

VIGENCIA DEL CÓDIGO CIVIL EN LOS INICIOS DEL NUEVO SIGLO

Enrique Alcalde Rodríguez

Profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho
de la Pontificia Universidad Católica de Chile

Aun antes que *Fukuyama* nos anunciara el fin de la Historia, *Natalino Irti* comenzaba a entonar un réquiem en memoria de nuestros códigos civiles como presagio de lo que podría convertirse, incluso, en la desaparición del mismo derecho civil, al menos bajo la forma en que se le ha concebido hasta ahora. Para fundar su apreciación, el jurista italiano parte por analizar el influjo que tuvieron los movimientos sociales y políticos que sacuden la Europa de la post-guerra y que, en el plano normativo, implicó privilegiar los afanes dirigistas de la autoridad pública antes que reconocer primacía a la voluntad individual, contrariando así aquello que se proclamara casi como un dogma por el Estado burgués. Lo anterior se tradujo, a su vez, en la irrupción de una profusa legislación especial, al servicio de las finalidades que previamente ha identificado y calificado de “deseables” el propio legislador y que, paulatinamente, se procura reemplace el viejo esquema que consagran los códigos. Estos últimos, según *Irti*, reducen su significación a la de constituir uno más de los distintos sistemas que reconoce el ordenamiento legal de un Estado; surgiendo el fenómeno que denomina *edad de la descodificación*, y que se caracteriza, a su juicio, por la inversión en su función que sufre el Código Civil: Ya no será derecho general, sino residual; no disciplina de supuestos de hecho más amplios, sino de *supuestos de hecho vacíos*, carentes de aquellas notas características que suscitan el nacimiento de nuevos principios en las leyes especiales. La ley, por su parte, asume ahora un *carácter contractual*, eligiendo las finalidades e invadiendo campos que la ideología liberal reservaba a las decisiones de los particulares. De este modo, ella “se transforma, de general y abstracta, en individual y concreta; de regla del juego, ignorante de los resultados obtenidos, en voluntad de dirección y de tutela de intereses específicos. La presencia, siempre más penetrante e incisiva, del Estado determina una *juridificación* de las elecciones y de facetas de la vida anteriormente confiadas al acuerdo de las partes o a normas extraestatales”. Como resultado de lo dicho, “la vieja proposición de *el contrato que tiene fuerza de ley entre las partes* (repetida, apenas ayer) es preferible convertirla en aquella de *la ley que tiene la fuerza de contrato entre las partes*, es decir, que obtiene su propia energía vinculante, no ya de los poderes constitucionales, sino del previo acuerdo entre los grandes grupos organizados”¹. En suma, en esta fase de la evolución

¹ “La relación entre Código y ley, antes descrita en los términos de general y especial, se convierte en la de disciplina *general* y *disciplina residual*: en la que general es la ley externa, y residual el Código”. Apoyándose en una observación de *Giacomo Devoto*, para quien el derecho es el lenguaje de las instituciones, concluye *Irti* que “mientras las instituciones del Estado burgués hablaban el lenguaje del Código Civil, las instituciones del Estado contemporáneo hablan el lenguaje de las leyes especiales” (págs. 132 y 133). Al profundizar en estas mismas ideas, y desde una perspectiva más sociológica, el referido autor considera que “el elemento de hecho o nota característica radica, cada vez más frecuentemente, en la pertenencia de los destinatarios a determinados círculos o categorías de sujetos, de forma que las leyes especiales se configuran como verdaderos y propios *estatutos de grupos*. Cuando un círculo de sujetos –siempre definido en el interior de la más amplia sociedad civil (trabajadores asalariados o arrendatarios rústicos o arrendatarios de inmuebles urbanos)– consigue en forma de ley las finalidades, que hubiera podido alcanzar, o aspirar a alcanzar, mediante los antiguos instrumentos negociales, entonces la ley se convierte en regla de un grupo específico y cesa de ser regla del ciudadano neutro y sin diferenciar”. IRTI, Natalino, “*La Edad de la Descodificación*”, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1992, págs. 30-39.

del Derecho y merced de la predicada inversión de las reglas que desde antiguo rigieron la materia, se va afincando en la conciencia colectiva la idea de haberse despojado al derecho privado de su misión primordial en cuanto custodio de los principios más generales del ordenamiento jurídico.

