

“La codificación legislativa reúne y clasifica en los códigos temáticos el conjunto de leyes en vigencia a la fecha de adopción de los referidos códigos. Esta codificación se hace *à droit constant*, bajo reserva de las modificaciones necesarias para mejorar la coherencia en la redacción de los textos reunidos, asegurar el respeto de la jerarquía de normas y armonizar el estado de derecho”.

Sin embargo, esta codificación *à droit constant* ha sido también criticada por alejar los códigos del ideal de síntesis y de claridad propios de la codificación tradicional.

SENTIDOS Y MÉTODOS DE LA CODIFICACIÓN EN EL DERECHO*

*Enrique Barros Bourie***

I

Esta ponencia intenta enfrentarse con algunas interrogantes acerca de la naturaleza y sentido de la codificación en el Derecho Contemporáneo. Con ese fin, siguiendo una distinción asentada, resulta útil asumir como esquema de análisis un sentido formal y un sentido material de codificación¹.

Formalmente, el código es un ordenamiento de normas referidas a materias de diversa generalidad². La codificación civil responde al propósito de ordenar sistemáticamente las normas relativas a un extenso ámbito de relaciones privadas, que nacen de la familia, de la propiedad, del acto y del hecho jurídico, incluida la muerte. En tal sentido, el Derecho Civil está codificado en un sentido formal; como también lo son las codificaciones sucesivas que han ordenado las más diversas áreas del Derecho, desde el *Código Constitucional* hasta el *Sanitario*.

De particular interés como ejemplo de codificación en un sentido estrictamente formal es la codificación de Derecho Constante emprendida en el moderno Derecho francés³. Esta tarea tiene esencialmente por objetivo la consolidación en un texto ordenado de la legislación vigente, que se encuentra dispersa en incontables fuentes legales y reglamentarias. El proceso

* Este texto es una versión corregida y ligeramente ampliada de la presentación Codificación civil y administrativa leída en el congreso organizado en el marco del bicentenario del *Código Civil* francés por la Asociación Andrés Bello de Juristas Franco-Latinoamericanos y publicada en Christian LARROUMENT y Mauricio TAPIA (editores), *El futuro de la codificación en Francia y América Latina*, 2004, p. 313 y ss.

** Profesor de la Universidad de Chile.

¹ Véase Alejandro GUZMÁN, *La fijación del Derecho*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1977, p. 21 y ss.

² Sobre el origen y evolución del concepto de código en el Derecho, Alejandro GUZMÁN, “*Codex*”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, x, 1985, p. 107.

³ Sobre esta práctica, G. BRAIBANT, “*Comment codifier. La méthode*”, Christian LARROUMENT y Mauricio TAPIA (editores), *El futuro de la codificación en Francia y América Latina*, 2004, p. 275.

va más allá de nuestra práctica legislativa chilena de los “textos refundidos”, que usualmente resultan de autorizaciones que el legislador otorga a la administración para establecer en un único texto leyes que han sido objeto de innumerables modificaciones con el correr del tiempo. El procedimiento francés es más institucional, porque consiste en una práctica sustentada en un órgano administrativo permanente que actúa por mandato legal. Pero también es más comprensivo, porque responde al propósito de racionalizar la presentación de todo el Derecho vigente, favoreciendo su claridad y accesibilidad. Su modesta finalidad es hacer más transparente la legislación: “se trata de ofrecer a los ciudadanos, a los empresarios, aún a los funcionarios, la posibilidad de acceder fácilmente al derecho, pues es más cómodo consultar un código que buscar en doscientos textos”⁴. Me parece que la experiencia de la técnica del Derecho Constante, debidamente ponderada en sus virtudes y debilidades⁵ es del mayor interés práctico, porque favorece el conocimiento y certeza del Derecho vigente. Por esos solos méritos merece la mayor atención, especialmente en áreas del Derecho donde concurren múltiples regulaciones. En esencia, se trata de una codificación administrativa, que rastrea, ordena, descubre inexactitudes, incoherencias y defectos y propone un texto que no innova normativamente, pero elimina la carroña legal y pretende hacer luz en el Derecho vigente. De paso, el rastreo administrativo puede dar con incoherencias o imprecisiones que suelen motivar una reforma legal, allí donde ésta es necesaria.

