

¿Subsisten los principios del Código Civil de Bello?

Hugo Rosende Alvarez

Director Departamento de Derecho Privado

Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

A. Introducción

1. Los jóvenes de hoy son el fruto de la generación de los años sesenta, la cual fue criada bajo las tensiones de la guerra fría que amenazaba con una conflagración mundial devastadora por el uso de armas nucleares. Coetáneamente, esa época se caracterizó por el desarrollo explosivo de las ideologías y de los cambios estructurales de la sociedad o derechamente con la ruptura de lo establecido. Fueron manifestaciones de ello la revolución cultural de Mao en China; la revolución estudiantil en París; el movimiento hippie en Estados Unidos como reacción a la guerra de Vietnam; los movimientos subversivos en Latinoamérica a consecuencia de la revolución cubana liderada por Fidel Castro; los efectos extremos del Concilio Vaticano II de la Iglesia Católica y las corrientes disgregadoras que de él nacieron, que bajo el pretexto de seguir la opción preferencial por los pobres, introdujo la teología de la liberación con ingredientes marxistas hasta llegar al extremo de abrazar las armas de la guerrilla; la liberación sexual de la mujer y el consumo habitual y creciente de drogas alucinógenas y otros alcaloides, todos los cuales contribuyeron a un cambio cultural en la época.

Aquellos jóvenes, hoy convertidos en padres y madres, transmitieron a sus hijos los valores y antivalores vividos por ellos, y de esta manera, consciente o inconscientemente, alentaron y alientan, por sí o a través de su descendencia, un cambio cultural en la sociedad actual.

2. A fines de los años ochenta, el crecimiento de nuestra economía, abierta al mundo (la "aldea global"), permitió a la población el acceso vertiginoso y casi sin límites a la información, recibéndola sin censura ni discriminaciones conforme la presentaban otras realidades y concepciones, muchas de ellas opuestas a la nuestra. Las telecomunicaciones permitieron expandir el cambio cultural, que en germen venía de los años sesenta, a prácticamente todos los habitantes. Simultáneamente acaecen dos factores coadyuvantes: la caída del muro de Berlín, que simboliza el término de

la guerra fría entre las superpotencias, y el fin del gobierno militar y la vuelta a la democracia liberal. El primer factor hizo desaparecer las tensiones de una conflagración mundial; y el segundo, permitió una suerte de destape, similar al ocurrido en España después de Franco. La Iglesia chilena, centrada en la defensa de los derechos humanos durante el régimen militar, se vio obligada por las circunstancias a desplazar su atención a los temas valóricos, viéndose entonces abandonada por aquellos que buscaron su amparo en la defensa de los derechos humanos.

A su turno, el liberalismo en lo económico se extendió a los valores, con un acentuado cultivo del placer, del relativismo moral –apoyado en la tolerancia y el respeto de la diversidad– y el permisivismo.¹ De ello se ha seguido que la libertad no aparezca acompañada de la responsabilidad personal, desde que se proclaman los derechos y se silencian los deberes.

3. Con el regreso de la democracia representativa, se efectuaron cambios drásticos a la Constitución Política de 1980, cuyas reformas fundamentales tuvieron por objeto dar fuerza obligatoria a los tratados sobre derechos humanos, cuyo horizonte fue, entre otros, efectuar cambios drásticos en la familia, y dar cabida amplia al pluralismo.

En cuanto a los tratados sobre derechos humanos, se pretendió darles un valor por encima de la Constitución y al no lograrse este propósito, se modificó la legislación interna con alcances que no tienen esas convenciones internacionales. Así, no resulta extraño que descendiera el número de matrimonios celebrados desde 1990 hasta la fecha, cuyos índices reflejan un decrecimiento de un 50% aproximadamente, a la par que descendieran los índices de natalidad, provocando el envejecimiento de la población.

La falta de compromiso de las parejas para fundar familias estables y el temor de procrear una familia numerosa; la dedicación de hombres y mujeres a la vida laboral, muchas veces con horarios extensos y extenuantes; hacen que los hijos sean mirados como un estorbo o, en su caso, creen sentimientos de culpa, especialmente entre las mujeres, por no poder dedicar el tiempo suficiente al cuidado personal de los niños.

