

EL NUEVO CÓDIGO CIVIL DE QUÉBEC Y LOS DERECHOS HUMANOS: EL PARADIGMA DE UN NUEVO “DERECHO COMÚN”¹

Bjarne MELKEVIK*

Bjarne Melkevik (2012): "El nuevo Código Civil de Québec y los derechos humanos: el paradigma de un nuevo derecho común", en *Revista Crítica de Historia de las Relaciones Laborales y de la Política Social*, n^{os} 4-5 (marzo 2012/noviembre 2012). En línea: <http://www.eumed.net/rev/historia/04-05/codigo-civil-quebec.html>

RESUMEN: Artículo de síntesis en el que se ponen en consonancia aspectos diversos relacionados con el Derecho civil del Québec y los derechos humanos, a tenor de disposiciones legislativas y de un amplio abanico jurisprudencial, que lleva a concluir que la manera de conciliar el Derecho civil con las necesidades de los derechos del hombre propuesta en la provincia canadiense del Québec podría servir de ejemplo a otras naciones en el largo camino de la reforma de sus Códigos civiles. Se observa que existen planteamientos en contra de una “constitucionalización” nefasta del Derecho civil o de una importación ciega y temeraria de los derechos humanos en las relaciones privadas. Por el contrario, para el autor de las presentes líneas, el modelo adaptado en el Canadá francófono resulta paradigmático y podría ser punto de partida para otros estados (monarquías o repúblicas) de Europa y de América.

PALABRAS CLAVE: Bjarne Melkevik, Derechos humanos, Derechos sociales, Código civil del Québec, Código civil francés.

RESUM: Article de síntesi en el qual es posen d'acord aspectes diversos relacionats amb el Dret civil del Québec i els drets humans, a tenor de disposicions legislatives i d'un ampli ventall jurisprudencial, que porta a concloure que la manera de conciliar el Dret civil amb les necessitats dels drets de l'home proposada a la província canadenca del Québec podria servir d'exemple a altres nacions en el llarg camí de la reforma dels seus Codis civils. S'observa que existeixen plantejaments en contra d'una “constitucionalització” nefasta del Dret civil o d'una importació cega i temerària dels drets humans en les relacions privades. Per contra, per a l'autor de les presents línies, el model adaptat en el Canadà francòfon resulta paradigmàtic i podria ser punt de partida per a altres estats (monarquies o repúbliques) d'Europa i d'Amèrica.

¹ Conferencia pronunciada en el Congreso internacional “El Código Civil y los derechos humanos”, Universidad Pierre-Mendès France (Universidad de Grenoble II), Grenoble (Francia), 3-5 de diciembre de 2003. Publicada en las Actas del Congreso: *Le Code Civil et les droits de l'homme*, Jean-Luc Chabot, Philippe Didier, Jérôme Ferrand (coord.), París, l'Harmattan, 2005. El texto ha sido conveniente modificado y actualizado. La versión española lleva una traducción de Roberto Andorno, que ha sido corregida por la redacción de la revista, por no estar adaptada a la lengua castellana en algunas pequeñas cosas y en la traducción de la mayor parte de las notas.

PARAULES CLAU: Bjarne Melkevik, Drets humans, Drets socials, Codi civil del Québec, Codi civil francès.

El antiguo Código Civil del Bajo Canadá de 1866 se inspiraba directamente en el Código Civil francés. En 1991, cuando Québec adoptó un nuevo Código Civil, que entró en vigor en enero de 1994, muchos artículos y elementos del antiguo Código fueron renovados y retomados. Si bien el antiguo Código contenía algunas referencias implícitas a los derechos humanos, no puede afirmarse que realmente se inspirara en ellos. Algo distinto ocurre con el nuevo Código Civil de 1991, que ha erigido los derechos humanos en una de sus “columnas jurídicas” de la que ha nacido esta reforma, que el nuevo ordenamiento formula a su manera. Como veremos, los derechos humanos impregnan de forma substancial diversas partes del Código y expresan de este modo el paradigma del nuevo “derecho común” quebequense.

El objetivo del presente trabajo es analizar este cambio de perspectiva y el sentido que debe atribuirse al paradigma de un “derecho común”, que debe armonizar el derecho civil con los derechos humanos. Más precisamente, reflexionaremos sobre el sentido que deba darse a los “derechos humanos” en el marco del nuevo Código Civil de Québec y examinaremos así el modelo civilista que puede presentarse como un “vector” de los derechos humanos dentro y desde las premisas del derecho civil. En consecuencia, tanto por el lenguaje como por el método que emplearemos, nuestro objetivo nos aproximará más a la Filosofía del derecho que a un mero comentario doctrinal del Código.

Ante todo, es necesario aclarar la opción semántica adoptada. Si bien en el contexto francés, la noción de “derechos humanos” remite ineluctablemente tanto a la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano del 26 de agosto de 1789, como al camino histórico (y en parte, jurídico) que ella ha abierto, la misma noción, en el contexto quebequense, nos reenvía a la Carta de los derechos y libertades de la persona de 1975².

Esta última es una declaración de derechos humanos (o, como ella misma afirma, de derechos “de la persona”) muy moderna, que combina tanto la afirmación de la libertad e igualdades clásicas en el plano “formal”, como los “posicionamientos” (es decir, “derechos”) sociales, económicos, etc., igualmente “formales”. Si bien es común hablar de “derechos de la persona”, siguiendo la tradición católica, hemos elegido emplear la noción corriente de “derechos humanos”, que resulta más precisa, neutra y que carga con el peso de la historia.

