

Comisión Nacional del Bicentenario
del Nacimiento de Andrés Bello

ANDRES BELLO CODIFICADOR

Historia de la fijación y codificación
del derecho civil en Chile

Por

ALEJANDRO GUZMAN BRITO

de la Academia Chilena de la Historia
profesor de las Universidades Católica de Valparaíso y de Chile.

TOMO I

EDICIONES DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE
Santiago 1982

la ley es preciso que sea clara y accesible". En esta frase condensaba, pues, las ideas de accesibilidad física y de accesibilidad mental.

En síntesis, a Bello también, si bien de modo pasajero, pareció preocuparle el fenómeno legislativo del nuevo estado, que a la multitud de leyes provenientes de los antiguos derechos castellano e indiano había venido a agregar nuevas fuentes, todo lo cual en conjunto formaba una masa que difícilmente podía llegar a ser asida y entendida. El remedio para ello era la empresa de una nueva fijación del derecho que, en términos generales, también podría comprender el derecho patrio en la medida en que él tuviera algo que ofrecer sobre las materias codificables.

TITULO SEGUNDO

NOTAS SOBRE EL PENSAMIENTO JURIDICO DE BELLO Y SUS FUENTES

I. En un sentido lato y laxo, Bello fue ecléctico en materia de filosofía⁵⁷⁰ jurídica. Su espíritu crítico y el horror que sentía por los sistemas cerrados de pensamiento le impidieron adherirse a cualquiera de ellos, de varios de los cuales, sin embargo, tomó las ideas que le parecieron más fundadas y convenientes y todo ello a través de un proceso paulatino de asimilación, sin que los avances, por regla general, implicaren necesariamente un abandono de adquisiciones precedentes; a lo más su modificación en ciertos casos, aun cuando diose alguna excepción.

Al esclarecimiento del ideario filosófico-jurídico de Bello se han dedicado valiosos estudios en los últimos tiempos. Avila⁵⁷¹ lo reconstruye

⁵⁷⁰Sobre la filosofía de Bello: HANISCH, Walter, *Tres dimensiones del pensamiento de Bello: religión, filosofía, historia*, en *Historia* 4 (1965), p. 7 ss.; EL MISMO, *Andrés Bello y su pensamiento filosófico en Chile. 1829-1865 en Bello y Chile. Tercer Congreso del Bicentenario* (Caracas 1981) t. 1, p. 259 ss.; ZARAGUETA, J., *Andrés Bello filósofo*, en *España honra a don Andrés Bello* (Caracas, 1972), p. 323 ss.; RUIZ, C., *Moderación y filosofía. Notas de investigación sobre la filosofía de Andrés Bello*, en *Teoría* 5-6 (1975), p. 15 ss.; EL MISMO, *Sobre la filosofía de Andrés Bello*, en *Cuadernos de la Realidad Nacional* 15 (1972), p. 73 ss.

⁵⁷¹ÁVILA, A., *Bello y el derecho romano*, en *Estudios sobre la vida y obra de Andrés Bello* (Santiago 1965), p. 79 ss.; EL MISMO, *Londres en la formación jurídica de Andrés Bello*, en *Bello y Londres. Segundo Congreso del Bicentenario* (Caracas 1981), t. 2, p. 211 ss.; EL MISMO, *La filosofía jurídica de Andrés Bello en Bello y el derecho* (actas de congreso, Santiago 1982, p. 341.

sobre la base inicial de un yusnaturalismo católico, que Bello nunca habría desechado del todo, pero que habría relegado a la función de servir como trasfondo sin mayores aplicaciones prácticas; sobre esta base general se habría insertado posteriormente al benthamismo y finalmente el historicismo de Savigny. Walter Hanisch⁵⁷², por su parte, ha insistido en el yusnaturalismo de Bello y le ha atribuido más virtualidad que aquella sostenida por Avila. Finalmente, Hugo Hanisch ha mostrado la incidencia, bien que magra, lateral y puntual, del pensamiento kantiano⁵⁷³ en Bello, y la adhesión de éste al positivismo⁵⁷⁴.

