

Renovación del derecho por vía hermenéutica: El caso del dolo civil

Renewal of law by hermeneutics: the case of mens rea

*Diego Pérez Lasserre*¹

¹Universidad San Sebastián, Santiago, Chile.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0665-4203>

<https://doi.org/10.22235/rd.v18i2.1708>

RESUMEN: Este artículo propone renovar la comprensión del dolo civil por vía hermenéutica. En particular, se plantea la necesidad y utilidad de la aplicación de la prueba indiciaria, así como su estándar probatorio, al caso dolo civil. En definitiva, este trabajo no tiene por finalidad hacer un giro objetivo en la comprensión del dolo, sino que proponer un modelo que facilite la prueba sin modificar su carácter subjetivo.

PALABRAS CLAVE: dolo civil – hermenéutica – prueba indiciaria.

ABSTRACT: This article seeks to renew the understanding of civil mens rea through hermeneutics. In particular, it poses the need and usefulness of the application of the circumstantial evidence, as well as its evidentiary standard, to the civil mens rea. In short, this work does not intend to make an objective turn in the understanding of mens rea. Instead, it proposes a model that facilitates the proof of this element without modifying its subjective character.

KEY-WORDS: civil mens rea – hermeneutics – circumstantial evidence.

SUMARIO: I. Introducción. II. El derecho y la Comprensión. 1. Carácter proyectivo de la comprensión. 2. Dogmática perfecta equivale a praxis perfecta: derribando un mito. III. Comprensión actual del dolo civil. IV. Necesidad de un giro en la comprensión del dolo civil. V. Conclusión. Bibliografía.

Recibido: 18/06/ 18. Observado: 05/07. Evaluado: 07/09. Aceptado: 10/10

“El Derecho [...] sólo puede ser un instrumento efectivo si cuando se define su contenido se piensa en cómo éste va a poder ser llevado a la práctica del proceso [...]: de lo contrario, se queda en una elaboración de conceptos tal vez bella, pero estéril, y no se puede seguir afirmando que la dogmática sea una ciencia práctica”.

Ramón Ragués².

I.

INTRODUCCIÓN

Teoría y praxis jurídica. Estos conceptos parecen referirse a mundos diametralmente opuestos. En efecto, el primero de ellos nos lleva inmediatamente a pensar en el académico que, alejado del “mundo real”, se dedica a elaborar bellas y sistemáticas teorías sobre el derecho. La palabra praxis, en cambio, hace imaginarnos al abogado que día a día va a batallar a los tribunales y órganos de la administración.

Afortunadamente, este clásico binomio parece estar quedándose atrás en la realidad jurídica nacional. Cada vez hay más teóricos que tienen un ojo puesto en la praxis, así como abogados que ejercen la profesión que acuden a la teoría para utilizarla como arma de combate. Todavía quedan, sin embargo, ciertas figuras jurídicas que tienen un rico contenido teórico, pero poca aplicación práctica. En el presente trabajo intentaremos superar esta problemática con una de ellas: el dolo civil.

En efecto, el presente trabajo tiene por finalidad justificar teóricamente que es necesario hacer un giro en lo que se refiere a la comprensión del dolo para así tornar esta institución en útil para la praxis. En particular, propondremos que sería ventajosa la aplicación de la prueba indiciaria en estas materias. Para ello hemos dividido el trabajo de la siguiente manera: primero explicaremos la relación que existe entre el derecho y el carácter proyectivo de la comprensión (1). Luego haremos un breve esbozo de la comprensión actual del dolo civil en

² Ramón Ragués i Vallés, *El dolo y su prueba en el proceso penal* (Barcelona: J.M. Bosch, 2002), 198.

la doctrina y jurisprudencia nacional (2), para después intentar justificar que es necesario un giro en la comprensión de éste (3).

II.

EL DERECHO Y LA COMPRENSIÓN

1. CARÁCTER PROYECTIVO DE LA COMPRENSIÓN

Interpretar es determinar el verdadero sentido y alcance de la ley. Esa es la definición que se nos dio a gran parte de los alumnos de derecho al estudiar Teoría de la Ley en el contexto de la cátedra de Derecho Civil. Si bien a primeras una definición como ésta no genera grandes inconvenientes, una segunda lectura trae a la luz una problemática fundamental para el derecho: el de la «verdad» en la interpretación.

Decimos que la verdad en la interpretación es problemática porque el introducirse en este tema lleva a intentar responder una pregunta titánica, a saber, la que interroga sobre las condiciones bajo las cuales es posible afirmar que la interpretación de un texto legal ha logrado adecuarse a la verdad contenida en él³. El jurista italiano Emilio Betti, por ejemplo, señala que es posible afirmar que una interpretación jurídica es correcta siempre y cuando ésta se adecue a los valores éticos cristalizados en lo que él llama *formas representativas*⁴—las que a su vez están contenidas en los textos legales—. Carl Schmitt, en cambio, es de la idea que “una decisión judicial se tiene hoy por recta, si se puede esperar que otro juez (como un tipo empírico) hubiera decidido del mismo modo”⁵⁶.

Si bien el estudio y contrastación de estos pensadores —así como de muchos otros que claramente merecen un lugar al costado de los ya mencionados— resultaría de sumo

³ Además de poner sobre la mesa la pregunta sobre la «verdad» en la interpretación.

⁴ Emilio Betti, *General Theory of Interpretation* (Createspace Independent Pub, 2015).

⁵ Carl Schmitt, *Ley y juicio. Examen sobre el problema de la praxis judicial*, traducción de Montserrat Herrero (Madrid: Tecnos, 2012), p.65 llama a este criterio el “**principio de determinación del derecho**”. Cabe mencionar que Gadamer señala algo similar en *Verdad y método*, aunque claramente no con la profundidad y especificidad de Schmitt. En efecto, él señala que “el juez busca estar en armonía (*in accord*) con la «idea jurídica» en su mediación con el presente. Esto es, por su puesto, una mediación jurídica. Es el significado jurídico de la ley—y no el sentido histórico de la promulgación de esta o de los casos particulares a los que se aplica—lo que está intentando comprender. De este modo, su orientación no es aquella del historiador, sino que está orientado hacia su propia historia, la cual es su presente.” Hans-Georg Gadamer, *Truth and Method* (New York & London, Bloomsbury, 2013), 337.

