



Revista Chilena de Derecho

ISSN: 0716-0747

redaccionrchd@uc.cl

Pontificia Universidad Católica de Chile  
Chile

Amunátegui Perelló, Carlos Felipe

¿ANDRÉS BELLO Y EL CÓDIGO CIVIL JAPONÉS?

Revista Chilena de Derecho, vol. 39, núm. 2, agosto, 2012, pp. 313-323

Pontificia Universidad Católica de Chile

Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177025019004>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

## ¿ANDRÉS BELLO Y EL CÓDIGO CIVIL JAPONÉS?\*

### *ANDRÉS BELLO AND THE JAPANESE CIVIL CODE?*

CARLOS FELIPE AMUNÁTEGUI PERELLÓ\*\*

**RESUMEN:** La influencia del Código de Andrés Bello a nivel americano está completamente fuera de duda, aunque, respecto a su recepción fuera del ámbito estrictamente iberoamericano se ha escrito poco. El presente artículo intenta demostrar la recepción de algunos aspectos de nuestro Código Civil en el Derecho japonés, específicamente en lo relativo a las acciones posesorias del Nuevo Código Civil Japonés de 1898.

**Palabras clave:** Andrés Bello, Hozumi, Código Civil de Japón.

**ABSTRACT:** Although the influence of Andrés Bello's Code in Latin America is completely out of question, few papers have been written on its reception out of the borders of it. This article studies the reception of some aspects of our Civil Code, specifically referring to interdictae possessoriae in the New Japanese Civil Code of 1898.

**Key words:** Andrés Bello, Hozumi, Japanese Civil Code.

## 1. INTRODUCCIÓN

El Código de Bello ha sido el instrumento jurídico más relevante producido en América Latina. Su importancia a nivel continental queda fuera de duda con simplemente recordar que es el tercer código más antiguo del mundo, luego del ABGB y el Code Civil, que rige en cinco países diferentes, y que su influencia se proyecta demostradamente en otros muchos. Fue la vena local del Código de Bello y su seguimiento de las tradiciones jurídicas imperantes en el período colonial de Hispanoamérica lo que propició su éxito y rápida adopción por parte de otros países latinoamericanos. Así, fue promulgado por El Salvador (1859), Ecuador (1860), Colombia (1887), Venezuela (solo brevemente desde 1860), Nicaragua (1867-1904) y Panamá (desde su independencia de Colombia) como su propio código civil. Fue, además, fundamental en la codificación argentina, uruguaya y paraguaya, como también para el Esbozo de Freitas, que fue el primer proyecto de codificación del Brasil. Si bien su valor a nivel continental está fuera de duda, en el presente quisiera plantear una pregunta relativa a su influencia en un contexto más amplio, esto es, en el Nuevo Código Civil del Japón de 1898.

Si bien el Código Civil japonés constituyó un objeto de estudio favorito para mi maestro, el fallecido Juan Miguel González, fue el profesor DOMINGO quien llamó nuestra atención acerca del complejo conjunto de influencias que inspiran al Código japonés<sup>1</sup>, que constituye

\* El presente artículo forma parte de los proyectos de investigación Fondecyt Regular 1100452 y Concurso de Investigación en Estudios Asiáticos "Roma y el concepto de propiedad en el Código del Japón".

\*\* Profesor de Derecho romano, Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico camunate@uc.cl

<sup>1</sup> Especialmente en DOMINGO (2006) pp. 289-304.

una amalgama inmensamente rica de tradiciones jurídicas, tanto europeas como asiáticas e incluso americanas, por lo que su estudio constituye un fascinante ejercicio intelectual.

Nuestro propósito es mostrar un caso claro y difícilmente discutible de recepción directa de la doctrina jurídica contenida en el Código Civil de Andrés Bello en el Código Civil japonés de 1898. Aunque esto suele resultar bastante complejo, toda vez que la mayor parte de los preceptos contenidos en un código civil cualquiera son muy similares o idénticos a los contenidos en otro debido a la matriz romana de todos ellos, existen casos en que excepcionalmente una disposición de un código resulta peculiar por haber sido fruto de la elaboración jurídica local. Si podemos detectar esa misma disposición repetida en dos cuerpos legislativos, es probable que aquella más reciente la recepcionase de la más antigua, con tal que podamos probar que los redactores del código más nuevo hayan tenido a la vista el anterior. Este es el ejercicio que intentaremos realizar en este artículo, para lo cual primero trazaremos brevemente la historia de la recepción del Derecho occidental en Japón, y luego compararemos un artículo concreto de ambos cuerpos legislativos, el chileno y el japonés, a fin de acreditar la influencia.