Para alcanzar los objetivos mencionados procederemos del siguiente modo. En primer lugar, analizaremos la “Disposición preliminar” del Código Civil de Québec y el paradigma de un “derecho común”, el cual trata de establecer una nueva armonía de sentido entre dicho Código y los derechos humanos. En segundo lugar, examinaremos más específicamente cómo todo ello se materializa en la jurisprudencia y, de un modo característico, en el Derecho del

² *Carta de los derechos y libertades de la persona*, L.R.Q. (*Lois refondues du Québec*), capítulo C-12. Ver Henri Brun, *Chartes des droits de la personne. Législation, jurisprudence et doctrine*, 15^a ed., Montréal, Wilson & Lafleur, colección Alter ego, 2002. Como lo indica el título, se trata de un vademecum que provee tanto referencias bibliográficas como jurisprudencia sobre las Cartas quebequense y canadiense de derechos y libertades.

Trabajo. Pero antes que nada, se imponen unas aclaraciones preliminares desde la Filosofía del derecho en relación con la problemática de los derechos humanos en un contexto civilista.

1. Comentario preliminar sobre una relación confusa

Insistiremos aquí en dos cuestiones: primero, en la relación confusa que existe entre el derecho civil y los derechos humanos, tanto en Québec como en la cultura jurídica moderna en general; segundo, en el marco en el que se inscribe la formulación propia de Québec de un nuevo “derecho común”, que juega un rol de mediador entre las dos perspectivas.

El afirmar, en primer lugar, que existe históricamente una tensión intelectual evidente entre el Derecho civil y los derechos humanos no es algo que pueda sorprender a quien conozca el desarrollo de la modernidad jurídica, aunque sólo sea superficialmente. Basta recordar que, por su propia lógica interna, los derechos humanos han tenido su origen en una filosofía particular, es decir, en la idea de proteger al individuo contra las intromisiones indebidas del Estado en la esfera privada. El sentido moderno de los derechos humanos se encuentra, por tanto, profundamente enraizado en la oposición, por un lado, entre el Estado absolutista con sus monarcas hereditarios, y por el otro lado, la necesidad de proteger al individuo y sus intereses particulares, distintos y autónomos respecto del Estado. De aquí deriva precisamente la idea moderna de los derechos humanos, que vehicula una aguda desconfianza respecto del Estado, fuente de avasallamiento de los intereses privados y, simultáneamente, exalta esos mismos intereses en tanto privilegios propios al individuo. John Locke (1632-1704) es, sin duda, un pensador emblemático en el desarrollo de esta ideología³.

Concretizándose en el constitucionalismo naciente, la consecuencia de esta ideología es que los derechos humanos son parte integrante del “derecho público”. Por ejemplo, si se analiza la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano del 26 de agosto de 1789, salta a la vista la separación entre lo “público” y lo “privado”. Incluso cuando la Declaración francesa parece acercarse más al “derecho privado”, al menos desde un punto de vista temático, como es en el artículo 17 sobre el derecho de propiedad, en realidad, no hace más que reconocer este derecho en el marco de una lógica entera y profundamente publicista. Debe asimismo destacarse que ni un solo artículo de la citada Declaración francesa se ocupa de las relaciones entre actores privados más que a título de “libertad negativa”. Se reserva así la “libertad positiva” para el derecho civil, como si estuviera subordinada a la “libertad negativa” constitucional. En cambio, las Cartas estadounidenses invierten (dentro de una lógica de *common law*) esta partición en beneficio de un “derecho civil” garantizado por un sistema de “libertad negativa”. Lo podemos

³ John Locke, *Second Treatise of Civil Government* (inicialmente publicado en 1691). Locke afirma que “las leyes civiles de los diversos países son sólo justas en la medida en que se fundan en el derecho natural” (cita de la versión francesa, París, Vrin, 1977, p. 81) y “que los hombres han visto la necesidad de examinar más cuidadosamente el origen del gobierno y sus derechos a fin de encontrar un medio de frenar las extravagancias y prevenir los abusos que pudiera cometer quién detenta el poder, ya que ellos lo habían confiado a otro únicamente en vista de su propios intereses, pero veían que se utilizaba para hacerles daño” (ibid., p. 140).

constatar sobre todo de la lectura del *Bill of Rights* de 1776, que es anterior a la Declaración francesa.

El paradigma de los “derechos humanos” se constituye de tal modo, desde el siglo XVIII hasta el siglo XXI, en el constitucionalismo occidental que nace dentro de una perspectiva de “derecho público”, de la cual depende. Es así como la cuestión de la jerarquía de las normas públicas (comúnmente bautizadas como “derecho”) se antepone, en una lógica de supremacía de las denominadas “normas públicas”, como si éstas estuvieran por encima de los actos y de las relaciones “privadas”. En el siglo XX, el éxito que tuvo el pensamiento kelseniano, que privilegia un “cientismo” piramidal, no hace más que confirmar esta perspectiva⁴. El resultado ha sido, como se recuerda, una idea jerárquica de normas que, por un lado, confieren siempre la supremacía al “derecho” público o, mejor, constitucional, mientras que por el otro lado, dejan intactas las relaciones “privadas” en cuanto autónomas, y las protege de la injerencia “pública”.

En mérito a esta última observación, es posible constatar una cierta perplejidad de la doctrina jurídica al momento de pensar la eventual “influencia” de los derechos humanos en el derecho civil. Esto se constata asimismo en los intentos, a veces poco hábiles y pensados “desde arriba”, de teorizar esta eventual influencia, meditando en el uso de etiquetas tales como *mittelbare* o *unmittelbare Drittwirkung*, típicas de la doctrina alemana⁵ (las cuales expresan bien el legado kelseniano) o civilista, o simplemente como “efecto secundario”⁶ (más en conformidad con la perspectiva del *common law*), lo cual es un indicio de la dificultad teórica mencionada.

Todo esto nos conduce a una segunda interrogación acerca de la cultura jurídica quebequense⁷. Sin pretender asumir el rol de historiadores de las ideas jurídicas de Québec⁸, queremos destacar que el punto de partida del nuevo Código consistió sin ninguna duda en la constatación de que el viejo Código Civil del Bajo Canadá (1866) había perdido su importancia, su valor simbólico y su capacidad de renovación. El *common law* había tomado el primer lugar desde el Acta de Québec de 1774 e iba ocupando gradualmente, tanto por

⁴ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2ª edición, Neuchâtel, La Baconnière, 1988. Cfr. Carlos M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Paris, Kimé, 1997; idem, *La philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, colección Diké, 2004.

