

## COMENTARIO A CONFERENCIAS DEL PRESIDENTE MICHEL COUAILLIER Y DEL PROFESOR GONZALO FIGUEROA YÁÑEZ

*Hernán Corral Talciani\**

### 1. "L'ETÀ DE LA DECODIFICAZIONE":

DOS DÉCADAS DESPUÉS

El 20 de junio de 1978 en una sala de clases de la Universidad de Salamanca, el profesor Natalino Irti sostuvo por primera vez su opinión sobre la crisis del sistema basado en el *Código Civil* y anunció que había llegado "l'età de la decodificazione". El tema de la clase versaba sobre la relación entre el *Código Civil* y las leyes especiales no recogidas en el *Código*.

Veinte años después de la publicación de su teoría en un ensayo (1979), que suscitará apasionados debates en la dogmática italiana y europea (y tardíamente en la americana y chilena), en el prólogo de la cuarta edición<sup>1</sup>, Natalino Irti lejos de rectificar alguno de sus postulados se cree en el deber de sostener que su concepción, pese al tiempo transcurrido, debe considerarse esencialmente correcta.

No estará de más, pensamos, que nuestro comentario a las contundentes conferencias del presidente Couaillier y del profesor Figueroa, sobre los procesos de descodificación y recodificación, parta de una revisión de la teoría de Irti en sus postulados originales. Cuando se habla de "descodificación" a secas, puede darse la impresión de que nos estamos refiriendo a un hecho simple que no tiene mayor novedad, a saber, el vaciamiento de ciertos contenidos del *Código Civil* en favor de leyes especiales. O, por el contrario, podemos creer que estamos ante un mero ataque exasperado contra los valores expresados en el *Código Civil*, un alegato político en favor de la constitucionalización del Derecho Civil y un llamado a una sustitución o modernización del *corpus iuris*. Si entendemos así lo que se ha dado en llamar descodificación, puede considerarse sencillo restar importancia o, incluso, refutar la "pérdida de valor del Código", o sea, como hace el presidente Couaillier, defendiendo la estabilidad del *Code Civil* y su plasticidad

\* Profesor de Derecho Civil y decano Facultad de Derecho Universidad de Los Andes.

<sup>1</sup> Giuffrè, 1999.

para ser adaptado a la realidad social por la vía de la jurisprudencia o de las intervenciones puntuales del legislador; es decir, a la inversa, proponiendo, como el profesor Figueroa, que la mejor forma de defender la codificación es sustituyendo el *Código* tradicional y sino bicentenario como el francés, al menos sesquicentenario desde el próximo año, como el chileno. Así, también, es posible oponer a la descodificación la idea de la recodificación con los ejemplos de nuevos códigos que aparecen en nuestra época, como el peruano, el de Québec, el de Brasil. Incluso, se dice que existe en proceso un código civil chino. Y desde varias instancias se trabaja en la unificación del Derecho Civil europeo en un código de los contratos.

## 2. ALCANCES DE LA TESIS DE IRTI: FENOMENOLOGÍA Y MÉTODO

La teoría de Irti pretende hacer notar, en primer lugar, una observación meramente fenomenológica: la proliferación de leyes especiales, con principios y valores autónomos y diferentes a los del *Código Civil*. A ello se añade la Constitución que pasa a ocupar el papel rector en la afirmación de valores y principios generales como libertad, autonomía, igualdad, protección a la familia, derecho de propiedad, etc. Desde el Derecho supranacional o internacional, por otro lado, surgen nuevas normativas o declaraciones de principios y orientaciones que superan en contenido y jerarquía a las reglas codificadas. Estaríamos, así, frente a una especie de arrinconamiento de la esfera de aplicación práctica del *Código*, tanto en sus normas como en los valores por ellas consagrados.

De la observación del fenómeno, Irti desprende una propuesta metodológica para el dogmático y para la ciencia jurídica. El *Código* debe dejar de ser valorado como derecho común y supletorio y debe resignarse a constituir uno más de los microsistemas conformados por esta variedad de legislaciones especiales. La dogmática decimonónica veía en el *Código* el mismo sistema del Derecho Civil. Es conocida la frase del jurista francés Brugnet de no poder enseñar Derecho Civil sino Código Civil. La elaboración jurídica de la Escuela de la Exégesis va a tratar de reflejar mejor, organizar, amplificar el sistema cuya base condensada en reglas generales y abstractas reside en el *Código*. Las leyes especiales son consideradas excepcionales y reconducidas en sus vacíos a los principios y reglas del *Código*. En esta visión, las leyes especiales, justamente por ser de excepción, reafirman el carácter central de la normativa codificada.

