diego Portales y de Chile

En el derecho chileno existe certeza que en el derecho de las obligaciones se ha seguido de cerca el *Code Civil* francés. El *Código Civil* chileno, al igual que la mayor parte de los códigos civiles de América Latina, tuvo como fuente de inspiración el *Código Napoleón*. Dicha influencia no se restringe al *Code*, sino que la doctrina y la jurisprudencia francesa, aunque ésta de manera indirecta, repercutieron de manera significativa en la obra de Bello. Sin embargo, la tarea de proceder a determinar la influencia del *Code* en el *Código Civil* chileno en el ámbito del derecho de las obligaciones resulta abrumadora. Tampoco parece sensato referirse a cada precepto en particular sobre sus fuentes, cuestión no sólo tediosa, sino que bastante inútil. Esta es la razón por la cual he escogido un aspecto del derecho de las obligaciones en que el *Código Civil* francés fue relevante o, al menos, se suele indicar que así ha sido para el *Código Civil* chileno¹. Me refiero al título XII del libro IV del *Código Civil* que contempla las reglas relativas al efecto de las obligaciones. En esta parte la impronta del *Code* y la doctrina francesa fue significativa en cuanto al incumplimiento de los contratos o la denominada "responsabilidad contractual".

Las disposiciones que norman la responsabilidad contractual en el Derecho Chileno se diferencian de aquellas contenidas en el *Code*

¹ Sobre las vicisitudes para una recodificación del derecho de las obligaciones en Francia, MESTRE, J., "Les difficultés de la recodification pour la théorie générale du contrat", en *Le Code Civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, pp. 231-243.

sobre todo por un punto: la evolución en la interpretación efectuada por los tribunales. En Chile, la responsabilidad contractual es, por así decir, independiente a los acontecimientos sociales; en cambio en Francia, siguiendo la doctrina, ha sido construida con atención a las transformaciones económicas y sociales². A pesar de los lazos entre las reglas del *Código Napoleón* y el *Código Civil* chileno, la jurisprudencia de estos dos sistemas jurídicos está lejos de ser similar. Siendo la primera construida a fines del siglo XIX y en el transcurso del siglo XX a partir de una preocupación por los hechos, separándose de esta manera de la pretendida *école de l'exégèse*³. En efecto, el Derecho francés ha evolucionado de manera importante a partir de las postrimerías del siglo XIX, estableciendo una política jurisprudencial y legislativa orientada hacia la protección del acreedor y la víctima del daño; en cambio, el derecho chileno revela un estado de estancamiento, lo cual ha dado origen a una casuística empobrecida construida sobre fórmulas estrechas y rígidas. En otros términos, el drama de la responsabilidad contractual en el derecho chileno ha sido y continúa siendo su rigidez, puesta en práctica por los fallos de los tribunales, cuestión que ha dado lugar a un resultado poco estimulante. La jurisprudencia chilena relativa a la responsabilidad contractual se ha transformado, en poco más de un siglo y medio, en un conjunto de decisiones cuya utilidad aparece cuestionable⁴.

Con todo, una cuestión pendiente y que en este seminario en que recordamos al *Code* puede resultar interesante, radica justamente en interrogarse acerca de la existencia de la responsabilidad contractual en el *Code* y en el *Código Civil* chileno⁵. La responsabilidad contractual constituye una de las temáticas más relevantes del derecho de las obligaciones. En este sentido la celebración del bicentenario del *Code* ha significado un debate acerca de la necesidad de recodificar esta materia del derecho de las obligaciones. Así, entonces, el contraste entre ambos sistemas nos permitirá vislumbrar algunos aspectos de la denominada responsabilidad contractual que podrían justificar una futura reforma.

² Sobre este aspecto y el surgimiento de la doctrina como fuente del derecho véase el excelente texto de JESTAZ, Ph. y JAMIN, C., *La Doctrine*, Paris, Dalloz, 2003.

³ Sobre la Escuela de la Exégesis y la desmitificación de ésta, Véase, RÉMY, Ph., "L'éloge de l'Exégèse", en RRJ, 1982, p. 254.

⁴ Véase PIZARRO WILSON, *Étude critique de la responsabilité contractuelle en droit positif chilien*, Tesis, Paris II, 2003.

⁵ RÉMY, Ph., "La 'responsabilité contractuelle': histoire d'un faux concept", en *RTD civ.*, 1997, p. 323; sobre lo mismo "Critique du système français de responsabilité civile", en *Droit et cultures*, 1996, p. 31.

I. LA EXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN EL CODE

La doctrina francesa hoy suele manifestar reticencia no sólo a la crítica de la denominada escuela de la exégesis, sino que cuestiona que el *Code civil* haya contenido una responsabilidad civil contractual. La existencia de la responsabilidad contractual ha sido negada estos últimos años por una parte importante de la doctrina francesa contemporánea. Cien años después de la célebre querrela entre Sainctelette y Grandmoulin⁶, el debate resurge en las crónicas de derecho privado. Ciertos autores hablan actualmente de cumplimiento por equivalencia o de remedios en casos de inexecución⁷. Otros se interrogan sobre el fin de la responsabilidad contractual⁸. Las reglas de la responsabilidad contractual no habrían tenido nunca una función de reparación en el *Code*, sino que se referirían simplemente al pago en dinero del crédito nacido del contrato. Sería necesario volver a la fuente del derecho de las obligaciones. Realizar una re-lectura del antiguo derecho y en particular de la obra de Pothier para encontrar el sentido exacto de la noción de daños e intereses. Así podrían evitarse las confusiones entre los dos ámbitos de la responsabilidad civil. Esta particular confusión sería el resultado de una hipertrofia de la responsabilidad contractual en el derecho francés.

Revisemos los argumentos entregados por la doctrina francesa conducentes a negar la denominada responsabilidad contractual.

A. Para la doctrina y jurisprudencia francesa tradicional, la responsabilidad contractual aparece recogida en el Capítulo III *Des effets des obligations* y, más precisamente, en el Título III "*Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*"⁹. Inaugura el referido capítulo el artículo 1134 que consagra la fuerza obligatoria del contra-

⁶ GRANDMOULIN, J., *De l'unité de la responsabilité ou nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles*, 1882; SAINCTELETTE, Ch., *De la responsabilité et de la garantie, Accidents de transport et de travail*, Bruxelles, 1884.

⁷ TALLON, D., "L'inexécution du contrat: pour une autre présentation" en *RTD civ.* 1994, p. 223.

⁸ SAVAUX, E., "La fin de la responsabilité contractuelle?" en *RTD civ.* 1999, p. 1; LETURMY, L., "La responsabilité délictuelle du contractant", en *RTD civ.*, 1998, p. 839.

⁹ La expresión "responsabilidad contractual" es más bien tardía en la lengua francesa. No cabe duda que dicha expresión era desconocida en el antiguo derecho francés e, incluso, la palabra *responsabilité* sólo habría sido introducida a fines del siglo XIX, siendo reservada durante un gran período a la responsabilidad delictual. HENRIOT, J., "Note sur la date et le sens de l'apparition du mot responsabilité" en *Archives de philosophie du droit*, 1977, p. 59; VILLEY, M., "Esquisse historique sur le mot responsable", en *Archives de philosophie du droit*, 1977, p. 45; RICŒUR, P., *Le juste. Le concept de responsabilité. Essai d'analyse sémantique*, Paris, Esprit, 1995, p. 41 y ss.

to¹⁰. Siguiendo la obra de Pothier, la indemnización de perjuicios es recogida en el *Code* como un efecto de las obligaciones. Sin embargo, la indemnización de perjuicios no constituye el único mecanismo previsto en el derecho de los contratos para remediar el incumplimiento contractual. A la indemnización de perjuicios cabe agregar la resolución, el cumplimiento forzado y la excepción de contrato no cumplido¹¹. La indemnización de los perjuicios causados por el incumplimiento contractual sería sólo una de las posibilidades abiertas al deudor para exigir el cumplimiento alternativo a su crédito.

En este mosaico de técnicas para exigir el cumplimiento por equivalencia de la prestación se erige la responsabilidad contractual, cuya invención resulta posible a partir de la noción de culpa contractual y los debates en la doctrina francesa sobre la introducción de la responsabilidad objetiva¹². A diferencia del Código Civil chileno, el *Code* desconoce la teoría de la prestación de culpas, centrándose el debate en la extensión de la obligación asumida por el deudor contractual. En la época que sigue a la dictación del *Code* la doctrina gala diferencia la culpa contractual y aquella delictual a partir de la carga de la prueba¹³. La dicotomía entre ambas culpas tiene consecuencias en el terreno de la exclusión de la responsabilidad; siendo la culpa contractual presunta a partir del incumplimiento, el deudor sólo podrá exonerarse mediante la prueba del caso fortuito o la fuerza mayor. Sin embargo, la diferencia acérrima entre ambos conceptos de culpa será criticada por Planiol, quien, al abogar por una concepción única de la culpa contribuirá de manera decisiva a la consolidación de la responsabilidad contractual¹⁴. En efecto, Planiol será el primero en señalar

¹⁰ "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi". Sobre la fuerza obligatoria del contrato en el derecho nacional y francés, véase PIZARRO WILSON, C., "Notas críticas sobre el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. Fuentes e interpretación del artículo 1545 del Código Civil chileno", en *Revista Chilena de Derecho*, 2004 (en prensa).

¹¹ RÉMY (n. 5), p. 326; TALLON (n. 7), p. 223. Este último autor con especial énfasis critica el estudio separado de las diversas técnicas previstas en caso de incumplimiento contractual.

¹² RÉMY (n. 5), p. 328.

¹³ En este sentido Demolombe, Huc y Labbé. Véase CHARMONT, J. y CHAUSSE, A., *Les interprètes du Code Civil, le Code Civil (1804-1904), Livre du centenaire*, Paris, t. I, p. 139; DESRAYAUD, A., "Notes historiques. École de l'Exégèse et interprétations doctrinales de l'article 1137 du code civil", en *RTD civ.*, 1993, p. 535. Nótese que la opinión doctrinaria señalada que sostuvo la presunción de culpa en el ámbito contractual a diferencia de la culpa delictual será recogida por Bello en el artículo 1547 inciso 3° del Código Civil chileno.

¹⁴ RÉMY (n. 5), p. 332 y ss.

que a partir del incumplimiento contractual se genera una nueva obligación de reparación, la cual tiene su origen en el incumplimiento de una obligación anterior. La causa eficiente de la reparación en ambas ramas de la responsabilidad será la infracción de una obligación preexistente. De ahí que la dualidad de fuentes de la obligación primaria, ya sea contractual o legal, en la teoría de Planiol, de lugar a la unidad en el momento de la contravención. Ya sea el incumplimiento contractual o la infracción del deber general de cuidado, en ambos casos nacerá una obligación de reparación.

El acercamiento entre las nociones de culpa contractual y culpa delictual a partir de la fuente estaba consumada. Sin embargo, para consolidar la construcción de la responsabilidad contractual era necesario aún la irrupción de la obligación de seguridad y la aceptación de la distinción entre las obligaciones de medio y de resultado¹⁵. La obligación de seguridad permitirá a la responsabilidad contractual cumplir una función de reparación idéntica a la responsabilidad delictual. Primero en el contrato de transporte de mercaderías, luego de personas y con posterioridad en aquellos contratos que puedan involucrar un riesgo para la seguridad física del contratante¹⁶. Por su parte, la distinción entre las obligaciones de medio y de resultado no sólo permitirá explicar la disputa hermenéutica entre los artículos 1137 y 1147 del *Code*, sino que avalará la identidad de la culpa contractual y la culpa delictual.

El debate precedente, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, se explica por los acontecimientos sociales y las transformaciones económicas que se desencadenaron en los últimos decenios del siglo XIX en Francia¹⁷. El aumento de los accidentes impulsará un debate doctrinal, fruto del cual surgirá la necesidad de buscar un fundamento distinto a la responsabilidad civil basado en el riesgo. Saleilles y Josserand propondrán la responsabilidad objetiva para evitar a la víctima probar la culpa. Por su parte, Sainclette señalará la garantía en los contratos para justificar una mayor protección a los trabajadores. En la jurisprudencia la responsabilidad contractual comenzará a jugar un papel significativo en la reparación de los accidentes al introducirse la obligación de seguridad. De esta manera la función de reparación comienza a ser compartida por ambas ramas de la responsabilidad

¹⁵ *op. cit.*, p. 336.

¹⁶ VINEY, G., "La sanction et la réparation des atteintes au corps humain en droit français", en *Travaux de l'Association H. Capitant, Le corps humain et le droit*, t. XXVI, 1975, p. 11; PIZARRO (n. 4), p. 159.

¹⁷ En Chile, véase DOMÍNGUEZ AGUILA, R., "Observaciones a ciento veinte años de jurisprudencia" en *Revista de Derecho*, Concepción, n.º 178, 1985, especialmente, p. 69.

civil, sin restringir la responsabilidad contractual al simple pago por equivalencia. En la obra de los hermanos Mazeaud se plasmará el tratamiento conjunto de la responsabilidad contractual y delictual. Hasta hoy la heredera de esta tradición, la profesora Viney, continúa defendiendo el análisis unitario de la responsabilidad civil. Esta visión de la responsabilidad civil ha repercutido en la jurisprudencia, cuyas soluciones entregan una figuración protagónica a la responsabilidad contractual¹⁸.

Así, entonces, se construyó en la doctrina y jurisprudencia francesa la concepción actual de la responsabilidad contractual. Para los críticos, esta evolución se considera caótica, al entregar soluciones incoherentes e injustas, impropias de la responsabilidad contractual considerada inexistente¹⁹. No se trata de lograr una unificación que lo único que agregaría sería consolidar la función de reparación ajena a la responsabilidad contractual. En palabras de Rémy "la atribución al contrato de una función de protección de intereses extracontractuales constituye la causa, histórica y lógica, de las dificultades de hoy"²⁰. Esta apreciación conlleva la necesidad de abrogar la "falsa responsabilidad contractual". Al mismo tiempo esta doctrina plantea la necesidad de sustituir la noción de culpa contractual por aquella más apropiada de incumplimiento contractual²¹. El profesor Rémy ejercerá una importante influencia en la doctrina francesa²². Para estos autores se requiere excluir la función de reparación de las normas que rigen el incumplimiento contractual. La denominada "responsabilidad contractual" debiera restringirse a una función de cumplimiento por equivalencia de la prestación insatisfecha.

Sin embargo esta visión de la responsabilidad contractual ha sido discutida por una doctrina autorizada: la resistencia se organiza.

B. *Pour la responsabilité contractuelle*. Con este título el profesor Larroumet defiende vigorosamente la concepción de la responsabilidad contractual forjada por la doctrina y jurisprudencia francesa en el curso de los siglos XIX y XX²³. En cuanto al aspecto histórico, no

¹⁸ Así por ejemplo en el ámbito de la responsabilidad médica, transporte y la teoría de los grupos de contratos.

¹⁹ RÉMY (n. 5), p. 353.

²⁰ *Op. cit.*, p. 354.

²¹ TALLON, D., "Pourquoi parler de faute contractuelle?", en *Écrits en hommage à Gerard Cornu*, PUF, 1994, p. 429.

²² Véase los autores citados en las notas 7 y 8.

²³ LARROUMET, Ch., "Pour la responsabilité contractuelle", en *Mélanges Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 543; en español, "A propósito de la negación de la responsabilidad contractual en la doctrina francesa reciente", en *Temas de Responsabilidad civil*, Universidad Diego

aparece con claridad el desconocimiento de la función de reparación ante el incumplimiento contractual. Más bien en los escritos de Domat se constata la idea de reparación del daño causado por incumplimiento contractual²⁴. El mismo *Code* consagra la función de reparación en el ámbito contractual al establecer en el artículo 1184 inciso 2º la facultad del acreedor diligente en caso de incumplimiento de exigir la resolución del contrato o el cumplimiento forzado y en ambos casos la indemnización de perjuicios. Otro tanto ocurre con el artículo 1149, según el cual corresponde indemnizar no sólo el daño emergente, sino también el lucro cesante, siendo este último diverso a un simple cumplimiento por equivalencia del contrato. Fuera del debate histórico y del texto del *Code*, la profesora Viney avanza un argumento definitivo para rechazar la exclusión de la responsabilidad contractual. Recojiendo la distinción de las funciones de la responsabilidad contractual propuesta en su tesis por Huet²⁵, se afirma que el incumplimiento importa la pérdida de la prestación debida y podría generar otros perjuicios a bienes distintos a la prestación o perjuicios a la propia persona del acreedor. Esta distinción permite abordar cuáles daños se indemnizan al incumplirse un contrato. Si se admite la propuesta de restringir la reparación a la simple prestación insatisfecha –cumplimiento por equivalencia–, todos aquellos perjuicios diversos a la prestación misma quedarían excluidos de la responsabilidad contractual²⁶. El profesor Rémy propone aplicar en esas situaciones la responsabilidad delictual; sin embargo esto sólo vendría a complicar el actual derecho positivo francés, ya que deberían aplicarse reglas diversas a situaciones vinculadas de manera íntima²⁷.

En suma, la posición hostil a la responsabilidad contractual no reúne las condiciones para ser aceptada. La jurisprudencia francesa continúa afirmando la función de reparación de la responsabilidad contractual. Debe considerarse que la responsabilidad contractual genera una obligación de reparación al producirse el incumplimiento.

Portales, 2004, pp. 17-32; VINEY, G., "La responsabilité contractuelle en question" en *Etudes offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, LGDJ, 2001, p. 925; JOURDAIN, P., "Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle" en *Les métamorphoses de la responsabilité*, PUF, collection Publications de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, t. 32, 1997, p. 65.

²⁴ VINEY, (n. 22), p. 926.

²⁵ HUET, J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, thèse, Paris II, 1978, n° 20, p. 25.

²⁶ VINEY (n. 22), p. 953.

²⁷ *Ibidem*.

II. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO

Las críticas a la existencia de la responsabilidad contractual pueden sorprender a la comunidad académica chilena. Los autores nacionales aceptan la existencia de la responsabilidad contractual como una evidencia. En Chile se reconoce el asiento de las reglas relativas a la responsabilidad contractual, el título XII del Libro IV del *Código Civil*. Sin embargo, la ausencia de un debate sobre los orígenes de la responsabilidad contractual ha permitido que ella esté desprovista de una verdadera función de reparación. La querrela doctrinal francesa puede entonces permitir analizar el mismo problema en el derecho positivo chileno. Se trata, por lo demás, de una cuestión respecto de la cual las opiniones de los autores nacionales no arrojan la claridad necesaria. Los raros textos que se refieren al tema son frecuentemente confusos, incluso contradictorios. El estudio comparado de la evolución del derecho francés y del derecho chileno, en lo relativo a la responsabilidad contractual, puede permitir, al menos, descubrir el origen de la responsabilidad contractual y su función de reparación.

Así, de una parte, un análisis de las fuentes y del *Código Civil* chileno, nos muestra que, a pesar de la ausencia de una teoría estructurada de la responsabilidad contractual, el redactor chileno ha reconocido a los daños e intereses una función de reparación. Entre las fuentes del redactor del *Código Civil* chileno, en materia de obligaciones, según dijimos, la influencia del *Code* fue fundamental²⁸. Las sinuosidades de la codificación francesa y los comentarios respecto del *Code* han influido en la doctrina y jurisprudencia chilena. Piénsese en la obra de Claro Solar y Alessandri. O más cerca nuestro los profesores Domínguez Águila y López Santa-María, ambos doctorados en Francia. La historia del Derecho Privado Francés puede, en efecto, esclarecer ciertas posiciones de la doctrina chilena y asimismo explicar las reglas del Código Civil nacional. Hoy en día sabemos que el concepto moderno de responsabilidad contractual no fue conocido del antiguo derecho francés. Resulta innegable también que la construcción de la teoría de la responsabilidad contractual es posterior a la promulgación del *Código Napoleón*. Por esto no es sorprendente que el *Código Civil*

²⁸ GUZMÁN BRITO, A., "El Código Napoleón y el Código civil de Chile" en *Estudios en honor de Pedro I. Frías. Boletín nacional de derecho y ciencias sociales de Córdoba*, 1994, p. 1361. Recientemente sobre la Argentina y Perú, BOSSERT, G., "Bicentenaire du Code civil: l'Argentine", en *Le Code civil. Livre du bicentenaire*, Paris, Dalloz-Litec, 2004, p. 539; TORRES MÉNDEZ, M., "L'influence du Code civil français sur le Code peruvien, en *Le Code civil. Livre du bicentenaire*, Paris, Dalloz-Litec, 2004, p. 623.

chileno sólo utilice de manera excepcional la palabra responsabilidad. Es fácil verificar que Bello no tuvo en mente una teoría de la responsabilidad contractual al momento de redactar el título "*Del efecto de las obligaciones*". El codificador nacional sólo conocía el antiguo derecho francés, el Código Napoleón y los trabajos de los comentaristas franceses de los primeros decenios del siglo XIX. Sin embargo, a pesar de la ausencia de un régimen estructurado de la responsabilidad contractual en el *Código Civil*, la idea de reparación en materia contractual no aparece excluida, como tampoco lo era del *Código Civil* francés.

Son los artículos 1545 y siguientes del *Código Civil* chileno, ubicados en título XII del Libro IV "*Del efecto de las obligaciones*", que contienen las disposiciones relativas a lo que nosotros denominamos hoy en día "*La responsabilidad contractual*". El artículo 1545 que inaugura el título señala que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales. No es necesario realizar un análisis muy exhaustivo para encontrar la inspiración de este precepto en el artículo 1134 del *Código Civil* francés. La influencia es aún más marcada en el artículo 1546 que siguiendo el artículo 1135 dispone: "los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a los 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". Sin embargo, la influencia del *Código Civil* francés en los artículos siguientes del Título es menos límpida. En esta parte es más bien el antiguo Derecho Francés la fuente de inspiración. Así, por ejemplo, el artículo 1547 reconoce la prestación de culpas tan apreciada por Pothier y que recibiera la ácida crítica de Le Brun que, como se sabe, resultará triunfante al eliminarse esta teoría en el *Code*.

Desde ya la influencia del *Code* es menos importante, pues la discusión sobre la interpretación de los artículos 1137 y 1147 del *Code*, que diera lugar a quizá la clasificación más célebre del derecho francés: obligaciones de medios y de resultado, no tendrá sentido en Chile. La presunción de culpa del inciso tercero del artículo 1547, creo, se debe a esta discusión doctrinaria que tuvo lugar en la temprana escuela de la exégesis. Sólo podría acogerse la citada clasificación en el sentido de determinar la responsabilidad basada en la culpa o aquella objetiva, según se trate de una obligación de medios o de resultado, respectivamente.

Sin duda podemos constatar que las ideas expresadas por los primeros comentaristas del *Código Civil* francés y aquellas contenidas en el Tratado de las Obligaciones de Pothier influyeron en la redacción

del Código Civil chileno y particularmente en las disposiciones relativas al efecto de las obligaciones. Es igualmente por esta razón que la idea de responsabilidad contractual sería extraña al *Código Civil* chileno. Más que hablar de responsabilidad contractual, se trataría de un cumplimiento por equivalencia de la obligación contractual. La función de las reglas relativas al incumplimiento sería proveer al acreedor de una ejecución forzada o un cumplimiento equivalente, mas la función de reparación les sería ajena. En efecto, los redactores del *Código Civil* francés no habrían comprendido la indemnización como una nueva obligación del deudor. Dicho de otra manera, el contrato en sí mismo era la causa única del crédito indemnizatorio.

Con todo, a pesar de las incertidumbres históricas sobre el pensamiento de los inspiradores del *Código Civil* francés, parece que no tuvieron en vista el incumplimiento de la obligación contractual como un hecho generador de responsabilidad civil. Esta constatación ha sido desarrollada muy bien por los partidarios de la abolición de la responsabilidad contractual. Autores como el citado Rémy, Savaux y otros pretenden entregar a la responsabilidad delictual o cuasidelictual, el monopolio de la función de reparación.

En el antiguo derecho y, todavía, después de la codificación, la pregunta esencial era aquella de la culpa contractual y, en particular, el debate sobre la prestación de culpa. El incumplimiento del deudor a la obligación constituía entonces una culpa contractual, cuya reparación era debida al acreedor a título de daños e intereses. En los escritos del propio Domat se puede constatar una función de reparación de las reglas aplicables al contrato²⁹. En el mismo sentido, Pothier precisaba que la obligación del deudor de reparar los daños e intereses, a resultas del incumplimiento de la obligación, significaba la obligación de indemnizar al acreedor de la pérdida causada y de las ganancias no percibidas en razón del incumplimiento³⁰. Además, Pothier realiza una distinción entre los daños intrínsecos y los daños extrínsecos, lo que mostraba muy bien la idea de reparación en caso

²⁹ "le défaut de s'acquitter d'un engagement est aussi une faute qui peut donner occasion à des dommages-intérêts dont on sera tenu?" Y agrega: "En toutes conventions c'est le second effet des engagements, que celui qui manque à ceux où il est entré, ou qui est en demeure, soit qu'il ne le puisse ou qu'il ne le veuille, sera tenu des dommages-intérêts de l'autre, selon la nature de la convention, les qualités de l'inexécution ou du retardement et les circonstances", DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, Livre II titre VIII, section IV, article I y Livre I titre I, section III article IV*. Sobre esta cuestión consultar la tesis de RANJARD, Y., *La responsabilité civile dans Domat*, thèse, Paris, 1943, p. 19.

³⁰ "qu'il doit indemniser le créancier de la perte que lui a causée, et du gain dont l'a privé l'inexécution de l'obligation" POTHIER, R., *Traité des obligations, Œuvres de POTHIER par M. Bugnet*, t. II, 1861, n° 159, p. 76.

de incumplimiento. ¿Era diferente esta situación en los escritos de los primeros comentadores del Código Civil francés que van a influir a Bello? Parece difícil afirmarlo. En primer lugar Merlin, Prudhon y Toullier y en general los comentaristas fueron los continuadores del antiguo derecho francés. La primera generación había comenzado la búsqueda del sentido exacto de las disposiciones del Código, a la luz de los trabajos preparatorios y de la enseñanza del antiguo derecho. Luego, se lleva a cabo un esfuerzo de sistematización, cuyos precursores fueron, Aubry y Rau y más tarde Demolombe.

El *Código Civil* chileno, cuyo primer proyecto data de 1853, se sitúa en la transición de estos dos movimientos doctrinales. Me atrevo a decir que el derecho de las obligaciones en el *Código Civil* chileno es el resultado de una cierta simbiosis entre el antiguo derecho francés y los primeros intérpretes del *Código Napoleón*. Resulta difícil, en consecuencia, que Bello haya podido conocer y acoger una teoría de la responsabilidad contractual, cuya construcción es posterior a las fuentes que le sirvieron de guía en la redacción del *Código Civil* y a su promulgación.

A pesar de la inexistencia de una construcción teórica de la responsabilidad contractual en el *Código Napoleón* y en el *Código Civil* chileno, fueron Domat y Pothier quienes diseñaron las bases de lo que más tarde sería la responsabilidad contractual, cuyos principios se encuentran en los Códigos Civil chileno y francés. Así como en otros ámbitos, el *Código Civil* francés; y por extensión el chileno, adoptaron ciertos principios suficientemente flexibles que permitieron la construcción de la responsabilidad contractual, cuyo principal aspecto ha sido su naturaleza indemnizatoria.

En el *Código Civil* chileno, en el mismo sentido que el *Código Napoleón*, se reconoce igualmente el carácter indemnizatorio de los daños e intereses contractuales. Sin embargo, la evolución en el ámbito de la responsabilidad contractual será muy distinta, sobre todo a partir de las dos últimas décadas del siglo XIX en que la doctrina francesa romperá con la denominada Escuela de la Exégesis para dar paso a la construcción de un nuevo método de estudio del derecho civil propuesto por François Gény y plasmado en las teorías del derecho, cuyo primer representante será Planiol con su famoso tratado.