## 2. RECEPCIÓN DEL DERECHO OCCIDENTAL EN JAPÓN MODERNO

Hasta 1853 Japón había logrado segregarse del mundo, viviendo un desarrollo histórico independiente desde que el primer Shogún, Tokugawa Ieyasu<sup>2</sup> (1543-1616), optara por cerrar el país a toda influencia externa, reservando su comercio internacional solo a ciertas naves holandesas y chinas que podían desembarcar en Nagasaki en ciertas fechas determinadas y bajo total control de las autoridades del *bakufu* o gobierno shogunal. Este cierre nacional o *sakoku*, terminó por abarcar no solo el intercambio material, sino también el ideológico, prohibiéndose tanto el cristianismo, como la lectura de cualquier tipo de obra de origen occidental<sup>3</sup>. La desconfianza japonesa se basaba en que “el cristianismo y el comercio representaban a Europa, que parecía remota, exótica y potencialmente desestabilizadora”<sup>4</sup>, de manera que a fin de evadir su influjo, Japón se aisló del mundo y continuó viviendo su propia fantasía feudal mientras occidente se adentraba en un período de metamorfosis que lo conduciría a abrir alas negras, de acero y vapor, sobre el mundo oriental durante el siglo XIX.

Cuando en 1853 las naves del comodoro Matthew Perry se presentaron en la bahía de Tokio, entonces llamada Edo, fueron los cañones norteamericanos los que pusieron fin al sueño aislacionista<sup>5</sup>. Las demandas de Estados Unidos fueron claras y se centraron en la apertura de los puertos japoneses al comercio internacional, especialmente para el reabastecimiento de los buques balleneros de dicho país. Aunque finalmente Japón logró negociar

<sup>2</sup> En el presente artículo se expresarán los nombres a la manera japonesa, es decir, comenzando por el apellido y luego el nombre propio.

<sup>3</sup> La prohibición del cristianismo provocó rebeliones que fueron aplacadas a sangre y fuego por la autoridad shogunal, lo que condujo a una drástica prohibición de todo libro de origen europeo (1639), ante la sospecha que contuviese semillas que eventualmente hiciesen rebrotar el cristianismo (véase GORDON (2003) p. 17.

<sup>4</sup> Nosco (2008) p. 101.

<sup>5</sup> Al respecto véase CULLEN (2003) pp. 175-204.

términos no del todo catastróficos al año siguiente, presionados por una flota de ocho barcos al mando del mismo Perry, esto es, casi la cuarta parte de la flota estadounidense<sup>6</sup>, la aparición de las naves negras occidentales marcó el fin del aislamiento japonés y el comienzo de una nueva era de occidentalización de su cultura y Derecho.

No obstante, el estudio de Occidente se había abierto paso tímidamente un poco antes, durante la segunda parte del siglo XVIII. Algunos académicos japoneses habían comenzado a estudiar la ciencia occidental cuando en 1720 la prohibición que pendía sobre los textos occidentales se relajó y el estudio de libros de carácter científico procedentes de Holanda comenzó a aflorar. Especialmente interesante resulta la historia de Sugita Genpaku, quien luego de una autopsia, comparó las descripciones ofrecidas por el libro *Anatomische Tabellen* de Johann Adam Kulmus con aquellas ofrecidas por los textos chinos de medicina, llegando a la conclusión de que el libro occidental daba una descripción superior y más exacta<sup>7</sup>. De aquí surgió el llamado *Rangaku*, una escuela de estudio de los conocimientos occidentales que, cuando la crisis institucional iniciada por la llegada del Comodoro Perry termine por provocar la caída del shogunato y el restablecimiento del poder imperial, se extenderá también al Derecho como ciencia. Cuando luego de las Guerras del Boshín una revolución de samuráis finalmente termine con el viejo régimen shogunal y entregue el poder al gobierno imperial comenzando la Era Meiji (1868) se establecerá expresamente en la declaración de principios del nuevo gobierno que “El conocimiento será buscado en todo el mundo a fin de fortalecer las bases de la política imperial”<sup>8</sup>.

Las primeras misiones de estudio a Occidente se interesarán intensamente por el Derecho, toda vez que entre las cláusulas de los tratados que dicho país se vio obligado a firmar luego de 1853, no solo con EE.UU. sino también con diferentes potencias europeas, se incluyó el principio de extraterritorialidad, por el cual los ciudadanos de dichos países serían juzgados no por autoridades japonesas sino por el cónsul de su respectivo país y bajo el Derecho de dicho Estado. A fin de poder renegociar los tratados con las potencias occidentales es que Japón comenzó a estudiar la posibilidad de occidentalizar su Derecho y de ahí que el estudio de la jurisprudencia occidental se convirtió en prioritario<sup>9</sup>.