En la teoría de Irti la descodificación viene a demostrar que esta forma tradicional de concebir y operar en el Derecho Privado no puede sostener-

se en la actualidad. No existe ya un solo sistema que conecte al *Código Civil*, como parte general, con las leyes especiales, como Derecho particular. Las leyes especiales son cada una de ellas un verdadero sistema que se autoalimenta y nutre con principios interpretativos propios y exclusivos. Del monosistema del *Código Civil* hemos pasado a un derecho privado polisistémico, siendo el *Código Civil* uno más de esos muchos sistemas fragmentados y dispersos. Su función ya no es supletoria ni aglutinante, sino residual: lo que no aparece regulado por los sistemas particulares puede encontrar cabida en el texto amplio del *Código*<sup>2</sup>. Puede, también, el *Código* proveer a los demás sistemas de conceptos o categorías, pero a condición de que sean generalísimas (como contrato, propiedad, derecho subjetivo etc.) y, por lo tanto, instrumentales y no orientadoras o rectoras:

“Las leyes externas –dirá Irti– multiplicándose y consolidándose, volverán más rápido y profundo el proceso de expropiación del Código, reducido, por un lado, a disciplina de casos residuales, y, por el otro, a reglas de institutos amplísimos, considerados como presupuestos justamente por aquellas leyes. Las disciplinas generales permanecerán en el Código como ramas secas, sectores normativos superados por nuevos principios generales y ricos en simple prestigio o sugestión histórica: más temprano o más tarde, caerán del viejo tronco, y serán absorbidas por las leyes consolidadoras de materias o clases de relaciones singulares”<sup>3</sup>.

Se abre, por tanto, un panorama complejo para el jurista acostumbrado a apoyarse constantemente en el *Código* y en un solo sistema de reglas y valores. Irti llega a postular la existencia de normas que sencillamente no pertenecen a sistema alguno; serían normas asistemáticas.

Su propuesta es que la misión y el método tradicional de la dogmática civil, que era la construcción de un gran y único sistema, a través de la coordinación de las leyes especiales en torno al *Código*, debe ceder paso a una modesta recomprensión de la complejidad de la legislación fragmentaria y dispersa que conocen hoy día los países que siguieron el proceso de codificación francés. Curiosamente plantea un cierto regreso a la exégesis (una “neoexégesis”) que no se funde ya en el *Código Civil* sino que tenga en cuenta

<sup>2</sup> Natalino IRTI, *L'età de la decodificazione*, 4ª ed., Milano, Giuffrè, 1999, p. 40: “Al Código Civil no puede reconocerse... el valor de derecho general, de sede de principios, que son desarrollados y ‘especificados’ por leyes externas. El funciona hoy como derecho residual, como disciplina de los casos no regulados por las normas particulares”.

<sup>3</sup> *Op. cit.*, p. 47.

las leyes especiales de un modo paritario con aquél, sin la pretensión de construir un único y globalizante sistema jurídico sino, más bien, dando cuenta de su multiplicidad y fragmentariedad<sup>4</sup>.

### 3. LA VIGENCIA DE ESTOS POSTULADOS EN LOS INICIOS DEL SIGLO XXI

Como vemos, de esta apretada síntesis, la teoría de la descodificación resulta sugerente y provocativa. No basta con desecharla diciendo que a veinte años de su formulación los códigos siguen vigentes o que, incluso, se han renovado o aprobado nuevos códigos, como destaca el profesor Figueroa, que agrega, además, que también en Chile se hacen esfuerzos por la Fundación Fueyo para revisar el *Código* de Bello.

Pero Irti nunca ha sostenido la desaparición de la técnica codificadora sino, más bien, la pérdida del sentido nuclear del *Código*, su capacidad de proyectar una fuerza directiva a todo el Derecho Privado y otorgarle la consistencia de un sistema único y coherente. El problema no es, entonces, si debe o no existir un código civil, sino cuál es el papel que se asigna a dicho cuerpo legal en la organización y aplicación del material jurídico normativo y cómo se resuelve la tensión entre *Código*, Constitución, legislación internacional y legislación especial claramente exorbitantes de las reglas tradicionales.

Irti habla, desde la experiencia italiana, de leyes que surgen como producto del acuerdo entre los gremios y el gobierno, lo que le da pie para sostener que se ha invertido el principio de que el contrato tiene fuerza de ley, por el inverso de que la ley adquiere la fuerza del contrato<sup>5</sup>. Nosotros nos sentimos tentados de añadir a este fenómeno (menos frecuente en nuestro país), las numerosas leyes de carácter mediático que buscan principalmente enviar un mensaje a la opinión pública a través de los medios de comunicación social.