Puede observarse que a pesar de contener reglas similares la evolución de la denominada responsabilidad contractual ha sido diversa entre los dos sistemas jurídicos. La jurisprudencia francesa ha tendido de manera significativa a proteger la víctima dotando a la responsabilidad contractual de una importante función de reparación. Por el contrario, la responsabilidad contractual en Chile ha quedado relegada a un segundo plano.

La evolución diversa entre ambos sistemas jurídicos plantea la interrogante acerca de la posible reforma a la responsabilidad civil en Chile. Parece pertinente, entonces, interrogarse sobre una posible reforma al Código civil en esta materia.

III. ¿RECÓDIFICAR LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL?

La idea de recodificar la responsabilidad contractual involucra un trabajo difícil de abordar³¹. Cualquier planteamiento que pudiere hacerse queda vinculado a reflexiones sobre la responsabilidad civil en general. Aún más, como primera cuestión parece necesario resolver de manera coherente las relaciones entre la responsabilidad civil y la responsabilidad penal. Si bien existe un tránsito en importantes parcelas del derecho penal hacia la responsabilidad civil, la introducción del nuevo código procesal penal ha dejado pendiente la influencia de la cosa juzgada penal en lo civil. Basta señalar las restricciones que introduce a la acción civil en el proceso penal el artículo 59 del referido texto legal para comprender la falta de sistematización en este ámbito. Luego queda todavía un área aún más espinosa, a saber, la relación entre la responsabilidad contractual con la responsabilidad extracontractual. Todavía resulta usual colocar el acento en las diferencias entre ambos regímenes de responsabilidad. A pesar de la identidad de situaciones que ameritan una reparación homogénea, se insiste en aplicar un estatuto diferente. Esta cuestión debiera abordarse con mayor realismo. El propio sentido común rechaza indemnizar de manera diversa a víctimas en situaciones similares. Basta citar como ejemplo la situación de las víctimas por rebote del incumplimiento contractual con aquella del acreedor, quien debiera estar expuesto a recibir una indemnización inferior al aplicársele el artículo 1558 del *Código civil*. Un problema pendiente y que debiera aclararse en una futura recodificación consiste en la necesidad de resolver la concurrencia de la responsabilidad civil. En sentido favorable a la opción se ha pronunciado cierta jurisprudencia a nivel de Cortes de apelaciones³². Por otra parte, si se pretende persistir en un tratamiento diferen-

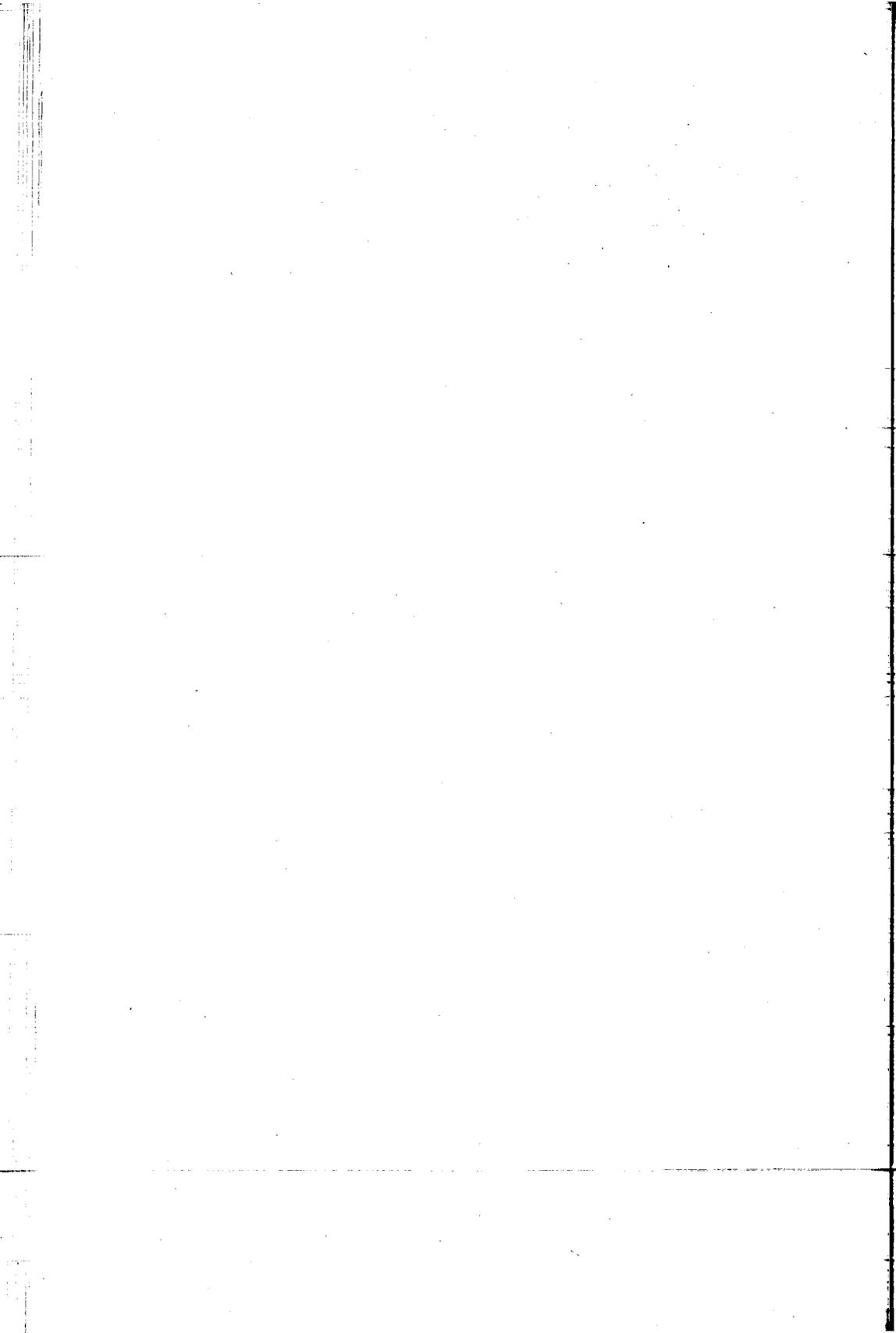
³¹ Sobre esta cuestión en el derecho francés, VINEY, G., "Les difficultés de la recodification du droit de la responsabilité civile", en *Le Code Civil 1804-2004, Livre du Bicentennaire*, Dalloz-Litec, 2004, pp. 255-281.

³² Corte de Apelaciones de Concepción, 10 de agosto de 2000, en *CJ*, n° 259, p. 38 y ss. En esta sentencia en su considerando 5° se expresa "Que, ahora bien, es una realidad innegable que los daños causados a la paciente con ocasión de una intervención

ciado de la responsabilidad civil, deben atenuarse las diferencias accesorias que no contribuyen a una necesaria seguridad jurídica. Ahora bien, en lo que atinge a la responsabilidad contractual, me parece urgente dotar a la acción indemnizatoria de una autonomía irrestricta. Como se sabe, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria estiman necesario tratándose de obligaciones de dar envueltas en contratos bilaterales el ejercicio accesorio de la acción indemnizatoria, la cual debe acompañarse de la respectiva acción de cumplimiento forzado o resolutoria. Debe quedar a elección del acreedor la decisión de impetrar la acción indemnizatoria de forma autónoma. En lo que se refiere a aspectos específicos de la responsabilidad contractual, me parece pertinente abogar por la exclusión de la prestación de culpas, teoría, como ya se ha señalado, *más ingeniosa que útil*. Se requiere, además, lograr un tratamiento adecuado del daño, dando término a la polémica bizantina sobre la procedencia del daño moral por inejecución contractual. Por último, respecto a los otros "remedios", en caso de incumplimiento debiera sistematizarse el conjunto de acciones destinadas a exigir la garantía o la responsabilidad ante el incumplimiento contractual.

Esta tarea requiere, por cierto, un gran aliento, siendo la responsabilidad civil una de las materias fundamentales del derecho de las obligaciones. Próximo a cumplir 150 años el Código de Bello, se abre una necesidad dogmática y práctica de reformular aspectos añejos de nuestro elogiado Código. Más que complacencia por el sesquicentenario del *Código Civil* chileno, debemos aprovechar la oportunidad de revisar de manera global y particular la adecuación de sus preceptos a la actual realidad.

quirúrgica pueden revestir simultáneamente características propias de una infracción contractual (al contrato de prestación médica, de hospitalización y/o de asistencia sanitaria), y, al mismo tiempo, de un delito o cuasidelito civil (la violación del deber general de actuar con diligencia y no causar daño a otro). No cabe duda que en la actualidad existe una gran inseguridad conceptual en la delimitación de los supuestos de hecho de una u otra responsabilidad, es decir, la línea divisoria entre los deberes de cuidado emanados del contrato y aquellos que emanan del deber general de no causar culpablemente daños a terceros. Por ello es preferible otorgar a la víctima la opción de elegir la vía extracontractual, aunque el demandado pruebe que existía un vínculo contractual previo al daño. Por lo demás, quienes niegan el cúmulo u opción de responsabilidad la aceptan cuando la inejecución de la obligación contractual constituye, a la vez, un delito o cuasidelito penal". Esta sentencia fue confirmada por la Corte Suprema con fecha 24 de enero de 2002. Sin embargo, la Corte Suprema rechaza la casación en el fondo en razón de no haberse acreditado en autos la relación contractual. No existe, por lo tanto, una ratificación del más alto tribunal en torno a aceptar la opción a favor de la víctima.



LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL *CODE* FRANCÉS Y SU RELATIVA INFLUENCIA EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO

PEDRO ZELAYA ETCHEGARAY

Doctor en Derecho U. de Navarra

Profesor de Derecho Civil Universidades de Chile y de los Andes

I. INTRODUCCIÓN

Al cumplirse los 200 años de vigencia del Código Civil francés constituye un deber de justicia referirse a los distintos aspectos de su profunda impronta y a la enorme influencia que ha ejercido en el derecho civil durante todo este periodo.

En particular –y dado el vasto contenido de su rica normativa–, he creído interesante referirme a la responsabilidad civil extracontractual, dejando para mejores especialistas el desarrollo y la exposición de las otras instituciones reguladas en tan magnífico cuerpo legal.

Al igual como ha sucedido respecto de casi todas las materias relevantes del derecho privado, el Código Civil francés –en adelante también el *Code* francés o Código de 1804– ocupa un lugar privilegiado en la historia del Derecho de Daños, por constituir el primer código –dentro del denominado “derecho civil continental”– que reguló esta importante materia en forma orgánica y sistemática.

En estas breves páginas intentaremos mostrar sucintamente cómo fue regulada la responsabilidad civil en el *Code* francés, su posterior evolución y su influencia en nuestro Derecho civil.

II. FUENTES DEL CÓDIGO DE 1804 Y ESTABLECIMIENTO DE LA CULPA COMO EL PRINCIPAL O ÚNICO FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

¿Cuáles fueron las fuentes del Código de 1804 en esta materia y cuál fue el fundamento o el criterio de imputación del deber de reparar consagrado en sus normas positivas?

Sin pretender hacer aquí una historia de la responsabilidad aquiliana en el Derecho civil francés, es claro que el Código de 1804 constituyó —en esta precisa materia— una síntesis del método propuesto por la Moderna Escuela del Derecho Natural y de las enseñanzas recibidas en Francia a través de la tradición jurídica de los canonistas y moralistas medievales.

En efecto, el *Code du Napoléon* plasmó en cinco disposiciones legales, claras y distintas, toda una corriente de pensamiento que, en relación con la responsabilidad civil, se venía gestando desde la Edad Media hasta lograr su decantación —a mediados del siglo XVII y durante todo el siglo XVIII— en obras como las de GROCIO, DOMAT y POTHIER.

Según se desprende de la historia fidedigna del establecimiento del Código civil francés¹, DOMAT y POTHIER constituyeron las fuentes directas de inspiración de los Tribunados que redactaron y defendieron el proyecto de Código civil y sus respectivas obras fueron el antecedente más inmediato de las disposiciones legales del *Code* civil en materia indemnizatoria.

En particular, la doctrina especializada está de acuerdo en señalar que la formulación del Capítulo II, Título IV, del Libro III del Código francés, relativo a los "*Delitos y Cuasidelitos*", se debe principalmente a la obra de Jean DOMAT, quien hizo un aporte trascendental a la formulación de las bases teóricas de la responsabilidad civil². Fue DOMAT quien distinguió —y aún más claramente que lo expuesto años antes por Hugo GROCIO³— entre (i) las transgresiones dolosas o inten-

¹ La mejor y más completa exposición de la historia fidedigna del establecimiento del *Code* francés puede encontrarse en LOCRE, *Esprit du Code Napoléon, tiré de la discussion*, 7 tomos, De l'imprimerie imperiale, Paris, 1807, y FENET, *Travaux préparatoires du Code Civil*, 15 tomos, Imprimerie de Ducessois, quai des Augustins N° 55, Paris, 1827, obras que se encuentran en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la U. de Chile. Asimismo, y respecto de esta precisa materia, creemos que la mejor recopilación de estos antecedentes interpretativos (elemento histórico de la interpretación de la ley) puede encontrarse en la obra cumbre de la literatura francesa respecto de la responsabilidad civil, a saber, MAZEAUD, H. y L., y TUNC, A., *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad delictual y contractual*, t. I, vol. I, traducción de la 5ª. edición francesa por L. Alcalá Zamora, Ed. Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1962, quienes hacen continuas referencias a las monumentales obras de FENET y LOCRE.

² DOMAT, J., *Las leyes civiles en su orden natural*, libro II, título VIII, s. IV, trad. Felio Vilarrubias y José Sarda, Imprenta San José Tauro, 2ª edición, Barcelona, 1844 (esta obra se publicó por primera vez en francés en 1689). Ella constituye una exposición sistemática del Derecho romano, adaptado a las necesidades de su tiempo e influenciado por las ideas francesas del derecho natural racionalista.

³ GROCIO, H., *Del Derecho de la Guerra y la Paz*, Libro IV, cap. XVII, expresaba años antes: "Hemos señalado más arriba que hay tres razones para que se nos deba algo: el contrato, la culpa y la ley. Suficientemente hemos hablado de los contratos. Refirámonos ahora a las obligaciones que el derecho natural hace nacer de los actos ilícitos. Ilícitud se denomina a aquí a la culpa y consiste en un acto u omisión que infringe lo que los hombres deben hacer bajo toda circunstancia o según sus calidades especiales. De tal

cionales a los mandatos de la ley (crímenes y delitos); (ii) las transgresiones o incumplimientos a los acuerdos pactados en los contratos; y (iii) las simples negligencias que causan daño a un tercero⁴. Fue en relación con estas últimas donde DOMAT insistió en que existía responsabilidad civil por la simple culpa o negligencia, aunque no hubiera trasgresión intencional a los mandatos de la ley, distinguiendo así para siempre entre la Responsabilidad Penal y la Civil⁵.

Asimismo, fue DOMAT quien empleó por primera vez en Francia el término "*faute*" y estableció, como principio general, que la obligación indemnizatoria debía surgir no sólo por los daños causados intencionalmente, sino también cuando el autor hubiera incurrido en un simple descuido, error o negligencia.

Casi un siglo después, y sobre estas mismas bases conceptuales, Robert POTHIER reproducirá y perfeccionará el sistema diseñado por DOMAT. En efecto, POTHIER precisará que los hechos de los que pueden derivar responsabilidad civil son los delitos y los cuasidelitos. Era

culpa nace, en razón del derecho natural, la obligatoriedad de reparar los daños provocados", cit. por ZWEIGERT, K. and KÖTZ, H., *Introduction to Comparative Law*, vol. II, 2da. edition, translated from the German by Tony Weir, Clarendon, Oxford, 1987, p. 310 (traducción personal desde el inglés).

⁴ En efecto, DOMAT, J., ob. cit., p. 65, señaló que "*Débensse distinguir tres clases de hechos, los cuales pueden ser causa de ciertos daños que acontezcan: unos que constituyen un verdadero crimen o delito; otros que son obra de las personas que faltan al cumplimiento de sus obligaciones en los contratos (...) y otros que no tiene relación con las convenciones pero que tampoco pasan a ser un crimen o delito, como si por imprudencia se arroja por la ventana una cosa con la que se manche un vestido de una persona que esté debajo; si unos animales mal guardados causan algún daño; si se ocasiona un incendio por efecto de poca precaución; si un edificio que amenaza ruina por no haberse reparado oportunamente se desploma sobre otro y causa en él algún daño. De estas tres clases de hechos sólo los últimos son objeto del presente título, pues los crímenes y delitos no deben mezclarse con las materias civiles, y todo cuanto atañe a las convenciones se ha explicado ya en el libro primero.*" Aunque algunos autores (cfr. TALE, C., "*La extensión del resarcimiento y otras cuestiones actuales de responsabilidad civil en la obra de Domat*", Homenaje a su memoria y reflexiones para nuestro tiempo, en *El Derecho* N° 9.300, 1997, pp. 1 y ss.) han señalado que DOMAT no ignoraba algunos supuestos de responsabilidad estricta o sin culpa —como, por ejemplo, la responsabilidad del dueño de una casa por los daños causados por las cosas caídas o desprendidas de ella—, creemos que ello es errado pues, en este preciso supuesto (cosas que caen o se arrojan de la parte superior de una vivienda) DOMAT resaltó que se trataba de un claro ejemplo de responsabilidad por culpa que no constituye delito.

⁵ DOMAT, J, ob. cit., p. 76, agregó que: "*todos los daños y perjuicios que puedan sobrevenir por el acto de una persona, ya sea por imprudencia, descuido, ignorancia de lo que tenía o debía saber; o por cualquier otra clase de culpa o falta, por pequeña que ella pueda ser, deben ser reparados por aquél cuya imprudencia o culpa haya causado el daño; porque él ha causado un daño injusto aunque no haya tenido la intención de causarlo. Así, cuatquiera que en forma imprudente juegue a la pelota en un lugar donde pueda existir peligro para aquellos que puedan pasar por dicho lugar y, de hecho, causa daño a uno de ellos, es responsable por los daños que él ha causado*".

delito toda conducta que con dolo o malicia (*"dol ou malignité"*) causaba daño (daños causados intencionalmente) y cuasidelito toda conducta que causaba daño sin malicia sino por una imprudencia no excusable⁶.

De esta forma, y siguiendo las enseñanzas de DOMAT y POTHIER, el *Code* de 1804 reguló esta materia en sólo cinco artículos (arts. 1382 al 1386), dentro del Libro III, Título IV (*"De las obligaciones que se contraen sin convención"*), Capítulo II, bajo la denominación *"De los Delitos y Cuasidelitos"*, nombre y distinción que todavía hoy –y contra la terminología pacíficamente aceptada y utilizada en el derecho comparado– mantienen y utilizan los modernos autores franceses.

Asimismo, todos los autores que han estudiado esta materia están de acuerdo en señalar que los arts. 1382 y 1383⁷ –los primeros dos de este Capítulo II relativo a los "Delitos y Cuasidelitos"– recogieron el principio de la responsabilidad civil por culpa, constituyéndose en la base y en el fundamento común de todo el régimen indemnizatorio francés⁸.

De esta forma, y recién comenzado el siglo XIX, el régimen de la responsabilidad subjetiva o por culpa tomó carta de ciudadanía en el derecho civil francés y, con él, en el derecho civil continental que le siguió y que lo tuvo como fuente de inspiración.

⁶ POTHIER, R. J., *Tratado de las Obligaciones*, Bibliográfica Omeba, B. Aires, 1962, N° 116, p. 72 señaló: *"Se llama delito al hecho por el cual una persona, por dolo o malignidad, causa perjuicio o daño a otra. El cuasidelito es el hecho por el cual una persona, sin malignidad, sino por una imprudencia que no es excusable, causa algún daño a otro"*.

⁷ Art. 1382: *"Todo hecho del hombre que cause daño a otro, obligará a repararlo a aquél por cuya culpa se causó"*. Art. 1383: *"Cada cual es responsable del daño que cause no solamente por sus hechos sino también por su negligencia o por su imprudencia"* (traducción libre).

⁸ Cfr. TUNC, A., *"Introduction"*, en *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI (Torts), Chapter I, 1973 (completado en 1982); ídem; *La responsabilité civil*, 2ª ed., Economica (Coll. Estudios Jurídicos comparativos dir. par A. Tunc), París, 1989; VINEY, G., *Introduction à la responsabilité*, en *Traité de Droit Civil* dir. par J. Ghestin, 2ª ed., París 1995; ídem, *Les conditions de la responsabilité*, en colaboración con P. JOURDAIN, 2ª ed., París, 1998. También, VISINTINI, G., *Tratado de la responsabilidad civil*, trad. de A. Kemelmajer de Carlucci, tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 9, ha señalado, al comentar los arts. 1382 y 1383 del *Code*, que *"en virtud de estos textos, entonces, la responsabilidad civil se une, en primer lugar, a un hecho voluntario ('par son fait') dirigido a producir daño a otros (por supuesto, sin una causa de justificación) y, en segundo lugar, a una simple negligencia o imprudencia. Así, la noción de culpa se convierte en una condición necesaria para que la responsabilidad civil se impute al autor del hecho dañoso, en una época en la que tal principio se presentaba como expresión de una exigencia fundamental de justicia, proveniente de una sociedad en la que la economía era todavía artesanal, las ocasiones de producir daño se presentaban en las relaciones individuo a individuo, y se sentía una fuerte necesidad de garantizar la conservación de todas las formas de propiedad"*.

III. LA INFLUENCIA DEL CODE FRANCÉS EN LA CODIFICACIÓN DECIMONÓNICA

La línea marcada por el *Code* francés fue recogida luego por otros grandes códigos europeos de la época, como, por ejemplo, por el ABGB austríaco de 1811; por el *Codice* Italiano de 1865; por el Código Civil español de 1889; etc. Asimismo, su decisiva influencia pasó también a los códigos hispanoamericanos del siglo XIX⁹.

Dicha sistematización fue recogida luego en varios de los códigos civiles del siglo XX, como lo son el Código civil italiano de 1942 (art. 2043), el Código Civil de Portugal de 1966 (art. 483), el Código Civil peruano de 1984, etc.

¿Cuáles son las características generales de las codificaciones “de corte francés”?

Según DIEZ-PICAZO¹⁰, la forma cómo la responsabilidad civil fue recogida y resuelta en los códigos de corte francés se caracterizó por los siguientes tres elementos:

a) Ante todo, en estos Códigos se recibe la idea, muy extendida en el Derecho común y en la Escuela del Derecho Natural Racionalista, de que la vieja acción de la Lex Aquilia de Daño debía tener una función o alcance muy general. En este sentido, la acción reparatoria en estos códigos se encierra en una fórmula de carácter general y abstracto y, por consiguiente, abierta, que comprende la reparación de todo tipo de daño y frente a todo tipo de hechos, actos u omisiones causantes del mismo¹¹.

b) Por otro lado, la obligación indemnizatoria se estructura con un carácter netamente individualista, de forma que una vez causado el

⁹ Por ejemplo, nuestro Código Civil de 1857; por el Código civil argentino de 1869, etc.

¹⁰ DIEZ-PICAZO, L., *Derecho de Daños*, Editorial Civitas, Madrid, 2000 (reimpresión), pp. 83 y ss.

¹¹ DIEZ-PICAZO, L., *El derecho de daños* cit., p. 84, señala que “el sistema de la codificación se fundaba, asimismo, sobre unos presupuestos de carácter ideológicos. Cuando hay que resolver el problema relativo a si el daño producido debe o no ser objeto de resarcimiento, el conflicto que se suscita encuentra su vía de solución por una referencia implícita a los deberes preexistentes del autor frente a la víctima, que se correspondía muy bien con la tradición del Derecho común, en el que no se puede desconocer la influencia que ejercieron los canonistas y, a través de ellos, el pensamiento cristiano. La obligación de reparar o de resarcir es una consecuencia de la calificación del hecho como algo reprobable. Se subraya insistentemente la idea de que es un cuasidelito, lo que conducirá, a su vez, al concepto de responsabilidad por hechos ilícitos. De todo ello no está ausente el concepto cristiano de pecado. En este sentido, G. Vinet subrayaba, probablemente con razón, que la disciplina de la responsabilidad civil estaba destinada a moralizar las conductas más que a asegurar a las víctimas la reparación de los perjuicios”.

daño, el conflicto surge exclusivamente entre dos partes (el perjudicado y el autor del daño), sin que haya de tomarse en consideración otra clase de factores.

c) Por último, la solución adoptada por el *Code* —y por los códigos decimonónicos que le siguieron— obedeció no sólo a la situación cultural e ideológica vigente a finales del siglo XVIII, sino también de los presupuestos económicos y sociales vigentes en aquella época¹².

IV. LA INFLUENCIA DEL *CODE* EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO: SUS SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS

Según se desprende de la historia fidedigna del establecimiento de nuestro propio Código Civil en materia de responsabilidad extracontractual, Andrés Bello siguió muy de cerca no sólo al *Code* de 1804 sino también al Derecho castellano y, particularmente, al Código de Las Partidas de Alfonso X El Sabio¹³.

De esta forma, y bajo este particular esquema de fuentes, podemos señalar lo siguiente:

a) En primer lugar, nuestro Código Civil siguió al *Code* francés al mantener la básica distinción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual o aquiliana, ya propuesta por DOMAT y POTHIER, y recogida en el Código de Napoleón. En efecto, Andrés Bello reguló estas dos acciones indemnizatorias en diversos títulos del Código Civil

¹² DIEZ-PICAZO, L., *El derecho de daños* cit., p. 84, explica que "ante todo, se contemplaba un determinado modo de ser de las relaciones económicas y sociales. Se trataba de un mundo en que, aún cuando la primera revolución industrial se había producido ya, no se habían dejado sentir todavía sus efectos o, por lo menos, no se habían dejado sentir en profundidad. La actividad económica continuó siendo básicamente de carácter agrícola, ganadera y artesanal y, en ella, el número de daños a las personas no debió ser muy elevado. Por otra parte, esa misma estructura de las relaciones sociales, la intensidad de la actividad económica y el nivel de los acontecimientos existentes debió determinar la inexistencia de graves complejidades en los problemas de imputación. Y ello en un doble sentido: en gran parte porque la imputación debía resultar por sí sola de una manera casi inmediata; y, en otro sentido al revés, porque la capacidad de investigación de las posibles causas no podía llegar nunca muy lejos".

¹³ Los Proyectos de 1841-1845 y de 1846-1847 no se refirieron ni reglaron la responsabilidad civil por delitos y cuasidelitos. Fue el Proyecto de 1853 el primero que reguló esta importante materia en el Libro IV ("*De los contratos y obligaciones convencionales*"), título XXXV ("*De los delitos i cuasidelitos*"), arts. 2478 a 2498. En este Proyecto, Bello citó las fuentes que inspiraron su redacción, siendo sorprendente que no citara, en ningún momento, al *Code du Napoléon* ni la opinión de sus primeros comentaristas o exégetas, sino sólo distintas leyes de la Partida Séptima.

chileno, a saber, la acción indemnizatoria contractual quedó regulada en el título XII del Libro IV y la acción indemnizatoria extracontractual en el título XXXV del Libro IV, dando lugar a la dualidad de regímenes indemnizatorios que se mantiene hasta nuestros días.

b) Asimismo, nuestro Código Civil siguió la terminología y la sistematización del Código francés —creada por POTHIER—, y agrupó todas las disposiciones relativas a la responsabilidad extracontractual bajo el nombre “*De los Delitos y Cuasidelitos*”, al final de Libro IV, Título XXXV, reflejando una gran cercanía o dependencia con la terminología y las concepciones propias del Derecho Penal sancionatorio.

c) Además, nuestro Código Civil, a semejanza del francés —pero con menor claridad que éste—, recogió el principio general de la responsabilidad por culpa señalando —no en sus primeros artículos, como sí lo hace el *Code*, sino en el artículo 2329— que “*todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta*”. De esta forma, la culpa se constituyó en nuestro Código Civil —y a semejanza de su homólogo francés— como el principal criterio o el más importante fundamento para atribuir el deber u obligación de indemnizar a la víctima inocente.

