

generales que hayan resistido a la prueba de la experiencia y el análisis crítico, al contrapunto entre jurisprudencia y doctrina.

VII

En síntesis, a mi juicio, el método de codificación de Derecho Constante mira efectivamente a producir ciertos efectos racionalizadores que justifiquen su remisión a la tradición bicentenaria de los códigos. Esos efectos no deberían, sin embargo, ser sobredimensionados. No se debería pensar, por una parte, que los nuevos códigos puedan asegurar el acceso público y directo al Derecho. No se debería suponer tampoco que todos los nuevos códigos podrán cumplir funciones articuladoras equivalentes a la que han cumplido los códigos tradicionales, cuya función como *lex generalis* parece, por otra parte, aconsejable mantener diferenciada.

COMENTARIO COLOQUIO SOBRE EL BICENTENARIO DEL *CÓDIGO CIVIL*: EL MÉTODO DE CODIFICACIÓN

*Carmen Domínguez Hidalgo**

I. CUESTIONES INTRODUCTORIAS

Agradecemos la invitación que nos formulara la Universidad Diego Portales a participar en este coloquio sobre el bicentenario del *Código Civil* francés, tercero al que me toca asistir en Chile, lo que por sí solo es revelador de la íntima conexión y adhesión que nuestro sistema jurídico tiene al francés, y en especial, a su *Code*.

Aceptar esta invitación ha supuesto, ciertamente, un desafío: el de intentar decir algo original en torno a un debate tan extenso y desarrollado en Francia como el que plantea la codificación y recodificación.

No obstante, las reflexiones contenidas en las exposiciones de los profesores. Barros y Tapia, con las que me he sentido claramente representada, quizá ello se deba a la deformación del privatista -creo, más bien, que la deformación del razonamiento lógico sistemático- (aunque claro está del método lógico sistemático de los privatistas podría agregar alguien) que conduce a mirar las cosas de un modo cercano en materia de codificación, me impulsan a hacer este breve comentario.

La primera observación apunta a la importancia que presenta la revisión de tal debate desarrollado en Francia, desde la perspectiva chilena: el interés de revisar una experiencia habida en otro sistema jurídico está no en copiarla (como lamentablemente solemos entender en Chile que significa hacer Derecho Comparado) sino confrontar sistemas para extraer lo bueno, justo y lógico, y descartar lo inútil.

Desde esta perspectiva, lo espléndido de este coloquio es que nos permite anticiparnos a los problemas que la codificación y descodificación, de un modo casi inevitable, plantean. En tal sentido, el debate existente en Francia nos obliga a extraer varias enseñanzas.

* Doctora en Derecho, profesora de Derecho Civil, Pontificia Universidad Católica de Chile.

II. LAS ENSEÑANZAS QUE EL DEBATE FRANCÉS ENTREGA AL DERECHO CHILENO

1) Una primera enseñanza

El que, a estos efectos, cierto orden metodológico en el razonamiento se impone. En tal sentido, el debate ante el sentido y utilidad de la codificación civil y su posible recodificación fuerzan a identificar el punto de partida, esto es, contestar la pregunta de base: ¿cuál es el reclamo que se le formula al estado actual de la codificación, al Código Civil existente?

En efecto, da la impresión que son varios reclamos que se sitúan en niveles distintos. Así, unos apuntan a aspectos puramente "formales", siguiendo la nomenclatura del profesor Barros para referirse a la codificación, y suponen básicamente el cuestionamiento que se le hace a su utilidad ante la dispersión de las respuestas civiles en la cada día más frondosa legislación especial. Otros, en cambio, apuntan a aspectos más sustantivos relativos a la mutación e, incluso, más al retraso que presentan las soluciones contenidas en el *Código Civil* y que, en síntesis, cuestionan el papel que tiene o puede seguir desplegando el referido cuerpo legal: a la centralidad o no que tiene el *Código Civil* en el seno de los ordenamientos jurídicos codificados del presente.

Desde el primer nivel, que aspira simplemente a la ordenación de la abundante legislación especial dispersa a efectos de hacerla comprensible y utilizable, la idea de una sistematización *à droit constant* parece seductora. Parece un mecanismo expedito de ordenar todo lo que está fuera del *Código*.