4. La marcada influencia del pensamiento liberal (en el cual se refugian sectores ideológicos que en el pasado recibieron el apodo de progresistas) en los foros internacionales, como aconteció en las conferencias de El Cairo

¹ Son expresiones de este estado de cosas la desnaturalización del escudo patrio; el financiamiento estatal de una obra teatral que desfigura groseramente al héroe naval, don Arturo Prat Chacón; de aquella escultura del órgano sexual masculino que se instaló en la ciudad de Machalí; o los desnudos colectivos en el Parque Forestal, etc.

o Beijing II, va paulatinamente concretándose en tratados de derechos humanos que luego pasan a insertarse en la legislación interna. En verdad, por su actitud, las autoridades de gobierno lejos de luchar por la defensa de nuestra idiosincrasia se pliegan a esos nuevos enfoques. Las políticas públicas de educación sexual de los jóvenes a través de las JOCAS o del uso de preservativos o de la denominada píldora del día después, disimulada esta última para ser repartida en casos de violación, muestran una orientación que no se ajusta a lo dispuesto en las Bases de la Institucionalidad. Éstas exigen del Estado políticas destinadas a la protección de la familia, del fomento de sus fines propios y al desarrollo espiritual y material de sus integrantes. Y estos deberes no son cumplidos dentro del espíritu de la Carta Política que nos rige.

5. Tal vez haga falta todavía el transcurso de un tiempo para que el péndulo de la posmodernidad alcance su máxima oscilación en la línea del permisivismo, hasta que sus deplorables consecuencias, como el Sida, el descenso de las tasas de natalidad y otros, marquen la necesidad de volver al sitio en que se fomente el desarrollo de la familia. Se echa de menos en la actualidad el regreso a la sabiduría que caracterizó al autor del Código Civil, tomando en cuenta los valores permanentes de la sociedad y no las modas o costumbres transitorias.

B. Los principios del Código Civil y su evolución en las sucesivas reformas legales

Don Pedro Lira Urquieta,² hace casi cincuenta años, recordaba los principios en los cuales se inspiró don Andrés Bello en la redacción del Código Civil nuestro, los cuales se sintetizan en los siguientes: la omnipotencia de la ley, la igualdad de los habitantes ante la ley, la constitución cristiana de la familia y su protección, el reconocimiento y amparo del derecho de propiedad, y la libertad de contratar.

Las sucesivas reformas introducidas al Código de Bello exigen preguntarse si subsisten los principios que informaron la redacción de ese cuerpo de leyes, para lo cual revisaremos la vigencia de tales principios.

1. La omnipotencia de la ley

a) El profesor Lira Urquieta, a quien seguiremos en esta materia de los principios, señalaba que el Código Civil rinde culto fervoroso a la ley, a la

² Lira Urquieta, Pedro, *El Código Civil chileno y su época*, págs. 58 a 73. Editorial Jurídica de Chile. 1956.

cual deberán dar aplicación los jueces, los funcionarios la harán cumplir y los ciudadanos habrán de obedecer. El rigor y la pena caerán sobre las personas que la violan o la dejan incumplida.

En la omnipotencia y el culto de la ley se fundamentó el sistema portaliano, cuya perfección se alcanzó bajo el gobierno de Montt y de Varas.

Acorde con lo expuesto, se le restó valor a la costumbre, salvo que la ley se remita a ella. Y el codificador privó de discrecionalidad a los jueces para interpretar la ley, como aparece claramente de las normas que se ocupan de la hermenéutica judicial. Como si ello no bastara, el Código señala que sólo toca al legislador explicar e interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio y las sentencias judiciales no tienen fuerza vinculante sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren.

La norma de interpretación que permite al juez invocar en última instancia "al espíritu general de la legislación y a la equidad natural" está dada para fallar un asunto cuando existan pasajes oscuros o contradictorios de las leyes, mas no para sentar doctrina en ausencia de la ley. Los Tribunales Superiores de Justicia sólo están autorizados para hacer notar al Presidente de la República las dudas y dificultades que les hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes, y de los vacíos que observen en ellas, pero no pueden dictar normas obligatorias en silencio de la ley.

b) La supremacía constitucional y su influencia en las normas de rango inferior,³ unida a los controles de constitucionalidad de las leyes, a priori o a posteriori, así como la aplicación en el derecho interno de diversos tratados sobre derechos humanos ratificados por Chile,⁴ han hecho decaer el principio de la omnipotencia de las leyes.

³ Domínguez Águila, Ramón, "La Constitucionalización del Derecho", en *20 años de la Constitución Chilena 1981-2001*, págs. 37 y ss., Universidad Finis Terrae, Facultad de Derecho, ConoSur Ltda., año 2001; y "Aspectos de la Constitucionalización del Derecho Civil chileno", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 93, primera parte, págs. 107 y ss., año 1996. El autor explica que entiende por Constitucionalización del Derecho, por una parte, la recepción en la norma fundamental del Estado de Derecho y principios provenientes de las diversas divisiones en que tradicionalmente se separa el Derecho, para dotarlos de la protección que entrega esa norma fundamental y, por la otra, la obligatoriedad directa de las normas y principios así recogidos, para todos los órganos del Estado, incluso sus tribunales, como también para los particulares.