Sin embargo cabe destacar que nuestro Código Civil resultó ser mucho más completo que el *Code* francés ya que, amén de regular esta materia en 21 artículos, resolvió expresamente cuestiones sobre las cuales el Código de 1804 había guardado silencio y que debieron ser resueltas con el devenir del tiempo por la doctrina y la jurisprudencia francesas.

Así, por ejemplo, en nuestro Código Civil encontramos reguladas las siguientes materias que no están tratadas en el *Code* francés:

a) En materia de capacidad: la plena incapacidad de los dementes e infantes (art. 2319¹⁴) y la plena responsabilidad civil del ebrio (2318¹⁵).

b) En materia de solidaridad pasiva: la responsabilidad solidaria de los diversos autores de un delito o cuasidelito (art. 2317 inc. 1¹⁶).

c) En materia de legitimación activa y pasiva: la determinación de los sujetos activos y pasivos de la acción indemnizatoria extracontractual.

¹⁴ En Proy. de 1853: art. 2483, sin anotación de su fuente.

¹⁵ En Proy. de 1853: art. 2482, sin anotación de su fuente.

¹⁶ En Proy. de 1853: art. 2481, con referencia a la Partida 7ª, Título 16, Ley 5ª.

tual, incluyendo la acción popular para el caso de daño contingente (arts. 2315¹⁷, 2316¹⁸ y 2333).

d) En materia de responsabilidad por el hecho ajeno: la acción de repetición del tercero civilmente responsable contra del autor directo y material del daño (art. 2325¹⁹).

e) En materia de responsabilidad objetiva o sin culpa: la responsabilidad estricta que afecta al dueño de un animal fiero del que no se reporta utilidad para la guarda y servicio de un predio (art. 2327²⁰).

f) En materia de responsabilidad por las cosas que caen o se arrojan desde la parte superior de un edificio: la responsabilidad simplemente conjunta que pesa sobre los que habitan esa misma parte del edificio (art. 2328²¹).

g) Por último, en materia de apreciación judicial del *quantum* indemnizatorio: la facultad del juez para reducir el monto de la reparación en caso de imprudencia de la víctima (art. 2330).

También cabe destacar que, en otras materias, nuestro Código se apartó abierta y claramente de lo establecido y regulado en el *Code* francés.

Así, por ejemplo, podemos señalar los siguientes casos donde nuestro Código Civil no siguió las directrices de su homólogo francés:

a) A diferencia del *Code* francés, nuestro Código Civil estableció un plazo especial de prescripción para la acción indemnizatoria extracon-

¹⁷ En Proy. de 1853: art. 2479, con referencia a la Partida 7ª, Título 15, Ley 2ª.

¹⁸ En Proy. de 1853: art. 2480 inc. 1, con referencia a la Partida 7ª, Título 16, Ley 3ª.

¹⁹ En Proy. de 1853: art. 2489, con referencia a la Partida 7ª, Título 15, Ley 5ª (pero agrega: "*modificada*"). Respecto de esta acción de repetición, resulta interesante destacar que el Proyecto de 1853 señalaba en su art. 2489 que sólo los empresarios tenían derecho a repetir contra los dependientes culpables del daño causado. En efecto, dicho proyecto de norma señalaba: "*Las personas obligadas a la reparación de los daños causados por sus respectivos dependientes, tendrán derecho a ser indemnizadas sobre los bienes de éstos, si los hubiere, i si el que perpetró el daño lo hizo sin mandato de la persona a quien debía obediencia, i si era capaz de delito o cuasidelito, según el artículo 2483*". Sin embargo, fue el Proyecto Inédito el que modificó esta redacción y amplió la legitimación activa en favor de todos los terceros civilmente responsables, señalando: "*Las personas obligadas a la reparación de los daños causados por las que de ellas dependen, tendrán derecho para ser indemnizadas sobre los bienes de éstas, si los hubiere, i si el que perpetró el daño lo hizo sin orden de la persona a quien debía obediencia, i era capaz de delito o cuasidelito, según el artículo 2483*".

²⁰ En Proy. de 1853: art. 2491, sin anotación de su fuente.

²¹ En Proy. de 1853: art. 2492.1, con referencia a la Partida 7ª, Título 15, Ley 25ª.

tractual (4 años contados desde la perpetración del acto), recogiendo, en parte, una regla establecida en Las Partidas (art. 2332²²);

b) También nuestro Código Civil –a diferencia del *Code*– permitió al empresario demandado probar que con la autoridad y el cuidado que su calidad le confiere y prescribe no ha podido impedir el hecho, alejándose de la regla sentada por POTHIER y por el *Code* de 1804²³.

c) A diferencia del *Code* francés, BELLO estableció una clara presunción de culpa contra el tutor o curador por los daños causados por su pupilo, volviendo con ello a la regla de POTHIER²⁴ y que había sido abandonada por los redactores del *Code*.

d) Por último, y a diferencia del Código francés, nuestro Código Civil no estableció una regla o principio general de responsabilidad por el hecho de las cosas, como el consagrado en el fructífero art. 1384.1 del *Code*, que permitió a la jurisprudencia francesa extender esta responsabilidad hasta límites insospechados²⁵. Con ello nuestro Código Civil no

²² En Proy. de 1853: art. 2496 señalaba: “*Las acciones que concede este título por daño o dolo prescriben en dos años contados desde el día en que la persona a quien competen tuvo conocimiento del daño o dolo; pero en todo caso podrá oponerse a ellas una prescripción de cinco años*”, citando como fuente al pie de página lo siguiente: “*Se modifica la ley 6, título 16, Partida 7^{ma}*”. Con ello es claro que, en materia de prescripción de la acción indemnizatoria, Bello quiso apartarse de las reglas del *Code* y también de los criterios de las Partidas, para establecer una regla especial, la que no ha dejado de ofrecer problemas e inconvenientes.

²³ El *Code du Napoléon* estableció, en su art. 1384 incs. 3 (hoy inciso 5) e *in fine*, una excepción a las reglas generales en materia de responsabilidad civil por el hecho ajeno. En particular, respecto de la responsabilidad civil de los comitentes (principal o empresario) por los daños causados por sus encargados (empleados o dependientes), el art. 1384.3 e *in fine* del *Code* impidió –a diferencia de los otros civilmente responsables– que los primeros pudiesen acreditar diligencia en la elección o cuidado del agente directo del daño, de forma que –una vez probada la culpa del dependiente– la responsabilidad del empresario era objetiva. Con ello, el *Code* francés estableció, por primera vez en la historia del derecho codificado, un claro régimen de responsabilidad vicaria para los comitentes o empresarios. Sin embargo, Andrés Bello no quiso establecer –en este supuesto particular– un régimen de responsabilidad vicaria para el empresario y logró que nuestro Código Civil conservara la regla general de la culpa, estableciendo a favor del empresario demandado, una clara prueba liberatoria en el art. 2322 inc. final. Cfr. ZELAYA ETCHEGARAY, P., *La responsabilidad civil del empresario por el hecho del dependiente en el Código Civil francés*, en AAVV, *Instituciones Modernas de Derecho Civil*, Libro Homenaje a don Fernando Fueyo L., Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1996, pp. 463-515.

²⁴ En este sentido, BELLO volvió a la regla defendida por POTHIER (*Obligations*, N° 121) y por los primeros comentaristas del *Code* (interpretación posteriormente combatida por Demolombe, Colmet de Santerre y Laurent).

²⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1943, pp. 391 señala: “*Apartándose de su modelo, el Código francés, omitió el art. 2320, que corresponde al art. 1384 de ese*

contó con una norma legal que permitiera a nuestra jurisprudencia hacer frente –a través de una jurisprudencia creativa– a los múltiples y crecientes daños causados por cosas y/o actividades peligrosas²⁶.

V. MODIFICACIONES LEGALES INTRODUCIDAS AL *CODE* FRANCÉS DESPUÉS DE SU ENTRADA EN VIGENCIA

Ahora bien, ¿cuáles han sido las modificaciones experimentadas por el texto original del *Code* durante estos casi 200 años de vigencia?

Cabe destacar que, no obstante ser la responsabilidad extracontractual una de las materias que mayor transformación ha experimentado en el moderno derecho privado, el único artículo del Capítulo II del *Code* que ha sufrido modificaciones en estos 200 años de vigencia ha sido el art. 1384, relativo a la responsabilidad por el hecho ajeno y por el hecho de las cosas y, ello, en sólo tres oportunidades.

Estas tres modificaciones son:

1º) En primer lugar, por ley de 7 de noviembre de 1922 se agregaron dos nuevos incisos al art. 1384, que pasaron a ser los actuales

Código, la frase final del inciso 1º de este artículo 'o de las cosas que estén a su cuidado', y se limitó a reglamentar tres casos determinados: el daño ocasionado por la ruina de un edificio (arts. 2323 y 2324), el causado por un animal (arts. 2326 y 2327) y el causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio (art. 2328)'. (el resaltado es nuestro).

²⁶ La falta, en nuestro Código Civil, de una norma similar al art. 1384.1 *Code* –que contenga una responsabilidad civil “por el hecho de las cosas inanimadas”– justificó, en parte, que un sector de nuestros civilistas intentara buscar, en nuestro Código Civil, una norma que permitiera hacer más estricta la responsabilidad civil del empresario, sobre todo respecto de los daños causados por actividades peligrosas, como la ferroviaria. Así, DUCCI CLARO, C., *Responsabilidad civil (extracontractual)*, Empresa Periodística El Imparcial, Santiago, 1936, fue el primero que intentó ver en el art. 2329 CC una norma que contenía una presunción general de culpa por el hecho propio, máxime en los casos de daños causados por actividades peligrosas. Siguiendo a Ducci, el propio ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., ob. cit., p. 292, señaló que el art. 2329 CC consagraba una presunción de culpa de carácter general que debía aplicarse toda vez que el daño proviniese de un hecho que, por su naturaleza o por las circunstancias en que se haya realizado, era susceptible de atribuirse a dolo o culpa del agente. Para Alessandri, así sucedía, por ejemplo, si se produce una colisión de trenes pues éstos deben movilizarse en condiciones de no chocar unos con otros: si chocan dos trenes, ello denota que hubo culpa en la empresa demandada, o en alguno de sus dependientes, y debe ella responder por sí o por los actos de sus empleados, salvo que acredite caso fortuito o fuerza mayor, hecho exclusivo de la víctima o acto de tercero ajeno a la empresa. Sin embargo, discrepan de esta interpretación extensiva y “objetivadora”. MEZA BARROS, R., *Manual de Derecho Civil. De las fuentes de las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, 9ª edición actualizada por Pedro Pablo Vergara, Santiago, 1997, p. 277, y RODRÍGUEZ GREZ, P., *Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, pp. 210-211. La jurisprudencia chilena está dividida al respecto.

incisos 2 y 3, que regulan la responsabilidad civil a raíz de los daños causados por el incendio de un inmueble²⁷. Esta ley vino a descartar la aplicación del art. 1384.1 a los daños causados por el incendio de un inmueble, respecto de los cuales la jurisprudencia había aplicado la presunción de culpa y/o de responsabilidad establecida en el art. 1384 inc. 1 contra el dueño del inmueble en el cual se había generado el incendio²⁸, volviéndose así a la regla general en virtud de la cual la víctima debe probar la culpa del autor del daño.

2º) En segundo término, la Ley de 5 de abril de 1937 agregó otro inciso al art. 1384, ahora como inciso final²⁹, para regular la responsabilidad civil de los maestros o profesores de colegios y escuelas. Mediante esta reforma se evitó aplicar la presunción de culpa o de responsabilidad establecida en el artículo 1384 a todos maestros y profesores de escuelas o colegios³⁰. Sin embargo, la doctrina francesa

²⁷ Art. 1384 (inc. 2): "*Sin embargo, aquél que detente, en virtud de cualquier título, todo o parte de un inmueble o los bienes mobiliarios en los que hubiera nacido un incendio, sólo será responsable frente a terceros, de los daños causados por este incendio, si se prueba que éste se produjo por su culpa o por culpa de las personas de las que fuera responsable*". Art. 1384 (inc. 3): "*Esta disposición no se aplicará a las relaciones entre propietarios y arrendatarios, que se encuentran contempladas en los artículos 1733 y 1734 del Código civil*".

²⁸ La primera tentativa de trasladar el centro de gravedad del art. 1382 (responsabilidad general por hecho o culpa propia) al art. 1384.1 (presunción de culpa o de responsabilidad por el hecho de cosa inanimadas) se produjo en el llamado "*Caso de la Brea*". El día 2 de junio de 1906, estalló un incendio en la estación marítima de Brienne, en Burdeos —dependiente de la Cia. de Ferrocarriles del Sur—, lugar donde se encontraba depositada un gran cantidad de brea. El fuego se extendió rápidamente a la vía pública contigua, destruyendo postes, rieles, aparatos de transmisión eléctrica y los andenes de la estación de los tranvías eléctricos de propiedad de la Cia. de Tranvías de Burdeos. Está demandó a la Cia. de Ferrocarriles del Sur. La Corte de Casación, en sentencia de 16 de noviembre de 1920, aplicó la presunción de culpa establecida en el art. 1384.1 Code, contra la Compañía demandada, al entender que ésta tenía bajo su custodia una cosa inanimada que causó daños a terceros, presunción que sólo podía destruirse si el demandado acreditaba (i) caso fortuito o fuerza mayor; o bien (ii) causa extraña que no le sea imputable, de manera que no le era suficiente acreditar que fue diligente en el depósito y conservación de la brea o ignorar la causa del incendio. En el caso concreto, la Corte de Casación casó la sentencia recurrida y reconoció que los toneles de brea estaban bajo la guarda de la Cia. de Ferrocarriles del Sur, así como que la brea no era susceptible de inflamarse como consecuencia de un vicio inherente a su naturaleza. Esta fue la sentencia que provocó la reforma legislativa en comentario. Sin embargo, y como se explicará más adelante, la Corte de Casación siguió aplicando la misma tesis de 1920 a otros supuestos distintos del incendio del inmueble.

²⁹ Art. 1384 *in fine*: "*En lo que concierne a los maestros, las faltas, imprudencias o negligencias invocadas contra ellos como causantes del hecho dañoso, deberán ser probadas, conforme al derecho común, por el demandante en la instancia*".

³⁰ Los maestros y profesores de colegios públicos habían sido beneficiados por la Ley de 20 de julio de 1899, la que había modificado a su respecto la responsabilidad civil establecida en el art. 1384 del Code, haciendo sustituir la responsabilidad personal de los maestros públicos por la del Estado propiamente tal. Sin embargo, los maestros privados habían seguido bajo el régimen del Code civil. Esta ley de 5 de abril de 1937

fue muy crítica con la técnica legislativa utilizada por esta reforma pues si el legislador, comentaban, quería evitar la presunción de culpa respecto de los maestros o profesores de colegios y escuelas, bastaba haber borrado o suprimido la palabra "maestros" del primitivo inciso 4 (hoy inc. 6) del art. 1384 y no crear una regla especial que sólo venía a repetir la regla general establecida en los arts. 1382 y 1383.

3º) Por último, la Ley N° 70-469 de 4 de junio de 1970, relativa a la autoridad paterna, modificó el vigente art. 1384 inc. 4, haciendo solidariamente responsable al padre y a la madre que ejercen el derecho de guarda, de los daños causados por su hijos menores mientras habitan con ellos. Antiguamente era civilmente responsable el padre y sólo se hacía responsable a la madre cuando el primero había fallecido³¹.

VI. EL CÓDIGO DE 1804 FRENTE AL PAULATINO Y CRECIENTE PROCESO DE OBJETIVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

¿Y qué decir del proceso de objetivación de la responsabilidad civil y la forma como el *Code* participó en el mismo?

1. INTRODUCCIÓN

Es claro que hasta finales del siglo XIX, tanto la doctrina como la jurisprudencia francesas señalaban en forma bastante unánime —quizá bajo el enorme peso del prestigio y de la influencia de la Escuela de la Exégesis— que todas las disposiciones del *Code* de 1804 en materia de responsabilidad extracontractual descansaban sobre el criterio de la culpa subjetiva, surgiendo como el único criterio para atribuir el deber de reparar.

Ello explica cómo para la doctrina francesa del siglo XIX y principios del XX, no sólo los arts. 1382 y 1383 *Code* establecían una responsabilidad por culpa sino los tres siguientes, a saber, los artículos 1384, 1385 y 1386.

agregó un nuevo inciso al art. 1384 (ahora inciso final) y sustituyó totalmente la Ley de 20 de julio de 1889. La responsabilidad civil de los profesores y maestros se aplicaba tanto respecto de los daños causados *por los* alumnos (a otros alumnos y a terceros) como a los daños causados *a los* propios alumnos (por otros alumnos o por terceros).

³¹ En la redacción original, el art. 1384 inc. 2 señalaba que: "*El padre, y la madre luego de la muerte del marido, serán responsables de los daños causados por sus hijos menores que habiten con ellos*". Hoy señala el art. 1384 inc. 4: "*El padre y la madre, en tanto ejercen el derecho de guarda, serán solidariamente responsables del daño causado por sus hijos menores que habiten con ellos*".

En efecto, la Escuela de la Exégesis distinguió entre la llamada “responsabilidad por el hecho ajeno”, establecida en los diversos incisos del art. 1384, y la denominada “responsabilidad por el hecho de las cosas” establecida en los arts. 1384.1, 1385 y 1386.

En relación con la “responsabilidad por el hecho ajeno” prevista en los diversos incisos del art. 1384, la primera doctrina y jurisprudencia gala entendió que dicha disposición legal, en sus diversas partes, establecía claramente supuestos de responsabilidad por culpa (aunque presunta) ya que la responsabilidad del tercero civilmente responsable (padre o madre; amos y comitentes; maestros y artesanos) se basaba en su culpa en la elección, vigilancia, control, dirección y educación del agente directo y material del daño (hijos menores que habitan con ellos; criados y encargados; alumnos y aprendices), de forma que el demandado podía siempre eximirse probando que fue diligente en dichos aspectos.

Por otro lado, y respecto de la responsabilidad por el hecho de las cosas establecida en los arts: 1384.1³², 1385³³ y 1386³⁴, la primera doctrina y jurisprudencia francesas defendieron dos ideas principales, a saber: (a) que el inciso primero del art. 1384 *Code* contenía sólo una referencia general —una especie de introducción preliminar— a las responsabilidades específicas que luego eran impuestas en el art. 1385 al propietario o guardián de un animal y en el art. 1386 al propietario de un edificio cuya ruina causa daños; y (b) que en todos los supuestos previstos en el *Code*, el propietario o guardián de la cosa respondía por culpa, pudiendo eximirse de la responsabilidad civil que se le demandaba si probaba que había sido plenamente diligente en la guarda del animal o en la construcción o mantención del edificio.

En este sentido podemos señalar, sin temor a equivocarnos, que hasta finales del siglo XIX no existía en Francia discusión real —pues nadie lo dudaba seriamente— respecto de que no existía responsabilidad civil sin culpa personal³⁵.

³² Art. 1384.1 CC francés: “*Todo sujeto es responsable no solamente del daño causado por su propia actuación sino también por el causado por el hecho de personas de las cuales debe responder, o por las cosas que permanecen bajo su propio control*”. (el resaltado es nuestro).

³³ El art. 1385 *Code* señala: “*El propietario de un animal, o quien se sirva de éste mientras estuviere usándolo, será responsable del daño que el animal haya causado, bien que el animal estuviere bajo su guarda o bien que se hubiera extraviado o escapado*”.

³⁴ El art. 1386 *Code* señala: “*El propietario de un edificio será responsable del daño causado por su ruina, cuando ésta se hubiere producido por la falta de mantenimiento o por el vicio de su construcción*”.

³⁵ DIEZ-PICAZO, L., *Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual*, en Anuario de la Facultad de Derecho de la U. Autónoma de Madrid N° 4 (“*La responsabilidad ante el derecho*”), 2000, p. 153, señala que “*puede afirmarse, casi con seguridad, que hasta el final del siglo pasado (sic) la responsabilidad civil que los códigos recogieron de*

2. LA OBJETIVACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN FRANCIA

Sin embargo, debido al explosivo aumento de los accidentes industriales con daños a las personas —junto al creciente uso de la maquinaria en la producción industrial y de los vehículos en el transporte por tierra—, comenzó un paulatino proceso de objetivación de la responsabilidad civil en base a una interpretación extensiva y protectora de las reglas positivas del propio *Code*³⁶.

¿Cuáles fueron los expedientes jurisprudenciales de objetivación?

Sin querer agotar el tema, podemos señalar aquí algunos de los mecanismos interpretativos creados, ideados y aplicados por la jurisprudencia francesa para hacer cada día más estricta la responsabilidad civil del autor de un daño extracontractual.

2.1. La aparición de la culpa *in omittendo*

Un primer paso dado por la Corte de Casación de París —en perfecta sintonía con la doctrina francesa de la época³⁷ y no obstante que una interpretación literal y restrictiva del texto de los arts. 1382 y 1383 *Code*

la tradición iusnaturalista inmediatamente anterior —y mediatemente de los desarrollos de las glosas, posglosas y comentarios de la Ley Aquilia—, fue una responsabilidad fundada exclusivamente en la culpa. Al causante del daño se le impone la obligación de indemnizarlo porque no ha actuado como hubiera debido hacerlo y porque si hubiera actuado bien, el daño no se hubiera producido".

³⁶ Señala DIEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños ...cit.*, p. 93 que "el sistema codificado debió recibir alguna inyección de crecimiento a lo largo del siglo XIX, en que los efectos de la primera revolución industrial se fueron sintiendo de forma extraordinaria. Aparecen los daños causados por ferrocarriles (p. ej., en los sembrados adyacentes a las vías férreas o en las personas) y los daños causados por ferrocarriles urbanos denominados tranvías, así como los efectos, a veces dañinos, del manejo de los gases y de la electricidad. Se producen los accidentes del trabajo en las fábricas y en las minas y surgen igualmente los problemas de la invasión de lo que hoy denominamos derechos de personalidad en la prensa periódica".

³⁷ El problema de la culpa *in omittendo* había originado discrepancias y discusiones ya desde los tiempos de los glosadores. Por un parte, existía un fragmento atribuido a ULPIANO (Digesto 7, 1, 13, 2) donde se contemplaba la situación de un usufructuario que dejaba de arar, de plantar viñas o de reparar un acueducto en el campo entregado en usufructo y donde parece entenderse que no existía responsabilidad derivada de la Ley Aquilia. Por ello algunos autores habían afirmado que la Ley Aquilia no contemplaba responsabilidad por culpa *in omittendo*. Sin embargo, y por otra parte, existía el caso de un médico que abandonaba el tratamiento de un paciente o el fogonero que se quedaba dormido junto al horno provocando un incendio, casos ambos en los cuales se había reconocido la protección aquiliana para la víctima. Por ello algunos habían podido llegar a decir: "sive comittendo, sive omittendo".

podía dar a entender lo contrario—, fue considerar que no sólo los hechos, actos o acciones positivas del hombre podían constituir culpa o negligencia sino también sus omisiones o faltas de conducta debida.

En un comienzo, las omisiones que se tomaron en cuenta fueron aquellas que se producían dentro de una acción o serie continua de acciones (por ejemplo, no encender las luces del vehículo una vez anochecido o no tocar la bocina en un cruce peligroso). Sin embargo, muy pronto se empezaron a tomar en cuenta las omisiones propiamente tales (consideradas en sí mismas o abstenciones propiamente tales), ya sea las omisiones intencionales, las que consistían en la no ejecución de un deber legal o reglamentario o bien, las que consistían en la omisión de un deber de conducta que cualquier sujeto, normalmente diligente y colocado en las mismas circunstancias, hubiera adoptado.

De esta forma, el paso de la “culpa por acción” a la “culpa por omisión” significó un primer gran instrumento o mecanismo de objetivación realizada por los tribunales franceses para ampliar la cobertura indemnizatoria del régimen de responsabilidad civil consagrado en el texto del Código de Napoleón, protegiendo más adecuadamente a las víctimas inocentes.

2.2. La apreciación de la culpa *in abstracto*

Asimismo, a partir de la primera mitad del siglo XIX, la jurisprudencia civil —apoyada en la doctrina más prestigiada de la época y que luego fue seguida por la jurisprudencia de la Sala Penal— comenzó a considerar que la culpa se debía apreciar *in abstracto*, es decir, se debía comparar la conducta del demandado con un modelo abstracto y objetivo de conducta debida, simbolizado en el criterio del “buen padre de familia”.

De esta forma, el juez civil —y a diferencia del juez penal que conoce de un hecho punible— no debía indagar ni valorar las circunstancias subjetivas y personales del autor del daño, sino, sencillamente, comparar su conducta dañosa con un patrón objetivo y racional de conducta debida, integrada por lo que más tarde se denominó, al menos para la responsabilidad profesional, como “las reglas de la *lex artis ad hoc*”.

2.3. La aparición del daño moral

También la indemnización del daño moral fue una “conquista” obtenida por la interpretación “pretoriana” de las reglas de *Code*, llevada a cabo por la jurisprudencia francesa en protección de la víctima inocente.

En efecto, el *Code* no contemplaba –pero tampoco la excluía– la indemnización del daño extrapatrimonial o moral.

Sin embargo, la jurisprudencia francesa aceptó, desde muy antiguo, la indemnización por daño moral reclamada, por ejemplo, por los parientes a consecuencia de la muerte de una persona querida³⁸. Además, según RIPERT y BOULANGER³⁹, los tribunales franceses veían en esta reparación un medio para castigar y reprimir las faltas cometidas, de forma que –en la práctica– se apreciaba una mayor cuantía del daño mientras más grave era la falta cometida por el actor. Además, se empezó a observar que los tribunales no exigían al demandante probar los perjuicios morales reclamados pues bastaba invocar su calidad de pariente o de cónyuge para, de tal calidad, derivar una presunción de daño extrapatrimonial.

2.4. La responsabilidad por “el hecho de las cosas” y la interpretación extensiva del art. 1384.1 *Code*

En cuarto lugar, la jurisprudencia de la Corte de Casación de París adoptó, terminando ya el siglo XIX e incluso antes de promulgarse la primera Ley de Accidentes del Trabajo, un doble criterio respecto de la llamada “responsabilidad por el hecho de las cosas ex art. 1384.1 *Code*”, el cual había sido esbozado por cierta doctrina francesa de finales de siglo⁴⁰ y que constituirá el comienzo de una profunda transformación (jurisprudencial) del derecho de daños francés durante el siglo XX.

³⁸ Cfr. Sentencia C. Cass. Crim. de 20 de febrero de 1863, D. 64.1.99, S. 63. 1. 321; Req., 10 de abril de 1922 y Sentencia C. Cass. Civ. de 3 de febrero de 1923, F. 1923. 1. 52, con nota de Lalou, S. 1924. 1. 15, nota de Esmein, citadas por RIPERT, G. y BOULANGER, J., *Tratado de Derecho Civil (según el Tratado de Planiol)*, tomo V, Obligaciones (2da. Parte), traducción de Delia García D., Editorial La Ley, Buenos Aires, 1965, p. 96.