Las primeras tentativas de acercamiento al Derecho occidental se desarrollaron incluso antes del fin del shogunato. En 1862 se envió una misión de dos académicos japoneses a la Universidad de Leiden donde debían aprender los fundamentos del Derecho occidental, para luego realizar traducciones que permitieran establecer los primeros estudios acerca del dicho Derecho<sup>10</sup>. Aunque los resultados no se hicieron sentir hasta después de la caída del shogunato, debe mencionarse que las consecuencias de la misma fueron relevantes, toda vez que a partir de los estudios de estos primeros especialistas es que el vocabulario jurídico

<sup>6</sup> Al año siguiente, 1854, se firmó el tratado de Kanagawa entre EE.UU. y Japón en virtud del cual Japón abría dos puertos a EE.UU. y se establecían relaciones diplomáticas entre ambos. Poco después, en 1858 el número de puertos fue ampliado en virtud de un nuevo tratado. Para más detalles véase HUFFMAN (2010) pp. 74-75.

<sup>7</sup> Nosco (2008) pp. 108-109.

<sup>8</sup> Así lo consigna el punto quinto de la Carta de Juramento de los Cinco Artículos, fue el documento central que estableció la orientación política del nuevo gobierno. Véase RÖHL (2005) p. 31.

<sup>9</sup> HALEY (1991) p. 68.

<sup>10</sup> NODA (1976) pp. 198-199.

japonés se fue formando. El problema es que la ciencia jurídica occidental es un conocimiento sistemático de instituciones tomadas, en su inmensa mayoría, del acervo jurídico romano, que resulta del todo exótica para un pueblo que no se encuentra impregnado por las mismas.

La tradición jurídica del Japón Tokugawa estaba basada en principios neoconfucianos del todo ajenos al vocabulario conceptual occidental, de manera que esta primera misión académica debió crear buena parte de los términos que utilizaría al intentar trasponer los conceptos occidentales al ámbito intelectual japonés. Tal vez lo más notable sea la misma creación del término Derecho civil, *minpo*, que en adelante lo englobará, en el primer libro de Derecho occidental que se publique en Japón, el *Taisei kokuho ron* o Tratado de Derecho de los Países Occidentales escrito por Tsuda Masamichi<sup>11</sup>. Otro tanto podemos decir de la expresión derecho subjetivo, *ken-ri*, obra también del mismo autor<sup>12</sup>, toda vez que *shiki*, la voz tradicional usada para apuntar la posición jurídica de un sujeto en el orden jurídico tenía un cariz eminentemente público y relacionado con el concepto de deber que la hacía impropia para la nomenclatura civil<sup>13</sup>.

De ahí en adelante el desarrollo del proceso de occidentalización del Derecho japonés se apartó de Holanda para acercarse a Francia, en buena medida por el indudable prestigio del que gozaba el Code Napoléon como modelo de legislación racional todavía durante el segundo tercio del siglo XIX. Por lo demás, al igual que en el caso de las revoluciones latinoamericanas, que miraron como matriz ideológica a Francia, existía en el caso japonés una cierta idea de conexión con la Revolución iluminista francesa<sup>14</sup>. El Ministerio de Justicia se encargó de construir una escuela de Derecho en su interior, contratando incluso profesores franceses para impartir las clases<sup>15</sup>. Paralelamente, a fin de acercarse al estudio de los sistemas jurídicos occidentales, se introdujo el estudio del Derecho romano ya en 1874 en la Tokio Kaisei Gakko, futura Universidad de Tokio<sup>16</sup>.

Por iniciativa del ministro Eto Shimpei se comenzó la traducción y el estudio sistemático del Code Napoléon en 1870. Este curioso personaje, que pocos años más tarde terminará condenado a muerte por encabezar una rebelión samurái en el sur del país, encargó a Mitsukuri Rinsho la traducción del Code con la idea de ponerlo inmediatamente en vigencia, cambiando los lugares en que decía Francia o franceses por Japón o japoneses<sup>17</sup>. Incluso se dice que ante las protestas por la dificultad de traducir al japonés los conceptos

<sup>11</sup> FRANK (2005) pp. 170-171.

<sup>12</sup> STEINER (1950) pp. 169-184.

<sup>13</sup> TAKAYANAGI (1976) p. 174.

<sup>14</sup> FRANK (2005) pp. 172.

<sup>15</sup> NODA (1976) pp. 202.

<sup>16</sup> HAYASHI (2009) p. 10.

<sup>17</sup> Debemos señalar que la veracidad de la historia es discutida, aunque la idea de simplemente trasponer el Código francés al Japón parece creíble. Piénsese que es exactamente lo mismo que propuso O'Higgins para Chile en 1822 y que se realizó en Haití, Oaxaca, los estados Nor y Sur Peruanos de la Confederación Perú-Boliviana y Bolivia. Podemos incluso agregar que el Código Civil francés estuvo vigente durante cuarenta años en su idioma original en un país hispanohablante! Nos referimos al caso de República Dominicana. Sobre los detalles de esta peculiar historia véase GUZMÁN BRITO (2000) pp. 289-301.