Con todo, si teóricamente ello puede ser admisible, mucho me temo que razones derivadas de nuestra experiencia legislativa —cuasi artesanal como podríamos describirla— nos hagan dudar de su utilidad concreta. En tal sentido, si en Francia ello ha conducido a excesos como los allí denunciados por la doctrina¹, entre ellos, el más importante que apunta a la modificación de los principios normativos que en ejercicio de la facultad de codificar a derecho constante se ha llegado a producir en ciertos casos, existen razones fundadas para pensar que ello pueda repetirse, pero de un modo exacerbado, en nuestro Derecho.

Desde el segundo nivel, el de los reclamos sustantivos, "materiales" como podríamos calificarlos siguiendo también al profesor Barros, son varios los comentarios que la experiencia francesa provoca a efectos chilenos.

¹ Resaltadas latamente por Nicolas MOLFESSIS, "L'avènement de la codification à droit constant", en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2002, p. 592 y ss.

En tal sentido, este debate es planteado en el contexto de una realidad legislativa diversa en materia civil. En otros términos, parece discutible sostener la existencia de una crisis del *Código Civil* en Chile premisa que, en cambio, en Francia, al parecer, constituye una de partida.

En efecto, es cierto que encontramos en nuestro Derecho ejemplos claros de mutación íntegra de principios contenidos en el *Código* decimonónico producidos por vía de leyes especiales. Pensemos sólo en lo acontecido en materia de regulación de la familia y del matrimonio —como muy escasamente ha sido observado en Chile— donde todos los principios que la informaban en la codificación —expresa y claramente expuestos, en nuestro caso, por Bello— han sido, tras años de evolución, absolutamente sustituidos, en muchos casos por unos exactamente opuestos. Y todo ello sin que así se haya percibido por los operadores del Derecho ante la ausencia de una reflexión global relativa al estado en que ha quedado o quedará la familia por influjo de toda la legislación especial, modificatoria o complementaria dictada con posterioridad al *Código*. En tal caso, parece que la recodificación se impone.

No obstante, en otras materias la superposición no ha alcanzado los niveles que en Francia justifican el que se haya convertido en un debate urgente. Así, por no citar sino uno, la responsabilidad civil en Chile se sitúa sólo en un nivel de incipiente desarrollo en términos que su teoría se construye —en su mayor parte— sobre los mismos principios clásicos: el paradigma teórico de la responsabilidad sigue siendo la responsabilidad por culpa, su tratamiento sigue anclado en la visión dualista, la concurrencia de responsabilidades sigue respondiéndose con la teoría de la no acumulación, por no señalar sino algunos aspectos.

En otras materias, incluso, la preeminencia alcanzada por otras disciplinas, pese a tratarse de unas típicamente civiles, ha estado auxiliada por una cierta pasividad del Derecho Civil; de suerte que más que hablar de crisis por exceso de legislación especial y oportunista debe mostrarse más como una resistencia de la doctrina civil a evolucionar y prestar el verdadero servicio que le corresponde. Es en mi opinión lo que ha sucedido en Chile en materia de derechos a la persona, donde la tutela ha quedado confinada al Derecho Público, fundamentalmente por vía del recurso de protección, sin que el Derecho Civil haya advertido el papel o función que le incumbe en ello. En efecto, si al Derecho constitucional le corresponde la formulación de los principios y garantías fundamentales de la persona en torno a los cuales ha de erigirse el ordenamiento jurídico, la precisión del exacto contenido de los derechos de la misma, de los límites existentes en ambos entre otros, son tareas del ordenamiento inferior y, en este caso, por razones obvias del Derecho Civil.

De este modo, si la importancia y utilidad de las respuestas contenidas en el *Código* pareciera haber quedado desplazada –por ejemplo, en materia de daños al honor, a la intimidación– por las vías constitucionales, ello no se debe sólo a una invasión normativa sino a la indebida comprensión de la utilidad que pueden prestar en ellos, por ejemplo, la acción de responsabilidad civil. Lo mismo acontece, por citar otro ejemplo, en materia de obligaciones y contratos donde ha habido una cierta resistencia a descubrir el papel y utilidad que pueden prestar ciertos principios generales del derecho como la buena fe, como producto de una comprensión estricta del contenido de lo contractual.