El proceso regulador, que se materializa en leyes y normas administrativas de carácter general, es esencialmente técnico e instrumental. A menudo, es también oportunista, porque tiene por objetivo corregir sobre la marcha conductas impropias o resolver problemas en un área específica de actividad. El método de codificación de Derecho Constante nos abre luces acerca de la potencia práctica de introducir racionalidad en el confuso “estado de cosas” a que conduce un conjunto de normas que suelen encontrarse dispersas en multitud de leyes o regulaciones y que responden a una legislación inspirada por fines diversos y, a veces, contradictorios.

II

Pero la codificación también puede ser entendida en un sentido *material*. Puede entenderse por tal un ordenamiento que responde a un cierto sistema

⁴ BRAIBANT (n. 3), p. 277.

⁵ N. MOLFESSIS, “Comment codifier. La méthode”, en Christian LARROUMENT y Mauricio TAPIA (editores), *El futuro de la codificación en Francia y América Latina*, 2004, p. 265.

‘interno’, porque está articulado en torno a principios normativos y a categorías conceptuales, y que usualmente consolida los cambios, por lo general incrementales, aunque en ciertos lugares críticos también suelen ser discretos, introducidos por la jurisprudencia con el auxilio de la doctrina jurídica. Ésta parece ser la naturaleza esencial de la codificación en el Derecho Privado, en el Derecho Penal y, desde luego, de la parte normativa del Derecho Constitucional⁶.

¿Por qué esta diferencia? Porque el Derecho no sólo es un programa de conducta (al modo de las regulaciones administrativas) sino, también, es un ordenamiento inteligible a la luz de principios y de una forma conceptual, que no es monolítica, como ha destacado Busnelli⁷, pero que está articulada por una *ratio* que sirve de horizonte interpretativo a casos suscitados en circunstancias muy diversas. En cierto sentido, el Derecho Privado expresa la dialéctica de experiencia y de razón, que se formula en un *corpus* de principios que orientan el discernimiento y de reglas de diferentes grados de precisión. Por el contrario, como lo ha explicado correctamente la teoría funcionalista del Derecho, en el ámbito de las regulaciones todo contenido es experimentado como fungible, porque también podría ser formulado de una manera diferente. El Derecho Urbanístico o las regulaciones ambientales son instrumentos utilizados para establecer políticas públicas que cambian periódicamente. Son programas de conducta, que presentan típicamente la estructura de un juicio condicional: dado tal antecedente, se sigue tal efecto normativo⁸.

⁶ La parte general del Derecho Administrativo ha adquirido, también, la forma comprensiva de una disciplina fundada en principios y reglas. Desde esta perspectiva, debe distinguirse ese ordenamiento común de las administraciones públicas de las regulaciones que son dictadas en ejecución de las tareas asignadas por la ley; sobre el Derecho Administrativo como derecho común estatutario de las administraciones públicas, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 11ª ed., Madrid, Civitas, 2002, I, p. 42.

⁷ F. BUSNELLI, “Comment codifier? La méthode”, en Christian LARROUMENT y Mauricio TAPIA (editores), *El futuro de la codificación en Francia y América Latina*, 2004, p. 265.

⁸ Es interesante recordar las ventajas que N. Luhmann atribuía al Derecho como subsistema social que permite la programación social mediante el Derecho Administrativo: ante todo, el Derecho Positivo abre camino para la variación de sus contenidos, permitiendo que las regulaciones sirvan alternativamente, por ejemplo, para impulsar el consumo o controlar los equilibrios macroeconómicos; enseguida, esta elasticidad del Derecho Positivo permite tecnificar los programas condicionales, hasta el límite en que pueden devenir en verdaderos algoritmos; finalmente constituyen un ahorro de comunicación, porque el programa puede ser formulado en términos generales que descarga a quien lo aplica de la necesidad de volver a discernir las consecuencias en cada caso individual (“Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft” en *Ausdifferenzierung des Rechts*, 1981, p. 141 y ss.).