⁵ Kara Preedy, “Fundamental Rights and Private Acts – Horizontal Direct or Indirect Effect? – A Comment”, en *European Review of Private Law*, 2000, n° 1, p. 125-133.

⁶ Beverly McLachlin, “Bills of rights in common law countries”, en *International and comparative law quarterly*, vol. 51, abril 2002, p. 197-204: “Canadians made the choice to confine the Charter’s application to laws and government action. The Charter was not to apply to the private sphere. Contracts, torts and the whole of the common law were therefore outside the ambit of the Charter” (p. 198). En vista de la relación entre el common law y la Carta, se confirma que “...what happens in Canada in most cases where a law is found to be inconsistent with the Charter, is that it is either brought into conformity through interpretation or reading up or down; (...); or the Court ensures through transitional common law guidelines that pending amendment, justice is done” (p. 202). Cfr. Frances Raday, “Privatising Human Rights and the Abuse of Power”, en *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. XIII, n° 1, 2000, p. 103-134.

⁷ Ver Bjarne Melkevik (dir.), *Trasformazione della cultura giuridica québecchese*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1998.

⁸ Cfr. Bjarne Melkevik, “Penser le droit québécois entre culture et positivisme: Quelques considérations critiques” y “La philosophie du droit au Québec: développements récents”, en idem, *Réflexions sur la philosophie du droit*, Québec, Les Presses de l'Université Laval y Paris, L'Harmattan, 2000, pp. 177-208.

razones de lógica que de substancia el espacio inicialmente reservado al Derecho civil. De hecho, la mezcla operada por el derecho quebequense⁹ entre el *common law* (“derecho” público, “derecho” constitucional, “derecho” penal, etc.) por un lado, y la tradición civilista, por el otro, no contribuía a solucionar el problema. Pero la tradición civilista estaba sobre todo debilitada por la hegemonía de la ideología “constitucionalista” existente en Québec desde 1970. La lógica “paternalista” (o progresivamente “maternalista”), al intentar intervenir “desde arriba”, no tenía los medios para consolidar la tradición civilista y la insistencia tradicional en la voluntad de las partes. En síntesis, la conclusión de los juristas era que la tradición civilista de Québec estaba, antes de 1991, a punto de extinguirse como núcleo del derecho civil¹⁰.

Brevemente, tres consideraciones parecen haber guiado la nueva “fórmula” quebequense:

1. Restablecer el dinamismo y la vitalidad de un derecho civil quebequense en el contexto de Québec y con respecto a un *common law* dominante.

2. Afirmar la autonomía y el sentido propio del derecho civil respecto del “imperialismo” del constitucionalismo canadiense, ante la falta de una Constitución de Québec¹¹.

3. Asegurar el peso de una nueva estabilidad y el sentido del Derecho civil quebequense en un futuro cada vez más marcado por la mundialización y las turbulencias económicas, culturales y políticas.

Por lo tanto, el nuevo Código no podía ser simplemente elaborado como el anterior. Es decir, no podía basarse exclusivamente en una lógica civilista estrecha, descuidando el eventual aporte moderador de los derechos humanos¹². La nueva codificación sólo podía hacerse en armonía con las exigencias de los derechos humanos. Sobre todo, teniendo en cuenta que la Carta quebequense de los derechos de la persona (1976) no hace en principio ninguna distinción entre “público” y “privado”, sino que desea abarcar todas las dimensiones de la vida en sociedad¹³, a diferencia de la Carta canadiense de

⁹ Ver Maurice Tancelin, “Comment un droit peut-il être mixte?”, en Frederick P. Walton, *Le domaine et l'interprétation du Code Civil du Bas Canada*, Toronto, Butterworths, 1980, pp. 1-32; Cfr. Robert Garron, “Le droit mixte, Notion et fonction”, en *La formation du droit national dans les pays de droit mixte. Les systèmes juridiques de Common Law et de Droit civil*, Grupo de investigaciones coordinadas «Océan Indien» del C.N.R.S., Aix-Marseille, Presses de l'Université d'Aix-Marseille, 1989, pp. 103-118.

¹⁰ Sylvio Normand, “Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec: la sauvegarde de l'intégrité du Droit civil”, (1987), 32 *McGill L. J.*, pp. 559-601. Ver también, en relación con el Código Civil del Bajo Canadá, Jean-Louis Baudouin, “Le Code civil québécois: crise de croissance ou crise de vieillesse”, (1966), 44 *Can. Bar. Rev.* 391-416 y Jean-Baptiste Crépeau, “Le droit de la province de Québec”, (1964) 24 *R. du B.*, pp. 546-552.

¹¹ Jacques-Yvan Morin, “Pour une nouvelle Constitution du Québec”, (1985) 30 en *Revue de droit de McGill*, pp. 171-220; Marc Brière, *Pour sortir de l'impasse: un Québec républicain!*, Montréal, Varia, 2002, ou, idem, *Point de départ!: essai sur la nation québécoise*, Montréal, Hurtubise HMH, 2000. Ver, en general, José Woehrling, *La Constitution canadienne et l'évolution des rapports entre le Québec et le Canada anglais, de 1867 à nos jours*, Edmonton, Centre d'études constitutionnelles, colección Points de vue n° 4, 1993.

¹² J.-L. Baudouin e Y. Renaud, Y., *Code civil du Québec, Code de procédure civile*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1998, p. 20: “actualmente, (...) el único país en el mundo que logró la recodificación de su ley civil” es Québec. Destaquemos que los autores olvidan la reforma del Derecho civil en los Países Bajos, así como los códigos de la denominada “2ª generación” (Italia) o que fueron sustancialmente reformados (Alemania, Francia, España, etc.).