Frente al panorama reseñado, cabe entonces preguntarse si corresponde amortajar definitivamente los vestigios que sobreviven de nuestra forma de ver y entender los códigos o si, por la inversa, se hace todavía más apremiante la necesidad de fomentar un retorno a la concepción que tradicionalmente se recogió por ellos.

Mediante las consideraciones que se formulan a continuación pretendemos destacar algunos elementos que, en nuestra opinión, pueden servir de base para augurar todavía larga vida al sistema y a la forma de concebir nuestro Código.

1. Primeramente, creemos que al Código Civil le corresponde una función primordial e indelegable, no en cuanto catálogo sistemático de preceptos informadores de una cierta disciplina, sino en tanto depositario de *principios generales del Derecho* cuya proyección debiera hacerse sentir más allá de sus límites o contornos meramente formales. En términos más concretos, pensamos que la vocación de nuestro Código por normar los aspectos más trascendentes de nuestra existencia permite afrontar de mejor manera el desafío propuesto por Weber, cuando señala que los sufrimientos de la sociedad actual —que son los sufrimientos de todos—, exigen imperiosamente una “reestabilización” del sujeto, es decir, de la persona. Y los factores estabilizadores que conducirán a tal objetivo, más que residir en la “sociedad” pluralista, deben hallarse en la esfera privada, en el ámbito de las instituciones que en la doctrina social católica han sido denominadas así desde siempre, es decir en la familia y en la órbita de vida y de actuación del individuo, protegido por derechos de disposición privados².

Pensamos que el hecho de haberse alcanzado un cierto consenso en torno a la vigencia de determinados valores de naturaleza política y económica, sin duda ha contribuido a remozar aquellas categorías y principios que desde hace ya un largo tiempo habitan en nuestros códigos civiles. Y estimamos, asimismo, que no obsta a dicha conclusión la circunstancia de que esta suerte de resurrección del derecho privado obedezca a la instauración de un pensamiento cuya filosofía dista bastante de aquella que inspiró nuestro decimonónico Código; por lo demás, desde tal perspectiva tampoco este último presentaba mayores puntos de contacto con el *Corpus Iuris*, no obstante ser tributario de una gran parte de sus instituciones y principios. Así, por ejemplo, hoy asistimos a una época en la cual se plantea una revitalización de conceptos tales como la autonomía privada, el derecho de propiedad, la libre circulación de los bienes y la libertad contractual, nociones estas que durante largo tiempo parecieron hallarse dormidas bajo el utópico sueño del ideal socialista.

2. Si bien los fenómenos descritos por Irti efectivamente encuentran un correlato en los hechos, no parecen tales las conclusiones que extrae a partir de los mismos. Criticando los excesos de que adolece esta tesis, Guzmán Brito hace ver que su error principal radica en la confusión que introduce entre los diversos tipos de *descodificación* identificables en un proceso semejante al analizado. En concreto, el jurista y profesor nacional afirma que la verdadera “descodificación” —que denomina *material*— es aquella que afecta la lógica del sistema jurídico que se incluye en el código, introduciendo normas que lo modifican en términos de generar un “derecho singular”³.

² WEBER, Wilhelm, “La Realización de lo Cristiano en una Sociedad Pluralista”, en “Ética y Teología ante la Crisis Contemporánea. I Simposio Internacional de Teología, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1980, pág. 473.

³ “La “descodificación” puramente formal, en cambio, se limita a alterar la técnica de la codificación, que aspiró a reunir en un solo código a todo el derecho del cual se tratara, porque genera proliferación de leyes en su entorno, pero no quiebra ni desconoce la *ratio* del sistema se integra en él y de hecho lo amplía; de ahí en adelante ese sistema no se confunde con el código, sino que se compone del código más las leyes extravagantes de derecho especial o nuevo (absolutamente, complementario o correctorio)”. GUZMÁN BRITO, Alejandro, “Codificación, Descodificación y Recodificación del Derecho Civil Chileno”, Revista de Derecho Jurisprudencia, Tomo XC, N° 2, 1993, pág. 49.