Sin embargo, el modelo de las regulaciones no agota las formas de manifestación del Derecho. Para ello es conveniente recordar la distinción que hacía Wittgenstein entre “reglas subsumtivas”, que son esencialmente ciegas, pues carecen de una lógica interna; y “reglas creativas”, que están dotadas de un cierto sentido, lo que les permite dar respuestas, incluso, para los casos no previstos por la propia regla⁹. Ambos tipos de reglas coexisten en el Derecho. La potencia del Derecho Civil, especialmente del Derecho de Obligaciones, está dada precisamente porque incluye reglas de esta segunda clase. Y en este punto reside una diferencia bien esencial con las regulaciones administrativas. Mientras la norma reglamentaria que fija el límite de emisión de una cierta sustancia contaminante difícilmente va a dar respuesta a la pregunta por el límite vigente respecto de otra sustancia diferente, las normas que rigen las relaciones provenientes de un contrato permiten usualmente inferir soluciones, aun, en casos que no están exactamente cubiertos por la regla. Desde el Derecho Romano, las relaciones jurídicas privadas no están regidas por las meras palabras, sino por el sentido, de modo que la tarea del juez y del experto es comprender el caso a la luz de la razón que subyace a la norma aplicable¹⁰.

Aunque los principios que los inspiran y su función son diferentes al Derecho Privado, algo semejante ocurre en el Derecho Penal y Constitucional. En el primero, las categorías básicas, que son constitutivas del concepto de delito, están dadas por un conjunto de doctrina científica y jurisprudencial que no puede ser subsumtivamente derivada de las palabras del *Código*. Aún más extremo es el caso del Derecho Constitucional. Ante todo, porque la Constitución expresa los derechos de una manera muy general, de modo que constituye un ordenamiento positivo provisto de un fundamento semántico muy elemental. Además, porque esos derechos, de límites indefinidos por el texto, pueden ser regulados por la ley en una extensión que tampoco resulta precisa. En tercer lugar, porque no es infrecuente que los derechos estén recíprocamente en colisión, con la consecuencia de

⁹ Pueden compararse L. WITTGENSTEIN, *Investigaciones filosóficas*, 1958, párrafos 85, 99, 100, 201, 202; la idea de ‘reglas subsumtivas’ y ‘reglas creativas’ en Wittgenstein proviene de S. KÖRNER, “Über Sprachspiele und rechtliche Institutionen”, en *Ethik: Grundlagen, Probleme, Anwendungen* (Actas del 5° Simposio Internacional sobre L. Wittgenstein), 1981, p. 481. La distinción parece estar en el trasfondo de la conocida caracterización de H.L.A. Hart de un escepticismo ante las reglas, que a falta de certeza subsumtiva duda que haya regla, y de un platonismo ante las reglas, que asume que, toda regla, por definición, debe ser subsumtiva (*The Concept of Law*, 1961, capítulo VII).

¹⁰ Alejandro GUZMÁN, *Historia de la interpretación de las normas en el Derecho Romano*, Santiago, Ediciones del Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano y Pereyra, Biblioteca Juan de Solórzano y Pereyra, 2000, vol. I, p. 167 y ss.

que una tarea esencial de la jurisprudencia y la doctrina es precisamente discernir sus límites. Finalmente, en el caso chileno, porque el orden fundamental vigente en la parte normativa de la Constitución no puede ser hipotéticamente reconducido a un acuerdo originario; en efecto, más allá de los acuerdos constitucionales sucesivos, que han modificado el estatuto constitucional en forma sustancial, incluso los textos que han permanecido inalterados han adquirido un nuevo sentido, diferente al originario, por la modificación de su contexto valórico y político. Así y todo, en uno y otro caso, lo que queda más allá del texto del *Código Penal* y de la Constitución no es un vacío normativo. Las decisiones no son arbitrarias, aunque sólo elementalmente tengan por referencia a los textos positivos, porque lo determinante son las razones, que atienden a un correcto ordenamiento de los bienes jurídicos que expresan esos textos.

En distintos grados, algo semejante ocurre con la legislación especial que responde a principios de Derecho Privado, como ocurre con parte esencial del ordenamiento sobre sociedades anónimas y mercado de valores; cuyo origen en el Derecho Comparado (de donde fueron adoptados esos ordenamientos legales) es reconducible a un desarrollo jurisprudencial, que esencialmente se produjo a partir de los institutos del derecho general de los contratos, de las sociedades y de la responsabilidad civil. En otras palabras, la codificación en sentido material no sólo se produce al interior de los códigos tradicionales sino, también, en la legislación especial comprensiva, que no recibe el nombre de ‘código’, pero que tiene una lógica interna que permite discurrir soluciones ‘conforme a la ley’ respecto de situaciones que el ordenamiento legal no ha previsto.