Para la discusión sobre la veracidad del encargo a Mitsukuri véase: NODA (1976) 200 p.

jurídicos franceses, Eto habría animado a Mitsukuri diciéndole que “No se preocupe usted por los errores. Elaboraremos los códigos japoneses aun utilizando como modelo traducciones plagadas de faltas”<sup>18</sup>. El resultado de esta labor fue la composición de un primer borrador de Código Civil para 1872 denominado “Reglas Provisionales para el Código Civil Imperial”<sup>19</sup>. No obstante, dicho borrador no estuvo destinado a decantar en derecho positivo. El Ministerio de Justicia organizó una conferencia acerca del Código Civil que a partir del borrador propuso unas “Reglas Provisionales para el Código Civil” de solo 88 artículos que tampoco llegaron a convertirse en Ley. En los años siguientes se incorporaron elementos del derecho consuetudinario japonés e incluso se elaboraron nuevos borradores hasta 1878, aunque ninguno de ellos logró convertirse en Ley. Sin embargo, estos borradores serán la base sobre la cual se trabajará para la redacción del primer Código Civil japonés.

En junio de 1873, el Ministerio de Justicia contrató a Gustave Émile Boissonade, quien se convirtió en la figura central del proyecto de codificación civil, permaneciendo en Japón hasta 1895. Si bien primero trabajó en el proyecto de Código Criminal, a contar de 1878 su rol en la codificación civil se hizo preponderante, trabajo de largo aliento que tomaría toda una década en ser finalizado y que será aprobado y promulgado solo en 1890 con muchos sobresaltos políticos.

La comisión dirigida por Boissonade redactó un Código Civil cargado de influencia francesa y con estructura institucional<sup>20</sup>, aunque redactado en cinco libros. Recogía una buena dosis de derecho autóctono japonés, adaptando algunas instituciones romanas a la realidad japonesa<sup>21</sup> y tomando otras directamente del derecho local, como es el caso del libro de las personas y de la parte del libro de los modos de adquirir el dominio referida a la herencia, que fueron redactados por los miembros japoneses de la comisión sin la participación directa de Boissonade<sup>22</sup>.

Sin embargo, al poco andar se generó un intenso debate en torno a la entrada en vigencia del mismo. En principio se estableció una *vacatio legis* hasta enero de 1893 para que el foro tuviese oportunidad de interiorizarse del contenido del mismo. Inmediatamente, desde la Facultad de Derecho de la Universidad de Tokio, así como desde los círculos más conservadores de la sociedad japonesa comenzó un despiadado ataque al Código Civil, especialmente en lo relativo al Derecho de familia, por juzgarlo extranjerizante y peligroso para la moral japonesa. La palma en estos ataques se la lleva Hozumi Yatsuka con su panfleto titulado “Si el Código Civil Entra en Vigor, la Piedad Filial se Destruirá”<sup>23</sup>. En verdad cuesta comprender los términos del debate, especialmente porque, como ya hemos mencionado, la parte relativa a familia y personas fue redactada por los miembros japoneses de la comisión. Se ha intentado construir de manera algo artificial la idea que los contrarios al Código Civil eran partidarios del Derecho inglés, que era el centro de los

<sup>18</sup> DOMINGO (2006) p. 291.

<sup>19</sup> Para un trabajo específico sobre el borrador, véase EPP (1967) pp. 15-48.

<sup>20</sup> HAYASHI (2009) p. 11.

<sup>21</sup> Un interesante caso de esto lo constituye la enfiteusis, que se utilizó para reflejar la situación agrícola japonesa. Véase KUMAGAI (1983) pp.1-6.

<sup>22</sup> En específico la responsabilidad recayó en Inobe Shiro y Kumano Toshizo. Véase FRANK (2005) pp. 176.

<sup>23</sup> Con bastante detalle: TAKAYANAGI (1955) pp. 60-69.

estudios de Derecho en la Universidad de Tokio, de donde provenían la mayoría de los oponentes al Código. Sin embargo, no hay demasiadas bases para sostenerlo, toda vez que nadie propuso nunca seriamente importar el *common law* al Japón y entre los detractores del Código estaban especialistas en Derecho francés, como es el caso de Tomii Masaaki, que se había doctorado en la Universidad de Lyon. Si bien es cierto que Boissonade enseñaba Derecho Natural y que la mayoría de sus partidarios venían de dicha trinchera<sup>24</sup>, no puede por ello decirse que los oponentes al Código Civil proviniesen de la Escuela Histórica verdaderamente.