¹³ Notemos que la Carta quebequense de los derechos de la persona no es más que una “ley ordinaria” con un estatus cuasi-constitucional, reconocido por la jurisprudencia. Ver Henri Brun

derechos y libertades, que tiene un campo de aplicación más limitado, restringiéndose, en general, al ámbito denominado “gubernativo”¹⁴. Teniendo en cuenta la lógica normativa de la Carta quebequense, el legislador debía encontrar una solución, un *modus vivendi*, que respetara a la vez las exigencias propias de una carta de derechos humanos moderna y las exigencias de un Derecho civil basado sobre el paradigma de la autonomía del individuo. La solución, tal como lo desarrollaremos a continuación, era la tesis de un “derecho común” que integrara ambas dimensiones.

2. El paradigma de un nuevo “derecho común”

Examinemos ahora el paradigma de un “derecho común” que expresa el Código Civil de Québec de 1991, como símbolo de una reconciliación entre el Derecho civil y los derechos humanos. Comencemos analizando su fórmula semántica, para luego considerar de manera más próxima el sentido práctico del mismo.

Una de las particularidades del nuevo Código Civil de Québec es sin duda la “Disposición preliminar”, que introduce el paradigma de un “derecho común”¹⁵. Si bien no era necesaria, se decidió introducir tal “disposición” al comienzo del Código para simbolizar de algún modo el sentido que los legisladores (es decir, el Parlamento, al igual que los diferentes individuos y organismos que contribuyeron a la redacción del texto legal¹⁶) han querido atribuir al nuevo Código. Según la “Disposición Preliminar” que encabeza el nuevo Código:

“El Código Civil de Québec rige, en armonía con la Carta de derechos y libertades de la persona y los principios generales del derecho, las personas, las relaciones entre personas y los bienes.

El Código está constituido por un conjunto de reglas que, en todas las materias a la que se refieren la letra, el espíritu o el objeto de sus disposiciones, establece en términos expresos o de forma implícita, el derecho común. En estas materias, constituye el fundamento de las demás leyes que pueden adicionarse al Código o derogarlas”¹⁷.

y Guy Tremblay, *Droit constitutionnel*, 4^a edición, Cowansville, Yvon Blais, 2002; André Morel, “La Charte québécoise: un document unique dans l’histoire législative canadienne”, (1987) 31 *R.J.T.*, pp. 18 y s.

¹⁴ Ver Corte Suprema de Canadá, caso *Dolphin Delivery Ltd c. Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 580*, (1984) 2 R.C.S. 573. Destaquemos que el Canadá ha adoptado una perspectiva similar a la de la Convención europea de derechos humanos o del *Bills of Rights* de Estados Unidos.

¹⁵ Alain-François Bisson, “La Disposition préliminaire du Code civil du Québec”, (1999) *Revue de droit de McGill*, vol 44, pp. 539-565, nos da una idea del acontecimiento legislativo que supone esta “disposición”. Notemos que no existen verdaderamente “trabajos preparatorios” en relación en esta disposición. Ver Jean Pineau, “La philosophie générale du nouveau Code civil du Québec”, (1992) *Revue du Barreau canadien*, vol 71, p. 423.

¹⁶ Ver los trabajos de Paul-André Crépeau (con la colaboración de Élise M. Charpentier), *Les principes d’UNIDROIT et le Code civil du Québec: valeurs partagées?/The UNIDROIT Principles and the Civil code of Québec: shared values?*, Scarborough, Carswell, 1998; idem, *La réforme du droit civil canadien: une certaine conception de la recodification, 1965-1977*, Montréal, Thémis, 2003.

¹⁷ Code civil du Québec, L.Q. 1991, c. 64, “Disposition préliminaire”.

Considerando el tema más de cerca, se puede clarificar nuestra tesis acerca de la fusión de perspectivas entre la lógica civilista tradicional y los derechos humanos.

Destaquemos ante todo la unidad declarada entre el Derecho civil y los derechos humanos. En este sentido, hay que acentuar el segundo párrafo de esta disposición preliminar, dado que si el Código está constituido por un conjunto de “reglas” que “en todas las materias a la que se refieren la letra, el espíritu o el objeto de sus disposiciones”, establece en términos expresos o de forma implícita, el derecho común, ello implica que el derecho común debe estar razonablemente en conformidad con el primer párrafo, que anuncia que el mismo Código rige las relaciones civilistas, en armonía con la “Carta de derechos y libertades de la persona”. Se trata siempre del mismo derecho común, y no de varios distintos.

Asimismo, debemos insistir en la presunción de armonía entre la perspectiva civilista clásica y los derechos humanos. Conviene recordar ante todo que el vocablo “armonía” tiene su origen en la música y se refiere al conjunto de sonidos, o mejor dicho, a la combinación de sonidos, acentos y ritmos que crean una “melodía” y que generan una concretización musical agradable al oído. La analogía en cuestión también permite mostrar el hecho de que la armonía entre el Derecho civil y los derechos humanos se materializa, desde una perspectiva general, en la concordancia de objetivos. En cambio, si se adopta un punto de vista más concreto, la armonía tiene lugar en la práctica de los sujetos de derecho que hacen su “derecho”. Según esta última perspectiva, la práctica del derecho se expresa como una combinación de intereses o de “posicionamientos”, de interpretaciones y argumentos, que los sujetos deberán tener en cuenta.

Se trata de una “armonía” que, después de haber sido “puesta” en la “Disposición preliminar” del Código, viene a ser consolidada en la práctica del derecho. La lógica jerárquica, piramidal o simplemente kelseniana entre las normas del Derecho civil y las exigencias de los derechos humanos se ve así atenuada en favor de una nueva síntesis entre ambos campos.

De aquí se deduce que el “derecho común” que resulta de la codificación civil de Québec es más amplio y pleno que la simple noción de “derecho civil”. Al “derecho común” en cuestión concierne, en primer lugar, la prioridad de otorgar la codificación del derecho. Podemos decir que se trata de una “publicización” querida por el derecho civil, cuyo objetivo es siempre garantizar “el valor del Código Civil como base del derecho privado y su posición privilegiada en el conjunto [del poder legislativo de Québec]”¹⁸.