⁶ En el mismo sentido, Larenz señala que “Pero, aunque el juez sea inducido por el caso que ha de resolver a interpretar nuevamente un determinado término o una determinada norma jurídica, debe interpretarlos, por cierto, no sólo precisamente para este caso concreto, sino de modo que su interpretación pueda ser efectiva para todos los demás casos similares. Si los tribunales interpretan la misma disposición en casos similares, ora de una manera, ora de otra, esto estaría en contradicción con el postulado de justicia que las cosas iguales deben ser igualmente tratadas, así como con la seguridad jurídica ambicionada por la ley”. Karl Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho* (Barcelona, Ariel, 2001), 310.

interés, en lo que sigue nos dedicaremos a explicar brevemente el pensamiento de otro gran hermeneuta: Hans Georg-Gadamer. ¿Por qué Gadamer? Como veremos en el presente apartado, la elección de este pensador no es aleatoria, sino que responde a que la hermenéutica gadameriana proporciona el marco teórico para comprender que las limitaciones de carácter probatorio que existen hoy en día en relación a la figura del dolo no emanan de nuestro Código Civil, sino que de la proyección a este texto de ciertos pre-juicios doctrinales y jurisprudenciales. Dicho esto, pasemos a revisar lo dicho por Gadamer respecto a la interpretación.

Uno de los ejes centrales del pensamiento gadameriano es el carácter proyectivo de la comprensión. Con esto nos referimos a que para Gadamer no es legítimo plantear el paradigma epistemológico en términos de una dialéctica entre la subjetividad del sujeto y la objetividad de aquello que se pretende conocer⁷. Es decir, no es posible considerar al hombre como mero receptáculo de lo que está ahí —el o los objetos dados—, sino que necesario es tener en consideración el rol activo que este juega en la configuración misma de la realidad. En palabras sencillas, los hombres —“Dasein”, como dirían Heidegger y Gadamer— aportamos desde nuestra subjetividad a la configuración de lo que es el mundo, de tal manera que la comprensión del mundo implica, a su vez, una comprensión de nosotros mismos⁸.

Un ejemplo de lo anterior es lo que a muchos nos sucede con una obra como *El principito* de Antoine de Saint-Exupéry. Con cada relectura un nuevo sentido parece emerger del texto —especialmente si esta se hace en distintas etapas de la vida. Así, los distintos sentidos que uno le atribuye a la obra no responden meramente al texto —aunque claramente este siempre es el punto de partida—, sino que a la proyección que los lectores hacemos sobre el mismo⁹.

Volviendo al pensamiento de Gadamer, en *Verdad y método* este autor afirma que “cuando una persona intenta comprender un texto, siempre realiza un proyectar. Así, apenas un sentido preliminar del texto emerge, proyecta un sentido para el texto considerado como un todo. Ahora, este «sentido inicial» solo emerge porque se lee el texto con expectativas en lo que se refiere a su sentido”¹⁰. Es decir, la lectura de un texto no consiste en un proceso de

⁷ De hecho, Gadamer asevera que el presentar el conocimiento bajo ese esquema implica partir de la base de “una falsa antítesis que no puede ser resuelta”. Gadamer, 2013, 321.

⁸ En este sentido, Grondin explica que “hay que hablar de hermenéutica, porque ese «estado de yecto» está caracterizado por el entender: el *Dasein* («ser ahí») no sólo entiende el mundo, sino que se entiende también a sí mismo. [...] Ese entender es siempre, a la vez, un entenderse: se trata en él de una posibilidad de mí mismo, no de un contenido de saber desligable de mí, de un contenido que yo conozco objetivamente. La «dicotomía-sujeto-objeto» está descartada.” Jean Grondin, *Introducción a Gadamer*, traducción de C. Ruiz-Garrido (Barcelona, Herder, 2003), 124.

⁹ Cabe mencionar que con esto no queremos decir que absolutamente todo el sentido de un texto dependa de la proyección que el sujeto haga. Profundizaremos en esto más adelante en el texto.

¹⁰ Gadamer, 2013, 279.

mera aprehensión de aquello que está ahí¹¹; por el contrario, los lectores aportamos activamente en la configuración del sentido del texto a través de la proyección de la comprensión previa (pre-juicios, juicios previos) que tenemos de aquello sobre lo que estamos leyendo. Así, por ejemplo, las palabras «tradición» o «servidumbre» adquieren un sentido distinto para el versado en derecho respecto de quien no tiene conocimiento jurídico debido a la proyección del bagaje teórico adquirido a lo largo del estudio y ejercicio de la profesión¹².

Cabe, no obstante, preguntarse: ¿el que la comprensión tenga un carácter proyectivo significa que la configuración misma de la realidad depende del arbitrio del sujeto cognoscente? En otras palabras, ¿nos encontramos ante un relativismo epistemológico? La respuesta es negativa —por lo menos en lo que se refiere a Gadamer—. En efecto, el que la configuración del sentido de los textos¹³ dependa, en parte, de la subjetividad del intérprete no lleva como corolario que el contenido de un texto está en manos del arbitrio del lector. Por el contrario, el intérprete debe reconocer la alteridad del texto y dejar que este le hable. En este sentido, el autor de *Verdad y método* señala que “la cuestión es que los significados representan una multiplicidad de posibilidades [...], pero dentro de esa multiplicidad de lo que puede ser pensado —es decir, de lo que el lector puede encontrar significativo y, por lo tanto, espera encontrar— no todo es posible”¹⁴. Es decir, la posición epistemológica de Gadamer lleva no a un relativismo, sino a un reconocimiento de un abanico de posibilidades de actualización de modos de ser de las cosas¹⁵—en específico del sentido de los textos—. De hecho, y como bien señala Watcherhauser, “Gadamer es un realista intransigente. [...] <Él> no cree que nuestras palabras produzcan la inteligibilidad de la realidad en un sentido fuerte. No es como si nuestras palabras proyectaran una inteligibilidad sobre la realidad, que entonces se interpondría entre nosotros y el mundo real”¹⁶.