Para el asunto que nos ocupa –y atendiendo de un modo especial al contenido de nuestro propio Código– debe tenerse en cuenta que “una ‘descodificación’ (material) amplia y profunda debe implicar el apareamiento de un nuevo derecho civil, o, si se quiere, de una pluralidad de nuevos derechos civiles microsistemáticos, cada cual con su lógica y principios propios. Pero afirmamos que ello es imposible, a menos que se varíen las últimas premisas sobre que descansa el derecho civil tradicional, a saber: la unidad del sujeto de derecho (la persona natural sin más – dejamos a un lado a las personas jurídicas) y la igualdad jurídica de todos los individuos en que el concepto se distribuye; la propiedad privada; la libertad de su transferencia entre vivos y transmisión *mortis causa* (al menos la relativa actualmente existente), y la libertad de contratación en su más amplio sentido (que incluye la libertad de empresa). Una ‘descodificación’ general del derecho civil supone, pues, una mudanza generalizada de tales premisas, y ello solo puede advenir por medio de leyes de derecho singular, no especial”⁴.

Quienes predicen, por tanto, una mutación sustancial de la función que desde antiguo consagran los códigos, precisamente incurren, con mayor o menor intensidad, en una falta de ponderación respecto de las distintas modalidades que puede asumir la creación –es cierto que a ratos indiscriminada– de una prolífica legislación especial. Sin embargo, y como se ha dicho, las más de las veces una tal profusión normativa carece de los rasgos propios y distintivos de una descodificación *material* y, por tanto, no resultarían del todo atendibles ni valederas las radicales conclusiones que se pretenden deducir a partir de ella.

3. Dentro de los aspectos que contribuyen a configurar la misión de *ratio* común que asignamos al Código se encuentran aquellos vinculados con la naturaleza que actualmente presentan las leyes. Desde esta perspectiva, es innegable que habiéndose desatado la vertiginosa carrera por la innovación, la ley abdicó de su vocación primigenia de *generalidad* y *abstracción*; podríamos decir que incluso perdió identidad ante la inmediatez acuciante que le exige la “aldea global”. Ante tal panorama, pareciera que los juristas han de contentarse con la protección que se dispensa a las especies en peligro de extinción, impotentes ya para seguir el ritmo de la modernidad. ¿Qué hacer –se preguntará el civilista de hoy– frente a esta nueva religión, desprovista incluso de tiempo como para revelar sus misterios?

Pese al dramatismo que pueda encerrarse en estas palabras, lo cierto es que la ausencia de tales notas características en las leyes actuales carece, a nuestro juicio, de la capacidad de constituir una amenaza real para la supervivencia del Código.

Primeramente, recordemos que reflejando su propia condición de obra humana la ley será siempre incompleta e incapaz de abarcar, por sí misma, la infinita variedad de situaciones y matices que nos presenta la realidad. Ya lo destacaba la autorizada opinión de *Portalis*, el gran colaborador del Primer Cónsul, quien decía que “una legislación positiva procede exclusivamente por categorías generales o por fórmulas *abstractas*, jamás *englobará todos los casos posibles*”⁵. Es por eso, entonces, que los códigos también se justifican en razón de la necesidad

⁴ *Ibíd.*, pág. 55. A fin de ejemplificar las nociones expuestas, y junto con negar que reúnan en sí las propiedades inherentes a una descodificación “material” situaciones usualmente invocadas como tales –v.gr. los surgidos con ocasión de la legislación laboral o aquella vinculada con el arrendamiento de predios urbanos– con maestría nos expone el autor un ilustrativo caso en el cual se satisfacen los requerimientos que son propios a esta clase de procesos. Trátase este del fenómeno a que en nuestro país dio lugar la Ley 16.640 de 1967 sobre Reforma Agraria, de tan sombría y triste memoria. Con ella, nos dice *Guzmán*, “el golpe a la propiedad civil no consistió tanto en la expropiación a que se sometió al dominio agrícola, ya que, después de todo, la expropiación es un instrumento jurídico de muy antigua data y que el derecho tradicional mismo preveía. Ni siquiera consistió tanto en haberse empleado ese instrumento con una modificación: el pago diferido de la indemnización, aunque tal forma de pagar la indemnización sí fue una verdadera novedad, puesto que tradicionalmente era al contado. El verdadero impacto sobre el dominio civil radicó en el régimen a que se sometió la tierra después de expropiada a sus antiguos dueños y asignada a los nuevos parceleros. La existencia de un estado intermedio entre la asignación de parcelas y su atribución en propiedad, que se llamó “asentamiento”, y el cúmulo de vinculaciones a que, según la ley, quedaba sometida la tierra después de atribuida constituyeron, en efecto, una grave modificación al tradicional estatuto civilístico de la propiedad, pero también de las personas, como de la herencia y del contrato” (págs. 55, 56 y 57).