III

La diferencia entre ambos tipos de reglas abre el horizonte para comprender la lógica del desarrollo jurisprudencial y doctrinario del Derecho Privado. La legislación especial en ámbitos específicos del Derecho Privado, como la relativa a los deberes de los controladores y administradores de sociedades anónimas, no es una especificación lógica (esto es, subsumtiva) del Derecho Civil o Comercial, pero puede ser comprendida a la luz de sus principios y reglas. Por eso, mientras la codificación de las regulaciones administrativas puede favorecer la visibilidad de un material normativo que responde a propósitos políticos que permanecen generalmente ocultos tras los programas condicionales de conducta, la codificación material (civil, penal o constitucional, por ejemplo) es discernible como un orden general que está dotado de conexiones internas de sentido. Por eso, ante nuevas realidades,

el Derecho Civil suele adaptarse jurisprudencialmente, de mejor manera si cuenta con el auxilio de la doctrina, sin que por ello se abdique del principio de sometimiento del juez al Derecho vigente. De ello hay reiteradas evidencias en la historia del Derecho y en el Derecho Comparado.

Siempre me ha impresionado cómo a partir de las dos reglas que subsistieron de la *Lex Aquilia* pudo derivarse un extenso conjunto de normas, que fueron recopiladas en un título completo del *Digesto*. De los ilícitos civiles originales de matar injustamente un esclavo u otro ser viviente de propiedad de otro¹¹ y de causar daño quemando, quebrando o rompiendo¹², fueron inferidas reglas que se extienden a materias muy distintas a esos tipos arcaicos y que, sin embargo, responden al mismo principio del daño causado por el hecho injusto o ilícito. A la época de los códigos decimonónicos no había mercados de valores, pero las reglas sobre el contrato y la responsabilidad mostraron la suficiente flexibilidad como para cubrir al menos los aspectos esenciales del abuso de información privilegiada, de la actuación de directores de sociedades anónimas en contra del interés los accionistas y de muchas otras cuestiones que jamás estuvieron en el horizonte de Pothier ni de los codificadores.

En este mismo orden de cosas, quisiera citar una experiencia comparada. El formalismo contractual que dominó el Derecho europeo y americano del siglo XIX, que se expresa en el aforismo de francesa claridad, *qui dit contractuel dit juste*, conduce a que donde haya consentimiento la aplicación de lo pactado resulte inexcusable para el juez. Sin embargo, en todo el Derecho Comparado ese principio formal debió ser puesto a prueba, simplemente porque conducía a resultados inicuos en ciertas situaciones. Y esta conclusión era independiente de la vigencia del principio de libertad para contratar. Por ejemplo, si se ha contratado bajo condiciones generales (en contratos de adhesión), los hechos suelen controvertir por sí mismos el principio de que es contrato lo que formalmente puede tenerse por acordado: ¿qué ocurre si el contratante no estuvo en condiciones de conocer alguna de las cláusulas propuestas que está expresada en un lenguaje técnico ininteligible para un lego?; ¿o si han sido redactadas de un modo que induce a error?; ¿o sí, en la confianza de que el comprador no las leerá, alteran dramáticamente la economía del contrato? En un ejemplo clásico de desarrollo jurisprudencial del Derecho, la jurisprudencia alemana posterior a la guerra buscó caminos, que resultaran normativa y conceptualmente coherentes con la doctrina civil del contrato, para ejercer un control judicial sobre