¹¹ En este sentido, Heidegger señala que “La interpretación no es jamás una aprehensión, sin supuestos, de algo dado. Cuando esa particular concreción de la interpretación que es la interpretación exacta de los textos que apela a lo que «está allí», lo que por lo pronto está allí no es otra cosa que la obvia e indiscutida opinión previa del intérprete, que subyace necesariamente en todo quehacer interpretativo”.

¹² Aunque claramente el sentido que se le dé va a depender del contexto en el cual la palabra se está utilizando.

¹³ Si bien Gadamer toma una postura epistemológica de alcance general, en el presente trabajo sólo nos referiremos a las repercusiones que esto tiene respecto a la interpretación de textos.

¹⁴ Gadamer, 2013, 281. Volveremos sobre esto en el § 2 del presente capítulo. Cabe, sin embargo, tener en consideración que esto no importa un realismo fijo. Es importante reparar en que Gadamer se abre a la novedad histórica, la cual puede determinar que entremos en una época distinta en la cual la comprensión se modifique, incluso fundamentalmente.

¹⁵ En *Verdad y Método II*, Gadamer da un ejemplo de esto al señalar que, dado que la actualización de los modos de ser se da en determinados horizontes históricos; es decir, estos pueden ir variando a lo largo de la historia. Cf. Hans-Georg Gadamer, *Verdad y método II*, traducción de M. Olasagasti (Salamanca, Ediciones Sígueme, 2010), 60.

¹⁶ Brice Watcherhauser, “Getting It Right: Relativism, Realism and Truth”, *The Cambridge Companion to Gadamer* (Cambridge, Cambridge University Press 2002), 66.

En definitiva, un texto no es capaz de “aguantar” cualquier pre-juicio. Antes bien, este hará sentido siempre y cuando sea interpelado dentro de sus posibilidades. Lógicamente esto trae como corolario que para Gadamer sí hay interpretaciones erróneas. En efecto, y bien lo explica Grondin,

las interpretaciones erróneas o modernizantes pueden reconocerse, y descalificarse enteramente como tales. Pero ¿cómo? Porque en ellas la cosa no llega precisamente a hablar, sino que lo que habla es sólo la opinión del intérprete. Gadamer escribe en este contexto que lo logrado de una interpretación se muestra en que ésta no se hace notar como interpretación. Lo mismo se aplica a una traducción lograda. Una traducción anticuada o modernizante llama siempre la atención como tal¹⁷.

En palabras sencillas, si bien es efectivo que un texto puede adquirir distintos sentidos de acuerdo con la óptica desde la cual el intérprete se aproxime, es absurdo pensar que ante un mismo texto un sujeto crea estar leyendo la definición de ley, mientras que otro entienda que este se refiere al tipo penal de homicidio.

En síntesis, la subjetividad del hombre tiene injerencia en lo que se refiere a la determinación del sentido y alcance de un texto. Sin embargo, esta influencia no llega al punto de tener la capacidad de desvirtuar el texto mismo—por lo menos para la mente versada en hermenéutica—.

2. DOGMÁTICA PERFECTA EQUIVALE A PRAXIS PERFECTA: DERRIBANDO UN MITO

Luego de explicados los fundamentos que permiten aseverar que los pre-juicios del intérprete tienen injerencia en la determinación del sentido y alcance de un texto legal, nos corresponde revisar por qué esta materia resulta atingente para la presente investigación. En ese contexto, en el presente apartado nos dedicaremos a intentar derribar un mito, a saber, que una solución doctrinariamente sensata y autocontenida es suficiente como para resolver un problema propio de la praxis jurídica; todo esto con la finalidad de esclarecer lo que estimamos son los obstáculos teóricos que llevan a la imposibilidad de la prueba del dolo civil en juicio.

¹⁷ Grondin, 2003, 101

Una dogmática jurídica perfecta reduce la labor del juez a un mero proceso de subsunción del caso bajo la norma. Esta es una de las temáticas en contra de la cual nos vemos enfrentados al insertarnos en la discusión de la verdadera interpretación de la ley. En efecto, el apelar a una verdadera interpretación de la ley implica aceptar, por lo menos hasta cierto punto, que la labor hermenéutica se hace en abstracto, esto es, sin tener en consideración las particularidades del caso puesto frente juez que hace necesario recurrir al texto legal. Betti, quien adhiere a este pensamiento, señala que sólo en las interpretaciones que cumplen una función normativa, es decir, en aquellas que tienen por finalidad regular la conducta de las personas, se da un tercer momento, a saber, el de la aplicación¹⁸. En este sentido, y a diferencia de lo que ocurre en las interpretaciones meramente cognoscitivas y/o reproductivas¹⁹, en la interpretación jurídica el juez primero ha de comprender el sentido y alcance del texto en abstracto y luego debe aplicarlo al caso concreto.

Gadamer, en cambio, se encuentra en el polo antinómico de Betti en esta materia. Así, en *Verdad y método* este autor afirma que

tanto en la hermenéutica legal como en la teológica hay una fundamental tensión entre el texto fijo e inmutable —la ley o el evangelio— por una parte y, por la otra, el sentido al que se llega luego de aplicarlo en el momento concreto de interpretación ya sea en un juicio o en una prédica.

Una ley no existe para ser comprendida históricamente, sino para tener validez jurídica por medio de su concreción a través de la interpretación. De manera similar, el evangelio no existe para ser tenido como un mero documento histórico, sino que para ser tomado en un sentido tal que lleve a la práctica su efecto salvífico. Esto implica que el texto, ya sea la ley o el evangelio, si quiere comprenderse adecuadamente —es decir, de acuerdo con sus pretensiones— debe ser comprendido en cada momento, en cada situación concreta, de una manera diferente. La comprensión aquí siempre es aplicación²⁰.