En este sentido, notamos que la versión inglesa del Código Civil de Québec ha tenido que forjar la expresión *jus commune*, que es inusual en el idioma inglés (como equivalente de “derecho común”), para evitar cualquier asimilación con el concepto (y la práctica) del *common law*.

Dos consecuencias inmediatas se pueden destacar aquí en relación a este paradigma del *common law*: en primer lugar, la tesis de una *función organizativa* y, posteriormente, la tesis de una *función interpretativa* en favor de los derechos humanos.

En efecto, observamos, *primo facie*, que la teoría de un “common law” ha adquirido una función organizativa en términos de nuestra comprensión del

¹⁸ Ministerio de Justicia de Québec, “Commentaires du ministre de la Justice. Le code civil du Québec”, Tomo 1, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p. 1.

Código Civil de Québec. Si los derechos humanos ya no pueden ser considerados como “intrusos” desde el momento que participan de una lógica publicística, deben lógicamente (y legalmente) adquirir un rol “funcional” o una “vocación” dentro de este “derecho común”. Esto se advierte, ante todo, en el plano de la doctrina jurídica, en la que la cuestión del “derecho vigente” se expresa ahora –como dice Hubert Reid– “con el paradigma de un conjunto de ‘reglas’, que incluyen los derechos humanos, que se aplican en principio a un conjunto de relaciones jurídicas”¹⁹. Esta afirmación es tal vez tributaria de una forma tradicional de escribir la doctrina (o “dogmática”) del “derecho”, cuando sería más prudente plantear la pregunta en relación con el conjunto de las relaciones jurídicas o civiles.

Con respecto a la función interpretativa del paradigma “derecho común”, debe subrayarse el hecho de que el Código establece una “formalidad” (un “canon”) según la cual una norma civil debe ser interpretada como si siempre incluyera los derechos humanos. En otras palabras, se afirma que cualquier interpretación que se haga no se limitará al texto, ni al contexto, sino por el contrario, siempre implicará un momento, real o virtual, de conciliación entre el derecho civil y los derechos humanos. La razón de esta “formalidad” es el hecho de que las normas civiles y los derechos humanos son vistos como unidos por un vínculo de reciprocidad interpretativa²⁰.

Todo lo anterior se ubica, sin embargo, en un plano ineluctablemente teórico. Por ello, debemos investigar cómo ello se lleva a cabo en el ámbito judicial. Desde el momento que ya han transcurrido 19 años desde la entrada en vigor del Código Civil de Québec, debemos ahora precisar el tema acudiendo a la jurisprudencia.

3. *Un derecho común en la práctica*

Para aclarar cómo la tesis de un “derecho común” que une el Derecho civil con los derechos humanos toma forma en la jurisprudencia de Québec, nos limitaremos a mencionar algunos casos que vienen en apoyo de nuestra argumentación.

En primer lugar examinaremos un fallo de la Corte Suprema de Canadá que es muy revelador de la primacía que ha adquirido el Código Civil de Québec²¹. El caso en cuestión es simple: dos ciudadanos reclaman de un consejero municipal una indemnización por los daños causados a su reputación, a raíz de las expresiones empleadas por el funcionario durante el debate en el concejo municipal. Ahora bien, si los funcionarios municipales están regidos por el derecho público, las “leyes” particulares que los rigen son muy imprecisas en cuanto a la extensión de las libertades y privilegios de que gozan. A fin de acudir al régimen general de responsabilidad civil previsto en los artículos 1457 y siguientes del Código Civil de Québec, los demandantes debían demostrar la violación de una norma legal que permitiera fundamentar la existencia de una culpa, tal como está previsto en el artículo 1376 del Código citado. Esta norma dispone que “las reglas del presente libro [de las obligaciones] se aplican al

¹⁹ Hubert Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 194.

²⁰ Corte Suprema del Canadá, caso “Béliveau St-Jacques c. F.E.E.S.P.”, [1996] 2 R. C. S. p. 345.

²¹ Corte Suprema de Canadá, caso “Prud’homme c. Prud’homme” (2002), 4 R.C.S. 663 ss.

Estado, así como a sus organismos y a cualquier persona moral de derecho público, con reserva de las otras normas de derecho que les son aplicables”. ¿Qué “derecho” se aplica, entonces: el Código Civil de Québec o, como era habitual en cuestiones de “derecho público”, el *common law*? La respuesta que brinda la Corte Suprema de Justicia es la siguiente:

“Puede parecer desconcertante que una regla de derecho público se encuentre en el Código Civil de Québec. Sin embargo, debe destacarse que el nuevo Código no sólo contiene un conjunto de normas de derecho privado, o un “derecho de excepción”. De acuerdo con su Disposición Preliminar, constituye el “derecho común” de Québec”²².

Luego, continúa diciendo la sentencia de la Corte:

“La elección de la expresión “derecho común” no es casual. Una versión anterior de la Disposición afirmaba que el Código estaba constituido por un conjunto de reglas que establecen el “derecho privado”. A raíz de la controversia doctrinal suscitada por el caso Laurentide Motels [...], el término “derecho privado” fue remplazado por otro, más general: “derecho común”. El trasfondo de este cambio no deja ninguna duda sobre la intención clara del legislador de aumentar el campo operativo del Código Civil”²³.

En consecuencia, el “campo operativo” (del Código Civil) se concretiza a través de una nueva relación que él mantiene con el *common law*, que antes – como ya hemos tenido ocasión de señalar– tenía la preeminencia en la materia. Por el contrario, en la actualidad, la “regla” es la siguiente:

“Incluso cuando se considera aplicable una norma del common law público, el contexto general del análisis de la responsabilidad sigue siendo el propuesto por el Derecho civil. En consecuencia, una norma de common law a veces tendrá que ser reformulada para corregir las contradicciones o dificultades que resulten de la superposición de conceptos provenientes de diversos sistemas jurídicos”²⁴.

