

sino, además, en las decisiones sobre los daños causados por animales fieros (art. 2.354 CC)²⁹ y por el hecho del edificio en ruinas (art. 2.350 CC)³⁰.

Esta posición resulta muy criticable, pues pretender mantener la culpa como fundamento único de la teoría de la responsabilidad civil, so pretexto de conservar el reproche moral al comportamiento del agente, y, al mismo tiempo, suprimir su carácter subjetivo, no es más que una contradicción hipócrita que sólo consigue desnaturalizar el significado de la palabra 'culpa'. La culpa para la sociedad colombiana implica un *juicio de valor*, éste es el uso corriente que se hace de dicha palabra, de este modo la entendió el legislador, así la entienden y la usan los colombianos en sus vidas cotidianas y nuestros jueces en sus providencias. ¡No se puede cerrar los ojos ante esta realidad!

La palabra 'culpa' no es una expresión *descriptiva* que se limite a enunciar meras situaciones de hecho, ni a dar cuenta de atributos o características propias de cierta clase de comportamientos, sino una palabra que se usa para expresar un *juicio de valor* sobre una conducta concreta que es desaprobada, censurada, considerada reprochable por la sociedad. Por esta razón, las normas que sancionan la indemnización de perjuicios causados por dichos comportamientos tienen, en gran medida, una finalidad disuasiva³¹.

El objetivo de esta breve exposición no es explicar, a través de una teoría general, todos los cambios que ha sufrido nuestro Derecho de las Obligaciones desde la adopción del *Código* de Bello, ni intentar sistematizar (si es que se puede) las diferentes corrientes de pensamiento que han influido estas modificaciones, sino, simplemente, traer a colación algunos de estos cambios (algunos acertados, otros desacertados), y tratar de dejar muy en claro que la única forma de abordar el estudio del *Code Civil* y del *Código* de Bello es de manera *monumental y crítica*.

²⁹ Véase: C.S.J. Sala Plena, 6 de abril de 1989. M.P. Jairo Duque Pérez. G.J. número 2.436, pp. 143 a 147.

³⁰ Véase: C.S.J. Cas. Civ. 5 de abril de 1978. M.P. Ricardo Uribe Holguín, G.J., número 2.399, pp. 54 y 55.

³¹ Véase un análisis completo al respecto en: Fabricio MANTILLA ESPINOSA y Francisco TERNERA BARRIOS, "La noción de culpa en la responsabilidad civil extracontractual". en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 11, Santiago, Concepción, Ed. Universidad del Desarrollo, enero 2005, pp. 213 - 230.

CONTRA LA INFLUENCIA DEL *CODE*

Iñigo de la Maza

*Buenas leyes civiles son el mayor bien
que los hombres pueden dar y recibir.*

Jean-Étienne-Marie Portalis

Los trabajos de los profesores Guzmán y Domínguez parecen constituir una prueba suficiente de dos cosas. La primera de ellas es la influencia, aunque decreciente, del *Code* en las codificaciones americanas del siglo XIX. Sobre esto, informa generosamente la penetrante erudición del trabajo del profesor Alejandro Guzmán. Asimismo, pero esta vez respecto a la enseñanza del Derecho en el siglo XX en Chile, el trabajo del profesor Ramón Domínguez muestra lúcidamente, en mi opinión, la fortuna, algo desmejorada en los últimos tiempos, de la doctrina francesa en la enseñanza del Derecho en Chile durante el siglo XX.

En relación, ahora, con el trabajo del profesor Fabricio Mantilla, debo advertir que, si bien se trata de un trabajo refrescante y atento a las reglas del oficio académico, desgraciadamente, carezco de la familiaridad necesaria con la evolución del Derecho de Obligaciones colombiano para juzgar su contenido. Con todo, desearía comenzar este comentario allí donde concluye el trabajo del profesor Mantilla. La última frase de la comunicación que ha entregado Fabricio Mantilla a este congreso señala que: "es claro que la única forma de abordar el estudio del *Code Civil* y del *Código* de Bello es de manera monumental y crítica".

La comprensión de esta frase precisa dar una mirada al epígrafe que inaugura el trabajo del profesor Mantilla. Se trata de un extracto de la Doceava Consideración Intempestiva de Nietzsche que nos llama, creo, a alejarnos de la complacencia que suele permear nuestros estudios del *Código Civil*. Porque lo que parece sugerir este epígrafe a propósito de mi tema es que una aproximación fructífera al *Code* o al *Código* de Bello no debe detenerse en los elogios que indudablemente ambos merecen, sino que debe continuar con su crítica.