Es claro que hay un cambio fenomenológico y que éste debe influir en la metodología de la producción, interpretación y aplicación del Derecho. Pero lo que no resulta fácil compartir con Irti es que efectivamente el *Código Civil* haya sido reducido a un derecho residual, prácticamente sin utilidad para resolver los problemas de la realidad social y sobrepasado por los microsistemas de la legislación particular.

<sup>4</sup> IRTI (n. 2), p. 139.

<sup>5</sup> *Op. cit.*, p. 37.

### 4. UN CUESTIONAMIENTO A LA TEORÍA DE LA DESCODIFICACIÓN

Aunque muchos autores han sentido la fuerza persuasiva de la teoría de Irti, y el neologismo "descodificación" ha pasado a ser moneda corriente en los tratados, manuales y monografías jurídicas, lo cierto es que la mayor parte de la doctrina no se muestra convencida por los argumentos de Irti. En la misma Italia, los juristas tienden a cuestionar las premisas de las que se deriva la teoría y, por diversas vías, proponen redescubrir el sentido y valor del *Código* como derecho común y nuclear dentro de un macrosistema de Derecho Privado, ciertamente más complejo y dinámico que el del siglo XIX.

Se concuerda en que lo que ha periclitado es la imagen del *Código* construida por los juristas e ideólogos del racionalismo ilustrado. El *Código* no es ya "el" sistema de Derecho Privado, al cual deben someterse los jueces y los intérpretes con el culto a la letra y la voluntad del soberano legislador. Es cierto, además, que el *Código* ha perdido vigencia frente a las realidades sociales y económicas nuevas, y que el legislador las ha debido enfrentar mediante legislación especial básicamente por la velocidad con la que surgen y mutan, lo que parece desaconsejar su alojamiento dentro de las reglas codiciales necesitadas de mayor consolidación y estabilidad. Igualmente, es correcto que la Constitución ha adquirido un relieve que no tenía en el sistema decimonónico en áreas propias del Derecho Civil y ha impulsado una lectura de la normativa del *Código* bajo nuevos valores que no coinciden con el liberalismo individualista de sus primeros aplicadores. Lo mismo puede decirse de las convenciones y tratados internacionales.

Todo lo anterior es verdad. Pero reconocerlo no tiene por qué implicar la renuncia a otorgar racionalidad y coherencia al conjunto de fuentes de Derecho Privado cayendo a la idea de un derecho polisistémico y fragmentario, que, en el fondo, constituye la abdicación del intento más propio de la ciencia jurídica de simplificar, relacionar, sistematizar el material jurídico para propender a una aplicación más justa e igualitaria, frenando los excesos de la arbitrariedad del juez o del poder gubernamental. Dentro de este sistema más complejo el *Código Civil* sigue estando llamado a ocupar una posición central, aunque ya no única. Las leyes especiales se nutren del *Código* y, a su vez, éste se alimenta de los nuevos principios y de reformas que provienen de leyes especiales. Véase, por ejemplo, lo sucedido en Chile con la ley N° 19.335, que estableció el estatuto de los bienes familiares y el régimen alternativo de participación en los gananciales, y que de ley especial pasó a incorporarse al *Código* en virtud de la edición refundida encargada al Presidente de la República. Estamos en presencia de un fenómeno de retroalimentación. La Constitución misma no puede ser leída sin el apo-

yo de la cantera de reglas, normas y conceptos propios del Derecho Civil. Según Guzmán Brito el error de Irti fue no haber distinguido entre descodificación meramente formal a través de leyes especiales que en lugar de arrinconar el *Código* lo suponen y lo necesitan, y descodificación material, que se produce cuando se dictan no sólo leyes especiales sino singulares, es decir, que parten de lógicas o valores opuestos a los del *Código* (en tal sentido la única que habría sucedido en nuestro Derecho sería el desgajamiento del Derecho laboral y el intento frustrado de regular la propiedad con criterios de raigambre socialista a través de las leyes de reforma agraria)<sup>6</sup>.