Por ello, si el *Código Civil*, en esencia los mecanismos de tutela que éste contiene, han resultado en cierta forma superados, lo ha sido en gran porción debido a la resistencia –de nuestra doctrina y jurisprudencia– para leer e interpretar una variedad de principios generales contenidos en sus reglas, desde el inicio, que habrían servido y servirían para resolver muchos de los problemas que la evolución posterior ha planteado. Ése no ha sido el caso francés, en cambio, donde esa doctrina y jurisprudencia han sido profundamente audaces y creativas llegando, incluso, hasta el exceso (si puede considerarse como tal el llegar a hacer decir a una regla algo exactamente contrario a lo que originalmente se entendía contenida en ella) planteando, entonces, la cuestión de la recodificación.

2) Una segunda enseñanza

El que los anhelos de reconstrucción del Derecho Común, que se estiman función del *Código Civil*, surgen necesarios por los fenómenos de dispersión y mutación, que son susceptibles de juicios críticos ambivalentes: positivos en muchos aspectos, en el sentido de que la evolución habida no sólo en Francia sino en España, por ejemplo, ha conducido a una revisión o, aun, integración de ciertos vacíos contenidos en la codificación decimonónica –hoy injustificables– tales como, a mi parecer, destacadamente acontece con los derechos de la persona. Negativos, en cambio, en otras materias cuando sólo han conducido a la sustitución de unos principios por otros que no están nítidos y para cuya inteligencia y sigio en ello la reflexión del profesor Peñailillo respecto de la ley. 19.585 de igualación de la filiación, pero, en mi opinión, plenamente aplicable a todo el Derecho de Familia “se requieren habilidades y destrezas especiales que permitan detectar sus fundamentos ocultos”².

² Daniel PEÑAILILLO AREVALO, “Las categorías de filiación y la investigación de la paternidad”, en *Modificaciones al Código Civil en materia de filiación*, *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, 1999, pp. 8 y 9.

3) Tercera enseñanza

El que los distintos niveles de “sistematización” jurídica –por resumir en síntesis lo que implica una codificación– pareciera que pueden subsistir de forma paralela y sin entorpecimiento la una de la otra. La *codification à droit constant* y la codificación civil pueden resultar complementarias, en la medida en que no se mire a esta última como la síntesis del Derecho Común, exclusiva y excluyente de toda otra regla especial, sino como el punto de partida y de llegada de todo conflicto jurídico civil que no encuentre o justifique respuesta particularizada.

Cierto es que –se podrá argumentar– esa convivencia teóricamente posible es en la práctica –y en perspectiva de futuro– insostenible y necesariamente contradictoria, destruyéndose los anhelos de sistematización a que aspiran ambas formas de codificación. En efecto, es imposible evitar que, por medio de la creación de sistemas normativos sectoriales, no se llegue a sustituir el principio contenido en el *Código*.

Con todo, una argumentación de esa índole esconde defectos permanentes –casi estructurales– de la mirada que tendemos a tener en los sistemas pertenecientes a la familia romano-germánica: Anhelos de miradas estrictamente lógicas, transparentes y absolutas que sean una traducción exacta de la realidad del problema que reclama solución jurídica. Y lo mismo se espera –en el tema específico– de la codificación olvidando que ello es una aspiración idílica no realizable y menos aún en el presente por varios motivos.

Primero, porque la técnica jurídica es siempre un ejercicio pedagógico (así, por ejemplo, la clasificación de los negocios jurídicos en gratuitos y onerosos, no significa que todos los actos puedan de un modo sencillo reconducirse a una u otra categoría siempre, sino tan sólo que, en general, ello puede hacerse), pero la realidad nos desborda y de ahí que, en numerosos casos, la calificación resulte compleja, incierta o, aun, imposible (formas onerosas que se utilizan para disfrazar intenciones liberales, por ejemplo).

Segundo, porque las soluciones no son –sino en muy escasa porción– universales y absolutas, antes bien están siempre expuestas a la evolución de las ideas y la mirada dispensada en el tiempo. Con ello –y quiero ser clara en la expresión de esta idea– no es que esté pretendiendo sostener que no existen principios jurídicos básicos, universales y permanentes y que toda definición sólo está sujeta a la opinión y visión que de los distintos problemas jurídicos tenga el legislador o el intérprete de turno. Desde luego que no. Sólo pretendo resaltar que, en el hecho, la solución jurídica final de un sistema –que es la que en el fondo interesa despejar mediante cual-