Lo que desearía sugerir es que el proceso de codificación que tiene lugar a partir de fines del siglo XVIII resulta inteligible únicamente desde cier-

tos hechos históricos que lo dotaron de sentido¹. La pregunta que me interesa formular al respecto es, si esos hechos siguen siendo relevantes a comienzos del siglo XXI. Si la respuesta es, como me parece, negativa, entonces probablemente existan buenas razones para pensar que es tiempo de sacudirnos de encima la influencia del *Code*, deshaciéndonos, de esta manera, de una carga del pasado. Esto no significa que uno no pueda detenerse a contemplar extasiado la magnificencia del *Code* o del *Código* de Bello, pero el fetichismo es un lujo del cual los juristas deberían prescindir². Como ha sugerido a este respecto Natalino Irti: "Al jurista no se le permite el consuelo de la nostalgia, ni la serena tristeza de quien escruta en el crepúsculo: tiene el ineludible deber de 'captar', de recomponer, entre las ruinas del pasado y los lábiles e inciertos signos del futuro, la lógica del tiempo propio"³.

La lógica del tiempo de la codificación estuvo fuertemente influida, entre otras cosas, por la escuela moderna del Derecho Natural. Entre los iusracionalistas primó la pretensión de formular un Derecho válido con prescindencia del tiempo y lugar en que se aplicara, como sucede, por ejemplo, con la Aritmética. Permítanme detenerme sobre esto un momento. Leibniz, por ejemplo, siguiendo a Grocio, sostuvo que el Derecho pertenecía a aquellas disciplinas que no dependían de la experiencia, sino de las definiciones, no de los hechos, sino de las estrictas pruebas lógicas. El Derecho sería a este respecto como la Aritmética, porque "lo que esta nos enseña sobre la naturaleza de los números y sus relaciones implica una verdad eterna y necesaria, una verdad que no quedaría afectada aún desapareciendo todo el mundo empírico y que no existiera nadie para contar, ni ningún objeto para ser contado"⁴. Según la máxima de Newton: *natura est semper sibi consona*.

La lógica de nuestro tiempo, sin embargo, es diversa a aquélla de los tiempos de la codificación. Los códigos ya no nos parecen el precipitado de la razón, sino obras plagadas de historicidad y, por lo tanto, sujetas a altos grados de contingencia.

Si lo que digo es correcto y parte de las ideas que inspiraron el proceso de codificación se han disuelto o han perdido su poder evocatorio —me he

¹ Sobre esto puede consultarse Alejandro GUZMÁN BRITO, *La codificación en Iberoamérica*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.

² Sobre el fetichismo puede consultarse F. GENY, *Métodos de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Granada, Editorial Comares S.L., 2000, p. 54 y ss.

³ *La edad de la descodificación*, Barcelona, Editorial Bosch, 1992, p. 38.

⁴ Ver E. CASSIRER, *La filosofía de la Ilustración*, México, Fondo de Cultura Económica, 1950, p. 263.

referido únicamente a la idea del Derecho Natural, pero podría sumarse todavía el liberalismo decimonónico— parecen, entonces, existir buenas razones para no continuar utilizando aproximaciones al *Código Civil*, que eran tributarias de estas ideas.

Permítanme aclarar que cuando señalo que parece prudente alejarse de la influencia del *Code* no estoy formulándole una crítica a su texto o al texto del *Código* de Bello. Lo que me interesa hacer, más bien, es criticar una forma que la civilística chilena tradicionalmente, aunque con notables excepciones en el último tiempo, ha empleado para aproximarse al *Código Civil*, porque, como he señalado, mi impresión es que esta forma de abordar el *Código* se encuentra cercanamente emparentada con alguna de las ideas que informaron el proceso codificador en Europa y Latinoamérica y que, sin embargo, ya no estamos dispuestos a endosar.

Una de estas ideas, la del legislador racional, parece subyacer, en lo que el profesor Ramón Domínguez denomina en su trabajo la "argumentación interpretativa dentro de la ley y por la ley"⁵. El profesor Domínguez ha ilustrado esto a través de varios ejemplos. Querría insistir únicamente sobre uno de ellos: la sanción del error esencial. Como es de conocimiento, la discusión en que se ha enfrascado la doctrina civil chilena es si la sanción de esta especie de error es la inexistencia, la nulidad absoluta o la nulidad relativa. Para justificar esta última se ha esgrimido, entre otras cosas, el uso que hace el legislador de la expresión 'asimismo' contenida en el artículo 1.454 que regula el error sustancial⁶; prescindiendo, sin embargo, del fin que tenía el legislador al momento de dictar la regla. A lo anterior, podría agregarse que esta forma de interpretar las reglas omite, además, considerar las consecuencias sociales que pueda tener su aplicación en uno u otro sentido. Aun cuando lograríamos desentrañar la verdadera intención del legislador, no existen, en mi opinión, razones a priori para considerar que esa es