Rodríguez Grez, Pablo, *Teoría de la Interpretación Jurídica*, pág. 100, Colección Manuales Jurídicos N° 99, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, año 1990. Este tratadista, siguiendo el modelo kelseniano, señala en la fase sustancial de la interpretación, a propósito del criterio de la coherencia lógica o genética, que el ordenamiento jurídico tiene dos características primordiales: es, por una parte, jerarquizado, donde la norma constitucional es la más abstracta y de mayor poder vinculante, debiendo todas las demás normas subordinarse a su contenido; y por otra parte, el valor jurídico (obligatoriedad) es derivado, lo que significa que la norma obliga

A su turno, el principio de la inexcusabilidad elevado en la actualidad al rango de norma constitucional, permite y ordena a los jueces fallar el asunto sometido a su decisión aunque no exista ley que resuelva el conflicto.⁵

c) La interpretación de la ley ha evolucionado grandemente, distanciándose cada vez más de la escuela de la exégesis,⁶ para adentrarse en criterios

en tanto arranca su validez de otra norma de mayor jerarquía. El criterio de coherencia lógica o genética asegura la primacía de la norma constitucional y, simultáneamente, la validez de la norma en la cual se afinca la derivada.

Rodríguez Grez, Pablo, *El Derecho como Creación Colectiva*, págs. 18 y 88, Universidad del Desarrollo, Ediciones Jurídicas, año 1999. El autor explica que la norma superior cumple su función desde un doble punto de vista: determina el contenido material de la norma inferior (lo cual equivale a desarrollar los principios que se contienen en ella), y fija el procedimiento por medio del cual la norma inferior se integra al ordenamiento jurídico. En otros términos, la norma superior condiciona la validez material y la validez formal de la norma inferior (pág. 18). Más adelante, graficando el sistema jurídico como una pirámide invertida, coloca como la norma de mayor jerarquía a la Constitución y en escala decreciente a las leyes y los reglamentos.

Rodríguez Grez, Pablo, *Estructura Funcional del Derecho*, págs. 23 y 132, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, año 2001. Afirma que concibe el ordenamiento jurídico como un sistema de normas jerarquizadas, interdependientes, entrelazadas, autogeneradas, condicionadas las unas por las otras, en el cual se describen las conductas sociales prohibidas, permitidas, ordenadas, estimuladas, desalentadas o reglamentadas en subsidio de la voluntad de los afectados (pág. 23). Luego, refiriéndose a que el valor jurídico es derivado, señala que ello significa que la norma inferior debe construirse siempre incorporando a ella los elementos esenciales contenidos en la norma superior, puesto que de otro modo queda marginada del sistema (pág. 132).

⁴ Revista *Actualidad Jurídica* N° 6, "La jerarquía de los tratados sobre derechos humanos frente a la Constitución y la soberanía", págs. 75 a 160, Universidad del Desarrollo, julio 2002.

⁵ Artículos 73 de la Constitución Política de la República; 10 del Código Orgánico de Tribunales; y 170 N°5 del Código de Procedimiento Civil.

⁶ Fueyo Laneri, Fernando, *Interpretación y Juez*, págs.10, 30, 31, 85, 86, 161 a 165, Universidad de Chile y Centro de Estudios "RATIO IURIS", Santiago de Chile, año 1976. El profesor Fueyo aborda el tema de la interpretación señalando que "el problema está en el método", a partir del cual examina la escuela francesa de la exégesis, la escuela científica francesa o de la libre investigación científica del derecho, y el método de derecho libre, o de la libre jurisprudencia, o movimiento de emancipación del juez (pág.10). Más adelante este autor expresa su adhesión a la función creadora del juez, al fijar los hechos con bastante libertad, y luego al dar actualización a la norma positiva, o al integrarla de los muchos modos posibles. En todo caso, descarta que la función del juez sea meramente declarativa de la voluntad del legislador y que se valga únicamente de la lógica formal. (págs. 30 y 31). Por lo mismo, critica la formación de nuestros jueces en la escuela francesa de la exégesis (pág. 85) y destaca cómo esos mismos jueces han creado Derecho Judicial: en la resarcibilidad del daño moral; el respeto al valor adquisitivo en las deudas de dinero; las soluciones patrimoniales dadas en la terminación del concubinato; al recurrir a la fuerza psíquica irresistible para beneficiar a un aborígen admitiendo un especial orden público de esa etnia, etc. (págs. 85 y 86). Particularmente reveladoras son sus conclusiones donde discrepa del pensamiento de Bello, basado en un legislador sabio y sobrehumano frente a un juez disminuido y menospreciado (págs.161 a 165).