En verdad no hay oposición en las conclusiones de estos estudios, salvo, quizá, en el punto concerniente al yusnaturalismo de Bello. No cabe duda que la formación recibida por él en Caracas fue escolástica⁵⁷⁵ y los primeros contactos de Bello con el yusnaturalismo lo fueron con el de reigambre tomista en la versión de los grandes juristas-teólogos españoles de la época moderna. Pero en Londres Bello abandonó este tipo de yusnaturalismo, como lo prueba su carta de 1824 a Pedro Gual, en donde, hablando de la universidad caraqueña, le dice: "¿Y qué es de nuestra anciana y venerable nodriza? ¿Ha desechado ya enteramente el tontillo de la doctrina aristotélicotomista y consentido en vestirse a la moderna? No dudo que sí, porque el impulso dado a las opiniones por la revolución no ha podido ser favorable a las antiguallas con el que se trataba de dar pábulo a la imaginación más que al entendimiento de los americanos para divertirlos de otros objetos"⁵⁷⁶.

Los estudios de Bello sobre el derecho de gentes, en cambio, lo pusieron en contacto con otro género de teorías yusnaturalistas, el del racionalismo. Aun cuando, como es sabido, el derecho natural racionalista de la época moderna arrancó precisamente de los escolásticos, principalmente españoles, como Vitoria y Suárez, la continuidad entre el yusnaturalismo español del siglo XVI y principios del XVII y el yusnaturalismo racionalista,

⁵⁷²HANISCH, Walter, *Andrés Bello y el derecho natural*, en *Revista Universitaria* 6 (1981), p. 1 ss.

⁵⁷³HANISCH, Hugo, *Kant en las ideas filosóficas de Bello*, en *Revista de Ciencias Sociales* 20 (1982), p. 593 ss.

⁵⁷⁴HANISCH, Hugo, *El derecho romano en el pensamiento y la docencia de Andrés Bello*, en *REHJ.* 3 (1878), p. 206 ss.

⁵⁷⁵DOMÍNGUEZ, R., *El bachiller don Andrés Bello*, en *Tercer libro de la Semana de Bello en Caracas* (Caracas 1954), p. 255 ss.; LEVENE R., *Las universidades de Indias y las enseñanzas escolásticas*, en *Homenaje a G. Feliú Cruz* (Santiago 1973), p. 619 ss.; LEAL, I., *Palabras preliminares a El grado de bachiller en artes de Andrés Bello* (Caracas 1978), p. 7 ss.; EL MISMO, *Andrés Bello y la Universidad de Caracas*, en *Bello y Caracas. Primer Congreso del Bicentenario* (Caracas 1979), p. 165 ss.

⁵⁷⁶*Epistolario de la Primera República* (Caracas 1960), t.1, 68.

hoy perfectamente reconocida⁵⁷⁷, resultó ignorada hasta no hace mucho y la relación entre ambos fue vista más bien como de ruptura. Bello, al principio al menos, no escapó a este modo de ver las cosas.

Pero no sólo fue con ocasión de su intenso contacto con los autores de derecho natural y de gentes que Bello recibió el yusnaturalismo racionalista, sino también a través de sus estudios romanísticos, principalmente en los libros de Heineccius, quien pertenecía asimismo a la escuela moderna de derecho natural⁵⁷⁸; a ella había contribuido con sus *Elements iuris naturae et gentium* y otros escritos del género. En sus tratados de derecho romano, Heineccius aplicó el método y las concepciones yusnaturalistas, lo mismo que en los de derecho natural y de gentes aprovechó los conceptos y figuras del derecho romano, pues no debe perderse de vista que el derecho natural racionalista no fue otra cosa que derecho romano reinterpretado, racionalizado y abstraído⁵⁷⁹.

De esta fase yusnaturalista del pensamiento de Bello quedan varias trazas. Así, para el curso de derecho natural y de gentes que dictó Bello en 1831-1832 siguió él al yusnaturalista Burlamaqui desde el capítulo sexto al decimotercero de su programa⁵⁸⁰. De ese curso se nos conservan algunos apuntes, en que la influencia de Burlamaqui es clara⁵⁸¹. Algunos conceptos sobre derecho natural explicados en la edición de 1832 de sus *Principios de derecho de gentes* son también de evidente inspiración yusracionalista y lo mismo sucede en sus *Instituciones de derecho romano*, que publicadas en 1843, databan, sin embargo, de diez años antes. Ello vuelve a repetirse en sus artículos sobre la *Delención de extranjerios* de 1842 y 1843⁵⁸². En 1839 había sostenido que el derecho de suceder tiene su origen en la ley natural⁵⁸³.