⁵ Esta idea, que toda solución jurídica debe desprenderse de la ley, ha sido expuesta críticamente por Geny sugiriendo que este postulado precisa reputar como necesarias y superiores las siguientes deducciones: "1º El legislador ha podido dar contestación a todos los problemas de la vida jurídica; 2º Realmente lo ha querido y realizado, por lo menos en la esfera de la legislación, codificada por consiguiente entre nosotros, para todas las materias del derecho privado de que se ocupan nuestros Códigos; 3º Los intérpretes de la ley deben buscar a toda costa las soluciones que en ella están contenidas, y en caso necesario, supliendo la deficiencia del pensamiento o de previsión en que parece haber incurrido el legislador, tomar para ello por guía la intención que se deduce de la obra legal vista en conjunto (n. 2), p. 54

⁶ Ver, por ejemplo, A. LEÓN HURTADO, *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1952, pp. 192 a 194.

necesariamente la mejor interpretación posible de las reglas del *Código Civil* a un siglo y medio de su promulgación.

La pregunta que queda flotando es, ¿cómo aproximarnos al *Código* —o, en general, a las reglas del ordenamiento jurídico— si el sistema de ideas vigente al tiempo de la codificación ya no parece prestarnos demasiada utilidad?

A esta última pregunta no existe, creo, una respuesta unívoca. El Derecho no queda bien representado como un objeto natural que la razón nos permite encontrar y fijar definitivamente a través de códigos o leyes. Más bien, como ha sugerido Bruce Ackerman, una de las características del diálogo jurídico es que no tiene final⁷. La labor de un jurista no consiste, como pensaba Jhering, en capturar la esencia de un concepto jurídico para dotarlo de realidad⁸, ni se asemeja a la del matemático de Leibniz, que hurgaba la naturaleza en busca de verdades incombustibles. En mi opinión, una comparación más exacta para la actividad del jurista se encuentra en el mito de Sísifo. El estudioso del Derecho parece condenado a una labor sin fin: un derecho nunca concluido y en permanente modificación.

Ahora bien, no obstante, la imposibilidad de un derecho definitivo, es posible avanzar sobre algunas directrices que informen el trabajo de los juristas. Sugeriría que la primera de ellas es abandonar la idea según la cual resulta suficiente aproximarse a un código únicamente a través de sus palabras. Un cuerpo normativo es inevitablemente un asunto de palabras, pero, ciertamente, su estudio no se agota en el examen de su significado o de las relaciones que existen entre ellas. La vaguedad de los lenguajes naturales determina que las palabras de la ley no siempre guarden fidelidad al sentido o finalidad de la norma.

Respecto, ahora, al sentido de la norma, una argumentación generalmente más sofisticada que la de los civilistas en el caso chileno, es la de quienes se dedican a la historia del Derecho. Han sido algunos de quienes cultivan esta disciplina los que se han dedicado a mostrar que, en el caso del *Código Civil*, la intención del legislador no siempre puede ser correctamente entendida a través de la obra de los precursores del *Code*, sus comentaristas o la de aquellos autores franceses de la primera mitad del siglo XX. Lo que desearía sugerir aquí —y ésta es mi segunda directriz— es que aun cuando resultara posible desentrañar la voluntad del legislador, ésta constituye el punto de partida y no el punto de llegada de nuestra aproximación al *Código*

⁷ *Del realismo al constructivismo jurídico*, Barcelona, Editorial Ariel S.A., 1988, p. 54

⁸ Sobre Ihering puede consultarse F. VELA, *Abreviatura de El espíritu del derecho romano de R. von Ihering*, Madrid, Revista de Occidente, 1962.

Civil. Intentaré explicarlo a través de un ejemplo. Como resulta bien sabido, las reglas contenidas en los artículos 2.320 y 2.322 del *Código Civil* regulan una de las hipótesis de responsabilidad por el hecho de terceros a la que se ha denominado la responsabilidad del empresario por el hecho de su dependiente, cuyo fundamento sería la omisión por parte del primero de la diligencia exigible en la selección, vigilancia, control y dirección de sus empleados. Las normas que regulan esta responsabilidad están pensadas para una economía doméstica, rural, agrícola y artesanal, donde efectivamente el principal elegía a sus dependientes y tenía la capacidad de vigilarlos. En una economía posindustrial, sin embargo, esto es sencillamente imposible.

Lo que resulta relevante advertir de esta constatación es que si nos aproximamos a las reglas del *Código*, únicamente a través del significado de sus palabras, las relaciones que es posible establecer entre ellas, o en busca de la intención original del legislador, las consecuencias sociales serían, en este caso, desastrosas. Lo cual significaría, en definitiva, la desprotección de un enorme número de víctimas inocentes. Éste, según ha documentado el profesor Pedro Zelaya, no ha sido el camino que han utilizado los tribunales chilenos, quienes han ideado una serie de mecanismos que, desapegándose de la letra del *Código* y, muy probablemente, de la intención del legislador, han tendido hacia la objetivación de la responsabilidad por el hecho del dependiente⁹.