cláusulas de este tipo: si la cláusula era subrepticia, se entendía que no había consentimiento; si se alteraba la conmutatividad básica del contrato sin aviso específico, se entendía que la conducta del proponente era contraria a las buenas costumbres contractuales; si era inductiva a error, se consideraba una actuación contraria a la buena fe. De este modo, se creó por el Tribunal Supremo una doctrina consistente sobre la materia, que luego de treinta años fue recogida por la ley especial sobre condiciones generales de contratación de 1976. Y después de veinticinco años de práctica en la aplicación de esa ley especial, con ocasión de la reforma al Derecho de Obligaciones que entró en vigencia en 2002, esas reglas fueron incorporadas al *BGB*. De las reglas y principios generales del Derecho de los Contratos se derivó una doctrina jurisprudencial, que fue concretizada en una ley especial y que luego regresó al *Código Civil*. Desde el punto de vista de la idea de codificación, la incorporación de estas reglas a un código civil resulta discutible, precisamente porque fue la generalidad del *Código* lo que permitió el desarrollo jurisprudencial. Pero la historia tiene el mérito de mostrar el dinamismo implícito del Derecho Civil.

En verdad, la concreción práctica del Derecho Privado, derivada a partir de los códigos civiles, es difícilmente reconocible a la luz de su situación originaria. Los propios códigos contienen en lugares críticos, conceptos abiertos o indeterminados, que si son debidamente discernidos permiten su concreción a la luz de valoraciones implícitas que permiten resolver cuestiones que el legislador jamás pudo prever¹³. En el Derecho Civil es característico lo ocurrido con el concepto de 'culpa', que invoca un criterio de atribución de responsabilidad cuya construcción en concreto depende de las circunstancias y es adaptable a las situaciones más diversas. Con estos conceptos "la técnica codificadora disimula que los principios valorativos autónomos, incluidos en la ley a la manera de 'ventanas', no representan ningún derecho regular y material, sino que son puntos de partida para la formación concreta de normas por parte de la judicatura"¹⁴. En verdad los principales códigos contienen en lugares críticos invocaciones a la razón práctica, cuya concreción se produce 'a partir' del *Código*, pero que sólo resulta reconocible en la gradual concreción jurisprudencial y en la reordenación que emprende la dogmática.

¹³ Véanse H. KÖTZ, "Towards a European Civil Code: the Duty of Good Faith" en P. CANE y J. STAPLETON eds., *The Law of Obligations. Essays in Celebration of J. Fleming*, 1998, p. 243 y ss. y R. ZIMMERMANN y N. JANZEN, "Quieta movere: Interpretative Change in a Codified System", en P. CANE y J. STAPLETON eds., *The Law of Obligations. Essays in Celebration of J. Fleming*, 1998, p. 285 y ss.

¹⁴ J. ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelona, Bosch, 1961, p. 194.

¹¹ *Lex Aquilia*, capítulo primero (*Digesto*, 9.2.2).

¹² *Op. cit.*, capítulo tercero (*Digesto*, 9.2.27.5).

Por cierto que el legislador también puede tomar parte en este proceso de concreción. Así, en el ejemplo de la culpa, la ley puede definir en concreto los deberes de cuidado, allí donde resulta necesario por razones de urgencia, porque el desarrollo jurisprudencial del Derecho suele tomar tiempo o, simplemente, por razones técnicas o de seguridad jurídica. Es lo ocurrido, entre innumerables otros ejemplos, con la definición legal de los deberes de conducta en las legislaciones tan diferentes como las del tránsito y sobre mercado de valores, o con las regulaciones ambientales o de seguridad industrial establecidas para prevenir daños.

En el dinamismo de la noción de culpa, que ocupa un lugar tan crítico en el Derecho de Obligaciones, se muestra ejemplarmente la capacidad adaptativa de un ordenamiento que es progresivamente configurado por la jurisprudencia y la doctrina, a veces con el concurso de la legislación, en una permanente compensación de flexibilidad y seguridad jurídica.

IV

El Derecho Privado Histórico participa de dos fuerzas dialécticas, de expansión y consolidación, en el juego recíproco de la experiencia que trae nuevos casos y de la razón que los ordena en las coordenadas conceptuales y valóricas del Derecho Civil.

Un camino es dar progresivamente forma codificada a esta práctica. Es la idea que subyace a los sucesivos *Restatements* estadounidenses, que constituyen completos códigos en todas las principales áreas del Derecho Privado Patrimonial. Se trata de ordenamientos que resultan de un trabajo académico privado, carente de reconocimiento formal por la legislación. Sin embargo, gozan de la enorme autoridad de recopilaciones largamente discernidas del Derecho vigente, que consolidan en la forma de códigos con comentarios y ejemplos, las principales orientaciones jurisprudenciales a la luz de los criterios ordenadores de la doctrina.