Finalmente, fue la facción partidaria de posponer la entrada en vigencia del Código de 1890 (que en adelante será conocido como el “Viejo Código Civil”) la que terminó por triunfar y en mayo de 1892 se extendió la *vacatio legis* hasta 1898, nombrándose, al efecto, una comisión de tres juristas encargada de llevar adelante una revisión exhaustiva del Código de 1890, a saber, Hozumi Nobushige, Tomii Masaaki y Ume Kenjiro. Esta comisión hizo bastante más que simplemente revisar el Código de Boissonade, puesto que, tomándolo como base, construyó un nuevo Código distinto del anterior conocido como el “Nuevo Código Civil”, aprobado en 1896 y que entrará en vigencia en 1898, con fuerte influencia alemana, especialmente del primer y segundo borrador del BGB, aunque no exclusivamente<sup>25</sup>. Este cuerpo normativo, fruto de variadas doctrinas y escuelas, será verdaderamente un hijo del Derecho comparado y nosotros sostenemos que entre sus fuentes se puede detectar también la mano de Andrés Bello.

### 3. EL CÓDIGO CIVIL DE ANDRÉS BELLO Y SU INFLUENCIA EN JAPÓN?

Hozumi<sup>26</sup> señala que la comisión codificadora ha consultado diversos códigos, más de treinta<sup>27</sup> a la hora de redactar su obra. Incluso declara que el contenido material del Código fue tomado por la Comisión de distintos lugares, señalando expresamente que:

*“In some parts, rules were adopted from the French Civil Code; in others, the principles of English common law were followed; in others again, such laws as the Swiss Federal Code of Obligations of 1881, the new Spanish Civil Code of 1889, the Property Code of Montenegro, Indian Succession and Contract Acts or the Civil Codes of Louisiana, Lower Canada or the South American Republics or the draft Civil Code of New York, and the like have given materials for the framers of the Code”*<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> FRANK (2005) pp. 182.

<sup>25</sup> Para una apasionada defensa de la influencia francesa en dicho cuerpo legal: Hoshino Eiichi (1976) pp. 229-235.

<sup>26</sup> Nobushige Hozumi fue uno de los tres miembros de la comisión codificadora encargada de redactar el Nuevo Código Civil japonés de 1898. Fue un gran comparativista, muy influenciado por la visión evolucionista del Derecho de Fustel de Coulanges. Sabemos bastante del proceso llevado a cabo por dicha Comisión gracias a la ponencia que realizó en inglés en Saint Louis a propósito del mismo en el año 1904, la cual fue posteriormente publicada.

<sup>27</sup> HOZUMI (1904) p. 10.

<sup>28</sup> HOZUMI (1904) p.11.



Hozumi menciona expresamente a códigos de repúblicas sudamericanas, lo que probablemente, por su difusión, debiese referirse al Código de Bello. Por lo demás, en distintas partes de su estudio “The new Japanese civil code as a material for the study of comparative jurisprudence”, menciona genéricamente a los códigos pertenecientes a América Latina<sup>29</sup>, siempre con bastante exactitud si comparamos los principios referidos con la obra de Bello, por lo que parece probable que efectivamente haya existido alguna influencia desde América Latina al Japón. Sin embargo, parece difícil acreditarlo, especialmente porque la mayor parte de los códigos civiles de la época tienen reglamentaciones similares y no resulta sencillo demostrar la pertenencia de una norma determinada a uno u otro.

Es por ello, para intentar detectar alguna recepción del Código de Bello en el Japón, que analizaremos brevemente una excepcionalidad del Código de Bello, donde eventualmente podría notarse la efectiva influencia de este código en particular sobre el japonés. Al respecto, y a fin de establecer un caso de influencia directa, analicemos la posibilidad que ambos contemplan incluir la indemnización perjuicios en el interdicto *uti possidetis*. Así, el art. 198 del Código Civil japonés dispone:

*“If a possessor is disturbed in his possession, he may by an action for the maintenance of possession claim the stoppage of the disturbance and compensation for damage”*<sup>30</sup>.

A su vez, el Código Civil chileno dispone:

Art. 921. El poseedor tiene derecho para pedir que no se le turbe o embarace su posesión o se le despoje de ella, que se le indemnice del daño que ha recibido, y que se le dé seguridad contra el que fundadamente teme.