Es decir, para este autor la interpretación jurídica, así como la teológica, no se ha de hacer en abstracto, sino que teniendo en consideración el caso concreto. Esto significa que el sentido y alcance del texto legal se configura y renueva en cada caso de acuerdo con las particularidades del conflicto de relevancia jurídica que hace necesario acudir a la norma. En el mismo sentido, Schmitt asevera que

¹⁸ Cf. Betti, 2015, 26.

¹⁹ Sobre el particular, Betti afirma que es evidente la diferencia entre “el tipo de interpretación que busca reconstruir <y comunicar> en su original coherencia el sentido contenido en una forma interpretativa —por ejemplo, el proveniente de una fuente histórica que da cuenta de un comportamiento pasado— y (c) el tipo de interpretación que, como aquella que se hace de la ley vigente, o de un tratado a aplicar, o de un contrato a ejecutar, apunta a mantener la eficacia de dichos instrumentos en la vida social”. Betti, 2015, 26

²⁰ Gadamer, 2013, 319-320

no debe buscarse una respuesta absoluta e intemporal a la cuestión de la rectitud de una decisión, que, por ejemplo, se deduzca de la «idea» de la decisión judicial; esto además no tendría tampoco ningún valor práctico. El método de la aplicación del derecho debe descubrir la idea rectora de la praxis actual, y utilizarla de manera que sirva a modo de una suerte de autorreflexión sobre sus fines y medios. Que la praxis se haga consciente de su sentido supone un progreso científico²¹.

También Larenz manifiesta una opinión similar al señalar que “«Rectitud» no significa aquí una verdad intemporal, sino que rectitud para este orden jurídico y para este momento. En cuanto actividad metódicamente dirigida, que está orientada a conseguir enunciados «rectos», es decir, adecuados, la interpretación es una actividad científica sólo si se libera de la estrechez del concepto cientificista de ciencia”²².

En síntesis, para Gadamer, Schmitt y Larenz la ley no es una cuestión que se pueda comprender conceptualmente sin tener en consideración el caso particular al cual se pretende aplicar, sino que la configuración misma del texto legal se realiza a la luz de las particularidades del caso.

Ahora, ¿por qué todo este aparataje teórico es relevante para efectos del análisis del dolo civil? Por dos razones. Primero, porque el aproximarse a instituciones jurídicas desde una perspectiva hermenéutica como la recién descrita abre el camino a una renovación de nuestra realidad jurídica sin necesidad de modificaciones legales (y de hecho compatibles con los cuerpos legales vigentes). Segundo, porque le da la merecida centralidad a la praxis jurídica en la configuración teórica del derecho, óptica desde la cual analizaremos el dolo en la tercera parte de este trabajo. En efecto, estimamos necesario apelar a una perspectiva schmittiana en el sentido de que en las discusiones doctrinarias es la “propia praxis a quien corresponde decidir. Según esto, todo juez se esfuerza verdaderamente por decidir tal y como actualmente se decide en la praxis. A sus esfuerzos por encontrar una decisión correcta, precede siempre la existencia necesaria de una praxis regular y unitaria”²³. En otras palabras, no es

²¹ En el mismo sentido, Schmitt señala que “Cualquier deducción que se haga a partir de una idea de derecho que pretenda una validez supratemporal es, o bien enemiga del contenido y, por tanto, carece de valor para la praxis, o bien tiene que renunciar a sí misma para hacerse útil a la praxis”. Schmitt, 2012, 110.

²² Larenz, 2001, 311-312.

²³ Schmitt, 2012, 5. Cabe tener en consideración que a lo que Schmitt se está refiriendo en específico este texto es a la necesidad de un criterio de corrección de las decisiones jurídicas fundado en la *praxis*. William Rasch, de hecho, señala que la propuesta de Schmitt acerca de la legitimidad de las decisiones jurídicas se asemeja bastante al juicio reflexionante kantiano. En efecto, nos dice que para Schmitt esta legitimidad debe buscarse en sentido ascendente, es decir a partir del caso concreto para luego llegar a la regla universal, y no al revés. En sus palabras, “al ejercer sus funciones, realiza una especie de juicio reflexionante, ascendiente de lo particular o lo universal, o más bien construyendo lo universal en respuesta a lo particular, por medio de un mecanismo que tiene, no sorprendentemente, un parecido a ciertos aspectos del juicio estético kantiano”. William Rasch, “Judgment: The Emergence of Legal Norms”, *Cultural Critique* vol.57 N°1 (2004): 99-100. En el mismo sentido, en el “Estudio preliminar” que hace a *Ley y juicio*, Monserrat Herrero señala que “el mismo problema al que apunta Kant es el que intenta resolver Schmitt en *Ley y Juicio*, una ciencia práctica no puede

que la doctrina ha de hacerse un lado y dejar que la praxis sea la que decida sobre los temas jurídicos controvertidos. Por el contrario, ésta necesariamente ha de producir los insumos teóricos para la práctica; sin embargo, la doctrina no debe preocuparse exclusivamente de que las teorías tengan un arquitectónica internamente coherente, sino que deben siempre tener un pie —o más bien un ojo puesto— en la praxis, ya que ella es la que en definitiva recibe y utiliza las elaboraciones teóricas.