Ducci Claro, Carlos, *Interpretación Jurídica*, págs.126, 159 y 160, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, año 1977. El profesor Ducci expresa que dos grandes falacias han imperado en nuestra interpretación judicial de la ley. La primera ha sido el respeto al tenor literal de los textos; la segunda, creer que la labor del intérprete tiene como fin reconstruir el mítico pensamiento o voluntad del legislador (pág. 126). Afirma que es el resultado y no el método lo que valida la interpretación. Cualquier método que conduzca a una solución injusta es una mala interpretación (pág. 159). Concluye manifestando que la interpretación no puede violar la ley, porque sería injusta; pero no puede tampoco desconocer la equidad, porque sería inicua (pág. 160).

formales y sustantivos para su inteligencia,⁷ hasta alcanzar ribetes del derecho anglosajón, según el cual la ley es aquello que dice el juez.⁸

El alcance que la doctrina y la jurisprudencia dan al daño moral en la responsabilidad contractual es una muestra palpable de cómo los intérpretes se desligan de las ataduras del método interpretativo de las leyes tratado en el Título Preliminar del Código Civil.⁹ Lo propio sucede en el significado que se da a la culpa

⁷ Rodríguez Grez, Pablo, *Teoría de la Interpretación Jurídica*, págs. 71 y ss., 80 y ss., 83 y ss., 97 y ss., 125 y ss. y 137 y ss., Colección Manuales Jurídicos N° 99, primera edición, año 1990. El profesor Rodríguez distingue dos fases en el proceso interpretativo: la fase formal y la fase sustancial. La primera consiste en fijar el sentido (significado) de la norma, en cuya primera subfase atiende al significado de las palabras o descomposición gramatical de la norma; en la segunda subfase, se adentra en los elementos histórico, lógico y sistemático; en la tercera subfase, denominada de conclusión o clausura, recurre a los principios generales de Derecho y a la equidad natural. Concluida la interpretación formal se pasa a la fase sustancial de la interpretación, donde se parte del supuesto de que el ordenamiento jurídico es jerarquizado y el valor jurídico (obligatoriedad) de las normas es derivado, cuya fuerza emana de una norma de mayor jerarquía. Esto se traduce en la aplicación de los criterios de la coherencia lógica o genética; de coherencia axiológica o teleológica; de coherencia orgánica; y en menor grado de coherencia jurisprudencial, en la fase sustancial de la interpretación cuando existe norma fundante. A falta de norma fundante, se aplican los criterios de coherencia en la equidad. La discrecionalidad del juez aparece en la relación de la norma general aplicable o de los principios generales que inspiran el fallo. En la elaboración de la regla particular, el juez combina y organiza discrecionalmente los elementos genéticos y fácticos para la construcción de la regla particular, que es la sentencia. Finalmente, la equidad natural es un sentido intuitivo de la justicia aplicado a un caso o situación concreta, en los casos en que le es permitido al juez prescindir del derecho positivo.

⁸ Cerda Fernández, Carlos, *Juris Dictio*, pág. 274, Editorial Jurídica de Chile, 1992. Este tratadista dice lo siguiente: 4.6 En la riquísima y variada gama de elementos que constituyen la experiencia jurisdiccional –hechos, protagonistas directos de los mismos, proyección de éstos sobre aquéllos, pretensiones jurisdiccionales, actos jurídico-procesales, orden jurídico formal, fuentes meta, extra e infrajurídicas, realidad socio-histórica, consensos y disensos imperantes, personal del juez con toda su aportación subjetiva, e institucionalidad judicial vigente– no encontramos alguno que pueda desplazar a la conciencia personal del juzgador como padrón de referencia de la resolución.

4.7 Se ha insistido en reconocer ese parámetro en la ley. Pero no es así. Es gracias a la capacidad particularizadora y concreta del juicio jurisdiccional, que la generalidad y abstracción del discurso legislativo operan con eficacia en la ordenación de un conflicto singular.

La praxis nos muestra que no es la ley la que nos lleva al caso. Por el contrario, es el problema el que nos indica la normativa. El juicio jurisdiccional no responde a un método deductivista generado en la ley. No podría ser, por cuanto la aporeticidad ínsita al Derecho es antinómica a toda idea de identificación entre el Derecho y la ley.

El Derecho –lo jurídico– apunta a lo justo de un caso concreto. Por consiguiente, no predicamos juez del que aplica las leyes, sino del que dice lo justo, esto es, del que hace derecho.