³⁹ Cfr. RIPERT, G. y BOULANGER, J., ob. cit., pp. 96 y 97.

⁴⁰ Las dos obras precursoras de esta osada interpretación de las normas del *Code* fueron las de SALEILLES, R., *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, Dalloz Periodiçq, Paris, 1897, pp. 1.433 y JOSSEMAND, L., *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, 1898. Visto desde otro punto de vista, es claro que los primeros planteamientos de la doctrina del riesgo creado se debieron, en Francia, a los trabajos de SALEILLES y JOSSEMAND, siendo posteriormente desarrollada por este último autor en su “Curso de Derecho Civil positivo francés”. Sin embargo, la teoría o doctrina del riesgo creado fue objeto, también en Francia, de duras críticas. Así, por ejemplo, PLANIOL, Marcel en *Revue Critique*, 1905, p. 179, señalaba que si se admitiera, como regla general, una responsabilidad sin culpa, se produciría una gran injusticia social ya que sería, en el campo del Derecho Civil, el equivalente a la condena de un inocente en el Derecho Penal. Además señaló que no podían generalizarse las ideas creadas y los principios recogidos por el reciente régimen de accidentes del trabajo porque éste último sólo se podía comprender como un régimen ideado por especiales exigencias de la justicia social.

En primer lugar, la Corte de Casación señaló —a diferencia de lo enseñado por los primeros comentadores del *Code*— que la segunda parte del inciso 1° del art. 1384 *Code* no constituía una simple declaración introductoria o preliminar de los específicos supuestos de responsabilidad civil por el hecho de las cosas contemplados en los arts. 1385 y 1386, sino que dicho inciso tenía un sentido y una aplicación autónoma e independiente de las otras normas del capítulo II, debiendo ser aplicado a todos aquellos casos en los cuales el daño había sido causado por una cosa que estaba o permanecía bajo el control o la custodia del demandado a la época del accidente. De esta forma, la jurisprudencia francesa consideró que el art. 1384 inciso 1° *Code* contenía una “regla general” de responsabilidad por el hecho de las cosas, que se aplicaba a supuestos muy amplios y diversos a los señalados específicamente en los arts. 1385 y 1386 *Code*. Por ello, durante gran parte del siglo XX, los daños causados por trenes, tranvías, ascensores, instalaciones para la producción, almacenamiento o transmisión de electricidad, gas o sustancias peligrosas, etc., estuvieron cubiertos por la presunción de responsabilidad civil consagrada en el art. 1384 inc.1 *Code*.

Por otro lado, la Corte de Casación reconoció —en esta primera época— que el art. 1384.1 CC contenía una presunción de culpa autónoma a los demás supuestos contemplados en el propio art. 1384 *Code*, aceptando que el demandado sólo se podía exonerar probando que el control o la dirección sobre la cosa había sido perfecta, total o completa⁴¹.

Más adelante, durante la primera mitad del siglo XX, el Tribunal de Casación francés avanzó un paso más en su interpretación extensiva y protectora del inciso primero del art. 1384 *Code*, señalando que el custodio o guardián de una cosa sólo podía eximirse de la responsabilidad establecida en dicha disposición legal si probaba que el accidente había sido causado por (a) fuerza mayor; (b) culpa exclusiva de la víctima; o bien (c) culpa de un tercero⁴².

⁴¹ Cfr. Sentencia C. Cass. Civ. de 30 de marzo de 1897, Dalloz 1897, I, p. 43.

⁴² Cfr. Sentencia C. Cass. Civ. de 19 de enero de 1914, S. 1914, I, p. 128. Así también, en el famoso caso “Jand’heur”, la Corte de Casación hizo aplicación de esta interpretación extensiva pro víctima. En efecto, el 22 de abril de 1925, un camión de la Compañía Les Galeries Belfortaises hirió gravemente a la menor Jand’heur, mientras circulaba por la carretera. Tras realizar las correspondientes investigaciones, el Tribunal de Belfort absolvió a la Compañía demandada. Sin embargo, la Corte de Casación revocó la sentencia recurrida y reconoció el derecho del demandante a la indemnización estableciendo que “*la presunción de responsabilidad establecida en el artículo 1384, en contra de quienes tienen bajo su custodia una cosa inanimada que ha causado un daño a otra persona, únicamente puede destruirse por la prueba de un caso fortuito o fuerza*”

De aquí en adelante quedó claro que la prueba, por parte del guardián o custodio demandado en virtud del art. 1384.1 CC, de que no había incurrido en culpa (de que había sido plenamente diligente) no era suficiente para eximirlo de responsabilidad civil⁴³.

3. LA OBJETIVACIÓN LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN FRANCIA

En paralelo con esta "objetivación jurisprudencial", la objetivación de la responsabilidad civil en Francia también se ha producido de manos del legislador.

En efecto, durante la vigencia del Código de Napoleón se han ido dictando leyes especiales que abandonaron el criterio de la culpa y recogieron el principio del riesgo creado como fundamento y criterio para atribuir el deber de reparar.

3.1. La primera Ley de Accidentes del Trabajo de 1898

Así por ejemplo, el 1 de abril de 1898 se aprobó y publicó en Francia la primera Ley de Accidentes del Trabajo (Ley de 1 de abril de 1898, reemplazada luego por la Ley 30, de octubre de 1946, números 1193 y siguientes), la que estableció una responsabilidad objetiva o sin culpa del empleador por los daños causados a sus obreros o empleados en los accidentes del trabajo.

La lógica de esta ley era que el empresario o empleador debía responder de pleno derecho, con total independencia de si había o no culpa de su parte, de los accidentes con daños a sus obreros y empleados acaecidos con motivo u ocasión del trabajo contratado. La víctima sólo debía probar el accidente, los daños y la relación laboral

mayor, o por obra de una causa extraña que no le sea imputable; ya que no es suficiente que el autor del daño demuestre que no ha incurrido en culpa alguna o que resulta desconocida la causa del hecho dañoso".

⁴³ Cfr. Sentencia C. Cass. de fecha 13 de febrero de 1930, pronunciada por las Cámaras Reunidas (Ch. reunif. de 13 de febrero de 1930, S. 1930, I., p. 121), en la que se señaló que "la presunción de responsabilidad establecida en el art. 1384.1 sobre la persona que conserva el control sobre una cosa u objeto inanimado que ha causado daño a otro sólo puede ser refutada mediante la prueba de un 'accidente' o 'fuerza mayor' o por cualquier causa externa completamente ajena al custodio o guardián; pero no es suficiente para dejar libre de responsabilidad al custodio demandado, que él pruebe que no era culpable o que las causas del daño permanecían todavía ignoradas. Esta presunción se aplica indistintamente si la cosa que causa el daño es movida o no por la mano humana; tampoco se necesita que la cosa tenga algún defecto o vicio en la construcción que la haga apta para causar el daño, desde que el art. 1384.1 establece responsabilidad por la custodia de la cosa y no por la cosa misma".

con el demandado. La víctima sólo perdía su derecho a la indemnización si se probaba su culpa intencional; cuando existía culpa inexcusable de la víctima sólo se reducía la indemnización debida y cuando existía culpa inexcusable del empleador o de sus empleados, dicha indemnización se podía aumentar.

Esta ley hizo disminuir —y casi desaparecer en Francia— una de las principales causas o razones que había originado el movimiento jurisprudencial hacia una interpretación extensiva y objetivista del art. 1384.1 *Code*.

3.2. Otras leyes especiales

Más adelante se han dictado otras leyes especiales que, sin modificar el Capítulo II del Libro III del *Code*, han establecido una responsabilidad estricta u objetiva del detentador, guardián o explotador de una cosa o actividad peligrosa. Por ejemplo, la ley de 1941 sobre teleféricos; la ley de 1955 sobre navegación aérea por los daños causados a terceros en la superficie; la ley de 1965 sobre daños causados por una instalación nuclear; (iv) la ley de 1986 sobre daños causados por un vehículo a motor.

Sin embargo, estas leyes han sido pocas por las razones que explicaremos a continuación.

3.3. La reciente ley que introdujo en el *Code* la responsabilidad civil por productos defectuosos

Más allá de las disputas doctrinales entre los propios autores franceses⁴⁴ —y tal como lo hemos esbozado en las páginas precedentes— la responsabilidad derivada del inc. 1º del art. 1384 *Code* era, en la práctica jurisprudencial, objetiva en todos los casos donde (i) el daño era debido a un defecto en la fabricación o construcción de la cosa o

⁴⁴ Aunque autores como SALEILLES y JOSSEERAND señalaron, a finales del siglo XIX, que la responsabilidad establecida en el art. 1384.1 *Code* no se basaba en la culpa sino en el riesgo creado, esta postura no prosperó mayoritariamente en Francia. En efecto, los más prestigiados autores del siglo XX en materia de Daños, como son los hermanos MAZEAUD, André TUNC, Genevive VINEY, piensan que toda la responsabilidad civil del *Code* francés descansó y sigue descansando en la idea de la culpa personal. Estos prestigiados autores señalan que incluso el art. 1384.1 establece una obligación de resultado para el guardián o custodio de la cosa: un deber de prevenir que la cosa se escape o salga de su control material, de forma que si la cosa escapa del control o custodia de su guardián ello, *ipso iure*, constituye una "culpa en la guarda o custodia" aun cuando, en el caso particular, no hay evidencia alguna de conducta reprobable o culpable del guardián.

a algún defecto en alguno de sus componentes; (ii) si el daño provino porque la cosa funcionó en forma incorrecta o inadecuada; o bien (iii) si la causa del daño se mantenía desconocida o ignota.

Según ZWEIGERT y KÖTZ⁴⁵, esta interpretación extensiva y protectora del art. 1384.1 *Code* hizo virtualmente innecesario, para el Derecho de Daños francés, contar con leyes especiales que introdujeran estatutos de responsabilidad estricta u objetiva para cierta clase de actividades o tipos de accidentes.

Incluso, y aun antes de hacerse la transposición de la Directiva Comunitaria 374/85 sobre Responsabilidad Civil por productos defectuosos al Derecho positivo francés, la *Cour de Cassation* había iniciado una acercamiento de la responsabilidad civil del *Code* a los principios de la referida normativa comunitaria⁴⁶.

Por ello se explica, en parte, por qué Francia se demoró tanto en regular e introducir en su legislación positiva una responsabilidad estricta por los daños causados por productos defectuosos.

En efecto, casi 13 años después de publicada la Directiva Comunitaria 374/85 sobre responsabilidad civil por productos defectuosos

⁴⁵ ZWEIGERT, K. and KÖTZ, H., *Introduction to Comparative Law*, vol. II, 2da. edition, translated from the german by Tony Weir, Clarendon, Oxford, 1987, p. 355.

⁴⁶ Así por ejemplo, el 9 de julio de 1996 —es decir, aun antes de la promulgación de la Ley 98-389, que introdujo la responsabilidad por productos defectuosos en el *Code* francés—, el Tribunal de Casación francés debió tomar una postura respecto de un tema clave en materia de responsabilidad civil por productos defectuosos, a saber, aceptar o no la exoneración del demandado por los llamados “riesgos del desarrollo” en casos de transfusiones de sangre contaminada. Cfr. Sentencia Cass. 1era. Civil, *AGPTS du Habre c. Mme. Mauconduit et a*), en la cual el Tribunal de Casación declaró que los centros de transfusión de sangre debían proveer productos sanguíneos exentos de vicios, sin que les fuera posible exonerarse de responsabilidad civil, salvo en casos de causa extraña; y no era causa extraña, el vicio interno de un producto (como lo es la incubación de un virus en la sangre transfundida). El máximo Tribunal francés rechazó el argumento del Centro demandado de hacer uso de la exoneración prevista en el art. 7 letra e) de la Directiva (riesgos del desarrollo), entendiendo que, al no haberse dictado en esa época en Francia una ley que recogiera las reglas y principios de la normativa comunitaria —y siendo la responsabilidad por “riesgos del desarrollo” un tema opcional para los Estados miembros, Francia podía mantener o derogar la exoneración por tales riesgos, de forma que el demandado, en definitiva, no podía beneficiarse de tal exoneración por no existir ley interna que así lo señalara. Cabe hacer presente que esta solución jurisprudencial favorable a la víctima fue recogida y adoptada luego por la ley que incorporó la responsabilidad civil objetiva del productor al Código civil (arts. 1386: 1-18 *Code*), pues en ésta los riesgos del desarrollo no exoneran al fabricante cuando se trata de productos derivados del cuerpo humano. Ver también Sentencia Cass. 1era. Civil, *CTS c. Centre regional de transfusion sanguine de Bordeaux cit.* por GÓMEZ PLAZA, Ma. del C., *Situación actual de la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos en la Unión Europea*, en DE ANGEL YAGÜEZ, R. e IZQUIERDO TOLSADA, M. (coordinadores), *Estudios de Responsabilidad civil, en homenaje al profesor Roberto López Cabana*, Edición conjunta Ciudad Argentina con Dykinson S. L., Madrid, 2001, p. 140.

—cuyo art. 19 obligaba a todos los Estados miembros a adecuar su legislación interna dentro del plazo de 3 años contados desde la notificación de la Directiva— el Estado Francés publicó la Ley N° 98-389 de 19 de mayo de 1998, que introdujo en el propio Código civil, el Título IV Bis, bajo el nombre “*De la responsabilidad por productos defectuosos*”. En los hechos Francia fue el último de los países de la Unión Europea en adaptar la Directiva Comunitaria sobre Responsabilidad civil por productos defectuosos⁴⁷.

Esta ley creó los artículos 1386-1 a 1386-18 en virtud de los cuales se “introdujo” dentro del *Code* francés un claro y rotundo supuesto de responsabilidad estricta del fabricante por los daños causados por productos defectuosos⁴⁸.

VII. CONCLUSIÓN

Como conclusión, me atreví a señalar que el Código Civil francés —y las leyes especiales que posteriormente se han dictado en materia de responsabilidad civil— no tuvieron ni han tenido gran influencia en nuestro Código civil ni en las leyes especiales que se han dictado en Chile sobre esta materia.

Sin embargo, es fácil percatarse que la doctrina francesa que comentó el *Code* —y que formó parte de la llamada Escuela de la Exégesis— sí tuvo y ha tenido una gran influencia en materia de daños, especialmente respecto de la obra que mayor influencia ha tenido en nuestra jurisprudencia. En efecto, basta analizar la extensa bibliografía y la jurisprudencia citadas por el Decano Alessandri, en su obra “*De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*”, para percatarse que la doctrina y la jurisprudencia francesa del siglo XIX y principios del XX se impuso sin contrapeso y tuvo una favorable acogida —a través de esta obra— en nuestra jurisprudencia sobre daños extracontractuales.

⁴⁷ En 1993, el Tribunal de Justicia de la Unión condenó a Francia por no haber adaptado su legislación interna a los mandatos de la Directiva en el plazo previsto (30 de julio de 1988). En marzo de 1998 (cinco años después), la Comisión decidió recurrir nuevamente ante el referido Tribunal por la no aplicación de la sentencia de 1993 y solicitó la imposición de una multa coercitiva, en aplicación del art. 171 (actual 228) del Tratado de Roma. Esta multa debió pesar sobre los legisladores franceses pues, finalmente, el legislativo francés aprobó la Ley el 19-5-1998, incluyéndola en el Título IV bis del Libro III del Code (arts. 1386, 1 al 18).

⁴⁸ Cfr. GHESTIN, J., *Une réforme soubattable du Code Civil: la sanction du défaut de conformité et de sécurité des produits*, en JCP N°27, 1998, pp. 1021 y ss.; CAHLE, C., *Responsabilité du fait des produits défectueux*, en: Encyclopédie Dalloz, Répertoire de Droit Civil, tomo IX, 2° ed., Paris, 1999.

Ello demuestra como el viejo Código Civil francés, a través de sus comentadores y de la rica jurisprudencia surgida en torno a su escueto articulado, tuvo, ha tenido y seguirá teniendo una influencia clara en la configuración de nuestro actual derecho de daños.

UNA COMPARACIÓN ENTRE EL SISTEMA SUCESORIO DEL *CODE* Y EL CÓDIGO CIVIL CHILENO EN SUS VERSIONES ORIGINALES

JORGE BARAONA GONZÁLEZ

Doctor en Derecho U. de Navarra

Profesor de Derecho Civil

Universidad de los Andes

I. INTRODUCCIÓN*

El Código Civil francés –*Code des Français* o *Code Napoléon*¹– ejerció una notable influencia en los Códigos que se aprobaron durante la primera mitad del S. XIX, tanto en Europa² como en América³.

En este ensayo hago una comparación entre algunos aspectos que me parecen relevantes del sistema sucesorio que aprobó el *Code* (Libro III, arts. 718 a 1100 CC) y las reglas sucesorias que reguló nuestro Código Civil (Libro III, arts. 951 a 1436 CC)⁴.

* Agradezco a la profesora de la Universidad Nacional Andrés Bello, doña ALEJANDRA OSSA, las correcciones y comentarios al manuscrito de este trabajo.

¹ La ley que aprobó el Código Civil francés le llamó *Code des Français*; por ley de 9 de septiembre 1807, se le cambia de nombre y se le llama *Code Napoléon*; en 1814 y 1830 vuelve el Código a su primitiva denominación. Por Decreto de 27 de marzo de 1852 se le restituye el nombre de *Code Napoléon*, Decreto que nunca ha sido derogado, pero hoy se le denomina simplemente como *Code Civil*. Los autores reservan el nombre de *Code Napoléon* para referirse al texto primitivo, sin las modificaciones que ha sufrido.

² Para la influencia del *Code* en Europa, en la época indicada, véase *Le Code Civil 1804-1904, Livre du Centenaire* T. II, Arthur Rousseau, Paris, 1904, especialmente la Parte Tercera, *Le code civil a l'étranger*, en donde se revisan varios países europeos.

³ Sobre la influencia del *Code* en América durante la primera mitad del S. XIX, puede consultarse GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, *La codificación Civil en Iberoamérica S. XIX y XX*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2000, pp. 289-328, y también a RAMOS NÚÑEZ, CARLOS, "El Código Napoleónico y su recepción en América Latina", en *Codificación y Descodificación en Hispanoamérica*, Bernardino BRAVO L. y SERGIO CONCHA M., Editores, S/E, Santiago, 1999 (pp. 177-216).

⁴ La comparación se hace respecto de los textos originalmente aprobados. Para el Código francés el texto aprobado el 21 de marzo de 1804 publicado ese mismo día, y para el

La tesis que planteo es que nuestro Código Civil, fundamentalmente por influencia de BELLO, pese a seguir las directrices básicas del *Code* –igualdad sucesoria, libertad restringida de testar, incorporación de los hijos naturales en la sucesión del padre o madre que lo hayan reconocido–, se apegó más al derecho romano y al hispánico, especialmente el castellano, y en muchos casos buscó soluciones originales que racionalmente se estimaron más justas. De otro lado, se destacará el hecho de que algunas instituciones, vgr. la representación, fueron recogidas en nuestro Código con una mayor prolijidad técnica.

II. EL DERECHO REVOLUCIONARIO SOBRE SUCESIONES

El derecho revolucionario, previo a la aprobación del Código Civil francés, que va desde el 17 de junio de 1789 al 21 de marzo de 1804 (30 de ventoso del año XII), estuvo marcado por modificaciones a las normas sucesorias, y por ello los redactores del *Code*, tal vez como en ninguna otra materia, debieron recoger las reglas revolucionarias, siempre intentando un equilibrio con el derecho antiguo.

Los aspectos salientes del derecho revolucionario sobre sucesiones son los siguientes.

Se intenta una amplia igualdad de concurrencia en los diversos órdenes sucesorios, suprimiendo los diversos privilegios que venían desde el antiguo derecho, tanto del país de las costumbres, como del derecho escrito⁵. El sistema sucesorio francés era complejo, y ciertamente reconocía un sinnúmero de diferencias respecto del origen de

Código chileno el texto de la primera edición publicada el 31 de mayo de 1856, que corresponde salvo, algunas enmiendas, al contenido aprobado el 14 de diciembre de 1855. Las consultas las he hecho, del Código francés, de la versión francesa facsimilar que se puede leer en www.bicentenaireducodecivil.fr/histoireducodecivil y, para el chileno, de un ejemplar de la primera edición. En el caso del Código Civil chileno, me parece importante hacer la distinción entre el proyecto aprobado en 1855 y el publicado, porque ANDRÉS BELLO recibió una autorización de los legisladores de hacer una edición “corregida y esmerada del Código”, lo que le facultaba para hacer correcciones menores que de hecho introdujo, y que en algunos casos no son nada de menores (Cfr. GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, *Andrés Bello, Codificador, Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*, T. I, Ediciones Universidad de Chile, Santiago, 1982, p. 382).

⁵ La ley de 17 de nivoso año II (6 de enero de 1794), estableció una amplia igualdad de trato, pues la asamblea el día 4 de agosto de 1789 había resuelto: “toda desigualdad resultante entre los herederos abintestato, de las cualidades de primogénitos o segundogénitos, de la distinción de sexos o de las exclusiones consuetudinarias, sea en línea recta, sea en línea colateral, es abolida; todos los herederos en igual grado sucederán por porciones iguales en los bienes que les sean diferidos por la ley. En consecuencia, las disposiciones de las costumbres o estatutos que excluían a las hijas del derecho de suceder con los varones, son derogadas”.

los bienes —feudales, plebeyos, etc.— como de los partícipes en la sucesión: primogenitura, masculinidad, nacimiento, etc. En pro de la igualdad, el derecho revolucionario intenta suprimir todas estas diferencias de trato, incluso llamando en igualdad de condiciones a los hijos⁶ y demás parientes naturales.

Con todo, la igualdad no es total, porque se mantienen las diferencias a la hora de repartir la herencia entre ascendientes y colaterales del difunto, siguiendo, aunque con correcciones, el principio consuetudinario *paterna paternis materna maternis*, según el cual los bienes del padre debían volver a la familia paterna y los de la madre a la materna. En el *Code* se establecerá una moderación, pues divide la herencia por mitades, una para los parientes por parte de padre y la otra mitad para los parientes por parte de madre⁷.

Es de destacar la modificación que se hace al derecho de representación sucesoria, para reconocerlo en todos los órdenes sucesorios, de los descendientes, ascendientes y colaterales, hasta el infinito, volviendo así a la tradición que se había impuesto en el país del derecho de las costumbres⁸.

Por último y paradójicamente para un sistema sucesorio revolucionario basado en la libertad individual, se limita ostensiblemente la libertad de testar, con el fin de asegurar que los nuevos principios recogidos en las leyes aprobadas no quedaren en mera teoría. Así la Ley de 17 de nivoso año II redujo la libertad de testar a sólo la décima parte de la herencia en la línea directa, y a la sexta parte en la colateral.

III. LA FACULTAD DE DISPONER *MORTIS CAUSA*

El pensamiento revolucionario afirmaba que no debía admitirse un fundamento de derecho natural respecto a la facultad de disponer de los bienes para después de muerte una persona; se argumentaba el carácter político del derecho de sucesiones, es decir que su configuración estaba enteramente entregada a la ley civil, con lo cual se limita-

⁶ El Decreto 13 de Brumario del año II (2 de noviembre de 1793), había establecido el derecho sucesorio de los hijos naturales en igualdad de condiciones respecto de los hijos legítimos.

⁷ Cfr. MOURLON, FRÉDÉRIC, *Répétitions Écrites sur le Code Civil*, T. XII, Garnier Fères, París, 1885, p. 41, que llama al principio *dimidium paternis, dimidium maternis*, siguiendo a AUBRY y RAU.

⁸ El derecho de representación tiene raigambre romana, y pasa a Francia a través del derecho romano que impera en el país del derecho escrito, pero luego se adopta en el país de las costumbres, a partir de la Ordenanza de Orléans en 1509.

ba la facultad de disposición del propietario —la propiedad sí se consideraba un derecho natural— para actos entre vivos.

Este pensamiento sería recogido en el *Code*; y el pensamiento de PORTALIS es contundente en este sentido:

“Convenimos en que nadie tiene, por derecho natural e innato, el poder ordenar después de su muerte y sobrevivir, por decirlo así, a sí mismo, por medio de un testamento. Convenimos en que corresponde a las leyes establecer el orden o la manera de suceder, y que sería ilusorio y peligroso dejar a cada uno la facultad ilimitada de derribar arbitrariamente la obra de las leyes”⁹.

Sin embargo no se quiso llegar tan lejos, por lo que explicaba el mismo PORTALIS:

“Si se prohíbe o restringe demasiado la facultad de testar, las libertades disfrazadas y simulaciones reemplazarán los testamentos, e incluso en las familias más honestas se producirán los más horrendos fraudes”¹⁰.

IV. EL SISTEMA SUCESORIO FRANCÉS Y SU INFLUENCIA EN NUESTRO CÓDIGO: ASPECTOS PRINCIPALES

Los redactores del Código Napoleónico debieron encontrar un triple equilibrio, por un lado seguir los principios revolucionarios, por otro respetar la idea filosófica impuesta por el racionalismo de que la sucesión abintestato es el testamento presunto o tácito del testador¹¹ y, por último, no despreciar absolutamente la fuerte tradición cultural que imponía el derecho del antiguo régimen.

Analizaré los aspectos que me parecen más importantes al comparar el *Code Napoléon* y nuestro Código Civil.

1. LOS PRINCIPIOS IGUALITARIOS

La Revolución Francesa, inspirada en la idea de igualdad, quiso terminar con los antiguos privilegios sucesorios, que ya se dijo eran

⁹ PORTALIS, JEAN-ETIENNE-MARIE, *Discurso Preliminar del Proyecto de Código Civil Francés*, Edeval, (trad. M. Rivacoba), Valparaíso, 1978, p. 107.

¹⁰ *Ibid.*, p. 109.

¹¹ Cfr. PLANIOL, MARCEL, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, Huitième Edition, III, LGDJ, París, 1913, p. 336, explica que se trata de una idea moderna, fundamentalmente introducida por GROTIUS, pero que históricamente es falsa, porque la sucesión fue organizada bastante antes de que el testamento fuera conocido y practicado. BELLO, como se sabe, se entusiasma con la idea de apoyar sucesoriamente al cónyuge sobreviviente, lo que entronca bien con estos nuevos principios.

muy variados, por ello el *Code* tiene disposiciones que hacen de pósito y en las cuales se consagra este principio.

El art. 732 del *Code* establece la regla básica:

"La loi ne considère ni la nature ni l'origine des biens pour en régler la succession".

Nuestro Código recoge estos principios en los artículos 981 y 982.

"Art. 981. La lei no atiende al origen de los bienes para reglar la sucesión o gravarla con restituciones o reservas".

"Art 982. En la sucesión intestada no se atiende al sexo ni a la primogenitura".

Estas disposiciones aseguran la igualdad sucesoria que inspiraba a nuestro Código; en todo caso, hay que recordar que con la abolición de los mayorazgos y demás vinculaciones, por la ley de 14 de julio de 1852, y la supresión en el gobierno de O'HIGGINS de los títulos nobiliarios, se habían eliminado las normas más emblemáticas respecto a desigualdades, no sólo en aspectos sucesorios¹².

Los ideales republicanos quedaban así abiertos a un Código para ciudadanos iguales, aunque fueran extranjeros, y es lo que BELLO quiso asegurar en el art. 57 del CC: "La lei no reconoce diferencia entre el chileno i el extranjero en cuanto a la adquisición i goce de los derechos civiles que regla este Código".