Ambos artículos son, en verdad, muy cercanos en forma y contenido, pero la peculiaridad se hace aún más patente si se considera que el régimen de acciones posesorias del Código de Bello es bastante excepcional. En efecto, don Andrés Bello se apartó del Código Civil francés, que ni siquiera regula el problema de las acciones posesorias, como de todas las demás codificaciones existentes a la promulgación de este cuerpo. La mayor parte de los Códigos de la época dejaron su regulación a los Códigos adjetivos, siguiendo el ejemplo francés<sup>31</sup>. Sin embargo, el Código de Bello lo reguló dentro del libro II de los bienes, una vez concluido el estudio de las servidumbres. La ubicación parece debérsela a las Siete Partidas, donde se trata de algunas acciones posesorias a continuación de las servidumbres<sup>32</sup>. En efecto, este tratamiento es poco común, puesto que la tendencia general era a principios del siglo XIX o incluirlas a propósito de las acciones y procedimientos al finalizar las expli-

<sup>29</sup> HOZUMI (1904) pp. 36 y 45.

<sup>30</sup> Tomado de la versión inglesa de LONHOLM (1898).

<sup>31</sup> Sin embargo, el parágrafo 339 del ABGB sí regula el problema estableciendo la posibilidad de indemnizar perjuicios, cuestión que estudiaremos algo más adelante. También, posteriormente a la codificación chilena, el artículo 928 de Código Civil suizo hizo algo similar.

<sup>32</sup> P. 3, t. XXXII, relativo a la obra nueva.



caciones del Derecho sustantivo, según el modelo institucional<sup>33</sup>, o tratarlas dentro de la posesión<sup>34</sup> o de la prescripción<sup>35</sup>.

En cuanto al contenido del articulado, lo tomó de una errada concepción imperante en su época acerca del Derecho clásico. A pesar que el Derecho romano no permitía la indemnización de perjuicios en los procedimientos interdictales, pues estos tenían por objeto exclusivo el cese de las perturbaciones<sup>36</sup>, era opinión común en el siglo XIX que sí lo permitían<sup>37</sup>. La confusión parece provenir del fragmento D. 43.17.3.11<sup>38</sup>. En el particular, se discute el monto de la *condemnatio* en un procedimiento por violación del interdicto *uti possidetis*, que estará limitada a cuanto la cosa vale en el momento de la interposición del mismo, sin considerar valores subjetivos o de afección que suelen incluirse en las acciones reales. Esto, dentro del sistema romano, tiene sentido puesto que las condenas son siempre en dinero y no existe la posibilidad de exigir la restitución de la especie. Sin embargo, la ciencia jurídica de principios del XIX interpretó que un efecto de la acción posesoria era indemnizar, a lo menos, el daño emergente dentro del sistema romano. La confusión la hemos podido rastrear hasta Henneccius, que parece ser el primero que la expresa<sup>39</sup> y por el alto grado de difusión que alcanzó su obra en la enseñanza del Derecho durante el siglo XVIII, esta se hizo un lugar común a principios del siglo XIX. Resulta

<sup>33</sup> Las Instituciones de Gayo, y por consecuencia, las de Justiniano, tratan de los interdictos posesorios en el libro cuarto relativo a las acciones. Este es el orden tradicional para estudiar la materia, y el seguido, por ejemplo, por Sala, que sirvió de base a don Andrés Bello, como veremos más adelante. Vid. SALA (1820) p. 236-247.

<sup>34</sup> Este es el lugar que ocupan en Pothier. Vid. POTHIER (1846) p. 291.

<sup>35</sup> TROPLONG (1835) p. 459.

<sup>36</sup> D. 47.10.44: *Iavolenus libro nono ex posterioribus Labeonis. Si inferiorum dominus aedium superioris vicini fumigandi causa fumum faceret, aut si superior uicinus <in> inferiores aedes quid aut proiecerit aut infuderit, negat Labeo iniuriarum agi posse: quod falsum puto, si tamen iniuriae faciendae causa inmittitur.*

D.47.10.44 “Javoleno, libro noveno de los posteriores a Labeón. Si el dueño del edificio inferior haciendo fumigaciones emite humo en los pisos vecinos superiores, o si el vecino del piso superior en los pisos inferiores del edificio proyecta o emite cosas, niega Labeón que pueda litigarse por injurias. Pienso que esto es falso, porque puede litigarse por injurias también por inmisiones”.

El fragmento cita la opinión de Javoleno respecto a las inmisiones de humos y su desacuerdo en relación a Labeón. Este último dispone que si el dueño de un predio, con ocasión de la fumigación, introduce humos en el edificio superior, no hay, en principio derecho a utilizar la actio iniuriarum. Javoleno puntualiza que se si se fumigó con el fin de causar daños a través de la inmisión, sí que sería procedente. Un buen análisis del texto lo encontramos en GARCÍA SÁNCHEZ (1999) p. 42.