Cerda Fernández, Carlos, editor de *Razonamiento Judicial*, Cuadernos de análisis jurídico, 5, serie publicaciones especiales, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales y Centro de Desarrollo Jurídico Judicial C.P.U., 1995, escribe en el Capítulo 4, sobre “El juicio jurisdiccional y sus limitaciones normativas a la luz de los artículos 19 a 24 del Código Civil”, págs. 759 a 772. Este autor asevera que el conocimiento jurisdiccional no es epistemológico, porque el conocimiento no se enfrenta a datos ciertos, sino que es de tipo entimemológico, pues se mueve en el ámbito de lo razonable, que es lo propio del conocimiento humanístico.

Afirma que las escuelas exegéticas se mueven en una gnoseología de corte epistemológico. No es de extrañar, entonces, que nuestro Código Civil, atendida la época de su elaboración, consagrara normas sobre interpretación de la ley. Mediante ellas había de asegurar la consecuencia lógica del silogismo analítico, compuesto de una premisa mayor indiscutible: la ley, y de una menor tan cierta como aquélla: el hecho, probado conforme a reglas rigurosas. Se exige fundamentar las decisiones jurisdiccionales, pero sólo echando mano de los argumentos que el legislador autoriza, en este caso, los del párrafo cuarto del título preliminar del Código Civil y únicamente en su estricto orden jerárquico. En opinión del tratadista señor Cerda Fernández, eso es teoría. La jurisdicción –señala– se mueve en una

gnoseología de corte entimemológico, pues opera con una premisa mayor, que no es una regla de derecho necesariamente formalizada, y con una menor, que es fruto de una apreciación en el orden de lo fáctico. En su entender, el juicio jurisdiccional es prototipo del discernimiento de la regla justa aplicable en cada caso concreto y la determinación de lo justo es el antecedente inmediato, directo y necesario de la decisión final, acto de voluntad que constituye la cúspide del razonamiento judicial. Para este autor, las reglas de interpretación de la ley no pueden operar con autonomía en el proceso jurisdiccional y de no habérselas formalizado, estarían normalmente presentes en el razonamiento judicial, puesto que reflejan máximas de experiencia, axiomas, tópicos y principios que son inherentes a la lógica deontológica de la que el derecho y la jurisdicción no pueden sustraerse.

Frente a los cuentistas que suponen la sumisión del juez a la ley positiva y le permiten interpretarla sólo en casos de lagunas, obscuridades o antinomias, les responde que ellas son: ¡falacias! Afirma que la realidad es otra. Los artículos 19 a 24 del Código Civil no son necesarios. Inteligidos en su ordenación textual, son erróneos, porque alteran el orden hermenéutico natural que prefiere el principio del artículo 24 y posterga el del artículo 19 inciso 1º. En todo caso, y por ello mismo, jamás podrán constituir motivo o disculpa para que un juez que se precie de tal deje de hacer justicia.

º Domínguez Hidalgo, Carmen, *El Daño Moral*, Tomo I, págs. 348 y 349, Editorial Jurídica de Chile, año 2000, sostiene que el Código Civil no contiene regulación alguna del daño moral en la responsabilidad contractual. Mas el silencio del legislador no impide su admisibilidad por otras vías, aplicando los principios de integración, de analogía, de que en derecho privado lo que no está prohibido por el legislador debe entenderse permitido.

Rodríguez Grez, Pablo, *Responsabilidad Contractual*, pág. 239, Editorial Jurídica de Chile, año 2003, expresa que la indemnización de perjuicios en materia contractual (no sucede lo mismo en materia extracontractual, porque, como se dijo, en ella impera el principio de reparación total), transforma el daño moral en daño material (como consecuencia de afectar aptitudes y condiciones productivas de la víctima), sobre la base de una ficción, que consiste en dar por establecido que la afectación de los sentimientos más íntimos de una persona influye poderosamente en sus capacidades y aptitudes productivas. De aquí que el daño moral (aceptando esta dimensión) sea un daño virtual, futuro, derivado y propiamente una manifestación específica del lucro cesante.

Tomasello Hart, Leslie, *El daño moral en la Responsabilidad Contractual*, págs. 164 y 165, Editorial Jurídica de Chile, año 1969, señala que la indemnización del daño moral contractual no está reglamentada ni impedida en nuestra legislación. Existe al respecto una laguna legal que hay que llenar, pudiendo recurrirse a la analogía; a darle un mismo tratamiento de actos ilícitos al incumplimiento contractual como a los delitos y cuasidelitos civiles; a dar aplicación al principio general de derecho que todo daño injusto debe ser reparado; y a la equidad natural.

Aedo, Barrera, Cristián, *El daño moral en la responsabilidad contractual y extracontractual*, págs. 454 a 456, Editorial Libromar Ltda., 2001.