Aunque el teórico del Derecho civil tiene en este ámbito suficiente materia para sus reflexiones sobre las cuestiones de interpretación y sobre las del *common law* (frente a la tradición civilista), no debemos olvidar los objetivos propuestos. En este sentido, la Corte declara que el paradigma del “derecho común” ahora permite dar “primacía” operativa al Código Civil de Québec. La distinción entre derecho civil y *common law* está ahora literalmente “inmersa” en el nuevo paradigma del “derecho común”.

El sentido de esta “primacía” en relación con el *common law* puede aclararse aún más en lo que se refiere al manejo de la prueba, que sigue siendo

²² *Idem*, parágrafo 28.

²³ *Idem*, parágrafo 29. Los jueces se refieren aquí a A.-F. Bisson, “La disposition préliminaire du Code civil du Québec”, *op. cit.*, p 539 y a D. Lemieux, “L’impact du Code civil du Québec en droit administratif” (1994), 15 *Admin. L. R.* (2d) 275, pp. 295-297.

²⁴ *Idem*, par. 54.

fundamental para sancionar las violaciones de los derechos humanos. En este sentido, el juez LeBel afirma:

“El secreto profesional ha recibido una consagración legislativa completa y firme, tanto en el artículo 9 de la Carta Quebequense de Derechos y Libertades, como en el artículo 2858 del Código Civil de Québec. El derecho quebequense de la prueba mantiene vínculos estrechos tanto con el common law como con los extensos desarrollos jurisprudenciales de éste. Sin embargo, en este caso nos encontramos con un asunto civil regido por el Código Civil de Québec y la Carta de Québec que, en las esferas de competencia de la legislación de Québec, constituyen el fundamento del derecho, tal como lo reconoce la Disposición Preliminar del Código Civil del Québec”²⁵.

Otra confirmación de la “primacía” operativa que se relaciona directamente con la cuestión de los derechos humanos, es la afirmación de la jueza Louise Otis:

“El Código Civil de Québec –un conjunto estructurado y jerarquizado de normas– consagra la integridad de la persona humana como uno de los principios generales que rigen el goce y ejercicio de los derechos civiles y ello, de conformidad con la Carta de los Derechos de la persona [...]. La Disposición Preliminar del Código, los artículos 3 y 10 del mismo y el artículo 1 de la Carta de Québec lo afirman con insistencia”²⁶.

No es sorprendente que las decisiones mencionadas reflejen “la filosofía del Código”, ni que tengan como primera preocupación del nuevo “derecho común” la integridad del ser humano (o, como dicen, de la persona). En lo que se refiere a la primacía operativa, se agrega la declaración hecha por el juez Badouin relativa al “derecho” a la igualdad, a la intimidad y a los “actos no discriminatorios” según la cual:

“El derecho a la intimidad me parece reforzado de una manera única luego de la introducción de los artículos 35 y ss., en el nuevo Código Civil de Québec. Este, según su Disposición Preliminar, contiene una serie de reglas que se refieren a la protección de la intimidad que se caracterizan por el deseo de proteger a la persona de cualquier tipo de intrusión en el estrecho ámbito de su vida personal”²⁷.

Cabe mencionar otra decisión sobre el funcionamiento y la nueva “primacía”. Se refiere a la cuestión de la tolerancia razonable de las prácticas religiosas en una relación contractual privada. La Corte declara:

²⁵ Corte de apelación de Québec, caso “St-Alban (Municipalité de) c. Récupération Portneuf inc.” [1999] R.J.Q. 2268. Opinión del juez LeBel.

²⁶ Corte de apelación de Québec, caso “Montréal (Ville de) c. Tarquini” [2001] R.J.Q., 1405 (C.A.) par. 174 (L. Otis). También en Maurice Tancelin y Daniel Gardner (dir.), *Jurisprudence commentée sur les obligations*, 8ª ed., Montréal, Wilson et Lafleur Ltée, 2003, p. 938.

²⁷ Corte de apelación de Québec, caso “Godbout c. Longueuil (Ville de)”, [1995] R.J.Q. 2561 (C.A.).

“Tres fuentes del derecho regulan las relaciones contractuales entre particulares: el Código Civil de Québec, la Carta de Derechos y Libertades de la Persona, y los principios generales del derecho. Esta es la primera enseñanza que resulta de la Disposición Preliminar del Código Civil de Québec”²⁸.

No es nuestra intención hacer una enumeración exhaustiva de las referencias jurisprudenciales al “derecho común” de Québec. Sin embargo, podemos constatar que el paradigma de un nuevo “derecho común” no ha sido tomado a la ligera, sino que, por el contrario, ha sido considerado de modo dinámico e innovador. Prueba de ello es que el paradigma se ha vuelto operativo para orientar tanto al Derecho civil como a los derechos humanos con un enfoque más agudo de las cuestiones de poder en las relaciones civiles. El paradigma ha reforzado los derechos humanos, dando lugar a un efecto insospechado: si las violaciones de los derechos humanos en el ámbito del derecho público son sancionadas mediante una indemnización pecuniaria del daño, las lesiones a una posición jurídica protegida por el derecho civil se deben en principio resarcir *in natura* (en oposición a la reparación por equivalente²⁹). Esto es interesante, porque es una solución opuesta a la del *common law*, que favorece el resarcimiento del daño por equivalente por un mayor respeto de la libertad individual, mientras que el Derecho civil es más restrictivo en este sentido.

En efecto, se observa una ósmosis entre los modelos de reparación, en los que el modelo civil de reparación *in natura* se conjuga con el carácter de orden público de los derechos humanos, lo cual puede aumentar la eficacia, por ejemplo, de un reclamo de lucro cesante o del alquiler de un departamento. Más concretamente, la posibilidad del “resarcimiento” es más adecuada para una persona vulnerable, especialmente en un ámbito como el de los derechos sociales. El paradigma del “derecho común” facilita la ejecución en especie en los ejemplos mencionados.