<sup>37</sup> Vid, por ejemplo TROPLONG (1835) p. 462-3: [De los interdictos *retinendae possessionis*] “Ils avaient pour but de défendre le possesseur d’une agression ou d’un trouble, et ils étaient accordés: 1° lorsque la force ou la voie de fait exercée contre le possesseur lui causait un dommage actuel dont il voulait obtenir réparation” A continuación cita, para justificar su opinión, a Ulpiano I, I, D. uti possidetis.

<sup>38</sup> D. 43.17.3.11 [Ulpiano libro sexagesimo nono ad edictum] In hoc interdicto condemnationis summa refertur ad rei ipsius aestimationem. ‘quanti res est’ sic accipimus ‘quanti uniuscuiusque interest possessionem retinere’. Servii autem sententia est existimantis tanti possessionem aestimandam, quanti ipsa res est: sed hoc nequaquam opinandum est: longe enim aliud est rei pretium, aliud possessionis.

D.43.17.3.11 [Ulpiano, libro sesenta y nueve acerca del Edicto] En este interdicto la suma de la condena se refiere a la estimación de la cosa misma. “Cuanto la cosa valga”, entendemos como “cuanto a cada uno interese retener la posesión” Servio piensa que debe estimarse la posesión en cuanto la cosa vale, pero esto no es para ser seguido: pues dista mucho el precio de la cosa del de la posesión”.

<sup>39</sup> HEINECCIUS (1830) p. 374, esto es, Lib. IV, Tit XV, par. IV enumera los objetivos de los interdictos posesorios, señalando expresamente la posibilidad de reclamar indemnización de perjuicios.

interesante, leer las explicaciones que al respecto da don Andrés Bello en sus Instituciones de Derecho romano<sup>40</sup>:

“Son interdictos *retinendae*, el *uti possidetis* y el *utrubi*. Dase el primero al poseedor de una finca que al tiempo de la listiscontestación la posee *nec vi, nec clam, nec precario*, contra el que turba esta posesión, para que desista, le indemnice y le preste fianza de non turbando”.

Así, el Código de Bello, intentando retornar al Derecho romano, innovó respecto al mismo y estableció un sistema indemnizatorio dentro de las acciones posesorias.

El artículo 198 del Código japonés, en cambio, suele asociárselo con el parágrafo 862 BGB<sup>41</sup>. Sin embargo, su redacción parece bastante diferente y, más acorde con el derecho romano clásico, ya que ni siquiera contempla la posibilidad de exigir la indemnización de perjuicios<sup>42</sup>:

(1) *Wird der Besitzer durch verbotene Eigenmacht im Besitz gestört, so kann er von dem Störer die Beseitigung der Störung verlangen. Sind weitere Störungen zu besorgen, so kann der Besitzer auf Unterlassung klagen.*

(2) *Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Besitzer dem Störer oder dessen Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaft besitzt und der Besitz in dem letzten Jahr vor der Störung erlangt worden ist*<sup>43</sup>.

En fin, creemos estar en condiciones de afirmar que, debido a que el artículo 921 es producto de una particularidad en el pensamiento de Andrés Bello, y constituir una norma bastante excepcional en términos generales, es muy posible que haya influido a la comisión redactora del Código Civil japonés y que la redacción del artículo 198 de la misma haya sido recibida de la codificación chilena. Esto se confirma por la afirmación de Hozumi de haber tomado algunos preceptos de “códigos sudamericanos”. El único Código que merece-

<sup>40</sup> BELLO (1878) p. 214.

<sup>41</sup> Así, por ejemplo, DOMINGO en su traducción del Código Civil japonés (2000) imputa este origen a tal artículo.

<sup>42</sup> Más cercana parece la disposición del 339 del ABGB sí regula el problema estableciendo la posibilidad de indemnizar perjuicios:

“Der Besitz mag von was immer für einer Beschaffenheit seyn, so ist niemand befugt, denselben eigenmächtig zu stören. Der Gestörte hat das Recht, die Untersagung des Eingriffes, und den Ersatz des erweislichen Schadens gerichtlich zu fordern”.

“La posesión, sea de la naturaleza que sea, no puede ser perturbada por nadie sin la respectiva autorización. El perturbado puede impedir la perturbación y demandar en juicio los perjuicios”.

Sin embargo, la redacción del precepto parece ser diversa de la del Código japonés y del chileno, en cuanto parte de una disposición general sobre el contenido de la posesión y pasa directamente a la indemnización sin mencionar el triple objeto del interdicto *retinendae possessionis*, esto es, la cesación de la perturbación, la caución y, solo entonces, la indemnización.

<sup>43</sup> “(1) Si el poseedor es turbado en su posesión por una interferencia ilegítima, podrá requerir del turbador que cese en su turbación.