Llegados a este punto, podemos afirmar que lo que las elaboraciones doctrinarias²⁴ necesitan es una revisión de sus conceptos a la luz de la experiencia. De hecho, la racionalidad humana exige que las elaboraciones conceptuales sean re-examinadas a partir de los aciertos y desaciertos proporcionados por la aplicación práctica de las mismas²⁵. La ausencia de una revisión crítica, de hecho, genera que los textos legales pierdan su vigencia. En otras palabras, la vigencia formal de la ley²⁶ no es suficiente para asegurar que esta posteriormente se aplique. Por el contrario, y como bien señala el mismo Schmitt, “los elementos que influyen en la vigencia de las «leyes» son: las continuas revisiones del texto de la ley, las modificaciones impuestas por la irrupción de infinidad de conceptos científicos, su conversión en un sistema, las montañas de libros que con frecuencia han llegado a ser publicados respecto de un solo artículo de la ley, las bibliotecas precedentes”²⁷.

Para terminar este apartado, no nos queda sino aclarar que el análisis hasta aquí hecho no pretende—ni tiene aspiraciones de—revolucionar la manera en que se comprende el derecho. Por el contrario, este tiene por objeto meramente dar aplicación práctica a ideas que ya hace varias décadas los juristas y/o filósofos han vertido sobre estas materias.

III.

COMPRESIÓN ACTUAL DEL DOLO CIVIL

Luego de este breve esbozo teórico acerca de la necesidad de reconocer al derecho como un devenir, preparados estamos para hacer un análisis del dolo civil. De manera preliminar nos vemos en la necesidad de alertar al lector sobre la consciente incompletitud de

prescindir de la regulación de los casos particulares, en otro caso sería una simple teoría”. Monserrat Herrero, “Estudio preliminar”, *Posiciones ante el derecho*, (Madrid, Tecnos, 2012), LII.

²⁴ Siempre que se justifiquen las condiciones que hacen necesaria que una figura doctrinaria en específico sea revisada, obviamente.

²⁵ Esta, de hecho, es una de las características que nos diferencia de los animales.

²⁶ Entendiendo por vigencia formal el que cumpla los requisitos que la Constitución y las leyes prescriben para considerar que una ley se encuentra vigente.

²⁷ Schmitt, 2013.,23-24.

las posiciones sobre esta materia que analizaremos. Lo anterior, sin embargo, no responde a la pereza o ignorancia del autor, sino a que el objetivo del presente apartado es bastante modesto, a saber, el poner sobre la mesa que en nuestro país tenemos una concepción subjetiva del dolo civil y señalar las consecuencias que esto tiene para la praxis. Asimismo, alertamos que no entraremos a distinguir como se configura el dolo en las distintas materias del Código Civil en la que este aparece, sino que operaremos bajo la premisa, muy lucidamente explicada por Banfi del Río, según la cual “el dolo es uno y produce las mismas consecuencias jurídicas dondequiera que se materialice”²⁸. Habiendo hecho las prevenciones correspondientes, pasemos al análisis de lo que nos convoca.

Como bien señala Wahl Silva, “la definición del dolo en el artículo 44 parece manifestar una adhesión del legislador a lo que se ha dado en llamar la «concepción subjetiva» del dolo o la culpa, para lo cual en la calificación de la conducta dolosa resultaría relevante el móvil que ha llevado al deudor a incumplir”²⁹. Es decir, gran parte de la doctrina le atribuye al legislador el haber fijado en nuestro Código Civil una concepción subjetiva del dolo por haber utilizado los conceptos “intención” y “positiva”. Ahora, si bien se ha reconocido que resulta más lógico considerar que el efecto lesivo generado por una acción u omisión dolosa por regla general no es lo buscado directamente por el hechor, sino que más bien constituye un efecto secundario del provecho que este buscaba con la (in)ejecución de la misma³⁰, no por eso ha dejado de comprenderse al dolo como un elemento que se ha de buscar en la psiquis interna de los sujetos. En el mismo sentido, Rodríguez Grez señala “que el dolo (en la medida que éste sea considerado como la intención positiva de dañar) se alberga [...] en el fuero interno de la persona”³¹.

La jurisprudencia, por su parte, no se queda atrás. Así, por ejemplo, ha señalado “que, constituyendo el dolo un elemento psicológico, y que como tal no puede presumirse [...] correspondía a la demandante su prueba”³². También ha destacado que, en sede extracontractual, lo que distingue a los delitos de los cuasidelitos es el “elemento o factor de carácter **psicológico**: en el delito hay **dolo**, malicia, ánimo preconcebido de dañar; en el cuasidelito

²⁸ Cristian Banfi del Río, “Por una reparación integral del daño extracontractual limitada a los hechos dolosos o gravemente negligentes”, *Ius et Praxis* vol.18 N°2 (2012), 18.

²⁹ Jorge Wahl, “El dolo en el incumplimiento contractual. El incumplimiento deliberado ante la jurisprudencia”, *Estudios de Derecho Civil V*, (Santiago, Abeledo-Perrot, 2010), 617. En un sentido similar: Arturo Alessandri, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011), p. 120. Luis Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil y comparado* (vol. 5) (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992), 220.

³⁰ Enrique Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007), 158-160.

³¹ Pablo Rodríguez, *Responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2015), 166-167.

³² 1° Juzgado de Letras de Coyhaique, 15.01.2015, rol 76-2013.

en cambio, no hay intención de dañar sino descuido, imprudencia, negligencia, falta de diligencia o cuidado”³³

Aún más, una sentencia reciente de la Corte Suprema ha señalado que no basta con la mera intención de dañar para que se configure el dolo, sino que también es necesario que esta se exteriorice en el mundo fenoménico.

Conforme a la definición consignada en el artículo 44 del Código Civil, el dolo es una intención “positiva” de inferir daño. Y hay consenso, en doctrina y jurisprudencia, que la positividad está referida al despliegue de actividades o maniobras dirigidas a concretar aquella intención malsana; así, no basta una pura intención, anidada en la mente, y aun declarada; y aunque fuere declarada en un instrumento público o, por cualquier explicación, indubitado. En estos términos (salvo situaciones muy particulares, entre las que no está el caso), una afirmación conscientemente falsa podrá ser signo de mala fe, pero no constituye dolo si el declarante no va más allá de ella; no hay dolo si, controlándose, no avanza al despliegue de actividades o maniobras (entonces llamadas “dolosas”) para consumar el engaño, que es lo que conforma el dolo como vicio del consentimiento. En suma, al menos por regla muy general, la sola aserción falsa no basta³⁴.