3. El derecho del trabajo y los derechos humanos

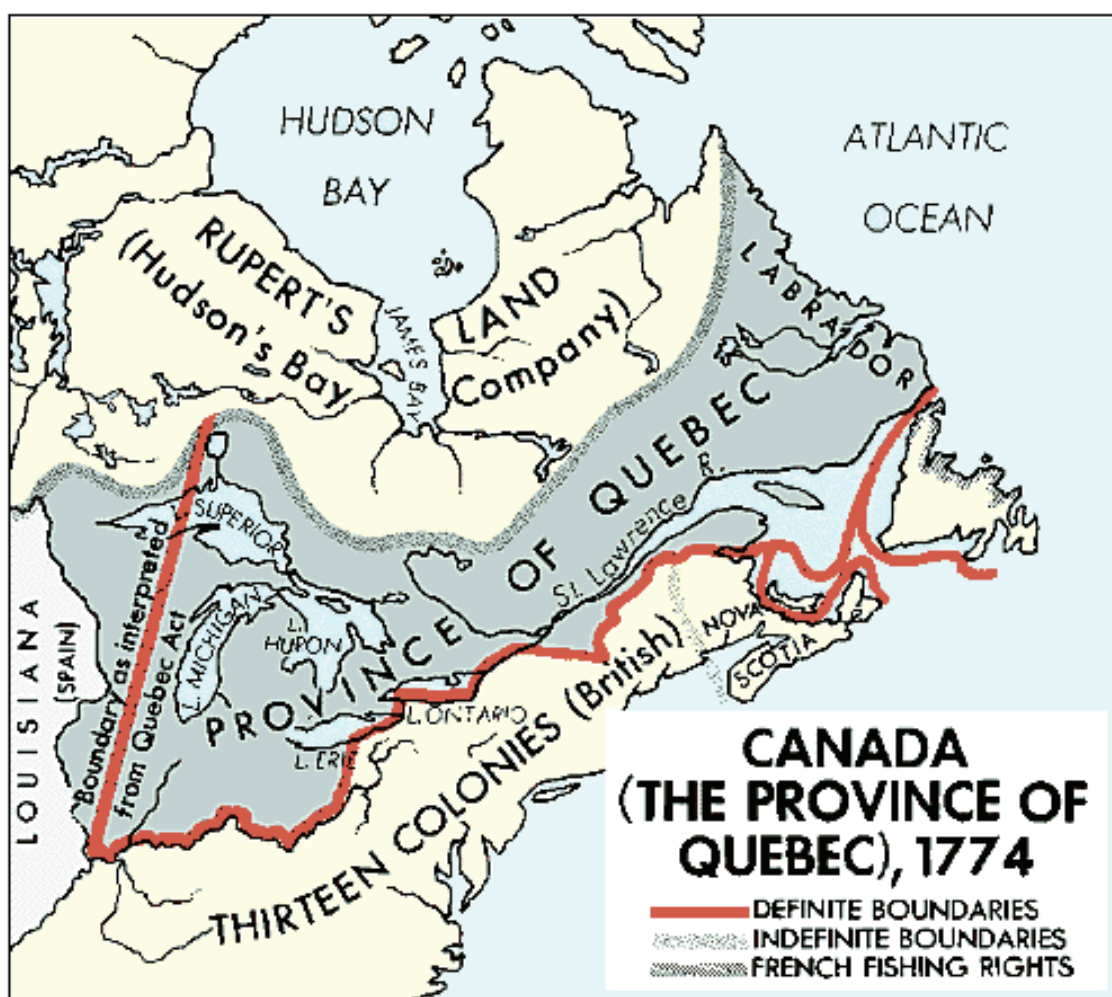
Nuestra investigación acerca del significado del paradigma de “derecho común” puede ahora continuar con unas consideraciones acerca del Derecho laboral. Si bien el antiguo Código del Bajo Canadá era discreto en la regulación de las relaciones laborales³⁰, todo ha cambiado con el nuevo Código Civil de

²⁸ Tribunal de Montréal, caso “Syndicat Northcrest c. Anselem”, [1998] R.J.Q. 1892 (C.S.). Confirmado en apelación: Corte de apelación de Québec, “Amselem c. Syndicat Northcrest”, [2002] R. J. Q 906. Decisión anulada (5 contra 4) por la Corte Suprema de Canadá; “Syndicat Northcrest c. Amselem” [2004] CSC 47. Ver la opinión minoritaria (Bastarache, LeBel y Deschamps), parágrafo 177.

²⁹ Ver: caso “Godbout c. Longueuil (Ville de)”, *op. cit.*; caso “Syndicat Northcrest c. Amselem”, *op. cit.* – donde se afirma: “En derecho civil, la ejecución *in natura* constituye la regla. La ejecución por equivalente es considerada como una forma secundaria de ejecución, que el acreedor no está obligado a aceptar”. El juez Rochon cita aquí a Jean-Louis Baudouin, *Les obligations*, 4^a ed., Cowansville, Les éditions Yvan Blais, n° 419, p. 242. Sobre la cuestión de ejecución *in natura*, consultar la decisión de la Corte de apelación de Québec: “Commission des droits de la personne du Québec c. Société d’électrolyse et de chimie Alcan Itée”, [1987] D.L.Q. 340 (C.A), en Maurice Tancelin y Daniel Gardner (dir.), *Jurisprudence commentée sur les obligations*, 8^a ed., Montréal, Wilson et Lafleur Ltée, 2003, pp. 676-679.

Québec, en el que el tema recibe un tratamiento profundo y sistemático en los artículos 2085 a 2097³¹. Más aún, tales artículos deben armonizarse con los derechos humanos, tal como lo exige la Carta de Derechos y Libertades de la Persona. Veamos cómo sucede esto.