Según lo sugiere este ejemplo, mi tercera directriz para la aproximación a las reglas del *Código* consiste en prestar atención a las consecuencias sociales que produce su aplicación. Es claro ya que la tarea de un jurista no consiste en determinar si una regla es verdadera o falsa; lo que me interesaría agregar es que la tarea del estudioso del Derecho tampoco se agota en determinar si se trata de una regla válida o inválida, sino que, además, implica considerar si la regla resulta útil o no para los objetivos que socialmente se encuentra llamada a cumplir.

Sobre este tercer punto, desearía todavía enfatizar algo que ha sido ya advertido, entre otros, por los profesores Carlos Peña y Ramón Domínguez¹⁰: la escasa penetración de las ciencias sociales en el estudio del fenómeno jurídico. No se trata de que disciplinas como la Sociología, la Antro-

⁹ "La responsabilidad civil del empresario por el hecho de su dependiente", en RDJ, tomo XC, sec. 1ª, pp. 119-156.

¹⁰ En el caso de Domínguez puede verse su trabajo en este mismo volumen. En el caso de Peña puede consultarse "Hacia una caracterización del ethos legal: de nuevo sobre la cultura jurídica". En A. SQUELLA NARDUCCI (editor), *Evolución de la cultura jurídica chilena*, Santiago, CPU, 1994.

pología o la Economía sean epistemológicamente superiores al Derecho, ni que los estudiosos del Derecho deban dejarse hechizar por sus cantos de sirena, se trata de disciplinas distintas a las jurídicas, que no la reemplazan, sino que la complementan. Para utilizar una vez más las ideas de Ackerman, se trata de disciplinas que enriquecen el diálogo jurídico, arrojando alguna luz sobre contornos del fenómeno jurídico que el discurso dogmático relega a la opacidad¹¹.

En fin, para concluir. Lo que me ha interesado sugerir, a propósito de los trabajos de los profesores Guzmán, Domínguez y Mantilla, es que parece no existir duda acerca de la influencia del *Code* en el proceso codificador americano y, específicamente, en el chileno. Tampoco resulta incierto que la doctrina francesa, aunque una versión ya en desuso en su país de origen, ha influido en la forma en que estudiamos el *Código Civil*. Aceptadas estas dos cosas, he dicho que esa influencia es, a estas alturas, una carga de la cual es necesario sacudirse. En tercer lugar, he advertido que lo que denomino influencia del *Code* no tiene que ver con su contenido, sino, más bien, con la forma que utilizamos para aproximarnos a las normas jurídicas. Sobre esto último me parece que el profesor Mantilla lleva razón y es necesario un abordaje monumental y crítico al *Código Civil* que supere esa obsesión fetichista que, a ratos, nos nubla la vista. Esta -insisto- no es una crítica al *Código*, sino a la forma que tenemos de aproximarnos a él. Es preferible, en mi opinión, dejar las certezas para quienes se dediquen a la Aritmética - si es que allí resulta posible encontrarlas. La labor del jurista es inevitablemente un diálogo interminable que no busca captar verdades incombustibles, sino, únicamente, aquellas que resultan útiles a la lógica de su tiempo. Ése es, según mi parecer, el desafío que nos plantea actualmente el estudio del *Código Civil*.

¹¹ ACKERMAN (n. 7) p. 62.

SEGUNDO PANEL
DESCODIFICACIÓN Y RECODIFICACIÓN

Expositores

Gonzalo FIGUEROA Y.
Profesor de la Universidad Diego Portales y de Chile.
Michel COUAILLIER
Primer presidente de la Corte de Apelaciones de Rennes.

Comentaristas

Javier BARRIENTOS G.
Profesor de la Universidad Diego Portales.
Hernán CORRAL T.
Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes.

La experiencia latinoamericana muestra la resistencia de los viejos códigos al cambio. Al igual que en Francia, la codificación ha marcado la tradición jurídica latinoamericana. Según la expresión de François Géný: "la historia pesa fuertemente sobre la humanidad".

Sin embargo, en los últimos años, los proyectos de renovación de la codificación se han multiplicado en América Latina: el *Código Civil* peruano de 1984; el *Código de Comercio* boliviano de 1994 y el anteproyecto de *Código Civil* boliviano de 1997; el proyecto de *Código Civil* argentino de 1998; el *Código Civil* brasileño de 2002; los proyectos chilenos de renovación de la legislación civil y comercial, etcétera.

Además, un fenómeno de descodificación se encuentra presente en Europa y en América Latina. A falta de un nuevo código en Francia, la descodificación tiene lugar por la vía de la jurisprudencia, de una manera tan radical que hoy es imposible aplicar el *Code* sin conocer aquella.