Lo anterior es de toda lógica, ya que el derecho no tiene por objeto juzgar sobre los pensamientos que tienen las personas. Sin embargo, no deja de llamar la atención que por vía interpretativa se agregue un requisito que no aparece de manera explícita en el artículo 44 de nuestro Código Civil³⁵.

En definitiva, gran parte de la doctrina y la jurisprudencia considera que para que se configure el dolo es necesario que exista un querer (o por lo menos un representarse³⁶) interno del sujeto orientado hacia el perjuicio de la persona o propiedad de otro, así como una manifestación fenoménica de dicha intención.

³³ 28° Juzgado Civil de Santiago, 27-05-2015, rol C-23525-2011. En el mismo sentido, 14° Juzgado Civil de Santiago, 14.05.2014, rol C-8632-2010; Juzgado de Letras y de Garantía de Putaendo, 19.12.2012, rol 137-2011; y Corte de Apelaciones de Coyhaique, 20.04.2015, rol C-9-2015.

³⁴ Corte Suprema, 04.04.2016, rol 10092-2015.

³⁵ Aprovechamos de mencionar que no hacemos referencia a esta situación en un sentido crítico, sino que más bien validante. Es decir, creemos del todo razonable y natural que sea esta la interpretación que se le dé al precepto, pero enfatizamos en ella porque nos permite identificar, en el contexto del dolo, un caso en que los intérpretes agregan de su cosecha por vía hermenéutica.

³⁶ En este sentido, Banfi del Río, 2012, 16.

IV.

NECESIDAD DE UN GIRO EN LA COMPRENSIÓN DEL DOLO CIVIL

Lo recién expuesto lleva a hacerse la siguiente pregunta: ¿es útil para la praxis la comprensión que actualmente tenemos de dolo? Puesto de otra manera, ¿las elaboraciones teóricas en materia de dolo que le atribuyen a este un carácter subjetivo han demostrado ser eficaces en su aterrizaje práctico? En lo que sigue justificaremos que, si bien el desarrollo doctrinario y jurisprudencial del dolo es muy rico conceptualmente, la comprensión actual del mismo lleva inevitablemente a una inaplicabilidad de este, razón por la cual es necesario renovar esta figura en el contexto del derecho civil.

Como bien explicamos en el apartado anterior, hoy nuestra doctrina y jurisprudencia por regla general entiende que el dolo es de carácter subjetivo. Lo anterior ha llevado a que no sea posible probarlo en juicio, salvo en situaciones tan excepcionales como que el demandado en el contexto de una absolución de posiciones reconozca que ha actuado dolosamente. En ese sentido, la jurisprudencia ha sido reticente en dar por acreditado el dolo en aquellos casos en que es alegado por alguna de las partes³⁷.

Cabe mencionar que ha habido intentos de instaurar una lectura del dolo en clave objetiva. Rodríguez Grez, por ejemplo, ha señalado que resulta inaceptable mantener congelado el concepto del dolo en el marco estricto proporcionado por el artículo 44 de nuestro Código Civil y que es necesario, por lo tanto, objetivizar, por vía interpretativa, nuestra comprensión del mismo. Esto por medio de una reconceptualización de la intencionalidad orientada no hacia un estado psicológico interno, sino que hacia una representación de la probabilidad de un resultado frente a una acción u omisión³⁸. Banfi del Río, por su parte, arguye que no se debe considerar al dolo como una intención de dañar a otro *per se*, sino que “habitualmente se trata de prever y aceptar el resultado lesivo que ha sido buscado como un medio para asegurar un propósito ulterior –el enriquecimiento del agente- y que es asociado al dolo eventual”³⁹.

También Baraona ha planteado que “el sistema de responsabilidad contractual que se contempla admite una lectura clave más objetiva”⁴⁰, así como que en materia civil

³⁷ En este sentido, 1° Juzgado Civil de Rancagua, 3.03.2014, rol C-2090-2012, 2° Juzgado Civil de Viña del Mar, 20.03.2015, rol C-6138-2012 y Corte de Apelaciones de Santiago, 31.07.1991 rol C-172-1991.

³⁸ Cf. Rodríguez, 2015, 165–167.

³⁹ Banfi del río, 2012, 6.

⁴⁰ Jorge Baraona González, “Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una lectura en clave objetiva”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 24 n°1 (1997): 152.

“la conciencia de la ilicitud es puesta en duda, pues se estima, con fuerte influencia de la reflexión del dolo penal, que debe estar teñida más que de antijuridicidad, de conocimiento de los elementos fácticos que la ley califica como incumplimiento, sin importar la conciencia que ellos sean efectivamente antijurídicos”⁴¹.

Antes de entrar a analizar la posibilidad de proponer el giro en la comprensión del dolo civil, cabe mencionar que, como bien señala Ragués, a toda propuesta teórica elaborada por la dogmática jurídica se le ha de exigir por una parte que sea legítima, y por otra que sea aplicable⁴². Respecto al segundo imperativo, este autor señala que “si con el Derecho [...] se pretende generar algún tipo de efecto en la sociedad, los elementos que configuran las normas penales, así como los conceptos que la dogmática crea en su labor de interpretación, deben poder ser aplicados en el ámbito del proceso”⁴³

Ahora, si seguimos la lógica de Ragués, tenemos que la concepción subjetiva del dolo en sede civil no presente problemas de legitimidad. Por el contrario, la doctrina y la jurisprudencia suelen considerar que la realidad psicológica del hombre es un aspecto que el derecho ha de reconocer. Sin embargo, en lo que se refiere a la aplicación práctica, ésta se encuentra, como ya fue evidenciado, con numerosas dificultades. Ahora, si bien estimamos que investigaciones y reflexiones tendientes a objetivizar el dolo como las antes señaladas son útiles y necesarias, en este trabajo nuestro objetivo es bastante más modesto. En efecto con él sólo pretendemos poner sobre la mesa la posibilidad (y necesidad) de extender, por vía interpretativa, una institución que actualmente es reconocida sede penal a los tribunales civiles: la prueba indiciaria.