Paralelamente a la asimilación del yusnaturalismo en varios de sus elementos, Bello dio entrada al benthamismo en su pensamiento y al positivismo. Este último, en realidad, venía a ser una consecuencia de su adhesión a Bentham, aun cuando el pensador inglés había repudiado expresamente al derecho natural, y el positivismo, aislado de su contexto

⁵⁷⁷Vid. mi *Fijación del derecho* (Valparaíso 1977), p. 57 y la lit. ahí citada.

⁵⁷⁸Sobre Heineccius: LANDSBERG, E., *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* (München-Leipzig 1898), t. III 1, p. 179, ss.

⁵⁷⁹Vid. mi *Fijación* (n. 577), p. 65 ss.

⁵⁸⁰HANISCH, W. (n. 572).

⁵⁸¹Id.

⁵⁸²En *Ob. compl.* (Santiago 1886), t. X, p. 453 ss.

⁵⁸³BELLO, A., *Sucesión de personas que han perecido en un mismo acontecimiento*, en *Op. jur.*¹, p. 287 = *Op. jur.*², p. 349.

histórico, efectivamente resulta ser la contrapartida de todo pensamiento yusnaturalista. En sus primeras fases, sin embargo, el positivismo vino a constituir nada más que una consecuencia de aquél. El punto de contacto entre el yusnaturalismo y el positivismo, entendido éste último, no tanto como una doctrina negadora del derecho natural, cuanto como una reducción del derecho a la ley, sea que se acepte o no la existencia de un derecho natural, el punto de contacto entre ambos fue precisamente la codificación. Los yusnaturalistas construyeron sus sistemas de derecho natural también para servir como criterios de enjuiciamiento del derecho vigente y, en consecuencia, con la aspiración de que los gobernantes ilustrados lo sustituyesen por leyes o cuerpos comprensivos del derecho de razón. Desde el momento en que así sucediese, el derecho natural quedaría incorporado en la legalidad y no habría oposición entre derecho natural y derecho positivo, de lo cual se seguía que fuera de la ley no habría derecho. Históricamente, por lo demás, este modo de concebir las relaciones entre derecho natural y ley positiva tuvo los efectos buscados, pues bien sabido es que la promulgación de los códigos que se suponían nutridos del derecho de razón, precisamente dio paso al positivismo exegético⁵⁸⁴. Bello, en consecuencia, no se contradecía al aceptar al mismo tiempo el yusnaturalismo y el yuspositivismo.

De Bentham, aparte de doctrinas concretas y específicas, Bello tomó fundamentalmente su método de cálculo aritmético de placeres y dolores, basados en la utilidad, del que hizo aplicación expresa en algunos escritos y disposiciones del código⁵⁸⁵. Ello, por supuesto, implicaba situar como bases del mundo moral a las ideas de placer y dolor, que constituían los fundamentos del pensamiento benthamiano; pero es notorio el esfuerzo de Bello por conciliar dicho pensamiento con el racionalismo, según se aprecia en su artículo-comentario a un libro del racionalista Jouffroy^{585bis}.

⁵⁸⁴Sobre todo esto: mi *Fijación* (n. 577), p. 79 ss. y 89 ss.

⁵⁸⁵Ejemplo de ello y muy interesante es el del art. 945 del código que contiene un caso de aplicación de la teoría del abuso del derecho fundada en la no utilidad reportada al dueño de un pozo al cegarlo. La norma está basada en las *Partidas*, pero Bello la reelaboró en el sentido indicado. Sobre esto: BRICE, A.F., *Bello y el ejercicio abusivo del derecho*, en *Mapucho* 4 (1965) 3, vol. 12, p. 100 ss., sin reparar no obstante en la inspiración benthamiana de la disposición, en la cual sí pone el acento AVILA, *La filosofía* (n. 571). Otro ejemplo está en la n. l) al art. 14 del tit. 2 del *Proyecto de 1841-1842*, en donde, para justificar una reforma a la legislación vigente, se aduce este argumento: "...el placer de la ganancia que acrece a la posteridad de C no equivale al dolor de la pérdida que experimenta la posteridad de B; la ley, cuando existe, tiende, pues a producir mayor suma de mal que de bien".