En este sentido, pienso que BELLO fue más allá de lo que el mismo *Code* llegaría en materia de igualdad sucesoria, porque pese al afán igualitario de los franceses revolucionarios, ellos no pudieron con la política francesa, que defendía más la soberanía de la República buscando proteger los derechos de los franceses en el extranjero. En efecto, el *Code* mantuvo una curiosa limitación a la capacidad sucesoria de los extranjeros u *aubains*, que tenía raigambre histórica¹³. El derecho de suceder de los extranjeros queda así subordinado a la existencia de tratados internacionales que ofrezcan reciprocidad a los franceses en el extranjero y a la obtención de autorizaciones de la autoridad. (art. 726)¹⁴.

¹² Cfr. CLARO SOLAR, LUIS, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, T. XIII, Nascimento, Santiago de Chile, 1940, pp. 215-216. La ley fue dictada en aplicación de las constituciones de 1828 y 1833. Nótese la elocuencia de la fecha.

¹³ ROGRON, J.A., *Code de Napoléon Expliqué*, Henri Plon Editeur, Paris, 1866, p. 624, explicaba que el objeto de esta norma era comprometer a los otros soberanos a que le reconocían a los franceses recíprocamente los mismos derechos.

¹⁴ De cualquier manera por ley de 14 de julio de 1819 la norma fue derogada.

Tampoco se ajusta a un estricto igualitarismo —ya se ha dicho— la separación de patrimonios que el *Code* establece en las líneas de los ascendientes y colaterales, lo que confirma una desigualdad odiosa, especialmente para los hermanos, según BELLO pudo constatar¹⁵.

Nuestro Código, en cambio, aparte de asegurar el derecho a concurrir igualitariamente a los extranjeros en las sucesiones abiertas en Chile, intentó el menor número de discriminaciones por concepto de patrimonios, sea de origen paterno o materno, y sólo reconoció la doble o simple conjunción en el orden sucesorio en que son llamados los hermanos del causante.

Sin embargo, nuestro Código aparece menos liberal a la hora de reconocer derechos sucesorios de los hijos naturales en el primer orden. Pero, este no es un defecto que pueda serle atribuido directamente a BELLO, quien entendía que el acto de reconocimiento de un hijo natural debía asimilarse a la adopción¹⁶.

2. SUCESIÓN INTESTADA: LOS ÓRDENES SUCESORIOS

El Código francés establece dos tipos de sucesión, uno que denomina sucesión legítima o regular y otra que llaman irregular o ilegítima. La primera compuesta estrictamente por tres órdenes sucesorios, pero que, doctrinalmente, se entendía debía agregársele un cuarto orden, el de los colaterales privilegiados (padre, madre y hermanos y hermanas del difunto). Los otros tres órdenes son el de los descendientes, los ascendientes y los colaterales ordinarios, respectivamente.

Los herederos irregulares eran los hijos y demás parientes naturales, el cónyuge sobreviviente y la República (hoy el Estado), a falta de otros herederos.

La diferencia entre un heredero legítimo y uno irregular radica en que a los herederos, a quienes se les considera continuadores de la persona del difunto, se les concede la *saisine*¹⁷ de la herencia de pleno derecho, por lo mismo no deben pedir la posesión de la herencia, situación que no ocurre con los herederos irregulares que estrictamente deben pedir la posesión de la herencia, porque sólo son conti-

¹⁵ *Vid. infra*. 2.4.2.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Enseña ROGRON, *Code Napoléon*, cit., p. 615 "On entend par *saisine*, la continuation, dans la personne de l'héritier, de la possession et de tous les droits qu'avait le défunt: cette continuation s'opère de plein droit à l'instant même du décès, c'est ce qu'exprime énergiquement cette maxime: Le mort saisit le vif, qui suppose que le propriétaire, en expirant, passe lui même tous ses droits à ses héritiers".

nuadores en los bienes del causante y no se les concede la *saisine*. Una segunda diferencia entre ambos tipos de herederos, deriva del deber de pagar las deudas hereditarias, toda vez que los herederos legítimos, junto a la *saisine*, están obligados a pagarlas, lo que no ocurre con los herederos irregulares.

En el sistema del *Code*, en el primer orden sucesorio son llamados los descendientes legítimos del causante, los que heredaban personalmente o por representación legítima (por estirpes), y se distribuían igualitariamente la herencia (cfr. art 745 *Code*)¹⁸.

Los hijos naturales reconocidos, en su calidad de sucesores irregulares, tenían derecho a una parte igual a un tercio de lo que le corresponde al hijo legítimo¹⁹.

2.1. El primer orden sucesorio del Código Civil chileno

El Código chileno distingue entre órdenes sucesorios regulares o irregulares, según si el causante era hijo legítimo o natural²⁰.

En el primer orden sucesorio regular—si el causante tenía el estado civil de hijo legítimo—, eran llamados los hijos legítimos, teniendo derecho a concurrir personalmente o representados por su descendencia legítima, y sin perjuicio de la porción conyugal.

Se puede anotar un par de diferencias en este primer orden, respecto del *Code*, porque por un lado en nuestro Código inicialmente no se reconocen derechos sucesorios a los hijos naturales²¹ y, por

¹⁸ Se suprimen así los privilegios de primogenitura y masculinidad y no se hace distinción entre hijos de distinto matrimonio.

¹⁹ Por ley de 25 de marzo de 1896 los hijos naturales fueron reconocidos como herederos legítimos y se les concedió la "*saisine*".

²⁰ Por ley 19.585 fue modificado el Código Civil, suprimiéndose la antigua distinción entre hijos legítimos, naturales y simplemente ilegítimos. Hoy sólo existe la calidad de hijo, si bien debe distinguirse entre filiación matrimonial y no matrimonial.

²¹ BELLO, en nota (i) al art 11 del Proyecto 1841-1845, advierte que "Inlada se dice de los hijos adoptivos en este Proyecto. La adopción parece haber caído en desuso; pero tal vez convendría restablecerla. En tal caso, la regla más sencilla sería igualar (relativamente a la sucesión en los bienes paternos) la adopción, la legitimación por rescripto, i el reconocimiento del hijo natural por su padre. Los derechos de los hijos naturales se han aumentado considerablemente en este Proyecto". (ROZAS VIAL, FERNANDO, y Otros, *Sucesión por causa de muerte, Historia, textos, jurisprudencia y Comentarios*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1985, p. 95). Es interesante esta nota, porque demuestra una idea firme de BELLO, en el sentido de que el reconocimiento de un hijo natural era equivalente a un acto de adopción, y así debía ser tratado. De manera que BELLO no ha querido desconocer los derechos del hijo natural, sino simplemente asimilarlos, al menos conceptualmente, a los derechos de los hijos adoptivos y como tales entrarían en la herencia. Creo que aquí hay una sutileza del venezolano respecto de los hijos naturales que no le dio resultado, pues, parece haber querido para ellos más de lo que se aprobó.

otro, se concede un derecho importante al cónyuge sobreviviente, que no estaba en el *Code*: la porción conyugal²².

2.2. Segundo orden sucesorio

2.2.1. *Code* (orden mixto, arts. 751 y 752)

Aquí concurren los hermanos y hermanas legítimos del difunto (colaterales privilegiados) en conjunto con el padre y la madre legítimos, y se reconoce el derecho de representación para los hermanos legítimos en su descendencia legítima. Estos parientes concurren con los hijos naturales del causante en caso de que los haya (art. 757) y que no sean adulterinos o incestuosos (art. 762).

El padre y la madre tienen derecho a llevarse un cuarto de la herencia cada uno, de suerte que los hermanos pueden llevarse la mitad o las tres cuartas partes, pero recordando que la herencia se divide en dos partes, la mitad para los hermanos uterinos y la otra mitad para los consanguíneos; pero los hermanos germanos (por doble conjunción) concurren en ambas partes.

Si hay hijos naturales, éstos tienen derecho a la mitad de la porción que les correspondería si fueran hijos legítimos, es decir la mitad de la sucesión, y con una suerte de derecho de representación que reconoce el art. 759 en favor de sus descendientes legítimos.

2.2.2. *Código chileno* (art. 989)

A falta de descendencia legítima suceden los ascendientes legítimos de grado más próximo, el cónyuge y los hijos naturales. En este caso, la herencia se divide en cinco partes, tres para los ascendientes legítimos, una para el cónyuge, y otra para los hijos naturales.

Téngase presente, además, que el reconocimiento que hacía el Código en favor del cónyuge sobreviviente, de su derecho a la porción conyugal, asciende a la cuarta parte "de los bienes de la persona difunta". Pero esta asignación forzosa era imputable a lo que el cónyuge tuviera derecho a recibir en la sucesión del difunto (art. 1176).

Hay aquí una diferencia, pues, mientras el Código francés llama a los padres y a los hermanos conjuntamente, y concede derechos en la

²² En el Proyecto de 1841 aparece como una cuota no hereditaria igual a una legítima de un hijo, que será el criterio que imperará hasta la aprobación del Código con modificaciones de redacción.

sucesión a los hijos naturales, el chileno llama a los ascendientes de grado más próximo —que pueden ser los padres—, a los hijos naturales, y al cónyuge sobreviviente. El llamado a la ascendencia supone permitir que suceda el abuelo antes que el hermano, situación que se mantiene hasta hoy en nuestro código.

La explicación está en que el *Code* debió seguir los criterios revolucionarios que en esta materia privilegiaron a los parientes más cercanos respecto de la ascendencia, y por ello sólo se llama a los padres, y se les hace concurrir con los hermanos del causante²³. La necesidad de igualar a los parientes naturales, impuesta por el derecho revolucionario²⁴, lleva al *Code* a ser más generoso con los hijos naturales, pese a que sólo les concede el carácter de heredero irregular.

2.3. Tercer orden sucesorio

2.3.1. *Code* (art. 746)

En este caso se llama a los ascendientes de grado más próximo, excluyéndose a los padres (ascendientes privilegiados), que concurren en el orden mixto. Los hijos naturales tienen derecho a su parte.

La herencia se dividirá por mitades entre los parientes por parte de padre y por parte de madre, siguiendo el antiguo principio romano *paterna paternis, materna maternis*.

Los hijos naturales tienen derecho a la cuarta parte de la sucesión (art. 757).

2.3.2. *Código chileno* (art. 990)

Andrés BELLO no sigue el *Code* al introducir un nuevo orden en donde recién se incluyen los hermanos legítimos después de los ascendientes.

Así, a falta de ascendientes se llama a los hermanos legítimos, que concurren con los hijos naturales y el cónyuge sobreviviente.

La herencia se divide en tres partes, una para los hermanos, otra para los hijos naturales y otra para el cónyuge.

²³ La ley Nivosa había ido incluso más allá, pues, con el fin de hacer concurrir a los miembros más jóvenes de la familia, hizo pasar antes que a los ascendientes incluidos los padres, a los hermanos del causante.

²⁴ Decreto 13 de Brumario año II (2 de noviembre de 1793), que da a los hijos naturales los mismos derechos de sucesión que a los hijos legítimos, debido a la influencia sentimental de ROUSSEAU. (cfr. PLANIOL, *Traité...*, III, cit., p. 375).

Si no hay cónyuge o hijos naturales, la herencia se divide en dos partes, la mitad para los hermanos y la otra para el cónyuge o hijos naturales.

Si sólo hay hermanos legítimos, ellos se llevan toda la herencia.

Los hermanos (carnales) tienen derecho al doble de lo que corresponde a los hermanos de simple conjunción.

Otra diferencia que se aprecia con el sistema del *Code*, emana del hecho de que BELLO no acepta la separación de patrimonios a la hora de llamar a los hermanos, la mitad a los maternos (uterinos) y la otra mitad a los paternos (consanguíneos) que imponía el *Code* (art. 733), por estimarlo más injusto. Lo único que admite es que el hermano de doble conjunción se lleve el doble de lo que le corresponde al de simple conjunción.

Esta solución fue ampliamente justificada por el principal redactor del Código, en una de las respuestas que dio a don Miguel María GÜEMES, quien luego de la publicación del Proyecto 1841, le hizo llegar una serie de observaciones y objeciones, por medio de remitidos al Diario El Araucano, entre las cuales reprochaba al Proyecto el haberse separado del texto del francés, pese a que en nota se declaraba que había sido su fuente inspiradora. GÜEMES argumentaba que si era el texto francés el inspirador de la norma chilena, se procurara transcribirlo y no cambiarle su sentido, como se desprendía al comparar ambos textos²⁵.

En la respuesta de BELLO a GÜEMES, le explica que había cometido un error de cita, por haber escrito la nota de memoria y años después de redactado el proyecto de artículo, y le reconoce que la inspiración de esta norma no es el art 733 del *Code* sino BENTHAM, de quien la toma textual, pues, se estimó más justo hacer una división básica entre los hermanos, de doble y simple conjunción, y no la separación de patrimonios que el código francés estatúa, solución que en opinión del sabio llevaba al *Code* a una distribución menos equitativa entre hermanos, por el solo hecho de provenir de padres diferentes²⁶.

²⁵ Cfr. BELLO, ANDRÉS, *Obras Completas*, v. IX, Santiago de Chile, 1885, pp. 330-334. GÜEMES se fundaba en la nota del mismo BELLO, comentando el art. 15 del Proyecto publicado (1841-1845), por el cual se le reconocía al hermano carnal el doble de lo que le corresponde al uterino o consanguíneo, explicaba: "esta disposición tomada del Código Civil francés, nos parece más equitativa y humana que nuestras leyes actuales, que privan de toda parte en la herencia al medio hermano, concurrendo hermanos enteros (...)" (ROZAS VIAL, FERNANDO, y Otros, *Sucesión...* cit., p. 95).

²⁶ Cfr. BELLO, ANDRÉS, *Obras Completas*, IX, cit., pp. 334-336.

2.4. Cuarto orden

2.4.1. Code

En el cuarto orden, el *Code* separa la herencia en dos mitades, una para los colaterales de línea de padre y la otra para los de línea de madre, bajo influencia del criterio histórico ya explicado *paterna paternis materna maternis*. Los que heredan son los ascendientes de grado más próximo, hasta el 12° inclusive²⁷. En caso de que no exista descendencia en una línea, heredan los de la otra línea.

Siempre existe el derecho sucesorio de los hijos naturales, que tienen derecho a las tres cuartas partes de la sucesión.

2.4.2. Código chileno

a) Orden del cónyuge sobreviviente y de los hijos naturales: art. 991 CC

El Código Civil chileno crea un orden sucesorio nuevo y completamente diferente al francés, llama en este orden al cónyuge sobreviviente y a los hijos naturales; si concurren cónyuge e hijos naturales la herencia se divide por mitades, si sólo concurre cónyuge o hijos, cada uno se lleva toda la herencia.

Hay aquí una innovación completa, porque se prefiere al cónyuge y a los hijos naturales respecto de los colaterales ordinarios del código francés, y fue lo que rechazó GÜEMES en sus remitidos al Araucano²⁸, basado en razones de derecho histórico. BELLO contestó, con profundidad e ilustradamente, que privilegiar a los hijos naturales en este orden era razonable, porque entendía que el reconocimiento de un hijo natural era en cierto modo una adopción²⁹. Por otra parte, justificó la incorporación del cónyuge en la sucesión con poderosas razones de justicia y de sentido común³⁰.

b) Orden de los colaterales legítimos: art. 992 CC

El art. 992 CC estatuye el orden de los colaterales legítimos, al cual se pasa sólo en caso de que no hubiera cónyuge sobreviviente ni hijos naturales.

²⁷ En el derecho del antiguo régimen no había límite. Sólo en 1917 se modificó el *Code* para reducir en este orden la sucesión hasta el 6° grado.

²⁸ Cfr. BELLO, ANDRÉS, *Obras Completas*, IX, cit, pp. 336-342.

²⁹ *Ibid.*, pp. 350-351.

³⁰ *Ibid.*, pp. 342-346.

Se establecen tres reglas básicas:

- 1ª) los de grado más próximo excluyen a los de grado más lejano
- 2ª) no son llamados los colaterales sino hasta el sexto grado
- 3ª) no se distingue entre colaterales de simple conjunción, respecto de los de doble conjunción.

Existen, como se aprecia, importantes diferencias respecto del orden sucesorio de los colaterales ordinarios que reconocía el *Code*. Pues, por un lado se limita el llamado de estos parientes hasta el grado 6º³¹, por otro, no se separa el patrimonio entre los parientes por parte de padre o madre, más aún, no se hace distinción alguna entre parientes de simple y doble conjunción, que sí se hace en el orden de sucesión de los hermanos. Por último, nuestro Código prefiere al cónyuge sobreviviente y a los hijos naturales, absolutamente, antes que los colaterales distintos de los hermanos³².

2.5. Derechos sucesorios de los otros parientes naturales

2.5.1. *Code*

Muerto un hijo natural que haya sido reconocido por uno o por ambos padres, en el primer orden sucesorio el *Code* no hace distinciones. Es en el segundo orden en donde se produce un cambio, porque en este caso sólo son llamados el padre o padres que hubieren reconocido al hijo y obviamente en la medida de que el causante no tuviera posterioridad legítima (art. 765). En tercer lugar son llamados los hermanos naturales, sin perjuicio del derecho de los hermanos "legítimos" de recibir en devolución los bienes que el causante había recibido de sus padres (art. 766).

2.5.2. *Código chileno (art. 993)*

En caso de que el causante tuviera el estado civil de hijo natural, la sucesión se regula por los denominados órdenes de sucesión irregulares.

El primer orden era idéntico al de los regulares. Los cambios se daban a partir del segundo orden. En primer lugar eran llamados los

³¹ BELLO en su respuesta a GÜEMES afirma que son mínimas las sucesiones que llegan hasta estos grados sucesorios; por lo que se justifica la reducción (Ibid., p. 343).

³² El Código francés, por ley de 25 de marzo de 1896, confirió el total de derechos a los hijos naturales, cuando el causante no tenía hijos legítimos, hermanos o ascendientes.

hijos naturales; en segundo lugar los padres naturales que lo hubieran reconocido; y en tercer lugar los hermanos que fueren hijos legítimos o naturales de alguno de sus padres. El hermano carnal lleva doble porción que el materno o paterno, sin distinguir si es legítimo o natural. Si había cónyuge, éste tiene derecho a suceder con los padres, llevándose la cuarta parte de los bienes, y con uno o más hermanos, en cuyo caso tiene derecho a la mitad de la de los bienes. (cfr. art 993).

Como se aprecia, la diferencia más importante está en el derecho sucesorio de los hermanos, pues, mientras en el *Code* se hace una diferencia entre hermanos naturales y legítimos favoreciendo a los hermanos naturales³³, no ocurre lo mismo con nuestro Código, que llama a ambas calidades de hermanos, y atiende exclusivamente al factor de la doble o simple conjunción, sin otra distinción. BELLO no consideró injusto llamar a la herencia del hermano natural a su hermano legítimo, pese a que en la herencia de éste no son llamados los hermanos naturales, cuestión que sí había repugnado en el Consejo de Estado francés.

3. LA SITUACIÓN DEL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE

Un aspecto particularmente diferente entre el sistema del *Code* y nuestro Código Civil de 1855, dice relación con el tratamiento del cónyuge sobreviviente, tal vez por el hecho de que el *Code* acepta el divorcio vincular, lo que termina con la perpetuidad del matrimonio.

3.1. El cónyuge sobreviviente en el *Code*

El cónyuge fue "degradado" en el *Code*³⁴, respecto del tratamiento sucesorio que recibía en el antiguo derecho³⁵.

Ya se ha dicho que sólo es considerado como un heredero irregular —es decir sin *saisine*— y sin el deber de pagar las deudas hereditarias.

³³ Se justificó en el Consejo de Estado en consideración a una necesidad de reciprocidad, pues, en la herencia del hermano legítimo los hermanos naturales del causante no son nunca llamados (Cfr. PLANIOL, *Traité...*, III, cit, p. 385).

³⁴ Cfr. *Ibid*, cit., p. 363.

³⁵ La explicación tradicional que se suele dar, es que ello se debió a un error de TREILHARD, quien refutó a MALEVILLE que reclamaba en el Consejo de Estado por la omisión sucesoria del cónyuge en el Proyecto; TREILHARD le hizo ver que el Código le reconocía un derecho de usufructo, pero esto no era así, pues erradamente pensaba que el usufructo era a favor del cónyuge sobreviviente en circunstancias que era en favor de los ascendientes (Cfr. PLANIOL, *Traité...*, III, cit, p. 387). Esta misma explicación la ofrece COLIN, Ambroise, "Le droit de sucesión dans le Code Civil", en *Le Code Civil, Livre du Centenaire*, cit, (pp. 299-325).

El cónyuge sobreviviente sólo tenía derecho a concurrir en la herencia, a falta de otros parientes, y antes de que fuera llamada la República (hoy el Estado) (art. 767). Todo, bajo el supuesto de que no esté divorciado (art. 767 CC)³⁶.

El derecho del antiguo régimen ofrecía otros derechos al cónyuge como la "*douaire*" (una especie de usufructo) en favor de la mujer sobreviviente y la cuarta del cónyuge pobre.

3.2. El cónyuge supérstite en nuestro Código Civil (cfr. párrafo 2 del Título V, arts. 1172 a 1180)

El tratamiento del cónyuge sobreviviente en el Código chileno, conforme fue aprobado, es muy diferente al francés, porque como se ha visto, aparte de reconocerlo como heredero abintestato en todos los órdenes sucesorios, —salvo en el primer orden regular—, se le confiere una asignación forzosa denominada "porción conyugal"³⁷, que le aseguraba una porción de la herencia en su favor, en la medida de que fuera pobre, pero en carácter de incompatible con lo que tuviere derecho a recibir en la sucesión del difunto.

El monto de la porción conyugal dependía de si concurría con los hijos legítimos. En este caso, no es considerado heredero abintestato, pero sí tiene derecho a una legítima rigorosa. En el resto de los órdenes sucesorios se le reconoce una porción igual a la cuarta parte de los bienes de la herencia.

ANDRÉS BELLO debió justificar esta postura, que venía desde el Proyecto de 1841-1845, cuando MIGUEL MARÍA GÜEMES reprocha al Proyecto el exagerado tratamiento que se le da al cónyuge, en desmedro de otros parientes, y en contra del derecho histórico, concretamente de los colaterales legítimos distinto a los hermanos³⁸.

Estimo que la evolución posterior del derecho chileno y también del comparado³⁹, dio la razón a BELLO. En lo que se refiere al *Code*,

³⁶ Cfr. PLANIOL, *Traité...*, III, cit., 387-392.

³⁷ En nota (a) al epígrafe del párrafo relativo a la porción conyugal (arts. 31 y ss.) del Proyecto 1841-1845, BELLO explica que "se ha preferido esta denominación a la de cuarta marital, porque ésta parece indicar la cuarta parte de los bienes del marido, para la viuda, no la cuarta parte de los bienes de la mujer, para el viudo. La lei de Partidas, si hemos de atenernos a su sentido natural, solo concede esta asignación a la mujer. La comisión ha seguido la opinión de los que creen que deben ser recíprocos los derechos de los consortes" (ROZAS VIAL y Otros, *Sucesión...*, cit., p. 436).

³⁸ Cfr. BELLO, ANDRÉS, *Obras Completas*, IX, cit., pp. 342-346.

³⁹ Suprimida la porción conyugal en el Código chileno, por la ley 19.585, actualmente el cónyuge es considerado un legitimario (art. 1182), mejoró su concurrencia en el segundo orden sucesorio (art. 989) y se le concedió el derecho de adjudicación preferente de la vivienda familiar conforme con el art. 1337 n° 10 CC.

éste paulatinamente fue incorporando al cónyuge a la sucesión⁴⁰, hasta la última reforma, que entró a regir en Francia en 2001, que reafirmó el privilegiado tratamiento al cónyuge supérstite⁴¹.

4. EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN SUCESORIA

Otro de los aspectos en que se aprecian diferencias entre nuestro Código y el *Code*, es en lo referido a la representación sucesoria.

4.1. *Code*

En esta materia la legislación revolucionaria había vuelto a los orígenes de la introducción de este instituto en el derecho del país de las costumbres, es decir el reconocimiento del derecho de representación amplio en todos los órdenes sucesorios, y en carácter de indefinido⁴².

El art. 739 definía la representación así:

“La représentation est une fiction de la loi, dont l’effect est de faire entrer les représentants dans la place, dans le degré et dans le droits du représenté”.

Retrocede el *Code* en materia de representación sucesoria respecto de la legislación revolucionaria, pues la reconoce sólo en la descendencia legítima del difunto y para los hermanos y hermanas del causante, hasta el infinito, suprimiendo la representación en el resto de las líneas colaterales.

Por otro lado, el supuesto básico exigido para que pudiera operar la representación, era que el hijo, hermana o hermano representado, hubiera muerto antes de la fecha de la apertura de la sucesión. No se admitía representación para el caso de renuncia, indignidad o exheredación del representado.

4.2. Código Civil chileno

Nuestro Código sigue al francés, pues copia de su definición la idea de que la representación es una ficción legal, pero la mejora y le amplía su ámbito, en cuanto permite que esta institución opere, ade-

⁴⁰ La ley de 9 de marzo de 1891 modificó los arts. 205 y 767 del *Code*, y concedió un derecho de usufructo a título universal al cónyuge sobreviviente, con obligación de contribuir a pagar las deudas, de cuantía diferenciada dependiendo de las personas con quienes concurría a la sucesión.

⁴¹ Ley 1135/2001, de 3 de diciembre de 2001.

⁴² Ley de 17 de nivoso año II (6 de enero de 1794).

más del caso de muerte de representado, en supuestos de desheredación, repudiación e indignidad⁴³.

Dispone el art. 984:

“La representación es una ficción legal en que se supone que una persona tiene el lugar y por consiguiente el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre o madre, si ésta o éste no quisiese o no pudiese suceder”.

El texto transcrito quedó fijado en el Proyecto Inédito (art. 1145), toda vez que en la definición redactada en el Proyecto de 1853 se aludía a la condición de premuerto del padre o madre⁴⁴. Ocurre que bajo el Proyecto de 1853 ya se admitía la representación en los demás casos, por lo que la definición aparecía como incoherente con el conjunto y debió ajustarse, oportunidad en que se aprovechó para incluir la idea de que la representación es una “ficción legal”.

Esta amplitud del instituto que aparece en el Código chileno, constituye, en mi criterio, una superación respecto del *Code*⁴⁵, y en general del derecho histórico. Ello queda de manifiesto si se revisan las últimas modificaciones francesas al derecho sucesorio, pues, se ha admitido la representación en favor de los hijos y descendientes del indigno⁴⁶, cuestión que no aceptaba el *Code*. Con todo, subsiste en el derecho francés la prohibición de representar al que ha renunciado la herencia⁴⁷.

5. LA HERENCIA: NATURALEZA JURÍDICA Y MOMENTO EN QUE SE ADQUIERE

5.1. El derecho de herencia

5.1.1. *Code*

El *Code* no incluyó a la herencia dentro de los derechos reales, es más, el Código francés, omite el tratamiento de la acción de petición

⁴³ Art. 987 inciso 2º CC “Se puede asimismo representar al incapaz, al indigno, al desheredado, y al que repudió la herencia del difunto”.

⁴⁴ Art. 1145 del Proyecto de 1853 “La representación consiste en suponer que una persona tiene el lugar i por consiguiente el grado de parentesco i los derechos hereditarios que tendría su padre o madre, si éste o ésta sobreviviese a la persona de cuya sucesión se trata i no tuviese impedimento para suceder”.

⁴⁵ El art. 467 del *Codice Civile* admite la representación amplia como el chileno; el art. 929 del Código Civil español, acepta la representación en caso de desheredación o incapacidad.

⁴⁶ Nuevo art. 755, introducido por la ley 1135/2001.

⁴⁷ Nuevo art. 754.

de la herencia, y es una materia que ha debido ser tratada doctrinalmente e integrada por la vía jurisprudencial⁴⁸. Lo curioso es que POTHIER, sí trataba especialmente y con detalle la acción de petición de herencia, como una acción real, paralela a la reivindicatoria, cuyo objeto era, precisamente, proteger la herencia que estaba siendo injustamente detentada por otro, en todo o en parte⁴⁹. Hoy en Francia, una opinión mayoritaria entiende que la acción de petición de herencia tiene naturaleza real⁵⁰.

