

Contra la influencia del Code.

*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 al 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, yo 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 yo, a alejarnos de la complacencia que suele permear nuestros estudios del Código Civil. Porque lo que parece sugerir este epígrafe a propósito de nuestro 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 yo desearía sugerir esta tarde es que el proceso de codificación que tiene lugar a partir de fines del siglo XVIII resulta inteligible únicamente desde ciertos 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 a esto es, como a mí 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.

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

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

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

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 en esto 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 aquella 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 –yo me he 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 idea 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 todos ustedes saben, 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 1454 que regula

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

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: “1.º El legislador ha podido dar contestación a todos los problemas de la vida jurídica; 2.º 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; 3.º 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.) p. 54

el error substancial⁶; prescindiendo, sin embargo, del fin que tenía el legislador al momento de dictar la regla. A esto todavía 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. Aún cuando lograríamos desentrañar la verdadera intención del legislador, no existen en mi opinión razones *a priori* para considerar que esa es necesariamente la mejor interpretación posible de las reglas del Código Civil a un siglo y medio de su promulgación.

La pregunta que esto deja 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 yo, 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 yo 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 quienes 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 yo desearía sugerir aquí –y esta es mi segunda directriz- es que aún 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 Civil. Intentaré explicar esto a través de un ejemplo. Como resulta bien sabido, las reglas contenidas en los artículos 2320 y 2322 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

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

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

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

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 post-industrial, 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. Esto significaría, en definitiva, la desprotección de un enorme número de víctimas inocentes. Este, según ha documentado el profesor Pedro Zelaya, no ha sido el camino que han utilizado los tribunales chilenos, los cuales 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 a mí 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 antropología 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 con estas palabras. 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

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 SQUELLA NARDUCCI, A. (Editor) *Evolución de la Cultura Jurídica Chilena*. CPU. Santiago: 1994.

¹¹ ACKERMAN, B. (n.) p. 62

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. Ese es, en mi opinión, el desafío que nos plantea actualmente el estudio del Código Civil.