⁵ ILLANES BENÍTEZ, “*El Juez y la ley*”, RDJ. T. XXVIII, 1931, págs. 22-24.

de reconocer y consagrar principios renunciando a la ilusión de querer suplir aquello que el espíritu humano es impotente para prever. Y es también por ello que Napoleón pudo expresar estas palabras durante su cautiverio en Santa Elena: “*Mi verdadera gloria no es haber ganado cuarenta batallas... Waterloo borrará el recuerdo de tantas victorias... Pero lo que nada borrará, lo que vivirá eternamente, es mi Código Civil*”.

Por otra parte, aun cuando las leyes efectivamente desciendan a la más mínima y variada temática –sin configurar por ello, como se dijo, “derecho singular”– y exhiban, muchas veces, la marca del tecnócrata que les ha insuflado la vida; o bien solo alcancen vigencia momentánea y fugaz, el servicio que nos prestan los códigos resultará imprescindible. Más que eso. Precisamente debido a los hechos descritos, cobra todavía mayor importancia la inclusión, en un texto, de aquellas premisas jurídicas básicas que contribuyen a la labor de integración jurídica que reclama toda ley para ingresar a un sistema. Pensamos, por lo mismo, que no cabe desdeñar la posibilidad de contar con una visión general como la que aspira a proporcionar un código civil, procurándonos los medios adecuados para enfrentar las necesidades de la época actual. Ocurre, pues, que si una constante de los períodos históricos que nos han precedido lo fue la dificultad para procurarse las fuentes de conocimiento, lo que caracteriza el presente consiste justamente en lo opuesto, es decir, en las facilidades que la tecnología de hoy nos entrega para acceder a las mismas. Tanto es así, que quizás uno de los principales problemas de nuestra época se vincula, paradójicamente, con la excesiva información de que hoy disponemos. De ahí la importancia de una cultura –en este caso jurídica– lo suficientemente general como para enseñarnos, primero a buscar y, luego a seleccionar, aquellos antecedentes que podrán iluminar la respuesta.

4. Desde otro punto de vista, conviene también recordar que si bien la ley se concibe como una prescripción u ordenación de la razón, resulta esencial que ella pueda ser conocida por aquellos a quienes se dirige; siendo precisamente esta la función que está llamada a cumplir el lenguaje⁶. En este sentido, pero de un modo aún más concreto, debemos reconocer que el Código Civil satisface la necesidad a que se enfrenta cualquier operador jurídico –llámese juez o abogado– de disponer de un *idioma* o *lenguaje* con el cual cumplir la tarea de mediar entre el *principio* y la *regla* (judicial o privada). De esta suerte, el Código no solo contiene los criterios que aseguran la *unidad* del sistema jurídico –lo que entre otras cosas faculta para hablar con propiedad de un “sistema”– sino que permite expresar, a través de un vocabulario o razonamiento inteligible y común, tanto las premisas en que se fundamenta una determinada aplicación del Derecho como el resultado a que ella conduce. Es este lenguaje el que habilita, a la postre, para *comunicar* categorías y nociones que son indispensables a fin de no destruir las bases que garantizan la seguridad jurídica⁷.

5. No son pocos los autores que identifican como amenaza a la función esencialmente informadora del Código, la evolución experimentada por el constitucionalismo en el último

⁶ Es por ello que junto a la imperatividad “debemos colocar, como propiedad esencial de toda norma de derecho, la cognoscibilidad, entendida esta como la posibilidad de los ciudadanos de llegar a conocer lo que la norma impera”. CORRAL T., Hernán, “*De la Ignorancia de la Ley. El Principio de Inexcusabilidad*”, Prólogo de don José Joaquín Ugarte Godoy, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1987, pág. 266.