^{585bis}BELLO, A., *Apuntes sobre la teoría de los sentimientos morales de Mr. Jouffroy*, en *Ob. Compl.* (Santiago 1884), t. VII, 2, p. 337 ss.

Con posterioridad a 1840 Bello tomó contacto con la escuela histórica alemana a través de las obras de Savigny, particularmente de la traducción al francés de su *System des heutigen römischen Recht* como *Traité de droit romain*. La impresión que el historicismo le causara quedó reflejado en su libro inconcluso *Principios de derecho romano*⁵⁸⁶. Es posible que la incidencia del historicismo en Bello haya atenuado tanto su benthamismo como su yusnaturalismo racionalista, en cuanto ambos conllevaban una cierta potencia reformista, que, de todos modos, en Bello no fue nunca avasalladora como lo acredita su posición de 1833 en torno al problema de la fijación, que entonces, según veremos, la limitaba a una mera consolidación del derecho sin mudanzas importantes.

Este me parece ser, en grandes líneas, el iter intelectual de Bello en materia de filosofía jurídica. De él no formó parte propiamente tal el pensamiento de Kant, al cual Bello no adhirió, sin perjuicio de haber tomado una que otra idea que halló aceptable. En todo caso, y pese al valor de los estudios sobre la filosofía jurídica de Bello que antes hemos citado, pareciera que aún es necesario un reexamen del tema.

II. De estas variadas influencias han quedado huellas más o menos profundas en el pensamiento de Bello sobre la legislación, expresadas en escritos de diferentes épocas. En lo que sigue resumiremos dicho pensamiento a través de ciertos temas que parecen los más fundamentales.

1. *Preeminencia de la ley*. Para Bello, la fuente principal del derecho era la ley escrita. Pero es necesario explicar en qué sentido. Bello no desconocía que históricamente el derecho se forma el margen de las leyes, es decir, no ignoraba la parte eminente que en su gestación tienen la doctrina de los autores, las costumbres y las sentencias de los jueces como tampoco la incidencia de todas aquellas fuentes en el contenido de las leyes. Su positivismo no tenía un carácter causalista, por así decir, sino más bien teleológico: si él otorgaba preeminencia a la ley por sobre las demás fuentes y aspiraba a reducir todo el derecho a aquella, eso era para lograr ciertos objetivos sociales, en especial, la seguridad, la libertad y la igualdad, a que nos referiremos más adelante, de guisa que a sus ojos la ley se presentaba como un instrumento de actuación social. En esto Bello mostrase influido claramente por el pensamiento de la ilustración y por el benthamismo.

Ya en sus explicaciones del título 2 del libro 1 de las *Instituciones de*

⁵⁸⁶Sobre esta obra: HANISCH, Hugo, *Observaciones a los principios de derecho romano*, artículo inédito cuyo manuscrito he podido ver gracias a una gentileza de su autor.

derecho romano percíbase la importancia que otorgaba al concepto de ley: la justicia aparece definida ahí como "la conformidad de nuestras acciones con las leyes"; la primera significación que se da a la palabra derecho es la de "colección de leyes de una misma especie" y la jurisprudencia es descrita como "la ciencia que enseña a conocer, interpretar y aplicar las leyes"^{586bis}. El impacto del historicismo no atenuó la fe legalista de Bello y más bien fue aquél quien resultó modificado en sus manos. En el proemio de sus *Principios de derecho romano* ciertamente distinguía Bello la ley escrita de la costumbre y hasta aceptaba que la base original de todo derecho era la costumbre⁵⁸⁷, de acuerdo en esto con Savigny. Pero mientras éste acto seguido pasaba a la doctrina y jurisprudencia en su explicación de la génesis o desarrollo del derecho, indicando cómo los juristas venían a suceder al pueblo en la elaboración de aquél⁵⁸⁸, Bello pasaba de la costumbre a la ley: "La base original de todo derecho es la costumbre... Al principio la ley promulgada no hace más que prestar su auxilio, donde el derecho consuetudinario no se basta a sí mismo o amenaza tomar una dirección torcida; ... Poco a poco el órgano legislativo extiende su esfera de acción, observa la marcha del derecho consuetudinario, lo formula, lo modifica para que corresponda al verdadero fin de la sociedad y a las necesidades de cada época, y casi enteramente lo absorbe"⁵⁸⁹. En el título 1 del libro 1, Bello volvía a insistir en el papel del estado por medio del cual la idea de derecho entraba en la vida humana.