“(2) Se excluye la posibilidad de reclamación si el poseedor posee de manera viciosa en relación al turbador o a su predecesor en el título obtenido durante el último año anterior a la turbación”.

ría una referencia plural por estar vigente en varios países al mismo tiempo es el de Andrés Bello, de manera que este uso lingüístico vendría a confirmar la procedencia del artículo. Es posible, una vez detectada esta primera influencia, que existan otras más que requieren de un estudio específico, pero esto quedará para futuras investigaciones.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BELLO, Andrés (1878): *Instituciones de Derecho Romano* (Santiago, Imprenta Nacional).
- CULLEN, L.M. (2003): *A History of Japan, 1582-1941* (Cambridge, Cambridge University Press) 377 pp.
- DOMINGO, Rafael (2006): *El Código civil japonés, un código a la europea* en LINARES, José Luis (Coord) *Liber amicorum, Juan Miquel: estudios romanísticos con motivo de su eméritazgo* (Barcelona, Pompeu Fabra) pp. 289-304.
- DOMINGO, Rafael y HAYASHI, Nobuo (2000): *Código Civil Japonés* (Madrid, Marcial Pons) 323 pp.
- EPP, Robert (1967): “The Challenge from Tradition. Attempts to Compile a Civil Code in Japan, 1866-78”, *Monumenta Nipponica* N° 22 pp. 15-48.
- FRANK, Ronald (2005): *Civil Code. General Provisions* en RÖHL, Wilhelm (Ed.): *History of Law in Japan since 1868* (Boston, Brill) 848 pp.
- GARCÍA SÁNCHEZ, Justo (1999): *Teoría de la immissio* (Universidad de Oviedo, Oviedo) 216 pp.
- GORDON, Andrew (2003): *A Modern History of Japan* (Oxford, Oxford University Press) 384 pp.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2000): *La codificación civil en Iberoamérica* (Santiago, Editorial Jurídica) 624 pp.
- HALEY, John Owen (1991): *Authority Without Power* (New York, Oxford University Press) 258 pp.
- HAYASHI, Tomoyoshi (2009): “El Derecho romano y el Código civil en el Japón moderno. Sistemática, propiedad y copropiedad”, *Revista Chilena de Derecho* N° 36-1, pp. 9-21.
- HEINECCIUS, J. (1830): *Recitaciones del Derecho Civil* (Madrid, Sanz) v. II, 599 pp.
- HOSHINO, Eiichi (1976): Influence of French Civil Law upon the Civil Code of Japan en TANAKA, Hideo (Ed.): *The Japanese Legal System* (Tokyo, Tokyo University Press) 900 pp.
- HOZUMI, Nobushige (1904): *The new Japanese civil code as a material for the study of comparative jurisprudence* (Tokio, Tokyo printing co.) 73 pp.
- HUFFMAN, James (2010): *Japan in World History* (New York, Oxford University Press) 157 pp.
- KUMAGAI, Kaisaku (1983): “Two Customs and the Codification of the Civil Code in Japan”, *Osaka University Law Review* N°30 pp.1-6.
- LONHOLM, Ludwig (1898): *The Civil Code of Japan Translated* (Tokio, Maruya) 321pp.
- NODA, Yosiyuki (1976): “Impact of Foreign Law and Legal Scholarship” en TANAKA, Hideo (Ed.): *The Japanese Legal System* (Tokyo, Tokyo University Press) 900 pp.

- NOSCO, Peter (2008): “Intellectual Change in Tokugawa Japan” en TSUTSUI, William M. (Ed.): *A Companion to Japanese History* (Malden, Blackwell) 618 pp.
- POTHIER, Robert Joseph (1846) : *Traité de la possession in Ouvres* (Paris, Cosset et N. Delamotte) 804 pp.
- RÖHL, Wilhelm (2005): “Public Law” en RÖHL, Wilhelm (Ed.): *History of Law in Japan since 1868* (Boston, Brill) 848 pp.
- SALA, Juan (1820): *Ilustración del Derecho Español* (Madrid, José del Collado) 348 pp.
- STEINER, Kurt (1950): “The Revision of the Civil Code of Japan: Provisions Affecting the Family”, *Far Eastern Quarterly* N° 9-2: pp. 169-184.
- TAKAYANAGI, Kenzo (1955): “Contact of the Common Law with the Civil Law in Japan” *The American Journal of Comparative Law* N° 4-1 pp. 60-69.
- TAKAYANAGI, Kenzo (1976): “A century of innovation” en TANAKA, Hideo (Ed.): *The Japanese Legal System* (Tokyo, Tokyo University Press) 900 pp.
- TROPLONG, Raymond Théodore (1835): *Le droit civil expliqué, De la prescription* (Paris, Charles Hingray), v. I, 651 pp.

#### NORMAS CITADAS

- ABGB art. 339
- BGB par. 862
- Código Civil Chileno art. 921
- Código Civil Japonés art. 198