En suma, no hay tal descodificación si queremos entenderla como lo hace Irti al conferirle al *Código Civil* el carácter de derecho meramente residual. Como ha destacado el profesor español Carlos Martínez de Aguirre, puede decirse que en esta renovada comprensión del sistema jurídico civilista, “el vértice es la Constitución; el centro de gravedad, el Código; y los elementos determinantes de su dinamicidad, las leyes especiales”<sup>7</sup>. La conformación de esta unidad racionalizadora en constante movimiento compete al jurista, pero también al legislador. No todas las leyes especiales alcanzan la sedimentación, generalidad y arraigo social como para que puedan incorporarse a las normas del *Código*, que sigue siendo el centro del sistema y que, por tanto, requiere estabilidad y permanencia. Es la impresión que tengo de la conferencia del presidente Couaillier, quien en su experiencia de magistrado judicial puede afirmar con propiedad que el *Código Civil* francés en sus doscientos años ha sido acondicionado, corregido, completado, pero no sustituido: “Segue siendo la fuente central del derecho privado. Es lo ‘normal de nuestra vida social’”, apunta. No piensa que la jurisprudencia que ha construido verdaderos edificios sobre un alfiler, como en el caso de art. 1.382 del *Code*, sea un fenómeno constitutivo de descodificación sino, más bien, un desarrollo y despliegue del mismo potencial del *Código* y de la austeridad y generalidad de sus normas, susceptibles de adaptación a los tiempos por la obra creadora del juez.

La misma opinión parece compartir el profesor Figueroa en cuanto al concepto y papel del *Código Civil* dentro del sistema jurídico, aunque a él le preocupa la obsolescencia de las normas codiciales y piensa que una “recodificación” sería conveniente para revitalizar la función rectora del ordenamiento civil que corresponde al *Código*. Su propuesta es muy concreta en cuanto a las nuevas materias que este nuevo código debería abordar,

<sup>6</sup> Alejandro GUZMÁN BRITO, “Codificación, Descodificación y recodificación en el Derecho Civil chileno”, en *RDJ*, tomo 90, Derecho, pp. 39-62.

<sup>7</sup> Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *El derecho civil a finales del siglo xx*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 72.

multiplicando el número de libros que lo componen. Por nuestra parte, abrigamos serias dudas que la simple sustitución formal de materias del *Código* sea oportuna y conveniente en el estado actual de nuestra cultura jurídica. El costo de desprestigiar una obra de sabiduría jurídica y de autoridad reconocida internacionalmente como la de Bello, por un código que pueda seguir mejor las corrientes jurídicas de moda del momento, pero que no sea capaz de hacer frente a la fragmentación y dispersión de la legislación que denuncia Irti, podría ser elevado y terminar generando más problemas que soluciones. Concordamos con Guzmán Brito en que es mejor tener un código antiguo con algunas deficiencias, que uno moderno, pero técnica y científicamente pobre<sup>8</sup>.

##### 5. UNA PROPUESTA PARA EL CASO CHILENO

Por cierto, que cabe una solución intermedia que permita conservar el *Código* de Bello y su estructura fundamental y, a la vez, remozarlo y perfeccionarlo para ponerlo a tono con la realidad actual. Nuestra propuesta pasa por dos momentos: en primer lugar, creemos que es indispensable revitalizar la figura del jurista como operador esencial que compone el sistema en continua construcción, que es el Derecho Privado. El profesor italiano Sandro Schipani en un artículo publicado en la revista *Roma y América*, sostiene que los juristas son los verdaderos *conditores iuris*, los fundadores del Derecho<sup>9</sup>. El *Código* es un instrumento que la ciencia jurídica puede utilizar para desarrollar y hacer progresar el Derecho o, por el contrario, para encosertar y rigidizar el sistema. Muchas críticas que se dirigen a la codificación decimonónica no son endosables directamente al código francés ni a sus emuladores, sino al movimiento ideológico del legalismo estatal que predominó en la doctrina de la exégesis<sup>10</sup>, y que terminó por convencer a los jueces de que su papel se reducía a aplicar mecánicamente la ley con el método de la subsunción. Como ha sostenido Bernardino Bravo Lira, la conversión del

<sup>8</sup> GUZMÁN BRITO (n. 6), p. 62.

<sup>9</sup> Por el contrario, IRTI (n. 2), p. 127, sostendrá que en la edad de la descodificación el jurista no es más que un técnico “personaje secundario y bastante incómodo, que recuerda a los distintos grupos que deciden —clase política, empresarios, administración pública— las finas mallas tejidas por las leyes especiales. La elección de los objetivos ya no le pertenece; otros, decidiendo y proyectando, piden al jurista una contribución técnica, que se inserta en los ritmos de la sociedad industrial”.

<sup>10</sup> Sandro SCHIPANI, “I giuristi iuris conditores / fondatori del diritto”, en *Rivista Roma e America. Diritto Romano Comune*, 13, 2002, pp. 275-293.