Erigida la ley en fuente casi única del derecho, a todos, gobernantes y gobernados, no quedaba otro camino que cumplirla sin discusión. Este es el tema fundamental de un artículo que bajo la rúbrica *Observancia de la ley* editó Amunátegui en forma incompleta; dicha parte editada por aquél apareció en *El Araucano* N° 311 de 19 de agosto de 1836⁵⁹⁰ y en realidad era continuación de una parte anterior, publicada en el mismo periódico N° 307 de 22 de julio del mismo año. En ese artículo Bello insistía en que una vez puesta la ley, nadie podía alegar título suficiente para escapar a su cumplimiento; y hacía especial hincapié en ello respecto del juez a quien podía parecerle injusta una ley, crearla temeraria, encontrar que su propia opinión contraria a ella estaba apoyada en doctrinas respetables e incluso suceder que él tuviera razón: "pero con todo, ni puede obrar contra esa ley ni puede desentenderse de ella, porque, si en los jueces hubiera tal facultad, no ya por las leyes se reglarían las decisiones, sino por las particulares opiniones de los magistrados". En todos los escritos en que Bello trató el tema de la fundamentación de las sentencias reiteró conceptos similares.

^{586bis}BELLO, A., *Instituciones de derecho romano*, en *Ob. Compl.* (Caracas 1959), t. 14, p. 9 ss.

⁵⁸⁷BELLO A., *Principios de derecho romano*, en *Ob. Compl.* (n. 586), p. 247 ss.

⁵⁸⁸SAVIGNY, F. *Traité de droit romain* (trad. Guenoux, París 1840-1851), t. I.

2. *Los fines de la ley.* Como ya indicamos, la ley en Bello poseía un carácter instrumental, pues la veía como medio para cristalizar ciertos fines sociales. Ellos eran los siguientes:

a) La seguridad. Este fin de la ley estaba presente en la reiterada crítica que Bello formuló al antiguo derecho en razón de su inseguridad e incerteza, de modo que la fijación del mismo a través de la ley la destinaba a crear el valor contrario. Pero en diversas ocasiones apuntó Bello en forma positiva a la seguridad, a la que enumeró, junto con la libertad, entre los principios más importantes de la vitalidad de una nación⁵⁹¹. La influencia de Bentham es clara en este punto; para el pensador inglés, la seguridad, en efecto, era el objeto principal de las leyes.

b) Libertad civil. Bello distinguió cuidadosamente la libertad civil de la libertad política en un artículo publicado en *El Araucano* de 8 de julio de 1836⁵⁹². Aquella aparecía referida a "los fueros que habilitan para tomar parte en los negocios públicos", mientras que ésta, a los garantizadores de la persona y la propiedad. Para Bello, el goce completo de la libertad civil era condición necesaria del bienestar individual; función de la ley, la de permitir a las personas aquel goce⁵⁹³; y, puesto que en la legislación vigente había muchas trabas que la coartaban, él definió como parte integrante del programa codificador, en consecuencia, el liberar a la legislación de dichas trabas⁵⁹⁴. En estas materias pareciera estar presente el yusnaturalismo racionalista.

c) Igualdad. Fue también en su artículo sobre la *Observancia de la ley*⁵⁹⁵ que Bello aludió a este fin. Su punto de vista era que todos resultaban iguales ante ella: "Desde el que se halla en el colmo de los honores y distinciones hasta el más oscuro habitante comprende el imperio de la ley; y todos son ante ella iguales, porque la regla de justicia y equidad que mide a todos, es una misma, sin que pueda admitir variaciones esenciales, por más que sea distinta la condición de las personas".