⁷ Junto a ello –advierde Castán Tobeñas– no debe olvidarse la función que está llamada a prestar el Código si se atiende a sus cualidades literarias y que, tratándose del nuestro, son de todos conocidas. Al decir de Scialoja, “no se repetirá nunca bastante que la perfección formal de los artículos de un Código es casi tan necesaria como su bondad intrínseca, y que una cosa es escribir una ley administrativa ordinaria y otra expresar en fórmulas cristalinas el pensamiento legislativo en la ley fundamental del Derecho privado”. El mismo Castán añade: “Claro es que la bondad formal de la ley depende, en gran parte, de su perfección técnica. El lenguaje de la ley debe reunir, como cualidades más fundamentales, la de precisión y fijeza, no menos que la de fácil comprensión, que le permitan satisfacer su fin puramente técnico de exteriorización del pensamiento jurídico. Pero al lado de esas cualidades, y completándolas, importa también que la ley ostente cualidades estrictamente literarias, tales como claridad, concisión, armonía, fuerza de expresión, casticismo, y, como consecuencia de todas ellas, elegancia, que contribuirán en gran manera a aumentar la precisión de la ley y su valor intrínseco”. CASTÁN TOBEÑAS, José, *Hacia un Nuevo Derecho Civil*, Editorial Reus, Madrid, 1933, pág. 79.

tiempo. Así, por ejemplo, *Díez-Picazo* afirma que tal proceso “abre un boquete en las normas codificadas de imprevisibles consecuencias para la codificación misma”, traducible, a la postre, en “una nueva causa de descodificación”⁸. De una manera todavía más enfática, *Irti* acota que el “el Código Civil ha perdido (...) todo valor ‘constitucional’: las libertades políticas y civiles, el derecho de la propiedad, la iniciativa privada económica reciben hoy la tutela de la Constitución, es decir, de normas jerárquicamente superiores”⁹. Entre nosotros, esta tendencia ha llevado a que algunos afirmen que hoy asistimos a una verdadera *constitucionalización del derecho civil*¹⁰.

En un trabajo anterior, algo dijimos sobre este fenómeno al tratar sobre aquello que llamamos *tipificación constitucional* de los principios generales del Derecho¹¹. No obstante, para el tema preciso que aquí nos interesa no vacilamos en afirmar que el constitucionalismo moderno, al menos en lo que toca a nuestro ordenamiento jurídico, no solo confirma la vigencia de los principios afincados en el Código, sino que justifica aún más el modo en que este los recoge y desarrolla, potenciando así su aplicación y proyectándolos a planos que exceden con creces las fronteras comúnmente aceptadas para el derecho civil. Por ello, creemos no equivocarnos si decimos que tal fenómeno puede también, y con razón, calificarse como *privatización* de nuestro derecho público, especialmente en aquellas materias vinculadas con la libertad y el tráfico económico. En efecto, si se tienen presentes, por un lado, cuáles son algunos de los pilares en los cuales descansa nuestro Código Civil (v. gr. *la subordinación a la ley; la igualdad ante la ley; el derecho de propiedad; y la libertad de contratar*¹²) y, por el otro, se analiza la forma en que nuestro constituyente garantiza y consagra tales principios (art. 1° y art. 19 N°s 2, 21, 23 y 24 de la C.P. de la Rep.) no podemos sino concluir que a partir de la Carta Política de 1980 aquellos han adquirido un poder expansivo como nunca antes se ha visto en la historia de nuestro medio jurídico.

Empero, el camino hacia la revitalización de los principios que emanan del orden civil no se detiene en la circunstancia de haber alcanzado estos un reconocimiento pleno en la norma positiva superior. Su mayor importancia práctica reside en el hecho que la Constitución ha pasado a ser concebida como una fuente de Derecho cuya aplicación *directa e inmediata* resulta imperativa para cualquier persona, órgano público o autoridad, incluidos naturalmente los jueces, y con total prescindencia de que una determinada preceptiva legal concrete o no a posteriori aquellos mismos principios¹³. Tal realidad implica, además, que nuestro ordenamiento jurídico ha sentado las bases –tan odiosas para ideal jacobino de la Ilustración– que posibilitan una mayor libertad para la *creación judicial* de Derecho. Lo anterior, debido a que siendo los preceptos constitucionales, por su misma naturaleza, esencialmente generales y escuetos, requieren de un necesario desarrollo para su aplicación particular y concreta. Tal desarrollo o función *mediadora* –que no se encomienda ahora de un modo indispensable a la ley– coloca al juez ante una doble exigencia: por una parte, precisa contar con categorías y

⁸ DÍEZ-PICAZO, “Codificación, Descodificación y Recodificación”, Anuario de Derecho Civil, Tomo XLV, abril-junio MCMXCII, pág. 481.