Insistimos en el hecho de que el paradigma de un “derecho común” se expresa en el ámbito de la legislación laboral a través de una división de tareas entre las normas civiles que rigen la relación laboral (es decir, las condiciones de formación del contrato en términos de “naturaleza”; la “voluntad” expresada por las partes; la remuneración, los contenidos obligatorios, etc.), mientras que la Carta de Québec tiende ante todo a la protección de las personas susceptibles de asumir un vínculo laboral. Desplazando nuestra mirada hacia la Carta, se advierte la lógica de “posicionamiento civil” que ello significa. En tal posicionamiento se pueden distinguir dos ejes: uno general y otro particular.



En cuanto al “posicionamiento civil” en general, hay que destacar que la Carta de Derechos y Libertades de la Persona favorece una igualdad formal. En el contexto de una sociedad profundamente desigual en el plano de los

³⁰ Ver Robert P. Gagnon, Louis LeBel y Pierre Verge, *Droit du travail*, 2^a ed., Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1991, pp. 21-36.

³¹ Robert P. Gagnon, *Le droit du travail du Québec*, 5^a ed., Cowansville, Yvon Blais, 2003, pp. 61-134.

hechos, con diferencias sociales, económicas y políticas que acentúan el lado desigualitario de la sociedad quebequense, la noción de “igualdad” es de gran ayuda porque sobre ella se apoya el posicionamiento de los individuos en el mercado laboral. El concepto de igualdad puede ser empleado como una suerte de “escudo” contra las prácticas discriminatorias. Si los artículos 16 a 19 de la Carta de Québec prohíben la discriminación en el mercado laboral, es el artículo 10 el que se ocupa de enumerar las motivos que pueden llevar a discriminar y que están prohibidos: “la raza, el color, el sexo, el embarazo, la orientación sexual, el estado civil, la edad (salvo en la medida requerida por la ley), la religión, las opiniones políticas, el idioma, el origen étnico o nacional, la condición social, la invalidez”. Figuran asimismo aquí algunas excepciones de discriminación justificada –las previstas en el art. 20– que son las que se vinculan con las necesidades profesionales, o las distinciones, exclusiones o preferencias motivadas por el carácter benéfico, filantrópico, religioso, político y educativo de una institución, siempre que sea sin fines de lucro o dedicada exclusivamente al bienestar de un grupo étnico. Fuera de estas limitadas excepciones, es sobre todo el posicionamiento “no discriminatorio” el que se afirma en este ámbito como consecuencia de los derechos humanos y se fusiona con el paradigma de un “derecho común”.

En cuanto al “posicionamiento civil” en particular, es decir, relativo al individuo como tal, debemos mencionar una serie de normas incluidas en la Carta de Derechos y Libertades de la Persona: la prohibición del acoso sexual (art. 10); la prohibición del despido, de la no contratación, o de la aplicación de cualquier desventaja suplementaria a una persona en el marco de su puesto de trabajo por el mero hecho de tener antecedentes penales, si estos no tienen ninguna relación con el empleo en cuestión (art. 18.2); el establecimiento de condiciones de trabajo que estén en conformidad con la salud, la seguridad y la integridad de la persona (art. 46); la prohibición de atentar contra la dignidad, el honor y la reputación de un trabajador (art. 4). El ámbito de aplicación de las normas mencionadas es muy amplio y abierto y, a menudo, sólo un tribunal puede garantizar la permeabilidad del derecho civil al paradigma de un “derecho común”. La Carta quebequense de Derechos y Libertades es de orden público. Asegurar su respeto corresponde a la Comisión de los derechos individuales y de los derechos de la juventud en virtud de las competencias o imperativos de “censura” que le son reconocidas³². De hecho, para que el sistema de la libertad de la “persona” sea lo más eficaz posible, el legislador de Québec ha establecido un sistema por el cual la Comisión de los derechos individuales y los derechos de la juventud puede, en caso de demanda, realizar una investigación y proponer un arbitraje de la controversia³³. Si no se llega a un arreglo y la Comisión considera que es conveniente continuar, la víctima tiene la opción entre dirigirse a un tribunal de derecho común o al Tribunal de derechos de la persona, si se trata de un caso de discriminación. En definitiva,

³² Se usa aquí la palabra “censural” en su sentido jurídico clásico, haciendo referencia al poder, a la competencia, a la “censura”, etc. Ver G. Cornu, *Dictionnaire juridique*, París, Presses universitaires de France, 1994, p. 122.

³³ Lucie Lamarche, *Le régime québécois de protection et de promotion des droits de la personne*, Cowansville, Yvon Blais, 1996. Ver también Lucie Demonde, *Discrimination et Commission des droits de la personne*, Montréal, Éd. Saint-Martin, 1988.

con el paradigma de un “derecho común” se forja una nueva dimensión de los derechos humanos. Dado que el contrato de trabajo está regido por el Código Civil de Québec, se llega a la conclusión de que todo (excepto el poder “censura” de la Comisión de los derechos individuales y los derechos de la juventud), se relaciona de ahora en adelante con un paradigma de “derecho común”. En otras palabras, la preocupación concreta por el individuo como tal se superpone con la cuestión formal de Derecho civil. De hecho, la cuestión de la realidad del ser humano (o de la persona), se fusiona con las necesidades de la legislación laboral a fin de allanar el camino jurisdiccional, lo que supone una nueva forma de pensar el derecho civil.

4. Conclusiones

Para concluir, recordemos que la manera de conciliar el Derecho civil con las necesidades de los derechos humanos propuesta por Québec puede ser útil a otros países que tienen planes de reformar sus Códigos Civiles. Habiendo razones que militan en contra de una “constitucionalización” nefasta del Derecho civil o de una importación ciega y temeraria de los derechos humanos en las relaciones privadas, el modelo de Québec es prometedor. Las decisiones de los tribunales han contribuido, cada una a su manera, a fin de aclarar el paradigma de un “derecho común”. El recentraje “civilista” realizado por el Código Civil de Québec puede servir como un modelo e inspirar el trabajo legislativo de otros países, así como aclarar nuestra manera de concebir y construir la doctrina del Derecho civil.

[Recibido el 20 de octubre de 2012. Corregida por la redacción la totalidad de las notas. Aceptado el 30 de noviembre de 2012].