5.1.2. Código Civil chileno

Nuestro Código en cambio, incluyó a la herencia, como un derecho real, en el art. 577, inciso segundo y, siguiendo a POTHIER y probablemente advirtiendo el vacío que los tratadistas franceses reclamaban en el *Code*, reguló la acción de petición de herencia como una acción especial de protección del derecho real de herencia, en el párrafo 4° del Título VII, del L. III, en los arts. 1264 a 1269⁵¹.

Pese a las dificultades que puede traer la calificación de la herencia como un derecho real, no puede haber duda de que el tratamiento de la acción de petición de herencia que ha hecho nuestro Código, convenía, pues, ella tiene raigambre romana, en la *petitio hereditatis*⁵², y permite distinguir la protección misma de un bien sobre el que se es propietario, de la tutela de la calidad de heredero, que envuelve el derecho a ser restituido de los bienes que conforman la herencia reclamada y como una acción diferente de la reivindicatoria⁵³.

5.2. El momento en que se adquiere la herencia: el derecho de transmisión

Otro aspecto en que nuestra doctrina aprecia una importante diferencia con respecto al *Code*, dice relación con el momento y la forma en que el heredero adquiere la herencia.

⁴⁸ Cfr. Sólo el art. 137 del *Code*, hoy derogado, hacía una referencia a ella, en la cual se apoyaban los autores (Cfr. LAURENT, F., *Principes de Droit Civil*, T. IX, 4ª Ed., Bruxelles-Paris, 1887, pp. 578-652).

⁴⁹ Cfr. POTHIER, ROBERT J., *Ouvres* (por M. Bugnet) 12ª Ed., conforme à la première. T. IX, Paris, 1861, p. 251.

⁵⁰ Cfr. GRIMALDI, MICHEL, *Droit Civil, Successions*, Litec, Paris, 1998, p. 486.

⁵¹ Esta regulación aparece sólo en el Proyecto de 1853 (Cfr. ROZAS VIAL y Otros, *Sucesión...*, cit., pp. 604-618).

⁵² Cfr. IGLESIAS, JUAN, *Derecho Romano*, Ariel, 12ª Ed. Actualizada, Barcelona, 1999, pp. 393-395.

⁵³ Para el Derecho chileno, *vid.* DOMÍNGUEZ B., y DOMÍNGUEZ A., *Derecho Sucesorio*, T. I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1990, pp. 111-119 y CLARO SOLAR, *Explicaciones...* cit., T. XVI, Nascimento, Santiago, 1943, pp. 233 a 277.

Conforme con las explicaciones que son tradicionales, se suelen distinguir a este respecto la tradición romana y la tradición germánica.

En la tradición del derecho romano, consolidada en la época justiniana, la herencia debe ser aceptada (*aditio*), pues el heredero, con la sola muerte del causante, no adquiere la herencia, sino únicamente el derecho de incorporarla a su patrimonio. La incorporación al patrimonio sólo ocurre una vez aceptada la herencia. Así en caso de que la persona muriera antes de haber declarado la aceptación de una herencia, en principio no transmitía nada a sus herederos.

En razón de la extrema rigidez de esta norma, se fueron produciendo algunas excepciones que quedaron reconocidas en la compilación justiniana y que reconocía el derecho de los herederos de aceptar la herencia deferida a su causante que había muerto sin manifestar voluntad de aceptación o rechazo, en tres casos: *ex potentia suitatis*, *ex potentia sanguinis* y *ex capiti deliberandi* (*Codex*, 6, 30,19). Este último caso era bastante general, y se concedía a cualquier heredero, con la sola limitación del plazo⁵⁴. El derecho recogido en las partidas sigue esta última doctrina (Ley 2, Título 6, Partida 6)⁵⁵.

Los sistemas tributarios de esta tradición romana llevan a que si muere el causante sin manifestar voluntad de aceptar o rechazar una asignación, se transmita a sus herederos la facultad de aceptar o rechazar esta herencia, es decir, se transmite a ellos una facultad denominada el "*ius delationis*"⁵⁶, entendido aquí como la facultad de aceptar o de rechazar la herencia⁵⁷.

El derecho germánico, —que influyó en el derecho francés costumbrista—, por el contrario entendía que la muerte del causante hacía pasar la herencia directamente a los herederos, sin necesidad de ser aceptada; es decir que los herederos recibían provisionalmente la herencia, sin manifestar voluntad de aceptar o rechazar la herencia. Pero esto no significaba que estuvieran obligados a heredar, pues, bien podían manifestar su voluntad de rechazar la herencia, a través del repudio.

⁵⁴ Cfr. D'ORS, ALVARO, *Elementos de Derecho privado Romano*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1975, p. 139.

⁵⁵ Cfr. CLARO SOLAR, *Explicaciones...*, XIII, cit., pp. 56-61.

⁵⁶ Para una panorámica del derecho histórico y comparado, JORDANO FRAGA, FRANCISCO, *La sucesión en el "Ius Delationis", Una contribución de la adquisición sucesoria "mortis causa"*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 21-46.

⁵⁷ JORDANO FRAGA, *La sucesión...*, cit., pp. 52-55, explica que en ambos casos existe *ius delationis*, pero sólo bajo diferente técnica.

5.2.1. Adquisición de la sucesión y muerte del heredero en el Code

El derecho francés recoge esta tradición, que venía expresada en el antiguo brocardo "*le mort saisit le vif*", es decir el muerto deja al vivo, para reflejar este mismo criterio: que a la muerte de un causante sus herederos adquieren de pleno derecho la herencia, tienen la "*saisine*"⁵⁸ hereditaria, ello sin perjuicio de la necesidad de manifestar voluntad de aceptación o repudio⁵⁹.

Esta cuestión queda nítida en el art. 724 del *Code*, que reconoce que los herederos legítimos "*son saisis de pleine droit des biens, droits et actions du défunt, sous obligations d'acquitter toutes les charges de la succession*". En cambio, para los herederos ilegítimos o irregulares —los hijos naturales, el cónyuge sobreviviente y la República⁶⁰— "*doivent se faire envoyer en possession par justice...*". Los que no tenían la *saisine* de la sucesión debían entrar en posesión de la sucesión por la justicia, sin embargo ambos debían aceptar o repudiar la herencia, conforme con los arts. 774 y ss. del *Code*.

El derecho de aceptar o repudiar la sucesión del que había muerto sin aceptar o repudiar, quedó consagrado en el art. 781.

5.2.2. Adquisición de la herencia y derecho de transmisión en el Código Civil chileno

Pese a que existe una mayoría de autores que se inclinan por sostener que nuestro Código acogió la tradición romana, que también había pasado al derecho hispánico, el tema se presta justificadamente para discusión⁶¹.

⁵⁸ Explicaba PLANIOL que la palabra *saisine* etimológicamente parece derivar del germano "*sazjan*", porque esta idea de que el heredero adquiere de pleno derecho la herencia parece entroncar mejor con la tradición germánica que con la tradición romana, al menos la que se deriva del derecho justinianeo, en donde el heredero debía expresar su voluntad de aceptar la herencia. El derecho francés antiguo no habla de posesión para las herencias, y sigue el principio vernáculo *le mort saisit le vif*. Al menos así queda registrado desde la Costumbre de París (art. 318). (Cfr. PLANIOL, *Tratté...*, III, cit., pp. 408-409).

⁵⁹ De aquí la distinción que se hace en el derecho francés entre *successible*, para referirse al heredero todavía que no ha aceptado la sucesión, y de *successesseur*, para hablar del heredero que sí ha aceptado.

⁶⁰ Actualmente el único heredero que no tiene la *saisine* es el Estado.

⁶¹ Sobre el tema en Chile, véase el importante trabajo de CIFUENTES OVALLE, RAMÓN, "Disposición entre vivos del *ius delationis*", en *Instituciones Modernas de Derecho Civil, Libro Homenaje al Profesor Fernando Fueyo Laneri*, Editorial Conosur, Santiago, 1996 (pp. 269-295).

Los artículos clave en esta materia son: 688, 717, 722 y 957.

Para entender mejor el tema, conviene recordar que en estas materias BELLO hubo de seguir el parecer de la Comisión⁶² y no sus propias convicciones.

En efecto, el art. 5° del proyecto de 1841-1845, ya establecía una norma muy similar a la aprobada, y en nota de BELLO al artículo, luego de explicar las fuentes romanas e hispánicas del derecho de transmisión, expresaba: “[p]or el presente artículo cesa toda dificultad: el heredero o legatario a quien se ha deferido una herencia o legado de que no tienen noticia transmite a sus herederos en todos los casos esta herencia o legado. Esta disposición es del Código Civil francés”⁶³.

Es claro en este sentido de que BELLO entendía que el heredero transmitía la herencia, y no sólo la facultad de aceptar o repudiar, es decir el puro *ius delationis*.

La evolución de las otras dos disposiciones confirma esta afirmación, dado que el art 717, que en el proyecto de 1853 es el art. 860; tenía un sentido muy diverso:

“La calidad de buena o mala fe de la posesión subsiste en los sucesores a título universal; y para efectos legales de la tenencia o posesión se supone continuada en ellos la personalidad de sus autores”.

Asimismo, el art. 869 del Proyecto de 1853, disponía: “La posesión se transmite al heredero desde el momento de deferírsele la herencia, aun sin saberlo”. En nota BELLO afirmaba: “Se sigue la legislación francesa: *le mort saisit le vif*”⁶⁴.

En cuanto al art. 688, el cambio también es relevante porque el art. 827 del Proyecto Inédito prescribía:

“La tradición del derecho de herencia se efectúa por el ministerio de la ley en el momento de deferirse la herencia; pero esta tradición legal no habilita por sí sola al heredero para disponer...”⁶⁵.

El cambio de criterio aparece nítido, al menos en cuanto al momento de adquirirse la herencia, por cuanto el art. 717 aprobado habla

⁶² Se trata de la corrientemente denominada Comisión Revisora del Proyecto de 1853, y que fue creada por Decreto de 26 de Octubre de 1852 (Vid. GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, *Andrés Bello Codificador, Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*, T. I, Ediciones Universidad de Chile, Santiago, 1982, p. 369 y ss.)

⁶³ ROZAS VIAL, y OTROS, *Sucesión...*, cit., p. 21-22.

⁶⁴ BELLO, ANDRÉS, *Obras Completas, Código Civil de la República de Chile*, T. XII, Caracas, 1954, p. 485.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 467.

de que la "posesión del sucesor principia en él" y el art. 722 expresa que la posesión de la herencia "se adquiere desde el momento que es deferida", y ya no hay referencia a la idea de "transmisión posesoria". A su turno, el art. 688 lo que concede por el solo ministerio de la ley es la "posesión de ella", es decir se consagra a favor del heredero la posesión legal de la herencia.

El art. 957 aprobado por la Comisión no registra cambios de redacción sustanciales a lo que venía en el proyecto de 1841-1845⁶⁶.

Una mayoría de los autores nacionales entiende, pese a las notas de BELLO, que el Código adhirió, luego de estos cambios, a la doctrina del derecho romano. Explicaba tempranamente CLARO SOLAR esta doctrina: "[c]onsidera la ley que la facultad que tiene el heredero o legatario a quien se defiere una herencia o un legado de aceptar o repudiar dicha herencia o legado, es un derecho que se incorpora a su patrimonio, ya que de su sola voluntad depende que la herencia o legado entre a formar parte de su patrimonio, confirmando con su aceptación el llamamiento que se le ha hecho, o no forme parte de él por su repudiación"⁶⁷.

Pero también existen autores que creen que en esta materia nuestro Código siguió al francés⁶⁸, así la posesión legal de la herencia conferida por los arts. 688 y 722, cumpliría la misma función de la *saisine* francesa.

6. LOS TIPOS DE ASIGNACIONES Y LAS RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE TESTAR

6.1. Los tipos de asignaciones

En materia de asignaciones testamentarias también pueden anotarse diferencias entre nuestro Código Civil y el *Code*.

En efecto, el *Code* regula las asignaciones testamentarias como legados (*legs*), distinguiendo entre legados universales (art. 1003), legados a título universal (art. 1010), y los legados particulares (art. 1014). Configura además a las donaciones entre vivos como una modalidad de

⁶⁶ Cfr. ROZAS VIAL y Otros, *Sucesión...*, cit., pp. 21-23

⁶⁷ CLARO SOLAR, *Explicaciones...*, cit., pp. 53-54. En igual sentido DOMÍNGUEZ y Otro, *Derecho Sucesorio*, I, cit, p. 139.

⁶⁸ Cfr. MEZA BARROS, RAMÓN, *Manual de la sucesión por causa de muerte y donaciones entre vivos*, Editorial Jurídica de Chile, 7ª edición, Santiago, 1996, pp. 29-30; y RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Instituciones de Derecho Sucesorio*, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición, Santiago, 2002, pp. 42 y 71, aunque este autor no lo dice tan claramente, pero es la idea que se concluye, porque entiende que la delación produce el efecto de transmitir inmediatamente la asignación.

actos de disposición irrevocables (art. 894), para diferenciarlas de los testamentos, que los entiende como actos de disposición por causa de muerte pero revocables (art. 895).

Nuestro Código, en cambio, siguió un camino apegado a la tradición del derecho romano. Distingue las asignaciones a título universal, a cuyos asignatarios denomina herederos, cualesquiera sean la palabras con que se le llame (art. 1097), de las asignaciones a título singular o legados, que pueden ser de especie o cuerpo cierto y de género, cuyos asignatarios llama legatarios (art. 1104). En consecuencia, siempre el legatario es un asignatario a título singular⁶⁹.

En materia de donaciones, distingue entre las donaciones por causa de muerte o revocables (arts. 1136 a 1146), de las donaciones entre vivos que llama irrevocables (arts. 1386 a 1436)⁷⁰.

Estas diferencias, aunque más bien formales, permiten captar la influencia romana de nuestro Código.

6.2. La libertad de testar en el *Code*

El Código francés debió buscar un equilibrio respecto de lo que se había regulado en el derecho revolucionario, que había reducido drásticamente la posibilidad de testar, en relación con las tradiciones provenientes tanto del derecho escrito, —que reconocían la institución de las legítimas romanas—, como de la zona septentrional, en donde, bajo el nombre de reserva, se había institucionalizado una figura híbrida y de configuración propia, que tenía elementos tomados de la reserva germánica y la legítima romana⁷¹.

El *Code* establece, así, una limitación a la libertad testar con el nombre de reserva, la que se concede únicamente a favor de los herederos de la línea recta, sean descendientes o ascendientes (arts. 913 y ss.).

En lo que se refiere a los descendientes, la parte que queda entregada a la libertad testamentaria va aumentando según sea el número

⁶⁹ Que en Roma los legatarios eran asignatarios a título singular puede verse en IGLESIAS, *Derecho Romano* cit., p. 428-434 y también en GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, *Derecho Privado Romano*, T. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 650. Esta diferencia entre herencia y legado en nuestro Código, puede explicar el comentario de BELLO, en una de las respuestas a GÜEMES, en donde le precisa lo siguiente: "nosotros, verbigracia, damos a las palabras herederos y legatarios diferente sentido que los franceses. Tomando, pues del Código francés las disposiciones relativas a las sucesión por causa de muerte, nos veíamos obligados a servirnos de diverso lenguaje". (BELLO, *Obras Completas*, cit, pp. 335-336.)

⁷⁰ Distinción que venía del Derecho romano, así puede verse en GUZMÁN BRITO, *Derecho Romano...*, cit., pp. 579 y ss.

⁷¹ Cfr. PLANIOL, *Traité...*, III, cit., pp. 783-787.

de hijos o descendientes (derecho de representación). Si hay uno solo se debe reservar la mitad, si son dos, la reserva debe equivaler a las dos terceras partes, y si son tres o más hijos, la reserva equivale a las tres cuartas partes de la herencia.

La reserva en la línea de los ascendientes sólo beneficia al padre o madre, y se les concede un cuarto de los bienes de cada línea (art. 914).

Conforme con la configuración que ofrece el Código, esta reserva tiene el carácter de una asignación abintestato.

6.3. Límites a la libertad de testar en el Código Civil chileno

Estos límites están básicamente configurados por lo que en el Código se denomina asignaciones forzosas. Dentro de ellas, interesan especialmente la porción conyugal —a la que me he referido— las legítimas y las mejoras.

BELLO tenía una idea liberal respecto del derecho de testar, obviamente influido por sus largos años en Inglaterra, por lo que le parecía que en el establecimiento de las legítimas “la filosofía no parece estar de acuerdo con la legislación”⁷², pero se dio cuenta de que innovar drásticamente en esta materia era peligroso —reconoció que era preciso “transigir con las preocupaciones”⁷³— y ello pese a que las ideas revolucionarias le daban argumento en favor de su tesis, en cuanto se consideraba una cuestión netamente política. Aunque debe tenerse presente que los inspiradores del proyecto del *Code* también lo negaban, al considerar que era peligroso dejar libre las asignaciones testamentarias⁷⁴.

El resultado es conocido. El Código reconoce a las legítimas como una asignación forzosa, es decir una asignación que la ley obliga al testador a hacer y que suple cuando no la ha hecho, “aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas” (art. 1167). En este sentido los legitimarios son herederos y así les reconoce expresamente el art. 1182.

Los legitimarios inicialmente reconocidos fueron:

- 1º) Los hijos legítimos personalmente, o representados por su descendencia legítima;
- 2º) los ascendientes legítimos;

⁷² BELLO, ANDRÉS, *Obras Completas*, T. XIII, *Código Civil de la República de Chile*, II, Caracas, 1955, p. 187, nota al Proyecto de 1853, art. 1343 n° 4.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Vid.* nota 9.

- 3°) los hijos naturales personalmente o representados por su descendencia legítima;
 4°) los padres naturales.

Estos legitimarios concurrían y debían ser excluidos y representados conforme con las reglas de la sucesión intestada (art. 1183).

Desde el punto de vista de los beneficiarios existe perfecta armonía respecto del *Code*: sólo los hijos y los padres, es decir la línea recta, y sin derecho a representación en la ascendencia.

Respecto de la cuantía —la mitad de la herencia—, nuestro Código se aparta del *Code*. Pues la mitad legitimaria se distribuye entre los legitimarios sin atender al número de los que concurren. Tampoco separa patrimonios, en el caso de los padres reservatarios, como lo hace el *Code*.

Las idea inicial de BELLO, en cuanto a asegurar una porción no inferior a la mitad de los bienes en carácter de libremente disponibles, tampoco pudo resistir el embate de las “preocupaciones”, pues, el Proyecto Inédito —art. 1345— consagró lo que luego se aprobaría como la “cuarta de mejoras”, contra su sentir, de lo que había dejado constancia al inicio de los trabajos de redacción y también al momento en que se prueba esta disposición⁷⁵.

Se consagra, entonces, un sistema estricto de testar, pues, en principio, si hay legitimarios sólo se puede disponer de la mitad de los bienes libremente, pero existiendo descendientes legítimos, la parte de libre disposición se reduce a un cuarto⁷⁶.

V. CONCLUSIONES

Una comparación muy general de algunos aspectos del derecho sucesorio regulado en la versión original del *Code* y en nuestro Código Civil, permite apreciar que pese a la indudable influencia del texto francés, el Código chieno se apartó de él, muchas veces para seguir la

⁷⁵ Cfr. ROZAS VIAL y Otros, *Sucesión...*, cit. pp. 455 y 459.

⁷⁶ Hoy la situación es más gravosa todavía, porque con la ley 19.585, en vigor desde el 27 de octubre de 1999, el cónyuge sobreviviente fue considerado como legitimario, con todo lo que esto implica, y no sólo el cónyuge sino que también los ascendientes pueden ser asignatarios de cuarta de mejoras (lo que inicialmente no consideraba el Código), lo que significa que habiendo legitimarios nunca puede existir la posibilidad de no formar la cuarta de mejoras. De otra manera, o el testador tiene plena libertad para disponer de sus bienes por testamento porque no tiene legitimarios, o sólo tiene la facultad de hacerlo respecto de la cuarta parte. En este sentido el actual inciso 2° del art 1184 está demás. ¿Qué pensaría BELLO?

tradicón del derecho romano o espaol, en otras para buscar una mayor coherencia con el principio de igualdad sucesoria, en ciertos casos, para dar un mejor perfil tcnico a ciertas instituciones, como la representacin, y en no pocas ocasiones para buscar una solucin que racionalmente se estimó ms justa, vgr. el mejoramiento del cnyuge sobreviviente.

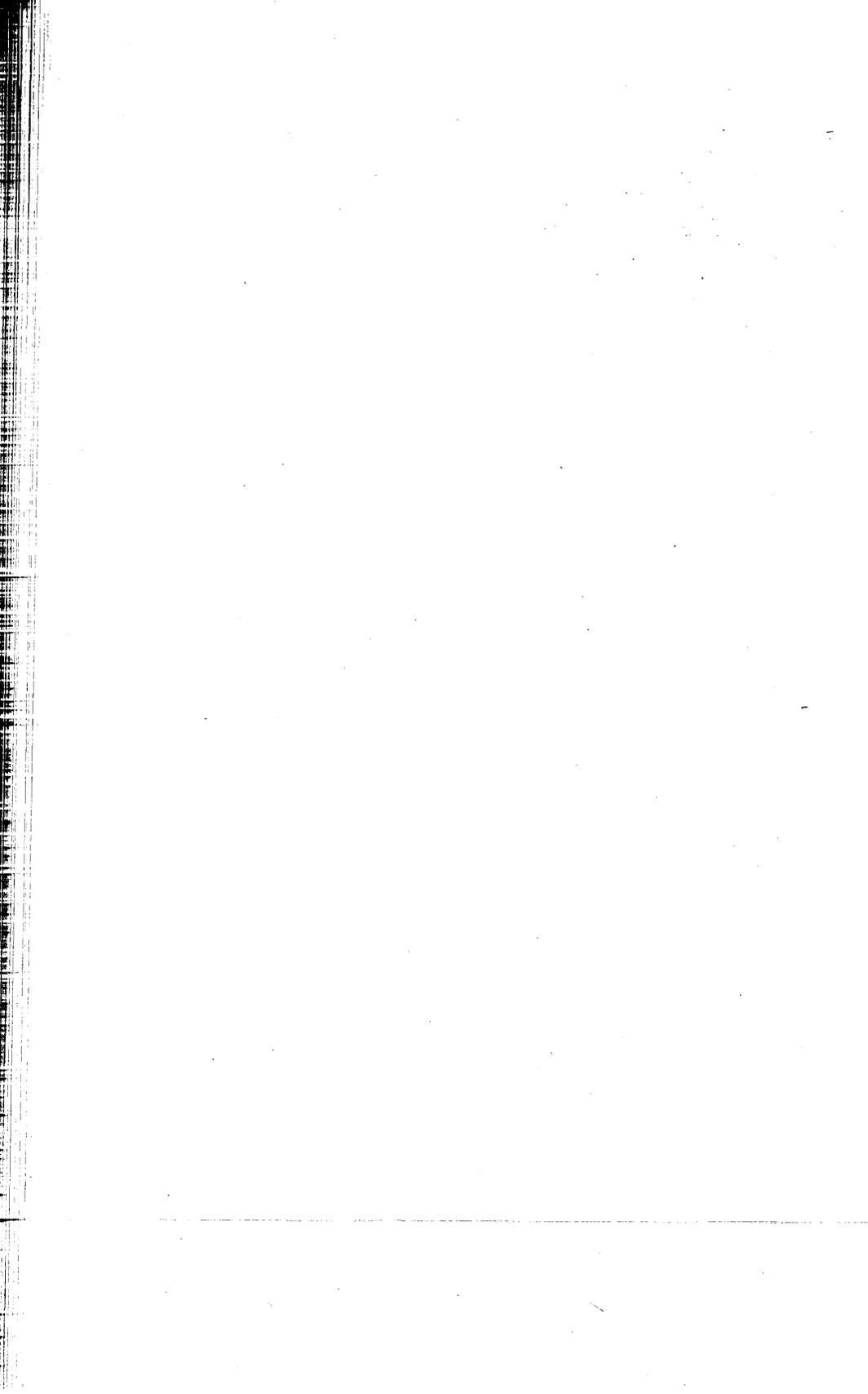
Los redactores del Código chileno, especialmente Andrés BELLO, estaban en posicin de ventaja respecto de sus pares franceses, pues trabajaron con unos 40 aos de diferencia, lo que les permiti variar y mejorar del *Code* todo aquello que haba parecido errado o haba sido criticado por los primeros comentadores; además, pudieron tener a mano otros Códigos civiles aprobados luego del francs⁷⁷.

En Chile, la influencia de la tradicin histrica pudo ms que las concepciones teóricas, pese al espíritu liberal que crecientemente se impona en la época en que se redacta el Código Civil. Así, tal como los revolucionarios franceses debieron rendirse parcialmente frente a la fuerza del derecho del antiguo régimen y moderaron sus primeras leyes sucesorias, el mismo don ANDRÉS BELLO debió también ceder frente al arraigo del derecho castellano en la sociedad chilena, particularmente en materia de libertad de testar.

El tratamiento de los hijos naturales fue más beneficioso en el sistema del *Code* que en nuestro propio Código, pese a las ideas más liberales que BELLO tenía sobre la materia.

Por último, es notable que algunas de las soluciones de nuestro Código, y que suponen una innovacin respecto del Código francs, fueran seguidas en las modificaciones al derecho sucesorio que ha tenido el *Code*, especialmente en el último tiempo.

⁷⁷ En este sentido fue clave la obra de SAINT JOSEPH, A., *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code Napoléon*, Paris, 1840, que fue traducida por F. Verlangue y J. Muñiz, como *Concordancias entre el código civil francs y los códigos extranjeros*, Madrid, 1948; (Cfr. GUZMÁN BRITO, *Andrés Bello...*, cit., pp. 424-425).



LOS JURISTAS *IURIS CONDITORES*/FUNDADORES DEL DERECHO*

SANDRO SCHIPANI

*Profesor Ordinario de Derecho Romano
Universidad Tor Vergata (Roma)*

I. PREÁMBULO

La formación del operador del orden social, y la misma existencia de personas que se dedican profesionalmente al Derecho, está estrictamente ligada con el modo de ser del orden social al que pertenecen, y viceversa. En el sistema jurídico romano se configuró la profesión de jurista y su función fue reconocida: a) como fuente de producción del derecho, y b) como factor que informa en modo general el Derecho (el llamado momento jurisprudencial del Derecho). Esto es determinante para caracterizar la formación que el jurista debe tener. Pero puesto el tema en el marco de estas coordenadas esenciales, tratarlo resulta casi imposible por su extensión. Me permito recordar algunos puntos especialmente notables, que deseo extraer principalmente de reflexiones explícitas desarrolladas directamente por los mismos juristas romanos de la época de la formación del sistema (esto es, desde la edad de la fundación de Roma en el s. VIII a.C., a la codificación del

* Artículo en italiano publicado en *Rivista Roma e America. Diritto Romano Comune* 13, 2002, pp. 275-293. Se publica, con la autorización de su autor, traducido al castellano por Antonio Margozzini, Ayudante de Derecho Civil de la Universidad de los Andes, y revisada por el profesor Hernán Corral. El artículo recoge la intervención del profesor Schipani en un Congreso celebrado en Pekín para el 50° aniversario de la Universidad de Ciencias Políticas y Jurisprudencia de China, sobre: "La formación del Jurista". Por ello, advierte en nota a su trabajo que "En relación con tales circunstancias, el texto, sintético, se encuentra, prácticamente, sin anotaciones, salvo algunas referencias esenciales".