⁹ IRTI, op. cit., pág. 35.

¹⁰ En este sentido, v. gr., DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, “Aspectos de la Constitucionalización del Derecho Civil Chileno”, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCIII, N° 3, 1996.

¹¹ ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, “Creación Judicial del Derecho y Garantías Constitucionales”, Ponencia presentada en el Seminario Multidisciplinario sobre “Derechos Fundamentales. Conmemoración de los 20 años de la Constitución Política de la República”, organizado por la Universidad Católica de Chile, con el patrocinio del Colegio de Abogados A.G. y publicada en la Revista Chilena de Derecho, Vol. 28, N° 2, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, 2001.

¹² Son estos los principios que *Pedro Lira* considera inspiradores en la obra codificadora de Bello. LIRA URQUIETA, “El Código Civil Chileno y su Época”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, págs. 57 y sgtes.

¹³ En nuestra opinión, es precisamente la omisión en considerar este aspecto lo que explica planteamientos como aquellos formulados por *Irti*. Así, por ejemplo, expresa este autor que las normas constitucionales, “por su contenido, no regulan directamente particulares materias o categorías de casos: *exigen el trámite, necesario y no suprimible*, de las normas ordinarias. La norma especial –agrega– está llamada por esto a una labor de *mediación* entre principio constitucional y caso concreto: el uno, para hacerse disciplina del otro, no puede sino pasar a través de la norma ordinaria”. IRTI, op. cit., págs. 63-78. (la cursiva es nuestra).

conceptos propiamente jurídicos a través de los cuales satisfacer los mandatos de la Constitución que se le ordena aplicar y, por otra, enfrenta el deber de evitar que esa misma generalidad con la cual se formula constitucionalmente un principio derive en una subjetividad de sus juicios, más cercana a la equidad cerebrina que a soluciones fundadas en un estricto razonamiento jurídico. Ante tales requerimientos, cabe por tanto preguntarse: ¿Dónde hallará el magistrado aquellos conceptos objetivos que le permitan desempeñar su cometido? ¿Cuáles serán los criterios a que podrá recurrir para arribar a una respuesta compatible con el resto de la estructura jurídica? ¿De qué medios podrá servirse para fundamentar de un modo objetivo sus fallos, incardinando sus argumentos en la normatividad del sistema al cual sirve?

Teniendo en cuenta, como apuntamos más arriba, que gran parte de las normas constitucionales consagran, en definitiva, conceptos originarios del derecho civil, la respuesta nos parece del todo evidente. Son pues los principios generales que se han identificado por tal disciplina, y de los cuales nos hablan los códigos, aquella cantera de que disponen los jueces para satisfacer las exigencias expuestas. Y así, por ejemplo, si la Constitución Política asegura a toda persona la libertad para desarrollar actividades económicas lícitas y adquirir el dominio de los bienes que tal actividad le reporta –y, con ello, la libertad de contratación que no es sino un medio para ejercitar aquellas– estimamos no solo necesario sino que indispensable que el tribunal recurra a las premisas civiles que integran la relación contractual. Y así, por ejemplo, junto con reconocer su eficacia a la contratación mediante las figuras atípicas o innominadas que se creen en ejercicio de la autonomía privada, deberá aplicar a estas los principios generales que gobiernan los actos y declaraciones de voluntad según nuestro Código. Otro ejemplo: sabido es que nuestro constituyente garantiza la propiedad privada en sus diversas especies, así como el goce y ejercicio de las *facultades* y *atributos* inherentes al dominio, tutelándose, con igual intensidad, la propiedad sobre las cosas *incorporales*¹⁴. Nos parece indudable que cualquier aplicación práctica que se quiera hacer por los jueces respecto de la referida garantía los remitirá, una vez más, a los principios y nociones generales que a estos aspectos ha reconocido desde siempre – como propios nuestro Código Civil.