quier forma de sistematización- parece estar en derechos como el nuestro y el francés siempre expuesta a revisión y, mediante ello, a su reforma. De hecho, es lo que la historia del Derecho nos revela. Así, si la responsabilidad se anclaba en la noción de culpa era porque se entendía que la condena pecuniaria cumplía no sólo un papel resarcitorio sino, también, punitivo y preventivo; hoy, en cambio, se entiende -al menos en Chile y desde el punto de vista formal- como meramente reparador. Del mismo modo, si el Derecho de Familia se construía fundamentalmente a partir de la protección a la familia legítima -hoy matrimonial-, en el presente casi pareciera como si el origen matrimonial o no de la familia estuviera destinado a un papel más bien secundario; incluso, a no representar ninguno, atendido el hecho de que cualquier asociación afectiva tiende a concebirse como familia. En ambos casos, el afán práctico, ideológico de dar tutela a la víctima en el primer caso, de legitimar ciertas opciones individuales en el segundo, han desplazado el principio inicial en cuanto a construir una nueva respuesta.

Todo lo anterior se ve reforzado, en mi opinión, además, por otros aspectos que pueden ser preteridos en un análisis de esta índole.

Uno, en el presente, por la revisión permanente de la legislación civil que la mirada constitucional dispensa y que fuerza de un modo permanente a reformular las respuestas otorgadas por la norma jerárquicamente inferior. El acento en la tutela de la persona es una mirada forzosamente renovadora del Derecho Civil y, por lo mismo, del Código Civil.

Dos, por la revisión también permanente que la incorporación de los tratados internacionales a nuestros ordenamientos jurídicos determina. La óptica del Derecho subjetivo e individual a partir del cual ellos se construyen, determinan una fuente constante e irrefrenable de revisión de toda solución por cuestiones de simple lógica: la opción individual es siempre variada, infinita, no subsumible en reglas necesariamente abstractas y generales como las jurídicas.

Tres, por la descodificación que el modo con que actualmente se legisla -empleo premeditadamente esta expresión, pues aludir a la idea de técnica legislativa parece impropio dado que ello es justamente lo que se bate en retirada-. En efecto, la proliferación de normas dictadas, como gráficamente lo ha descrito el profesor Hinestrosa³, "al calor" de las circunstancias, de las presiones políticas o de la opinión pública es una constante en

³ Fernando HINESTROSA, "¿Cómo codificar? El método", en *El futuro de la codificación en Francia y en América Latina, Coloquios del Senado*, París, Association André Bello des Juristes Franco-latinoaméricains, 2004, p. 286.

todos los sistemas y, por cierto, en el nuestro. De este modo, la legislación descuidada, poco reflexionada, no sometida a la crítica especializada proliera sin otro cuestionamiento que el que la doctrina efectúa.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

En síntesis, todo lo anterior conduce a preguntarnos, más bien, si la recodificación tiene sentido o utilidad en el presente. Es indudable que ello excede los límites de este comentario, pero, en mi opinión, es la cuestión de fondo: ¿tiene sentido?, ¿qué utilidad concreta puede prestar?, ¿no pasa a ser, más bien, ordenación jurídica con beneficio de inventario? En otros términos, ordenación sí, pero sujeta a lo que en el futuro pueda decirse en contra?

Todo ello determina una mirada más bien escéptica atendida las dificultades que plantea. No obstante, ese escepticismo puede combatirse si se asumen desde el inicio en este tema dos premisas básicas.

La primera consiste en asumir que el anhelo teórico y práctico por la sistematización parece indiscutible y, más bien, es condición de certeza jurídica y con ello de justicia. En tal sentido, una recodificación civil parece de toda lógica y justicia.

A ello se añade, en segundo término, que ese desafío debe enfrentarse asumiendo el contexto actual del Derecho Civil, ciertamente muy distinto al existente a la época de la codificación decimonónica. En tal sentido, todos los factores antes referidos (el constitucional, internacional, la descodificación) están ya instalados tanto en el ordenamiento como en el razonamiento jurídico. Por lo mismo, esa recodificación debe realizarse a partir de esta realidad.

Por último, sólo insistir que en el caso chileno todo ello parece aún más difícil, pues éste es reactivo a la reflexión y rápido a la repetición e importación de soluciones extranjeras. En tal contexto, la sola invitación a revisar estas cuestiones -como lo ha hecho este coloquio- son, con todo, una cierta esperanza de que ello sea posible.