Sucintamente este autor manifiesta que el artículo 1556 no niega la reparación del daño moral. La Carta Política dispone que "El Estado está al servicio de la persona humana", lo cual significa la protección de todos los bienes que permiten el desarrollo de la persona en igualdad de condiciones con los demás. Este amparo ha derivado en el reconocimiento constitucional de bienes extrapatrimoniales para las personas, como el honor, la intimidad, la libertad personal, etc. En consecuencia, la responsabilidad aquiliana y la contractual no deben considerarse sólo desde la perspectiva obligacional, sino que han de comprender la esfera extrapatrimonial.

Fueyo Laneri, Fernando, *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*, 2ª edición, pág. 375, Editorial Jurídica de Chile, año 1991. El profesor Fueyo Laneri sostiene que en lugar alguno ha dicho la ley que la indemnización del perjuicio patrimonial libera de la satisfacción de los perjuicios morales. La división de los daños reparables en daño emergente y lucro cesante no excluye la reparación amplia, porque esa división se limita a distinguir entre la actualidad y la futureidad del perjuicio. La ejecución de buena fe de los contratos supone que la obtención de lo legítimamente esperado por los contratantes es sin detrimento de sus bienes patrimoniales y extrapatrimoniales. Concluye que es ilógico y antijurídico que se tutelén cierto tipo de derechos subjetivos y se excluyan otros de manera arbitraria.

Fueyo Laneri, Fernando, *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, págs. 71 a 89, primera edición, Editorial Jurídica de Chile, año 1990.

Fueyo Laneri, Fernando, *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*, págs. 375 a 380, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, año 1991.

Jurisprudencia, R.D.J., t. 48, sec. 1ª, pág. 252; t. 51, sec. 1ª, pág. 74; t. 91, N° 3, sec. 1ª, pág. 100, y Gaceta Jurídica N° 257, noviembre 2001, págs. 39 a 56. Con voto disidente del ministro señor Jorge Rodríguez Ariztía.

en la responsabilidad aquiliana, donde al cuidado ordinario que la ley exige, la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria lo extienden a toda clase de culpa.¹⁰

2. La igualdad de los habitantes ante la ley

a) La Carta Política de 1833 decía que en Chile no hay clases privilegiadas, que ella aseguraba a todos los habitantes de la República la igualdad ante la ley. Prescribía, asimismo, que en Chile no hay esclavos y que cualquiera que pisara su territorio quedaba libre.

b) Las vinculaciones –pedestal necesario de la nobleza hereditaria– fueron permitidas por la Constitución, pero sin dañar la libre circulación de las propiedades afectadas. Más tarde, la ley de 14 de julio de 1852 estableció el sistema desvinculatorio, con anterioridad al Código Civil. Y éste consolidó la igualdad ante la ley prohibiendo los fideicomisos y usufructos sucesivos a la par que en materia sucesoria la ley no atiende al origen de los bienes para reglar la sucesión intestada o gravarla con restituciones o reservas ni atiende al sexo ni a la primogenitura.

c) En cuanto a los títulos de nobleza, el Director Supremo don Bernardo O'Higgins, por decreto de 16 de septiembre de 1817, los declaró abolidos. La norma del Código Civil que dice: son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición, no envuelve una gran novedad. Más novedosa fue la disposición por la cual no se establecen diferencias entre chilenos y extranjeros en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regla el Código.

d) En la hora actual se ha profundizado la idea de igualdad en la consideración del hombre y de la mujer, así como en la abolición de la incapacidad de la mujer casada, la derogación de la potestad marital, las mayores limitaciones del marido en la administración de la sociedad conyugal y la creación del régimen de participación en los gananciales.

e) Es tal vez en la filiación donde se aprecia con mayor nitidez la presencia del criterio de igualdad. Los efectos comunes de la filiación matrimonial y extramatrimonial, así como la tendencia al ejercicio conjunto de la patria potestad por los padres y el régimen de los alimentos son manifestaciones del principio anotado.

f) Sin embargo, la unidad de efectos en la filiación determinada ha tenido como contrapartida una profunda desigualdad en el tratamiento sucesorio

¹⁰ Revista *Actualidad Jurídica*, N° 9, enero 2004, págs. 137 a 140. Ediciones Universidad del Desarrollo.

entre los hijos y el cónyuge sobreviviente. Así lo demuestran la legítima conyugal y la adjudicación preferente del hogar común al cónyuge sobreviviente y en su caso, la constitución gratuita y vitalicia de un derecho de habitación y de uso sobre ese hogar y su ajuar.

3. La constitución cristiana de la familia y su protección

a) El legislador del Código Civil no vaciló en admitir el matrimonio monógamo e indisoluble como la base única de la familia, y por ende, como el fundamento de la sociedad. Su definición del artículo 102 es prueba elocuente: "El matrimonio es un contrato por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente".