¿Qué es la prueba indiciaria? Como bien lo explica la Excelentísima Corte Suprema en reiterados fallos⁴⁴, en sede procesal penal lo más difícil de acreditar es el dolo⁴⁵. Ante esta situación, lo que la jurisprudencia ha hecho es considerar que no son las ciencias empíricas ni la confesión autoinculpatoria del imputado las llamadas a acreditar este elemento, sino que este se puede inferir a partir de las manifestaciones fenoménicas del estado interno de un sujeto. En otras palabras, si bien yo no puedo internarme en la psiquis de un sujeto para determinar el querer interno que este tenía al momento de realizar una acción u omisión, las circunstancias o consecuencias que esta acción u omisión generan en la realidad externa (por

⁴¹ Baraona, 1997, 155.

⁴² Cf. Ragués, 2002, 192

⁴³ Ragués, 2002, 193 Cabe señalar que Ragués se pronuncia sobre esto en sede Penal. Sin embargo, estimamos que su propuesta es aplicable también en sede Civil.

⁴⁴ Así, STC 6912-2007 de 1 de julio de 2008; STC 6222-2007 de 18 de noviembre de 2008; STC 5003-2008 de 327 de abril de 2008; STC 3970-2008 de 2 de julio de 2009; STC 7315-2015 de 14 de diciembre de 2015; STC 19008-2017, entre otras.

⁴⁵ Esto debido a que se le consideras como un conglomerado de hechos internos.

ponerlo de alguna manera) permiten inferir si acaso ésta fue realizada con intención o por mera negligencia. Delgado García la define como “el paso de unos hechos conocidos (hechos básicos o indicios) hasta otro desconocido (hecho consecuencia) *por el camino de la lógica*”⁴⁶.

Lo que postulamos en este trabajo, entonces, es que una manera de tornar una concepción subjetiva del dolo civil en útil para la praxis es el comprender que la intención positiva⁴⁷ se manifiesta fenoménicamente en la realidad, de tal manera que es posible inferirla a partir de dichas manifestaciones. Es decir, reformular parcialmente, y por vía hermenéutica, la comprensión que actualmente se tiene del artículo 44 del Código Civil, de modo tal que la jurisprudencia comience a entender que, si bien nadie lo ve, el dolo puede acreditarse en juicio.

Ahora bien, aun cuando la prueba indiciaria parece ser una cuestión aplicable sólo en materia penal, ésta no le es completamente ajena al mundo civil. En efecto, la Excelentísima Corte Suprema ha reconocido la aplicabilidad de la prueba indiciaria en materia de simulación en el fallo que por su relevancia pasamos a transcribir:

que, enfrentados a una divergencia psicológica en la intención de los declarantes, la constatación de la simulación se substraerá a una prueba directa y más bien se infiere del contexto en que ha nacido el contrato. En consecuencia, la prueba de la simulación es indirecta, y se deduce de las relaciones entre las partes, del contenido de la convención y de las circunstancias que la rodean, siendo por ende una prueba **indiciaria**. Y de ello derivan dos consecuencias probatorias: a) la valoración de los distintos medios de prueba debe efectuarse algo alejada de la rigurosidad que en algunos ordenamientos impone el sistema de prueba tasada legalmente, o de tarifa legal, puesto que aun en estos ordenamientos frecuentemente quedan, por la naturaleza del asunto, márgenes de apreciación prudencial en que el tribunal tiene oportunidad de morigerar ese rigor y se trata, precisamente, de que lo haga particularmente en un tema como el de autos; y b) tratándose de una simulación, la prueba de presunciones es elevada a una consideración primordial y de decisiva influencia. Es la única actitud equitativa si se quiere conceder verdaderamente una opción al demandante de llegar a tener éxito⁴⁸

En otras palabras, la Corte justifica la aplicación de la prueba indiciaria en materia de simulación, así como una cierta laxitud en el estándar probatorio, en razón de la inequidad que implicaría el dejar sin aplicación una institución tan central en el derecho civil por considerar que es imposible probar un elemento de índole psicológico.

Cabe, empero, preguntarse, ¿por qué la aplicación de la prueba indiciaria sería la clave para este cambio de paradigma comprensivo del dolo civil? Esto principalmente por

⁴⁶ Delgado García, *La prueba en el proceso penal*, (Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1997), 376 visto en Ragués, 2002, 240.

⁴⁷ Esto debido a la limitación conceptual que impone el artículo 44 del Código Civil.

⁴⁸ STC 2968-2016 de 24 de noviembre de 2016.

dos razones. En primer lugar, porque permitiría la prueba del mismo en juicio a través de la constatación en el mundo externo (y no intrapsíquico) de la intención de generar daño. En segundo, debido a que esta comprensión resulta armónica con el texto legal vigente que regula la figura del dolo. En efecto, y como bien señala Claro Solar, nuestro artículo 44 del Código Civil “al decir la ley que el dolo *no se presume*, no quiere significar que no pueda probarse por presunciones. [...] Lo que la ley quiere decir es que el dolo *no se supone*, sino que debe ser probado en forma convincente”⁴⁹. Es decir, y como ya se ha hecho explícito a lo largo de este trabajo, la limitación probatoria del dolo civil viene no del texto legal, sino de la interpretación que se ha hecho del mismo. En ese sentido, nuestra propuesta no busca que se haga caso omiso a lo señalado por la ley. Por el contrario, pretendemos por una parte poner sobre la mesa que el artículo 44 del Código Civil deja abierta la posibilidad de que el dolo civil sea probado en juicio, y, por la otra, facilitar el medio a través del cual esto es posible: la prueba indiciaria.

V.