Otra alternativa es redefinir en su conjunto las instituciones del Derecho de Obligaciones, asumiendo el 'estado de cosas' del Derecho Interno y Comparado¹⁵. Pero este camino supone un espíritu práctico muy desarrollado y una comunidad científica de suficiente densidad. Por lo mismo, en general,

¹⁵ En verdad, las reflexiones anteriores se orientan especialmente al Derecho de Obligaciones, porque el Derecho de Familia y de Sucesiones sigue una lógica independiente, en que los cambios legislativos siguen los que se producen en las costumbres y las valoraciones sociales, Jean CARBONNIER, *Flexible droit*, 7ª ed., Paris, LGDJ, 1992, p. 220 y ss.

soy crítico de los movimientos codificadores hispanoamericanos, que usualmente toman de aquí y de allá lo que tienen por 'moderno', sin dar tiempo para que la reforma nazca del discernimiento práctico de preguntas y problemas que surgen del tráfico jurídico efectivo.

Por eso, donde hay códigos establecidos es conveniente actuar con cautela. Precisamente porque el Derecho Privado se puede desarrollar a partir de su lógica interna, no hay que asombrarse de su continuidad y de la semejanza de sus principales institutos en el Derecho Comparado. Hein Kötz, uno de los principales comparatistas del Derecho Privado Contemporáneo, muestra que los sistemas jurídicos tienden a encontrar soluciones análogas, a pesar de que los caminos técnicos para lograrlo sean diferentes¹⁶. El aspecto central que explica esta naturaleza de "orden creativo" y no meramente "subsumtivo", reside en que no se trata de programas de conducta, que resultan de una racionalidad puramente técnica, sino de reglas que atienden a la relación entre personas y cuyo sentido es inseparable de las ideas normativas que les subyacen (por encontradas que éstas sean).

Atendida esta naturaleza del Derecho Privado, coincido con F. Busnelli en la extrema conveniencia de cuidar la generalidad de los códigos civiles¹⁷. La doctrina civil muestra la infinidad de cuestiones que pueden surgir de un puñado de normas que establecen el régimen general de las obligaciones y de la responsabilidad civil. Puede ocurrir que haya reglas de un código que constituyen una limitación extemporánea para el desarrollo de una institución (como ocurre con la reparación del daño moral por expresiones, excluida por el artículo 2.331); o que la jurisprudencia y la doctrina hayan desarrollado un instituto *contra legem* y que se entienda llegado el momento de que el código exprese la realidad normativa vigente; o que parezca conveniente cambiar algún aspecto técnico de importancia general (como ocurre a menudo con las reglas sobre prescripción). Pero no se puede aspirar a que un código se haga cargo de las mil preguntas que plantea la aplicación práctica de cada instituto; ni regule los estatutos jurídicos especiales, que en gran parte se soportan en las reglas y principios generales de la disciplina.

Por lo mismo, resulta discutible, por ejemplo, la reforma reciente del *BGB* en materia de derecho de obligaciones. No hay duda que se han introducido importantes modificaciones a las reglas generales, que en parte expresan desarrollos jurisprudenciales previos, y en parte rompen verdaderos 'zapatos chinos' del *Código* de 1900. Es el caso, por ejemplo, de las

¹⁶ H. KÖTZ, "Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik", en K. SCHMIDT, *Rechtsdogmatik und Rechtspolitik*, 1990, p. 75 y ss.

¹⁷ BUSNELLI (n. 7), p. 271.

V

nuevas reglas sobre reparación del daño moral¹⁸, sobre grosera onerosidad sobreviviente¹⁹, sobre las diversas hipótesis de incumplimiento contractual²⁰ y muy especialmente sobre prescripción²¹. Pero la reforma también contiene reglas muy específicas, que difícilmente responden a la generalidad que debe recorrer un código civil²². Algunas reformas recientes al *Código* francés son susceptibles de la misma crítica. Es el caso de las reglas sobre responsabilidad por productos defectuosos de los artículos 1.386-1 y siguientes: ¿por qué no incorporar también al *Código* reglas especiales sobre responsabilidad ambiental o profesional?