Derecho realizada por el Emperador Justiniano en el s. VI d.C.). Los textos que contienen tales observaciones son, en verdad, escasos; sólo nos han llegado algunas pocas reflexiones de los juristas sobre sí mismos; mucho más aparecería por vía indirecta, si se examinara todo su trabajo, pero en esta ocasión no me ocuparé de ello.

II. LA LEY Y SU PRIMACÍA ENTRE LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL SISTEMA DEL DERECHO ROMANO

El sistema del Derecho romano, como se sabe, distingue el derecho de la ley. A nivel terminológico, una cosa es el *ius*/derecho y otra la *lex*/ley.

En la reconstrucción de la formación del derecho de Roma, escrita por el jurista Pomponio (s. II d.C.), el origen de la ley se atribuye al mismo Rómulo, fundador de la ciudad; otras leyes fueron después hechas aprobar por los reyes que le sucedieron¹. Instaurada la República, se dice que la ciudad, con la aprobación de la gran Ley de las Doce Tablas (s. V a.C.) tiene una nueva fundación²; en esta ley se contempla también que todo cuanto establece el pueblo tiene valor de derecho³, garantizando con ello la posibilidad de una continua intervención del pueblo-legislador. En los elencos sistemáticos de las fuentes de producción del Derecho romano elaborados por los juristas romanos Gayo⁴, Pomponio⁵ (s. II d.C.), y Papiniano⁶ (s. III d.C.), la ley es ubicada como la primera fuente y como punto de referencia de las demás (exceptuando los edictos de los pretores). Gayo define la ley como una disposición y una orden del pueblo⁷; ella es, por lo tanto, la expresión de la *potestas*/potestad del pueblo. El pueblo puede conferir esta potestad a una parte de sí mismo⁸, y, por tanto, también a un solo ciudadano, el Emperador⁹. El Emperador Justiniano (s. VI d.C.) elabora su codificación usando el poder de hacer leyes que él expresamente recuerda haber sido conferido al Emperador por el pueblo mismo¹⁰, y, con constitucio-

¹ D. 1,2,2,2.

² D. 1,2,2,4.

³ XII Tav. 12,5 (Livius, 7,17,12).

⁴ *Gai. Institutiones* 1,3 ss.

⁵ D. 1,2,2,12.

⁶ D. 1,1,7.

⁷ *Gai Institutiones* 1,3. La definición de Papiniano, y las dos definiciones, de Demóstenes y Crisippo, citadas por Marciano (D. 1,3,1; D. 1,3,2) dan luces también acerca de otras perspectivas sobre las cuales han reflexionado los juristas romanos.

⁸ D. 1,2,2,8.

⁹ D. 1,2,2,11.

¹⁰ D. 1,4,1 pr.; J. 1,2,6.

nes con valor de ley, renueva la vigencia del derecho reunido en dichos códigos. También prevé la posibilidad continua de posteriores innovaciones legislativas¹¹ y las lleva a efecto (una recopilación de nuevas constituciones sigue a los Códigos).

El rol principal de la ley en el sistema es, por lo tanto, indiscutible. Sin embargo, el derecho incluye la ley; pero es constituido también por otras fuentes no subordinadas a ella¹²; existen los principios del derecho que no pueden ser derogados por la ley¹³; la ley vincula al pueblo que la aprueba, mas no es fuente del derecho aplicable a otros pueblos¹⁴. Luego, el sistema está caracterizado por los códigos más que por la ley (para indicar al sistema jurídico romanístico se habla también de sistema de derecho codificado), y los códigos, como precisaré, enlazan las diferentes fuentes unificándolas y tienen un fundamento más amplio que la sola ley y, por tal razón, reflejan de un modo más adecuado el mismo sistema.

No tomo aquí en consideración la costumbre y los edictos de los magistrados que ejercitan la jurisdicción en el sistema del Derecho romano, pero sí a los juristas, que encontramos unidos a la ley desde los orígenes.

De los juristas examinaré, por consiguiente, la actividad, el método que está en la base de aquella, su formación, para de este modo clarificar cuál es su función.

III. LOS JURISTAS

A. LAS ACTIVIDADES QUE REALIZAN: EL DESARROLLO DE UN SABER Y LA PUESTA A DISPOSICIÓN DE ÉSTE PARA SU APLICACIÓN

Si bien Pomponio nos recuerda que en el período de la monarquía (s. VIII-VI a.C.) se dictaron leyes, recuerda también que éstas, aprobadas en momentos diversos y *sine ordine*/sin un orden, fueron recogidas en una unidad por un jurista, que no les añade comentario alguno¹⁵.

Pomponio recuerda, luego, las Leyes de las Doce Tablas, y pone de manifiesto que un jurista había colaborado en su redacción y que sus consejos habían sido importantes¹⁶; pero, sobre todo, destaca que la

¹¹ C. 1,17,2,16; 18; 21 (Tanta).

¹² *Gai Institutiones* 1,6 s.; J. 1,2,7 ss.

¹³ Cicero, *pro Caec.* 33,95.

¹⁴ Sobre el plebiscito Sempronio del 193 a.C. en materia de *usurae*, cfr. S. SCHIPANI, *Intervento conclusivo. Livio 35,7; Gayo D. 13,4,3; e il problema del debito internazionale*, en *L'usura ieri e oggi*, a cargo de S. TAFARO, Bari, 1997, 279 ss.

¹⁵ D. 1,2,2,2; D. 1,2,2,36.

¹⁶ D. 1,2,2,36.

auctoritas/autoridad de los juristas se hace necesaria inmediatamente para guiar la interpretación de las mismas leyes¹⁷. A esta interpretación se añadió la elaboración de los modos de actuar en un proceso sobre la base de las leyes¹⁸.

Pomponio subraya la actividad del Colegio Sacerdotal de los Pontífices, expertos de la ciencia de la interpretación y de la elaboración de las acciones procesales, y agrega que un miembro de dicho Colegio estaba a disposición, por turno, de los ciudadanos para *respondere*/responder a sus peticiones, las que podían tener por objeto el modo para realizar un acto jurídico y alcanzar los objetivos deseados por el peticionario, de manera tal de evitar futuras controversias o la forma en la cual accionar en un proceso o defenderse en él¹⁹. Se sabe que el Pontífice que indicaba los medios no intervenía en la realización de los actos concretos, sino que sólo se limitaba a señalar la vía.

Sucesivamente, se fueron consolidando cada vez más como expertos de la actividad de dar consejo a los privados otros ilustres ciudadanos no pertenecientes a dicho Colegio: estos eran consultados por la *auctoritas*/autoridad que tenían, la que se alimentaba en el estudio y se manifestaba en una producción creciente de libros y en la enseñanza. Toma forma así un experto del Derecho que lo estudia, escribe libros, enseña, reúne e interpreta las leyes, sugiere esquemas negociales, los reelabora, configurando además nuevos tipos de derechos; sugiere instrumentos procesales, da opiniones y por toda esta actividad, considerada de manifiesto interés público, es apreciado y le son tributados públicos honores²⁰. El Emperador también prestará gran atención y apoyo a esta actividad de emitir opiniones²¹. Ciertamente, no todos los juristas ejercen todas estas actividades en la misma medida y calidad, y la producción científica de algunos o la autoridad es menor que la de otros.

Estos juristas, a veces, ejercen también la actividad de asistir directamente a los ciudadanos en los procesos, como abogados²²; sin embargo, esta actividad es considerada más propia del orador. Los cargos públicos electivos podían incluir igualmente la función de ejecutar el Derecho haciéndolo aplicable en el caso concreto (Pomponio señala el objetivo de *effectus accipitur*/de actualizar el derecho, y de *regere iura*/gobernarlo²³), pero para estos cargos públicos no se requería la

¹⁷ D. 1,2,2,5.

¹⁸ D. 1,2,2,5.

¹⁹ D. 1,2,2,6.

²⁰ D. 1,2,2,2,36 ss.

²¹ D. 1,2,2,49.

²² D. 1,2,2,43.

²³ D. 1,2,2,13.

competencia específica de jurista. Los juristas, no obstante, podían ocupar estos cargos y vertían en su ejercicio su competencia jurídica. Pero si quien los ocupaba no tenía dicha competencia, se sentía en la necesidad de consultar un jurista o de mantenerlo a su lado como consejero permanente. Por lo tanto, el jurista también en este ámbito daba consejos, pero el mismo ejercicio de la jurisdicción no era considerado su actividad esencial, ni viceversa. Más tarde, el emperador tuvo un consejo permanente, integrado por juristas ilustres que influían sobre los actos que realizaba, lo cual era particularmente relevante para las constituciones del príncipe. Sin embargo, fueron los propios juristas, en el siglo III-IV d.C., frente a la gran cantidad de leyes y a la inflación legislativa con que el emperador intentaba suplir el silencio de la ciencia jurídica de más elevado nivel, proceso conectado con la crisis política, quienes comenzaron nuevamente a encargarse del trabajo más modesto de hacer colecciones de dichas leyes²⁴, junto con nuevas ediciones de los escritos científicos más comúnmente utilizados²⁵.

Vemos que en la época de Justiniano están nuevamente activos numerosos juristas que estudian, escriben, enseñan y ejercitan la actividad en el foro. Esta labor, realizada por un grupo de los más ilustres juristas, se refleja en la elaboración de los Códigos que, también en su extraordinariedad y originalidad, es hija de su trabajo de docentes, de estudiosos y de prácticos, de la experiencia que ellos mismos adquirirían al reordenar y seleccionar el patrimonio de derecho madurado en tantos siglos para poder conocerlo, enseñarlo y hacerlo valer en los tribunales²⁶.

En la misma época se consolida, además, el cambio por el cual la abogacía y el ejercicio de cargos públicos, que ya no son electivos, pasan a ser regularmente desempeñados por juristas, a pesar de que su creciente número implicaba que no tuvieran la preparación científica del nivel que sólo algunos llegaban a adquirir. Así, Justiniano, en particular, se preocupa precisamente de tener juristas bien formados que puedan participar en el *gubernare rem publicam*/gobierno de la cosa pública²⁷ y colaboren en administrar la aplicación del Derecho, que en épocas anteriores incumbía a magistrados electivos, respecto de los cuales el consejo de los juristas era, como hemos visto, colateral. Esto implica una expansión de la actividad de los juristas desde el

²⁴ *Codex Hermogenianus; Codex Gregorianus.*

²⁵ *Epitome Gai; Collatio; Pauli Sententiae; etc.*

²⁶ C. 1,17,2,9 (*Tanta*).

²⁷ *Constitutio Imperatoriam 7.*

estudio, enseñanza y consejo, a la aplicación del Derecho que, como anteriormente recordábamos, en principio no era parte de su específica competencia.

B. EL MÉTODO DE SU SABER

Esta sintética descripción de la actividad de los juristas en Roma permite ya reconocer un tipo de intervención especializada y bien circunscrita en la vida del ordenamiento social, que tiene su corazón y su cerebro en un equipaje de competencias teórico-prácticas, en una habilidad que se convierte en ciencia, y que, por consiguiente, se comprende mejor examinando el método que está en la base de su adquisición y elaboración (en efecto, el método de trabajo de los juristas romanos ha atraído y nutrido a los juristas del sistema romanístico, y nosotros lo conocemos y apreciamos, sobre todo, desde la lectura de sus escritos, tanto que nuevamente siento la necesidad de advertir que aquí me limito a referir algunos datos, según el criterio antes fijado).

Pomponio individualiza un primer método de trabajo de los juristas que consiste en, como ya he recordado, reunir las leyes en una unidad, sin agregar ningún comentario personal. Subraya que las leyes habían sido aprobadas sin orden, en razón de circunstancias diversas, y la reunión en una unidad operada por el jurista indica ciertamente la búsqueda de un orden, cuyos criterios desconocemos, pero que eran expresión de un momento organizativo del material reunido y que permite reconocerle como una unidad²⁸.

Pomponio luego delinea un segundo método de trabajo que consiste en la interpretación de las leyes, podemos precisar, palabra por palabra²⁹. Él lo califica como la cuna del Derecho, y en verdad este método argumentativo funda y desarrolla profundizaciones conceptuales y dogmáticas, rigor analítico y expositivo, y continuará ofreciendo una guía al trabajo del jurista, combinado con un fuerte sentido de construcción de instituciones capaces de unificar desde el interior el comentario realizado.

Pomponio, sucesivamente, pone de relieve que Quinto Mucio (inicio del siglo I a.C.) da reglas metodológicas más explícitas para la elaboración de la coherencia de la construcción jurídica que nosotros

²⁸ D. 1,2,2,2; D. 1,2,2,35.

²⁹ D. 1,2,2,38.

reconocemos ya presente en las formas de trabajo anteriores. Se trata de reconstruir la materia tendencialmente por géneros y especie³⁰, de buscar los aspectos comunes y de distinguir las especialidades, y, en consecuencia, de individualizar y equilibrar las *rationes*/principios, desarrollar la analogía que, una vez utilizada, encuentra un fundamento, etc. De este tercer método, Pomponio subraya que tiene un efecto constitutivo del Derecho mismo³¹: en efecto, el sistema, sostenido por el rigor tal de método cuyos nexos argumentativos son explicitados, verificados y aceptados, tiene una fuerza intrínseca, conexas a la cientificidad de su elaboración. La coherencia del discurso deviene, por consiguiente, la principal fuerza del jurista. La *auctoritas*/autoridad emanaba de la *prudencia*/prudencia-experiencia, de la *peritia*/pericia, del *ars*/método sistemático, de la *scientia*/ciencia³².

La individualización de los valores-verdad, de las *rationes*/principios que guían el derecho y su propio concretarse y articularse en la pluralidad de las situaciones, es fruto de una constante discusión entre los juristas. En la elaboración de sus escritos, al llevar a cabo sus interpretaciones, al formular las reglas, al expresar sus opiniones, examinan las explicitadas por otros, las analizan, las comparan, buscan la solución más justa. Es un derecho que crece en las controversias científicas; que se confronta también con las decisiones de los casos concretos, pero que se distancia del conflicto particular de intereses presente en estos, y de la exigencia de apaciguar a los individuos en conflicto; eso busca el esquema aplicable a una serie potencialmente ilimitada de situaciones, y cuya coherencia sea posible con el entero sistema. Estas discusiones, y sus modalidades, nos han llegado, y nos muestran la humildad de la búsqueda y el rigor enfatizado por Ulpiano, que califica al jurista como "sacerdote de la justicia" que "aspira a un verdadero, no a un aparente amor por la sabiduría"³³. Una sabiduría práctica al servicio de la comunidad política y que se desarrolla en permanente relación con ella, con el examen de sus lógicas y necesidades.

El polo que orienta todo este método, el centro de la realidad que interpreta, son los hombres "a causa de los cuales es puesto todo el Derecho" (como dice el jurista Hermogeniano³⁴) y que constituyen precisamente el primer centro de referencia de la reconstrucción siste-

³⁰ D. 1,2,2,41.

³¹ D. 1,2,2,41.

³² Ciceró, *de Oratore* 1,42,187.

³³ D. 1,1,1,1.

³⁴ D. 1,5,2.

mática del derecho. El sistema jurídico es para los hombres concretos, todos, desde el momento de su concepción a aquel de su muerte, libres y siervos, a los cuales competen derechos, y para todos los cuales es modelo el hombre *sui iuris*/independiente, libre, igual, propietario y autónomo³⁵; hombres concretos, cuya multitud viene transformada por el derecho en un pueblo³⁶ abierto a todos, prescindiendo de vínculos comunes de sangre y de raza, en relación con los otros pueblos y con una divinidad interétnica a todos común. El sistema jurídico es para los hombres también en su ser como partes de la naturaleza³⁷.

Por estos nexos entre método y hombres, pueblos y divinidades, Ulpiano, uno de los últimos juristas de la denominada época clásica, en el siglo III d.C., define la jurisprudencia como un “conocimiento de las cosas divinas y humanas, ciencia de lo justo y de lo injusto”³⁸, y le confiere así una visión amplia del universo y, sobre todo, de la sociedad que incluye su credo más íntimo y profundo, del cual se hace cargo el jurista que debe traducir en ciencia precisamente “la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho”³⁹. Para su determinación, y por consiguiente para “separar lo justo de lo injusto, lo lícito de lo ilícito”, como síntesis de todo discurso sobre el método, Ulpiano invoca la famosa definición de Celso, jurista del siglo I d.C., según la cual el derecho es “el sistema de lo bueno y de lo equitativo”⁴⁰, en una unidad de *religio*, de moral y de derecho.

Justiniano retoma el valor de la discusión entre los juristas que la llamada ley de citas había limitado⁴¹ en el período de la crisis de la cultura científica, a la cual he hecho referencia con anterioridad. Los juristas que él convoca para la obra de codificación no deben sólo recolectar las diversas opiniones de los juristas anteriores y elegir la solución a adoptar sobre la base de criterios formales y externos, de mayoría o de mayor autoridad como había prescrito la ley de citas, sino que podrán y deberán valorar en su propio mérito cual es la solución mejor, como hacían los juristas de los siglos precedentes cuyos escritos ellos rediscutían⁴². La unificación, además de los diversos conjuntos de normas (Derecho natural, Derecho de gentes y Derecho civil) dentro de un *ius Romanum commune*/Derecho romano

³⁵ D. 1,5; 1,6.

³⁶ Livio 1,8,1-2.

³⁷ D. 1,1,1,3.

³⁸ D. 1,1,10,2.

³⁹ D. 1,1,10 pr.

⁴⁰ D. 1,1,1 pr.

⁴¹ CTh. 1,4,3.

⁴² Constitutio *Deo auct.* 5-6.

común, que viene madurada con los Códigos que desean incluir todo produce un incremento de perspectivas que permite una comprensión más completa y decisiones más justas (así, por ejemplo, se desarrolla la consideración unitaria básica de los hombres, con la abolición de algunas de las divisiones que el Derecho hacía entre ellos, sobre todo aquella entre romanos y extranjeros, y a través de este progreso se da un paso hacia la superación de la división entre libres y siervos).

C. SU FORMACIÓN

La formación del jurista maduraba escuchando. Pomponio nos recuerda que la enseñanza pública del Derecho tiene lugar ya a partir del siglo III a.C., y que aquellos que deseaban aprender el Derecho iban a escuchar a un jurista de reconocida fama⁴³. Lo escuchan y reflexionan sobre los problemas que expone, que somete a su discusión y que pueden también partir de eventos concretos. Se trata de personas, a veces dotadas de experiencias en ocupaciones maduras de la vida social, pero siempre dotadas de un conocimiento básico de sus mecanismos, cercanos al ámbito familiar y a los instrumentos de la cultura general. Le encontramos indicados como *auditores*/oyentes, y algunos recogen lo escuchado en obras en las cuales ese material era justamente *digestum*/sistemizado⁴⁴. Estos círculos de oyentes se institucionalizan y se distinguen cuando sostienen tesis diversas⁴⁵, madurando después la necesidad de obras específicas introductorias: ello, sobre todo, cuando se acelera la expansión del uso del Derecho romano a otros pueblos que lo recepcionan. No es casualidad que Gayo, autor del primer manual introductorio las *Instituciones*, sea un jurista con notorios intereses por el Derecho de las provincias. Su manual aparece un poco antes de la general extensión de la facultad de usar la ciudadanía romana, y por tanto todo el Derecho romano, por parte de todos los habitantes del imperio. En estas *Instituciones* predomina la presentación del derecho según los criterios científicos que desde hacía tiempo eran generalmente utilizados, con una acentuada atención por las definiciones y reglas⁴⁶, pero asumiendo el

⁴³ D. 1,2,2,35; D. 1,2,2,42.

⁴⁴ D. 1,2,2,44.

⁴⁵ D. 1,2,2,47.

⁴⁶ Cfr. Las *Instituciones* de Gayo y la reflexión sobre la elaboración de manuales presente en Cicerón, sobre el cual S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, Turín, 1999, 199 ss.

Derecho como un objeto ya dado, si bien en relación con él no se omitía recordar la existencia de controversias entre los juristas sobre ciertas soluciones, y el dinamismo que, en consecuencia, ellas les imprimía. Sobre este conocimiento de base se insertaba luego la posibilidad de profundizaciones utilizando aquellas obras de elaboración y discusión de nuevas soluciones que constituían la mayor y más significativa parte de las obras de los juristas. Así también, en un sentido diverso, ese conocimiento básico podía complementarse con obras simples, colecciones de reglas, para usar también subsidiariamente en la actividad práctica.

Justiniano se preocupa de la formación de los juristas, que es reformada al basarla en el estudio institucional introductorio, seguido luego por el estudio profundizado de los textos de elaboración científica y práctica, de discusión y reelaboración del Derecho⁴⁷. Si por un lado es innecesario dificultar con un peso excesivo a quien inicia sus estudios⁴⁸, y más bien se requiere proporcionarles conocimientos introductorios que ellos, al provenir de pueblos, ciudades y grupos sociales diversos no tienen, por el otro lado, al modelo institucional puede ser añadida la más completa gama de métodos de análisis científico para formar un jurista del nivel de aquellos de cuya colaboración el Emperador se vale, y de la cual tiene necesidad el gobierno de la cosa pública⁴⁹.

D. SU ROL DE *IURIS CONDITORES*/FUNDADORES DEL DERECHO

Si ahora buscamos precisar globalmente el rol del jurista, en Pomponio nuevamente encontramos indicaciones puntuales que llaman nuestra atención más sobre la expresión inmediata de las competencias teórico-prácticas que sobre su eventual colaboración en hacer operativo el Derecho.

Con referencia a la actividad interpretativa sobre las Leyes de las Doce Tablas, Pomponio dice que por la interpretación viene *compositum*/compuesto, un derecho que, sin estar escrito en una ley, es constituido sólo por la actividad de los expertos del Derecho⁵⁰. Cuando después, con el pasar del tiempo, las Leyes de las Doce Tablas se vuelven remotas y aunque, es cierto, se mantienen vigentes, resultan

⁴⁷ *Constitutio Omnium*.

⁴⁸ J. 1;1,2.

⁴⁹ *Constitutio Imperatoriam*.

⁵⁰ D. 1,2,2,5.

ampliamente superadas por la riqueza de un nuevo Derecho establecido por la interpretación, Pomponio dice que los juristas *fundaverunt ius civile*/fundaron el Derecho civil⁵¹, es decir, se consideraron ellos mismos su fundamento vivo y verdadero, porque, como antes recordaba, son ellos quienes con su ciencia constituyen el sistema individuando las *rationes*/principios-fundamentos. También afirma que el Derecho no puede sostenerse y formar un conjunto unido, si no existe el *jurisperito* que cotidianamente lo mejora⁵². De esta forma, Pomponio traza la marcha de los dos perfiles que con anterioridad he indicado, según los cuales, por un lado, el jurista es fuente autónoma de producción de derecho, y, por otro, su actividad de mejoramiento del Derecho aborda todo cuanto es producido también por las otras fuentes. Ambos perfiles están incluidos en las competencias específicas, pues de ellas derivan. Asimismo la referencia a la *auctoritas*/autoridad de los juristas es significativamente diversa de la potestad del pueblo respecto de las leyes, aludida con anterioridad.

Como señalara con antelación, el listado sistemático de las fuentes del Derecho con el cual Gayo abre sus *Institutiones* se inicia con la ley, y concluye con las opiniones científicas y los pareceres de los juristas⁵³. Estas opiniones son ubicadas en el extremo opuesto del listado, no por tener una importancia menor, sino porque constituyen el modo de fundar el Derecho que más se diferencia de la ley. En ellas no hay promulgación fundada sobre la potestad del pueblo, sino, como he dicho, son expresión de una autoridad reconocida. Papiniano, un siglo después, repite el listado, para lo que aquí interesa, de modo análogo⁵⁴. Asimismo, Justiniano en su codificación hace propias estas exposiciones sistemáticas, acentuando la concurrencia junto a las opiniones de los juristas de la autoridad del Emperador, que evidentemente se propone sólo a partir de la institución del mismo⁵⁵ (siglo I d.C.).

Catón, jurista romano del siglo II a.C., subraya con orgullo que el Derecho romano era el fruto, no de la obra de un solo hombre, sino de la contribución de muchos⁵⁶: es clara su referencia, tanto para las leyes como sobre todo para los juristas, a su rol, por así decir, coral: los juristas estaban reunidos, sobre todo, en un Colegio de Pontífices y de Feciales en los primeros siglos, luego se forma un círculo más

⁵¹ D. 1,2,2,39.

⁵² D. 1,2,2,13.

⁵³ Gai *Institutiones* 1,7.

⁵⁴ D. 1,1,7 pr.

⁵⁵ D. 1,1; J. 1,2,3 ss.

⁵⁶ Ciceró, *de Republica* 2,1,2.

extenso de especialistas que profesan el derecho, personalidades destacadas y eminentes, pero en el cual prevalecía la convergencia en el resultado.

Pomponio divide en tres partes la obra desde la cual he extraído las indicaciones ya referidas: una dedicada a las fuentes de producción del Derecho; una dedicada a las magistraturas electivas, con relación a la tarea de ejecutar el Derecho; una a los juristas, dedicada a su personalidad pública, a sus obras, a los reconocimientos que les tributa el pueblo, es decir, dedicada, en sustancia, a dar a conocer la importancia pública de su específico rol dentro la comunidad política, y, tal vez, a protegerla de eventuales injerencias del poder del Emperador que estaban incrementándose⁵⁷.

Justiniano no sólo introduce en sus Códigos este texto de Pomponio y con ello la precisa indicación del rol de los juristas de tiempos pasados, sino que también escribe para los juristas de su tiempo, por él convocados para la elaboración de los Códigos, una especie de continuación de esta tercera parte del escrito de Pomponio⁵⁸. Así tributa a su competencia no solamente una alabanza, sino también el reconocimiento de su papel como factor estructurante, fundador de la obra. Del reconocimiento de dicho rol fundante en los Códigos, podemos decir, por lo tanto, que estos Códigos son el resultado de la confluencia de dos fuentes diversas de producción del Derecho: la ley, en la forma antes recordada, y la obra de los juristas. Sin la competencia de los juristas, Justiniano no sólo no habría podido elaborar los Códigos (la experiencia precedente de Teodosio, cuyos colaboradores tenían menor competencia, fue aleccionadora), sino que no habría tenido la autoridad para reordenar y cambiar aquello que se fundaba sobre la autoridad: la verdad científica contenida en los escritos de ciencia jurídica, que él respetaba y admiraba. Es cierto que el Código de Justiniano recoge Constituciones, esto es, leyes emanadas del Emperador, y que el Digesto y las Instituciones recogen escritos de juristas, pero el trabajo que está en la base de la elaboración de los tres Códigos es el de los juristas que, con su método, los han compuesto. La ciencia jurídica estructura las tres obras, y es ella la que al hacerlo busca, con sus discusiones de comisión, la solución más justa en relación a los hombres, en el contexto antes mencionado, así como lo hicieron los juristas clásicos, a veces provocando intervenciones del Emperador para escoger entre direcciones distintas y/o innovar. Apro-

⁵⁷ D. 1,2,2, pr.-12; D. 1,2,2,13-34; D. 1,2,2,35-53.

⁵⁸ C. 1,17,2,9.

bados por el legislador⁵⁹, los Códigos son nuevamente confiados a la ciencia de los juristas que los han producido; retornan allí, con las potencialidades que se derivan del hecho de ser el producto de la ciencia jurídica. Para los juristas los Códigos no son un objeto preconstituido y externo, sino un objeto elaborado por ellos, en cuyo interior en alguna medida permanecen y dentro del cual continuarán un permanente mejoramiento, como había escrito Pomponio, si bien al mismo tiempo son un objeto en el cual confluye, además, la promulgación del legislador, un punto de coincidencia, que se abre a nuevas posibles dinámicas.