*Código* en el símbolo de la ideología ilustrada de que la ley estatal es la única fuente del Derecho, no habría sido posible sin que los jueces se hicieran partícipes de tal visión:

“...aunque parezca paradójico, lo decisivo en esto no fueron los códigos mismos, sino un cambio de mentalidad de los propios jueces. Bajo el influjo de la Ilustración se persuaden no sólo de la omnipotencia de la ley, sino de su propia impotencia frente a ella. No osan revisar su contenido. Sólo atinan a aplicarla tal como viene. Sin esto habría sido imposible una legalidad por la legalidad”<sup>11</sup>.

Además de rescatar esta forma de concebir la función de la dogmática o doctrina civil, pensamos que es necesaria una respuesta legislativa. Pero no encaminada a sustituir el *Código Civil* sino a la aprobación de una ley de remozamiento y modernización del mismo. Propiciamos algo parecido a lo que Guillermo Borda, como Ministro de Justicia, logró obtener en el Parlamento argentino, al aprobarse la ley N° 17.711, de 22 de abril de 1968<sup>12</sup>. Según Borda, la comisión encargada de estudiar el proyecto concluyó que era mejor una reforma parcial que total: “se consideró preferible mantener la vieja estructura del Código, pero acoger las modificaciones sustanciales que exigía el nuevo derecho”<sup>13</sup>. No deja de ser significativo que ésta haya sido la única reforma importante y global del *Código* que llegó a buen puerto en el país vecino, mientras se sucedían sin éxito uno tras otro proyectos de nuevo código que pretendía sustituir por entero el de Vélez Sarsfield (el último de 1998 y considerado ya también fracasado).

En esta ley de remozamiento y modernización se pueden realizar de manera cuidada y rigurosa varias operaciones que podrían ser de mucho interés. Sugerimos las siguientes:

- 1º) La recepción de ciertos principios constitucionales para otorgarles protección civil: el concepto de persona basada en el valor de la dignidad humana y no en su capacidad patrimonial, el reconocimiento de algunos derechos de la personalidad (honra, intimidad, imagen), la función social de la propiedad, la protección de la familia constituida a través del matrimonio, la igualdad de los cónyuges en la administración de

<sup>11</sup> Bernardino BRAVO LIRA, “Arbitrio judicial y legalismo. Juez y Derecho en Europa Continental y en Iberoamérica antes y después de la codificación”, en *RDJ*, tomo 87, Derecho, p. 67.

<sup>12</sup> Guillermo BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, 11ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996, tomo I, pp. 142-144

<sup>13</sup> *Op. cit.*, tomo I, p. 141.

los bienes sociales de la sociedad conyugal, una mayor autonomía para la creación de personas jurídicas sin fines de lucro, etcétera.

- 2º) La solución de las principales antinomias del *Código* reconocidas por la doctrina: así las famosas controversias sobre los arts. 680 y 1874 CC (cláusula de no transferirse el dominio por el no pago del precio), arts. 1.574 y 2.291 CC (efectos del pago hecho por un tercero en contra de la voluntad del deudor), arts. 924 y 925 CC (sobre prueba de la posesión de los derechos sobre inmuebles).
- 3º) La determinación en un sentido o en otro de viejas cuestiones que dividen la jurisprudencia: el papel de la inscripción en la constitución del usufructo y de la hipoteca, si debe inscribirse el derecho de cesión de herencia, el origen del contrato que excluye la acción de precario, la naturaleza del plazo en el contrato de promesa, la validez de las cláusulas de no enajenar, etcétera.
- 4º) La introducción, con sensatez y prudencia, de figuras y valores nuevos en el *Código* que propugnen una mayor cercanía con las doctrinas modernas más consolidadas: el abuso del derecho, el principio de buena fe, la lesión, la imprevisión contractual, la moderación de la acción resolutoria y el acortamiento del plazo del deudor para enervar la acción, la protección de terceros adquirentes de buena fe, la procedencia del daño moral en la responsabilidad contractual, el traslado del riesgo de la cosa que se debe del acreedor al deudor, etcétera.

Agradecemos al presidente Couaillier y al profesor Figueroa la oportunidad que nos han brindado para bosquejar estas ideas como comentarios a sus conferencias. En síntesis, propiciamos un código civil adaptado, pero no sustituido. Seguimos así lo que en su tiempo pensaba el mismo don Andrés Bello considerando también el ejemplo de Francia:

“La práctica sin duda descubrirá defectos en la ejecución de tan ardua empresa [la de hacer el *Código*]; pero la legislatura podrá fácilmente corregirlos con conocimiento de causa, como se ha hecho en otros países y en la misma Francia, a quien se debe el más célebre de los códigos y el que ha servido de modelo a tantos otros” (*Mensaje del Código Civil*).