Esa definición, enteramente inspirada en la doctrina católica, fue tomada, al parecer, del artículo 44 del Código Austriaco. Según el cual: "Cuando dos personas de sexo diferente contraen matrimonio, declaran por este mismo hecho su intención de vivir en sociedad indisoluble, de procrear hijos, y de prestarse una asistencia mutua".

b) La familia era protegida de diversas maneras:

i) El sistema de sociedad conyugal con su igualdad de gananciales permitía una fuerte autoridad marital y la formación de un patrimonio común, mas para los fines de su administración exigió de la incapacidad de la mujer casada bajo este régimen.

ii) La influencia anglosajona se hizo sentir en la introducción del régimen de separación total de bienes y se adaptó a los cambios de la estructura social y económica del país, aunque a la postre no beneficia a la mujer.

iii) La introducción del régimen de autorizaciones dadas por la mujer, en los actos del marido que puedan comprometer el patrimonio social, atenuó la autoridad marital en lo patrimonial. El reconocimiento ulterior de la plena capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal y la derogación de la potestad marital significó un fuerte avance en la igualdad del marido y de la mujer.

iv) Más recientemente, el régimen de participación en los gananciales, en su modalidad crediticia, ha procurado incorporar un régimen híbrido que con limitaciones busca mantener una administración separada de los bienes durante la vigencia del sistema para concluir, a la época de su extinción, en la distribución de ganancias. No obstante, este esfuerzo no parece haber tenido gran aplicación en la práctica.

v) La madre quedaba excluida de la patria potestad, en el texto original del Código, lo cual estaba a tono con los principios y costumbres de la época. Esta situación cambia drásticamente en nuestros días, privilegiándose el acuerdo de los padres para confiar la patria potestad al padre, a la madre o ambos conjuntamente. Sólo a falta de acuerdo toca al padre su ejercicio. Todo ello sin perjuicio de lo que aconseje el interés del hijo.

c) En la reforma de las normas sobre filiación se advierte una valoración más acentuada del hijo en desmedro de la familia. En el criterio del legislador el menor aparece como titular de derechos autónomos, susceptibles, si fuere necesario, de ser ejercidos contra sus padres.¹¹

Toda la óptica del interés del menor está conectada a la concepción de éste como sujeto de derecho, como persona digna de respeto y consideración. El acento de Bello estaba puesto en el derecho de los padres y en el nuevo texto se acoge una visión distinta: el interés superior del menor.¹²

d) Finalmente, la nueva ley de matrimonio civil ciertamente al contemplar el divorcio vincular en sus diversas formas, termina con un bastión fundamental de la concepción cristiana de la familia y modifica la idea del matrimonio del artículo 102 del Código Civil, aunque se mantenga un resabio de aquél en los casos de matrimonios celebrados ante entidades religiosas de derecho público.

Es de hacer notar que la nueva ley de matrimonio civil no define la familia, la cual es el núcleo fundamental de la sociedad. Aunque reconoce que el matrimonio es la base principal de la familia, pero esta vez como entidad disoluble por divorcio, y sin que el matrimonio sea su única fuente ante la ley.

e) El derecho a conocer la propia identidad y el derecho a la intimidad.

i) En el texto primitivo del Código la filiación natural sólo emanaba del reconocimiento libre y voluntario del padre o madre que reconoce, salvo que fuere hijo de dañado ayuntamiento, porque respecto de éste no cabía tal reconocimiento.

Los hijos ilegítimos no reconocidos solemnemente no podían pedir que su padre o madre los reconozca, sino para el solo objeto de exigir alimentos.

¹¹ Veloso V., Paulina, "Principios fundamentales que inspiran el nuevo estatuto de filiación", en *El Nuevo Estatuto de filiación en el Código Civil Chileno*, p. 28, Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

¹² *Ibíd.*, pág. 30.

La indagación o presunción de paternidad sólo procedían en la forma establecida en los artículos 282 y 283 del texto original del C.C., esto es, que citado ante el juez el supuesto padre del hijo ilegítimo, a declarar bajo juramento si cree serlo, expresándose en la citación el objeto de ella, el demandado no compareciera y repetida una vez la citación, expresándose el objeto de ella, se miraba como reconocida la paternidad.

ii) La Ley 10.271, de 1952, permitió la indagación de la paternidad o maternidad en los términos de los arts. 271 y 280, el primero aplicable a los hijos naturales y el segundo a los simplemente ilegítimos, y sin que fuera admisible recurrir a otros medios.

iii) La Ley 19.585 permite la investigación de la paternidad y maternidad mediante toda clase de pruebas, decretadas de oficio o a petición de parte, incluyendo las pruebas periciales de carácter biológico.