Con anterioridad he recordado cómo a la época de Justiniano la actividad del jurista se extiende a la gestión de la aplicación del derecho, para garantizar su efectividad, sea como abogado o como funcionario público. Ello es consecuencia de la extinción de la actividad creadora del Derecho a través de los edictos de los magistrados jurisdicentes electivos (Derecho honorario) y, en general, de los magistrados electivos, los que son sustituidos por funcionarios designados. Esta transformación es acompañada por la afirmación del principio según el cual, en el juzgar, se debe seguir la vía de la verdad y de las leyes, y también, más generalmente, en el gestionar la aplicación de los derechos, de las leyes que vivimos⁶⁰. Incluso este nuevo nivel de compromiso importa la posibilidad de dirigir los cambios con relación al rol del jurista, el que permanece, sin embargo, firmemente anclado en la expansión de un profesionalismo científicamente fundado, y responsable frente a objetivos de verdad (la referencia a la verdad se contrapone a la *voluntas iudicum*/voluntad arbitraria de los jueces⁶¹).

IV. LOS JURISTAS FUNDADORES DEL DERECHO Y LOS CÓDIGOS

A. LA UNIVERSIDAD DE BOLONIA Y LA CIENCIA JURÍDICA

La copresencia de ley y juristas como fuentes del derecho es incorporada en el posterior desarrollo del sistema, con diversidad de proporciones, según los períodos.

Al contrario de cuanto ha sido afirmado por el estatal-legalismo, la gran era del desarrollo del sistema jurídico romanístico que se inicia en Bolonia con la Universidad es promovida por los Códigos de

⁵⁹ Constitutio *Summa* (529), *Imperatoriam* (533), *Tanta* (533), *Cordi* (534).

⁶⁰ C. 7,75,13; J. 2,17,8(7); véase también C. 1,14,4; D. 32,23.

⁶¹ C. 1,17,2,17.

Justiniano, que no atrofian el rol del jurista fundador del derecho, sino que, por el contrario, impulsan esa actividad⁶².

Los Códigos de Justiniano, integrados por su legislación posterior y por la de sus primeros sucesores, constituyentes así del Cuerpo del Derecho Civil, en Bolonia se transforman en la base de la Universidad. Mientras en París la Universidad nacía en torno a los estudios de teología, en Bolonia, en el siglo XI d.C., la Universidad nacía en torno a los estudios de derecho; de todo el derecho, público y privado presente en tal obra. El *Corpus Iuris*, de hecho, presentaba el poder del Emperador como fundado en la potestad del pueblo, por lo que tal poder se distinguía de aquél del soberano investido de la soberanía por la unción por parte del sacerdote y, en consecuencia, se reconstituía el hilo de la continuidad que unirá a la república romana con las posteriores elaboraciones del Derecho público y de la democracia. El *Corpus Iuris Civilis* ofrecía, además, un rico y complejo Derecho civil articulado en torno a los hombres, según el modelo sintéticamente referido y del cual la sociedad medieval, que en el contexto del Imperio se estaba reabriendo, sentía necesidad como alternativa para superar, en el ámbito del Derecho privado, las instituciones jurídicas medievales. Por encima de todo, los Códigos de Justiniano, como lugar de encuentro entre ley y ciencia jurídica, ofrecían la base sobre la cual se podía formar al jurista. Bajo Irnerio y sus alumnos volvió a conformarse la figura del jurista como la de quien ha aprendido una profesión a través de un estudio de tipo científico en una escuela especializada. De las asociaciones de estudiantes, que pagaban a los profesores, tomó forma la Universidad de Bolonia, desde la cual se inició una nueva forma de enseñanza del Derecho que se extendió por toda Europa. Además de las otras universidades italianas, piénsese en Oxford (antes del 1200), París (*circa* 1200), Cambridge (1209), Salamanca (1218), Orleans (1235), Toulouse (1229), Praga (1348), Cracovia (1364), Viena (1365), Heidelberg (1386) y Colonia (1388).

La universidad es, por tanto, la cuna de la nueva difusión del Derecho romano. Este estaba vigente, pero no era aplicado sino en áreas circunscritas y de modos simplificados. El Imperio por un lado, y por otro la *ratio*/racionalidad, de la cual se presentaba como la mejor expresión, le otorgaban la capacidad de volver a imponerse. Los juristas, con la preparación científica del Derecho romano aprendido

⁶² L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milán, 1967; K. LUIG, *Principi giuridici non codificati in un diritto codificato*, en *Rivista Roma e America. Diritto Romano Comune* 8, 1999, 21ss.

en las universidades, lo llevaron a los diversos países europeos, lo sobrepusieron, combinaron y sustituyeron a los ordenamientos pre-existentes. Por ejemplo, en Alemania este fenómeno se presentó con evidencia en el *Reichskammergericht*/Tribunal Imperial (fundado en Spira en 1495). Según el reglamento de éste, los jueces eran mitad nobles y mitad juristas, pero se tornó evidente que los juristas, provenientes de las universidades, superaban a los nobles en la labor de analizar y resolver las cuestiones. La consecuencia fue que los nobles se vieron obligados a estudiar el Derecho, si querían cumplir bien su trabajo. Es, por tanto, la profesionalidad y competencia armada de *rationes*/principios, *regulae*/reglas, *casus*/ejemplos, *definitiones*/definiciones, etc., de los argumentos y lógicas verificables del Derecho romano, la que prevalece sobre quien no tiene ese profesionalismo y competencia. Es ésta la que conduce a la aplicación de aquel cuerpo de Derecho complejo, construido para los hombres, en su dimensión unitariamente jurídico-ético-religiosa. En la universidad, este Derecho no sólo se estaba enseñando, sino también desarrollando, para resolver nuevas cuestiones, hacer prevalecer ciertos principios respecto de otros, modificando así todo el sistema desde el interior lenta, pero poderosamente. Los juristas son la voz de un derecho vivo. El Cuerpo del Derecho Civil de Justiniano, la combinación de leyes y de ciencia jurídica que están a la base del sistema garantizan el método romano de solución de controversias, poniendo cortapisas al riesgo del arbitrio de los magistrados, porque a la vez que ofrece un cuadro permanente y vivo que fija límites al arbitrio individual, al subjetivismo, a la presión de los intereses de los más fuertes permite desarrollar un Derecho dentro del cual gestionar aquella concordia discordante que la nueva sociedad postmedieval pide y que desembocará en los Códigos y en las Constituciones de la edad de las grandes revoluciones.

La universidad es el centro desde el cual se irradia esta profesión, que desde la ciencia en ella aprendida lleva el derecho romano a la sociedad. Bolonia ha producido la universidad, y lo ha hecho en torno al estudio del Derecho. Ha dado al estudio del Derecho aquellos referentes institucionales que se han difundido en Europa y luego en América Latina, aquellos núcleos institucionalizados y autónomos, en los cuales, ciertamente, el Derecho no se aparta ni se agota. La autonomía de la Universidad es adecuada a la lógica de la ciencia en todos los campos del saber. Sin embargo, para el Derecho ella expresa la lógica de esta ciencia que no permanece confinada al ámbito universitario, sino que desde allí se expande, penetrando tanto en las profesiones forenses como en las actividades administrativas. La autonomía no es separación, sino expresión de la especificidad del modo de producir el

Derecho a través de una ciencia y a través de su debate interno anclado en la profundización y desarrollo de los principios destinados principalmente a los hombres, con las implicancias arriba indicadas, y fijados en aquellos Códigos de Justiniano.

B. LOS CÓDIGOS CONTEMPORÁNEOS Y LA CIENCIA JURÍDICA.

La copresencia de ley y juristas como fuentes del Derecho no desaparece con la codificación contemporánea, si bien en su realización convergen perspectivas divergentes⁶³.

La edad de las grandes revoluciones que conmueven el sistema jurídico romanístico y lo hacen superar el universalismo cerrado medieval, llevándolo a confrontarse con la actual así llamada globalización, se inicia con los grandes descubrimientos geográficos, desde el descubrimiento de lo que fue llamado el Nuevo Mundo a la circunnavegación del globo, y culmina con las revoluciones políticas y sociales, desde la francesa a la independencia de la América Latina, a la Soviética, a la de la China Popular, y con el proceso de codificación y constitucionalización, proceso en el cual la ciencia jurídica es necesariamente autora primordial de los Códigos que ella elabora según el modelo de Justiniano de confluencia de las dos grandes fuentes del derecho del sistema: ciencia jurídica y leyes. El largo proceso está en camino (Cuba, que había recepcionado el Código Español de 1889, ha hecho uno propio en 1987; Brasil ha aprobado un nuevo Código este año [2003] y China lo está elaborando).

Sin embargo, en los Estados de Europa occidental, a finales del ochocientos, la doctrina estatal-legalista había pasado a ser hegemónica. Aunque tiene raíces más antiguas y se desarrolla como una desviación al interior del sistema, sostiene el monopolio por parte del Estado nacional (esto es, en base cultural étnica) de la producción del Derecho, y negando, por tanto, la existencia autónoma de otras fuentes de Derecho, y, en primer lugar, de la ciencia jurídica. Esta doctrina ha presentado una concepción de los Códigos como expresión exclusivamente del poder legislativo y, por lo tanto, como objetos preconstituidos y externos respecto al trabajo del jurista. Este se convierte en una técnica de simple búsqueda de cuanto está prescrito en los Códigos y en las otras normativas del ordenamiento del Estado. Quedan excluidos los objetivos de la justicia y del Derecho, según la concepción

⁶³ S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune* cit.

romana ya recordada, que formaban parte de tal trabajo, y que ahora, o son reservados a las decisiones del Estado o son dejados de lado (pensemos en el Estado ético o en el aislamiento del Derecho respecto de la moral). Esta doctrina realiza también una interpretación unilateral del *Corpus Iuris*, como si se tratara también sólo de una ley (la complejidad de la posición de Justiniano y de sus colaboradores por otro lado no está exenta de contradicciones).

Este punto debe ser inmediatamente clarificado. Los Códigos contemporáneos no fueron concebidos, sino que sólo sucesivamente se han convertido en un instrumento y un símbolo de los Estados nacionales modernos, y hechos propios como banderas e himnos nacionales. En ellos confluyen proyectos diversos, pero han sido producidos sobre la base del Derecho romano común, no con la finalidad de apropiarse de la producción del Derecho por parte de este o aquel Estado nacional, sino para lograr objetivos mucho más generales en la vida del sistema, esto es, para concluir la era de la concurrencia entre instituciones jurídicas medievales y Derecho romano común, con la cancelación de los últimos residuos de las instituciones jurídicas medievales (cancelación realizada por vía revolucionaria y vertida en el Código Francés de 1804, o por la vía del absolutismo iluminado, como en el Imperio Austro-Húngaro, vertida en el Código de 1811) y, asimismo, para eliminar el particularismo jurídico, unificando el Derecho a aplicar; o para afirmar la adquisición independiente del sistema del Derecho romano, a través de una propia reelaboración científica y una autónoma aprobación legislativa, por parte de países en los cuales se quería renovar el fundamento de la recepción o iniciarla (los Códigos de la América Latina, para una Roma Americana; quizás también el Código del Japón o el que está actualmente en gestación en China). Estos Códigos no son sólo producidos por juristas y sancionados por el legislador, sino que presuponen el trabajo del jurista como fuente del sistema del Derecho romano común, del cual siguen siendo parte, en el cual se alimenta la interpretación e integración, a menudo a través de la referencia a los Principios Generales del Derecho, y frecuentemente con una viva intervención de los estudios universitarios: por ejemplo, en Francia; en América Latina (me refiero al modelo de Universidad de Andrés Bello, en cuyo centro está el jurista); en Alemania, el Código Alemán del 1900 es la más directa expresión de la ciencia jurídica pandectística crecida en la universidad alemana del ochocientos (las dos obras de Savigny: *el Sistema del Derecho romano actual*, y *la Historia del Derecho romano en el Medio Evo* son las bases programáticas de ello, aunque Savigny se había opuesto a la codificación al inicio de ese siglo).

El trabajo del jurista en esta época ha perfeccionado de modo particular la unificación de la consideración jurídica básica de la persona (proceso que ha sido también designado como la unificación del sujeto de derecho) y, en general, una investigación más profunda de los Principios Generales del Derecho⁶⁴. Estos son puntos de referencia común que maduran en el examen crítico de la base unitaria del *Corpus Iuris* y de sus desarrollos, no para un recuento estadístico de cuantas opiniones u ordenamientos convergen sobre cada uno, sino a través de la controversia y de la discusión científica constante de la solución mejor en relación a los hombres para los cuales el derecho es puesto y con referencia a los cuales ha venido madurando la referida consideración unitaria. Los principios, enraizados en el *Corpus Iuris*, verdadera articulada constitución y codificación que está en la base del sistema, concurren a dar forma a los diversos ordenamientos y orientan el sistema mismo en su crecimiento.

Al mismo tiempo, debe tenerse presente que el proyecto de construcción del Estado moderno, al conjugarse con el nacionalismo, también jurídico, ha producido la referida doctrina legalista-estatal, que se ha convertido en hegemónica en la segunda mitad del ochocientos, sobre todo en Europa occidental. Una parte mayoritaria de la ciencia jurídica ha, contradictoriamente, adherido a esta tendencia, preocupada de producir la uniformidad jurídica en los Estados nacionales y el respeto del Derecho por parte de los mismos. Vértice conceptual de la pretensión de nacionalizar el Derecho y de constreñir el trabajo del jurista, ha sido la transformación de los Principios Generales del Derecho en Principios Generales del ordenamiento jurídico del Estado realizada con el Cc.it./1942, con una clausura del ordenamiento del Estado sobre sí mismo. Grave ha sido el tributo pagado por el jurista al estatal-legalismo, porque este reduce su rol al de técnico, privado de responsabilidad, y no ofrece fundamento para una crítica autónoma al Derecho del Estado por parte del jurista como tal, que se funde sobre los principios del sistema jurídico mismo, y vaya contra las históricamente verificadas, aberraciones de la omnipotencia del legislador estatal⁶⁵. Además, el estatal-legalismo, al negar a los juristas el rol

⁶⁴ CcCerdeña/1838 art. 15; CcItalia/1865, art. 15; CcEspaña/1889, art. 6 y Ley/1974 art. 1.4; CcPerú/1852, art. 9 Título preliminar (igual en los Cc. 1936 y 1984); CcUruguay/1868, art. 16 (igual en los CcArgentina/1869, art. 16; CcMéxico Distrito Federal/1870, art. 20 (igual en los Cc. 1884 y 1928); CcBrasil/1917, art. 7; CcVenezuela/1916, art. 4 (igual en los Cc. 1922 y 1942); CcParaguay/1985, art. 6, etc.; Ley de la China sobre los Principios Generales.

⁶⁵ Como italiano, no puedo olvidar la vergüenza de nuestro Código Civil de 1942, que en el art. 1 preveía "limitaciones a la capacidad jurídica derivadas de la pertenencia a determinadas razas".

de participar en la producción del Derecho, no ofrece ni siquiera un fundamento adecuado para el control crítico del desarrollo del ordenamiento que, a pesar de todo, igualmente se da de hecho por obra de los juristas. Por otra parte, negando el rol de los juristas, se rigidizan los Códigos y el entero ordenamiento legal, y se acentúa la necesidad de elaboración de leyes hasta la inflación legalista, mientras los juristas se limitan a reunirlos.

Como he dicho, el legalismo-estatal ha sido utilizado en modo contradictorio, y la ciencia del sistema jurídico romanístico ha conservado, en parte, su característica de ciencia supranacional, comunicante en el sistema, y ahora se repropone sobre el horizonte de la actualidad aquel Derecho romano común del cual el jurista es un centro autónomo de elaboración, esto es, a través del resurgimiento de los principios comunes que son a la vez resultado y fundamento de su trabajo.

Deseo aquí recordar que cincuenta años atrás, en 1951, en Argentina, en Córdoba y en Buenos Aires, Filippo Vassalli, que había sido el coordinador de los trabajos del Cc.it./1942 en su fase conclusiva, ofreció dos conferencias que han sido luego publicadas en Italia, con el título de "Extra estatalidad del Derecho civil" y "Examen de conciencia de un jurista europeo". Quisiera volver a leer algunas de sus palabras: "La [codificación] no fue, al principio, obra diversa de la realizada por siglos por los mismos jurisconsultos: por el contenido los trabajos de Cocceio, de Pothier o de Domat no difieren del *Code Civil*, del Código Civil General Austríaco o del *Landrecht* Prusiano. [...] Apropiándose el Estado con las codificaciones oficiales de la disciplina de las relaciones de Derecho Civil, la legislación estatal ha podido operar libremente sobre ellas. ¿Con qué efectos? [...] Lo que se quiere destacar es que la íntima relación del Derecho Civil con la Constitución de los Estados y con la política de los mismos, ha condicionado la vida de los individuos, visiblemente, a la vida y al funcionamiento de los Estados; lo que no es tanto afirmación del principio de la superioridad de los fines públicos sobre los individuales, sino reivindicación de guía y control de la vida de ellos en todos los sentidos. El Derecho de elaboración estatal más fundadamente está sujeto al hecho de ser instrumento de una clase dominante [...] La defensa de la libertad está en la existencia de reglas sustraídas, en cuanto sea posible, al arbitrio del poder político. [...] Hace falta recordar, entre tanto fervor por la unidad europea, cómo la unidad de Europa se ha históricamente realizado sólo en el campo del Derecho civil. Que en la conciencia de los pueblos civiles la estatalidad del Derecho esté para ser tarde o temprano superada, deja entrever diversas señales que el

jurista debe apreciar, en cuanto anticipaciones de la orientación de la conciencia jurídica [...]»⁶⁶.

Precisamente en Europa occidental, venido a menos el nacionalismo jurídico, se redescubre la dimensión común de los principios que emanan precisamente de los Códigos de Justiniano y de sus desarrollos posteriores, y de una serie de reglas que son propuestas como punto común de referencia para un posible Código Común Europeo en algunos sectores del Derecho, como, por ejemplo, el de los contratos⁶⁷. Los principios comunes se proyectan también sobre las relaciones entre nuestro sistema y los otros conjuntos de experiencias jurídicas, comunicando la lógica que se filtra a través de la ciencia y asimila aportes diversos en un Derecho común, que brota precisamente, como había recordado para su tiempo Catón, de la contribución de muchos. Los Principios Generales del Derecho, por otro lado, son un punto de referencia en el Derecho internacional y transnacional (pensamos en la referencia de estos en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, art. 38,1,c), y pueden ayudarnos a regular el nuevo gran flujo de actividades económicas, de relaciones de personas que en estos ámbitos se vienen desarrollando en el difícil contexto de la así llamada globalización, y a descubrir los eventuales mecanismos que resultan inadecuados (pensamos en materia de los contratos, en el principio del consentimiento y en su gran fuerza y debilidad, que en los textos romanos se integra con el principio de la buena fe objetiva y de la bilateralidad de las prestaciones, una causa y medida de la otra⁶⁸; o pensamos en la prohibición de intereses usurarios y en el

⁶⁶ F. VASSALLI, *Studi giuridici*, III, 2, Milán, 1960, 753 ss.; 765 ss. (particularmente 757-761). Es importante que precisamente este autor, en contraste con la formulación del art. 12 Disp. prel. Cc.it./1942 cit., escriba también: "Pero es cierto que, a través de las fórmulas de los Códigos, que invocan los principios generales del derecho [...] se afirma la validez de principios de derecho que franquean los límites de una determinada legislación positiva". (F. VASSALLI, *Studi giuridici* cit., 769 ss.). Un histórico del derecho contemporáneo, no ciertamente amigo del Derecho romano, ha reconocido en esto las raíces de estas concepciones, observando que "Vassalli está inserto en el gran hilo de la tradición romanística, sin embargo, al contrario de su maestro Scialoja, en la familiaridad del Derecho romano adquiere una visión pluralista del ordenamiento" (P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, Milán, 2000, 285), y es clara la formación romanística de Vassalli mismo.

⁶⁷ F. VASSALLI, *Studi giuridici* cit., 772 s., observaba: "Otra tarea tenemos, bastante alta, sugestiva, en la cual se trabaja desde muchos años [...] la así llamada unificación del derecho. [...] El mayor y más concluyente instrumento de la unificación es precisamente la obra lenta y delicada que cumplen los juristas: es la doctrina jurídica que, trabajando en los distintos países, aunque sobre textos de leyes diversas, realiza un trabajo cotidiano de acercamiento, desde el cual la unificación será cosechada un día como un fruto maduro". Cfr. también mi, *La codificazione del diritto romano comune* cit., 170.

⁶⁸ S. SCHIPANI, *I Principi di Unidroit e il diritto romano (alcune annotazioni su favor debitoris e asimmetrie del commercio internazionale)*, en *Studi in onore di P. Rescigno*

carácter de ofensa a la persona que su inobservancia puede asumir, etc., y confrontemos estos datos con los mecanismos de la deuda internacional de los países en vías de desarrollo⁶⁹).

También en el marco de la recodificación contemporánea, si bien con luces y sombras, el jurista del sistema jurídico romanístico aparece en línea de continuidad con el sistema de las fuentes propias del Derecho romano: la suya no es una libre creación del Derecho; es una científica elaboración con la cual hace progresar y mejora constantemente el Derecho, sobre la base de la referencia fundante a los hombres, a los pueblos concretos y a la comunidad de los juristas que, en la discusión y en la autónoma confrontación, discierne las propuestas que son extraídas desde el patrimonio de los principios, en la común búsqueda del bien común. Esta elaboración se coloca al lado de la ley, la asume, la engloba.

V. CONCLUSIONES: OBSERVACIONES SOBRE LA FORMACIÓN DEL JURISTA

El sistema del Derecho romano ha consagrado a los juristas expertos que sobre su ciencia fundan el Derecho y cotidianamente lo mejoran en función de los hombres, en armonía con la naturaleza y la divinidad, como un principio de producción del Derecho paralelo al del pueblo legislador y con un fundamento diverso: la autoridad respecto de la potestad. Al término de su fase de formación, el sistema ha unido juristas y legislador, y los dos principios sobre la base a los cuales es elaborado el Derecho en los Códigos de Justiniano. Del mismo modo viene también confiado a los juristas el poder de gestionar y ejecutar el Derecho mismo, aplicarlo observando las leyes, pero siempre con la permanente obligación de mejorar cotidianamente el Derecho, por medio del ejercicio de su ciencia de jurista.

El desarrollo sucesivo del sistema ha incluido este rol de los juristas, a partir del núcleo central de la elaboración de aquella pericia, de

I, Milán, 1998, 753 ss.; S. SCHIPANI, *La nuova legge cinese in materia di contratti e il diritto romano come base di essa e della comunicazione con i codici del sistema romanistico*, en *Rivista Roma e America. Diritto Romano Comune* 8, 1999, 225 ss.

⁶⁹ La ley italiana Nº 209 aprobada el 28/7/2000 por unanimidad, relativa a "Medidas para la reducción de la deuda externa de los países de más baja renta y mayormente endeudados", bajo la presión de un movimiento de juristas, prevé en el art. 7: "El Gobierno, en el ámbito de las instituciones internacionales competentes, propone el inicio de los procedimientos necesarios para la petición de opiniones a la Corte Internacional de Justicia sobre la coherencia entre las reglas internacionales que regulan la deuda externa de los países en vía de desarrollo y el marco de los principios generales del derecho y de los derechos del hombre y de los pueblos".

aquella ciencia que resulta fomentada a partir de los Códigos de Justiniano y de la cual las universidades con su autonomía pasan a ser una sede institucionalizada. Con esta ciencia, y sobre la base de dichos Códigos, se expande una ulterior producción de Derecho, y también una labor más refinada de aplicación. Los Códigos contemporáneos no contradicen este rol. Sí la contradice en parte el Estado nacional moderno de los ochocientos-inicio del novecientos. El desarrollo de la democracia y de la supremacía del pueblo sobre el Estado, a cuyo servicio deben estar las instituciones que deben aplicar el Derecho; el resurgimiento de la dimensión supranacional del Derecho, muestran la necesidad de que el jurista sea un colaborador del legislador, dentro de su específica responsabilidad.

Nuestro sistema no vive sin juristas, ni sin que éstos tengan una fuerte preparación científica. Los juristas no constituyen un aparato. La universidad, con su autonomía, es un punto de referencia esencial para ellos.

Diez años atrás, en Maastricht, Holanda, la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Limburg organizó un Congreso sobre el tema: "El Derecho común de Europa y el futuro de la formación de los juristas", y se discutió la posibilidad de adoptar un *curriculum* unificado, que prescindiera de los Derechos nacionales, y se fundara en una comparación que pusiera de relieve los orígenes comunes y los principios sobre los que se fundan. Esta perspectiva tiende a formar un jurista con una fuerte preparación histórico-dogmática unitaria, que puede luego encontrar trabajo en toda Europa⁷⁰.

Este año [2003], en Italia, sigue abierto el debate entre dos hipótesis de organización del *curriculum* para los estudios jurídicos: por una parte, se sostiene la conservación del actual ciclo unitario (de 4 años); por el otro, se sustenta una reforma que divide el ciclo en dos: uno de 3 años, luego de los cuales se debe poder tener un título habilitante en el mercado del trabajo, y más tarde otros 2 años para las profesiones forenses (3+2). Quienes, como mi Facultad, sostienen el ciclo unitario de 4 años ponen de relieve que para el jurista es necesario un ciclo altamente formativo, porque, sea como abogado, juez, notario, docente o directivo de los aparatos públicos o privados constituye parte esencial de nuestro ordenamiento jurídico, concurre de modo determinante a asegurar en el conjunto de las leyes una esforzada coherencia y una permanente adaptación a la variedad y al cambio cotidiano de las situaciones, orientándolas sobre la base de principios

⁷⁰ B. DE WITTE-C. FORDER (ed.), *The Common Law of Europe and the Future of Legal Education*, Deventer, 1992.

comunes, arraigados y articulados. La preparación del jurista debe ser, por tanto, fuertemente institucional y metodológica, incluyendo en ese marco a la vez un bagaje de datos normativos y un aprendizaje de las vías para la profundización, la reflexión crítica y la especialización. Tal preparación no resulta comprimible en un trienio, ni aparece didácticamente posible dividirla en un trienio más un bienio, sobre todo, si el primer trienio debe estar orientado a la inmediata utilización profesional. Han compartido esta opinión los responsables de las profesiones forenses. Existe la convicción de que se coloca en crisis un núcleo formativo común, que hoy es más que nunca necesario frente a los acelerados cambios y a las exigencias de la integración europea. Por otra parte, se sostiene que hay además muchas profesiones menores que tienen necesidad de una cierta preparación jurídica, aunque sea incompleta. A esta posición se responde que tales preparaciones pueden ser dadas con cursos colaterales pero no dividiendo el ciclo formativo del jurista. Por otro lado, esto se conecta también con el tipo de preparación que tiene el joven que ingresa a la universidad.

Estas dos referencias concretas me sirven para destacar cómo existe un núcleo común de pensamiento que en el Congreso desarrollado en Holanda encuentra su más clara expresión, mientras en el debate italiano encuentra divergencias que no toman en cuenta los objetivos. Es esencial saber que el tipo de profesional que se debe preparar ha de colaborar en el rol fundamental de la continua edificación del sistema que éste por sí mismo requiere. Por esta razón me he concentrado sobre él. La articulación de algunas de nuestras sociedades hoy puede demandar también otras formas de profesionalidad; pero, para el jurista, resulta esencial asegurarle la formación científica de un experto que, con el conocimiento y la responsabilidad de tal, participe en la gestión de la cosa pública, en la búsqueda de la verdad y de las leyes, para mejorar constantemente el Derecho.