6. Ante la tendencia de muchos jueces de sentirse “esclavizados” por la ley, el recurso a los principios jurídicos que recoge nuestro Código en más de una ocasión ha servido para que estos oxigenen su conciencia jurídica, renunciando a un legalismo que a ratos se torna asfixiante, al tiempo que les ha permitido reconocer nuevas doctrinas que respondan a los requerimientos de una sociedad en constante evolución. Recordemos, en este sentido, que son muy diversas las instituciones que, a falta de una regulación legal explícita, derivan su basamento de un determinado principio general de Derecho o de una combinación de ellos¹⁵. Así, por ejemplo, fundado en el principio de la buena fe –entre otros– se han elaborado doctrinas tales como aquellas referidas al fraude a la ley, los actos propios, el abuso del derecho, la

¹⁴ Relativo a esto último, tanto es así que mucho se ha dicho y escrito sobre la denominada *propietarización* de los derechos bajo nuestro actual texto de Constitución. Sobre este mismo particular, cabe recordar que la norma a que aludimos se basa en lo dispuesto por el artículo 583 del Código Civil. Si se estimare –como lo señala el profesor *Francisco Samper*– que dicho precepto arranca su origen de una equivocada traducción de los textos de *Gayo*, junto con poner de manifiesto aquello que llamamos *privatización* del derecho público, sería menester concluir que en nuestro ordenamiento se habría dotado de rango constitucional incluso a un error histórico.

¹⁵ Es innegable que la aparición de nuevas ramas del Derecho Privado se explica, en buena medida, en razón de no haberse recurrido suficientemente a este rol de creación y proyección jurídica que cabe predicar respecto de los principios generales del Código. Sobre este punto, *Castán Tobeñas* hace ver que incluso el nacimiento del Derecho Mercantil “como Derecho Privado especial, no ha tenido otra causa que la rigidez o el retraso que en determinadas épocas y pueblos han caracterizado a las leyes civiles, haciéndolas inadaptables a las exigencias del comercio. Como dice Radbruch, “dentro del marco del Derecho romano no hacía falta un Derecho mercantil especial. Todo el Derecho romano privado se había formado al compás de las necesidades del comercio; y podía ser adaptado continuamente a estas, mediante la plenitud de poder creador del derecho de que disponía el pretor. Las mismas razones han hecho superfluo un Derecho mercantil especial para el otro gran pueblo eminente en comercio y derecho: el pueblo inglés. En cambio, allí donde, por el contrario, se niega al Juez la posibilidad de ir adaptando el Derecho a las exigencias cambiantes de los tiempos; donde el Juez está llamado solo a aplicar modesta y recatadamente las leyes recibidas, ha tenido que surgir un Derecho mercantil especial”. CASTÁN, op. cit., pág. 37.

imprevisión, “las astreintes”; e, inspirándose en la inadmisibilidad de los enriquecimientos sin causa, la doctrina –y acción– de la retrocesión, o bien la aceptación de la indexación en las obligaciones dinerarias; etc.¹⁶.

7. En definitiva, enfrentados a un mundo que desenfadadamente proclama la “debilidad” de cualquier pensamiento y que amenaza suprimir cualquier visión de conjunto que aúne, en un todo orgánico, las diversas partes que se distinguen en un saber fragmentario, estimamos que el Código Civil –a través de sus señalados servicios en beneficio de la sistematización del Derecho Privado y su capacidad de adaptación a las nuevas formas que asume el tráfico económico– contribuye decisivamente a asegurar tanto la *coherencia* como el mínimo nivel de *certeza* que debe serle exigido a cualquier sistema jurídico.

¹⁶ En la misma línea, *Barros* comenta la nueva proyección que puede darse, por ejemplo, al concepto de *buenas costumbres*, no solo en cuanto causal de ineficacia de un contrato por ilicitud de su objeto, sino que incluso en el campo de la libertad de contratación, si se concibe que dicha noción determina, como supuesto de la contratación, el que esta se verifique en un mercado abierto. *BARROS, Enrique, “Derecho y Moral. Consideraciones a propósito del Derecho Civil y Penal de los Contratos”, RDJ, T. LXXX, N° 2, 1983, pág. 58.*