Se conserva como resguardo de la intimidad o privacidad únicamente el carácter secreto del proceso, que sólo pueden conocer las partes y los apoderados judiciales.

El derecho a conocer la propia identidad sufre excepciones en el caso de conflicto entre la posesión notoria del estado civil y la verdad biológica, salvo que el juez privilegie esta última por conveniencia del hijo. Se prescinde absolutamente de la verdad biológica respecto del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida.

En síntesis, la incorporación en la legislación interna de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile ha colocado a la persona humana como un fin en sí misma, reconociéndole su dignidad, inviolabilidad y autonomía,¹³ en desmedro de la familia a que pertenece.

4. El reconocimiento del derecho de propiedad y su amparo

a) Bello no dudó en sentar la propiedad sobre bases sólidas. Su definición del artículo 582 es expresiva: "El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra ley o contra derecho ajeno".

La propiedad, aun siendo libre, puede hallarse sujeta a limitaciones que le imponga el mismo dueño, pero éstas son temporales. La ley prohíbe los

¹³ Veloso V. Paulina, op. cit., pág. 36.

fideicomisos y los usufructos sucesivos. Siguiendo los preceptos constitucionales de la época, Bello admite las vinculaciones existentes, pero atiende a su liberación mediante el sistema de convertir los gravámenes perpetuos que impedían la enajenación, en censos; el propietario conserva también libertad para separar el goce del dominio o para instituir, de una sola vez, un fideicomiso.

La Constitución de 1833 garantiza el derecho de propiedad en forma absoluta y su posible pérdida sólo podría sobrevenir por efecto de una ley expropiatoria, pero dándose al expropiado una previa y equitativa indemnización.

La consecuencia necesaria de todo lo anterior fue el derecho a disponer de la propiedad por causa de muerte con la mira de amparar a la familia legítima o legal y en menor grado a los hijos naturales.

Las mejoras posteriores a la condición de los hijos naturales concluyen con la equiparación de todos los hijos de filiación determinada según la Ley 19.585. Ello trajo como contrapeso la eliminación de la porción conyugal y la incorporación del cónyuge sobreviviente como legitimario, a más de otorgarle significativas partes de la herencia a título de legítima conyugal y el derecho preferente de adjudicación en dominio del hogar común y de su mobiliario, y si aquello excediere sus derechos, la posibilidad de constituir un derecho de habitación y de uso respectivamente, vitalicio y gratuito, en su favor. No está de más recordar que fue inserto el cónyuge como asignatario de la cuarta de mejoras. Por consiguiente, el cónyuge sobreviviente ha pasado a ser el gran beneficiado de las reformas.

5. La libertad contractual

a) Este principio aparece recogido en el artículo 1545, que dispone: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".

Excepcionalmente el legislador pone un tope a las ganancias, como acontece con la lesión enorme en la compraventa o permuta de bienes raíces, en la cláusula penal enorme entre otros casos.

b) Los mayores cambios se aprecian en la sustitución del nominalismo por el realismo, como acontece en el mutuo civil y en las operaciones de crédito de dinero, así como en el pago de recompensas en la sociedad conyugal (art. 1734) y en el artículo 1185, a propósito del cálculo del primer acervo imaginario.

c) La protección de la libertad económica en la Constitución de 1980 y la existencia del recurso de amparo económico han robustecido, en teoría, la libertad contractual, aunque en la práctica la jurisprudencia ha disminuido el valor de este recurso.¹⁴

Como corolario de lo expuesto, sería útil recordar el mensaje que nos legara el autor del Código Civil cuando dijo: "...no nos hallábamos en el caso de copiar a la letra ninguno de los códigos modernos. Es menester servirse de ellos sin perder de vista las circunstancias peculiares de nuestro país".¹⁵ Lamentablemente, algunas reformas, especialmente en el derecho de familia, no han seguido el consejo de aquel sabio venezolano de nacimiento y chileno por gracia.

¹⁴ Navarro Beltrán, Enrique, "El recurso de amparo económico (notas sobre diez años de jurisprudencia)", en *20 años de la Constitución Chilena 1981-2001*, págs. 451 y ss., Facultad de Derecho Universidad Finis Terrae, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 2001. Errázuriz Gatica, Juan Manuel, "Recurso de Amparo Económico ante la Jurisprudencia; ¿Carácter Declarativo? Rol N° 2896/2002, en op. cit., págs. 441 a 447, N° 6, año 2002. La jurisprudencia meramente declarativa recaída en los recursos de amparo económico en que no se aplican medidas correctivas debilita este recurso.

¹⁵ Mensaje del Ejecutivo al Congreso proponiendo la aprobación del Código Civil.