En otras palabras, los códigos civiles se han mostrado suficientemente flexibles para la creación de un cuerpo de doctrina que no se sigue de sus palabras, sino de la *ratio* que la doctrina y la jurisprudencia han ido construyendo con sorprendentes analogías en el todo el Derecho Comparado. El Derecho chileno tiene en este sentido la ventaja de carecer de una cultura jurídica excesivamente nacionalista y de estar esponjadamente abierto al Derecho Comparado, “con la ventaja de podernos aprovechar de los trabajos de otras naciones ilustradas por la ciencia y por una larga experiencia”²³. En verdad, una de las experiencias más notables del Derecho Civil Contemporáneo es su tendencia a reconstruir, sobre nuevas bases, la tradición romano-canónica del Derecho Común, que el nacionalismo codificador tendió a ahogar en el siglo XIX²⁴. A ello se agrega que nuestro *Código* es abierto por su lenguaje, cercano al común, y por la técnica ejemplar de muchos preceptos importantes. Por eso, todo lleva a pensar que cualquiera reforma del *Código Civil* en materia de Derecho de Obligaciones debe atender a cuestiones precisas, más que a una reformulación global, para la cual no hay necesidad urgente ni un trabajo doctrinario previo de suficiente densidad.

¹⁸ BGB, § 253.

¹⁹ BGB, § 275.

²⁰ BGB, § 280 ss.

²¹ BGB, § 195 ss.

²² Como ocurre, por ejemplo, con buena parte de las modificaciones en materia de compraventa y, en general, con la incorporación inorgánica de directivas europeas, duramente criticada por parte importante de la doctrina, E. PICKER, *Schuldrechtsreform und Privatautonomie*, *Juristenzeitung*, 2003, p. 1.035 y ss..

²³ Andrés BELLO, *Mensaje del Ejecutivo al Congreso proponiendo la aprobación del Código Civil*, 1855.

²⁴ R. ZIMMERMANN, “Das römisch-Kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit”, en *Juristenzeitung*, 1992, p. 5 y ss.

La codificación de Derecho Constante en el Derecho francés nos muestra una forma de trabajo que se adecua correctamente a la naturaleza reguladora del Derecho Administrativo moderno. El riesgo radica en la generalización de ese modo de pensar puramente instrumental. Del mismo modo, como hay alguna teoría jurídica que mira unilateralmente al Derecho a la luz del Derecho Administrativo, y que necesariamente ignora la estructura y formas argumentativas del Derecho Civil, Penal o Constitucional; así también, cuando se hace referencia a la codificación, conviene tener presente las diferencias entre el Derecho Civil y el Derecho de las Regulaciones, tanto en su técnica como en su horizonte normativo.

Por eso, la “administrativización” del Derecho Civil mediante intervenciones legislativas oportunistas amenaza su generalidad, como ordenamiento de las relaciones privadas, y su alma, como Derecho Privado que rige relaciones entre personas. Al revés, me parece que la tarea de codificación en sentido puramente formal resulta ser un importante instrumento, en manos cuidadosas, para crear un orden, al menos textual, en el caos normativo del Estado regulador.

Por lo mismo, no puede haber una receta de codificación: lo que en el terreno de las regulaciones es un progreso, que permite acercar el Derecho al público y favorece la claridad acerca del Derecho vigente, en el Derecho Privado puede transformarse en una progresiva y torpe demolición de un sistema articulado en torno a principios e institutos, materiales y formales, que se han ido adaptando progresivamente a lo largo de muchas generaciones. El Derecho Civil, especialmente el Derecho de Obligaciones, tiene sus ancestros en el Derecho Romano, pero su historia es un proceso inagotado de adaptación a los cambios discretos ocurridos en la economía y en la sociedad, gracias a su naturaleza de sistema abierto dotado de una lógica interna. Así se explica, por ejemplo, que las nociones básicas del Derecho de los Contratos y de la responsabilidad permanezcan vigentes por más de dos mil años y, sin embargo, sean mucho más complejas y valóricamente más diferenciadas de lo que aparecen en las *Instituciones* de Gayo, el primer esfuerzo de sistemático que se acerca a un concepto material de codificación.