CONCLUSIÓN

Comenzamos esta investigación explicando que la comprensión humana tiene un carácter proyectivo. Esto es, que en todo acto de interpretación los seres humanos proyectamos ciertos prejuicios (juicios previos) que se encuentra operando en nuestro horizonte comprensivo. Luego dimos cuenta que en general la doctrina y la jurisprudencia chilena es de la idea de que el dolo se ubica al interior de la psiquis del ser humano, lo que a su vez implica que no puede ser probado en un juicio. Luego señalamos que la actual limitación a la prueba del dolo civil en un contexto judicial responde no a lo señalado por el artículo 44 del Código Civil chileno, sino a la proyección de ciertos prejuicios por vía interpretativa. Esto nos llevó a proponer que una manera de tornar en útil el dolo para la praxis es mediante la aplicación de la prueba indiciaria al mismo, aplicación que a su vez importaría un giro en la comprensión del artículo 44 del Código Civil que sería armónica con lo señalado por el mismo.

Ciertamente lo que se ha sugerido como respuesta ha sido meramente un esbozo de lo mucho que lo que exige el tema mismo. Sin embargo, estimamos que ella cumple el objetivo

⁴⁹ Luis Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, vol. 5 (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1992), 236.

que la investigación se propuso, a saber, el proponer la aplicación de la prueba indiciaria en sede civil con la finalidad de hacer aplicable la concepción subjetiva del dolo que prima hoy en nuestro ordenamiento jurídico.

Por último, menester nos parece recalcar la posibilidad de complementación y continuidad de este de la línea de investigación aquí esbozada. Se trata de un punto de partida que, creemos, tiene el potencial de rendir muchos frutos.

Para citar este artículo: Pérez Lasserre, Diego, “Renovación del derecho por vía hermenéutica: El caso del dolo civil”, *Revista de Derecho. UcuDAl* N° 18 (Dic.- 2018), ISSN 1510-3714, ISSN On line 2393-6193, 165-182.

BIBLIOGRAFÍA

- Alessandri, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011.
- Banfi del Río, Cristián. «Por una reparación integral del daño extracontractual limitada a los hechos dolosos o gravemente negligentes», *Ius et Praxis*, volumen 18, n° 2 (2012): 3-32.
- Baraona González, Jorge. «Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una relectura en clave objetiva», *Revista Chilena de Derecho* 24, n° 1 (1997): 151-177.
- Betti, Emilio. *General Theory of Interpretation*. Traducido por trad G. A. Pinton. Vol. 3, CreateSpace Independent Publishing Platform, 2015.
- Betti, Emilio. *General Theory of Interpretation*. Traducido por G. A. Pinton. Vol. 4, CreateSpace Independent Publishing Platform, 2015.
- Bourie, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007.
- Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Vol. 5, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1992.
- Delgado, Joaquín. *La prueba en el proceso penal*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1997.

- Gadamer, Hans-Georg. *Truth and Method*. Traducido por Joel Weinsheimer y Donald G. Marshall. London & New York: Bloomsbury, 2013.
- Gadamer, Hans-Georg. *Verdad y método II*. Traducido por M. Olasagasti, Salamanca: Ediciones Sígueme, 2010.
- Grondin, Jean. *Introducción a Gadamer*. Traducido por C. Ruiz-Garrido. Barcelona: Herder, 2003.
- Heidegger, Martin. *Ser y Tiempo*. Traducido por J. E. Rivera. Santiago: Editorial Universitaria, 2005.
- Herrero, Montserrat. «*Estudio preliminar*». En *Posiciones ante el derecho*, editado por Montserrat Herrero. Madrid: Editorial Tecnos, 2012.
- Larenz, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Traducido por M. Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel, 2001.
- Ragués i Vallés, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona: J.M. Bosch, 2002.
- Rasch, William. «Judgment: The Emergence of Legal Norms». *Cultural Critique* 57, n° 1, 2004: 93-103.
- Rodríguez, Pablo. *Responsabilidad extracontractual*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2015.
- Schmitt, Carl. *Ley y juicio. Examen sobre el problema de la praxis judicial, en Posiciones ante el derecho*. Traducido por M. Herrero. Madrid: Editorial Tecnos, 2012.
- Wahl, Jorge, «El dolo en el incumplimiento contractual. El incumplimiento deliberado ante la jurisprudencia», en *Estudios de Derecho Civil V*. Santiago: AdeledoPerrot, 2010.
- Watcherhauser, Brice, «Getting It Right: Relativism, Realism and Truth», en *The Cambridge Companion to Gadamer*, (edit. R. J. Dostal), Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

Jurisprudencia citada

- Corte de Apelaciones de Santiago, rol C-172-1991, de 31 de julio del 1991.
- Corte Suprema, rol 6912-2007, de 1 de julio del 2008.
- Corte Suprema, rol 6222-2007, de 18 de noviembre del 2008.
- Corte Suprema, rol 5003-2008 de 27 de abril del 2009.
- Corte Suprema, rol 3970-2008, de 2 de julio del 2009.
- Corte Suprema, rol 7315-2015 de 14 de diciembre del 2015.

Corte Suprema, rol 10092-2015 de 4 de abril del 2016.

Corte Suprema, rol 2968-2016 de 24 de noviembre del 2016.

Corte Suprema, rol 19008-2017 de 11 de julio del 2017.

Juzgado de Letras y de Garantía de Putaendo, rol 137-2011, de 19 de diciembre del 2012.

1° Juzgado Civil de Rancagua, rol C-2090-2012, de 3 de marzo del 2014.

14° Juzgado Civil de Santiago, rol C-8632-2010; de 14 de mayo del 2014.

1° Juzgado de Letras de Coyhaique, rol 76-2013, de 15 de enero del 2015.

2° Juzgado Civil de Viña del Mar, 20.03.2015, rol C-6138-2012 de 20 de marzo del 2015 y

Corte de Apelaciones de Coyhaique, rol C-9-2015 de 20 de abril del 2015.

28° Juzgado Civil de Santiago, 27-05-2015, rol C-23525-2011.