⁵⁸⁹ BELLO, A., *Princ.* (n. 587), p. 248.

⁵⁹⁰ Ahora en BELLO, A., *Op. jur.*¹ p. 201 ss. = *Op. jur.*², p. 279 ss.

⁵⁹¹ BELLO, A., *Responsabilidad de los jueces de primera instancia*, en *Op. jur.*¹, p. 195 = *Op. jur.*², p. 273.

⁵⁹² BELLO, A., *Responsabilidad de los jueces de primera instancia*, en *Op. jur.*¹, p. 195 ss. = *Op. jur.*², p. 273 ss.

⁵⁹³ *El Araucano* N° 307, de 22 de julio de 1836. Vid. SQUELLA A; *Proyección jurídica de las ideas de Bello sobre el orden y la libertad*, en *Bello y el derecho* (actas de congreso, Santiago, 1982), p. 363 ss.

⁵⁹⁴ BELLO, A., *Reforma judicial*, en *Op. jur.*¹, p. 211 ss. = *Op. jur.*², p. 287. ss.

⁵⁹⁵ *Supra* N° 590.

3. *Caracteres de la ley.* También los caracteres propios de la ley resultaban por oposición a cuanto Bello criticaba en el derecho antiguo. De acuerdo con esto, aquél consideró como tales la claridad y la precisión de las fórmulas legislativas; el orden de sus disposiciones y la brevedad de éstas. Dichas características no encontraban su fin en sí mismas, pues, cumplían una función relacionada con los objetivos sociales de las leyes, particularmente con la seguridad; sólo en la medida en que las leyes fuesen claras, precisas, breves y ordenadas la seguridad jurídica no correría peligros derivados de la interpretación oscilante de jueces y abogados o de la falta de definición en el alcance y sentido de los derechos. En particular, Bello insistió varias veces en el vínculo de dependencias que tenía la posibilidad de conocerse las leyes con aquellas notas, y reiteró que uno de los fines de la codificación consistía en poner las leyes al alcance de los ciudadanos⁵⁹⁶, manifestando, así, el ideal ilustrado de las leyes populares.

4. *El establecimiento de la ley.* Para Bello, las leyes debían guardar una estricta consonancia con la realidad y alejarse lo más posible de las teorías abstractas. A propósito de las constituciones, p. ej., declaraba en 1830 que "no debe esperarse subsistencia ni buenos efectos de ninguna constitución modelada por principios teóricos, sin afinidad con aquellos que por una larga práctica han adherido íntimamente al cuerpo social, y han penetrado sus más ocultos muelles". Rechazaba también el traslado de leyes de una nación a otra en forma indiscriminada y, también a propósito de las constituciones, afirmaba que tampoco debía esperarse subsistencia ni buenos efectos de una "trasplantada de un suelo en que ha sido producción indígena a otros en que le falta la influencia de aquel espíritu nacional, de aquellas leyes y costumbres que se han desarrollado junto con ella y crecido a la par, fortaleciéndose y modificándose mutuamente"⁵⁹⁷. En materia civil impugnó toda legislación ideal elaborada en el gabinete de un legislador filósofo⁵⁹⁸, y calificó de peligrosa la pretensión de amoldar las leyes a nuevos principios⁵⁹⁹. En general, Bello estimaba que sin una necesidad clara ni una razón poderosa, no había que innovar en la legislación⁶⁰⁰; y que la medida entre mantenimiento y reforma de la misma debía determinarse siempre a través de una observación atenta de las realidades y no tanto según las bondad o maldad

⁵⁹⁶ BELLO, A., *Codificación del derecho civil*, en GUZMÁN, *Fuentes*, doc. N° 58; EL MISMO, *Reforma judicial*, en *Op. jur.*¹, p. 212 = *Op. jur.*², p. 288.

⁵⁹⁷ BELLO, A., *Publicidad de los juicios*, en *Op. jur.*¹, p. 2 = *Op. jur.*², p. 110.

⁵⁹⁸ *Infra* tit. III, cap. 2.

⁵⁹⁹ GUZMÁN, *Fuentes*, doc. N° 55.

⁶⁰⁰ GUZMÁN, *Fuentes*, doc. N° 97.

abstractas de las posibles soluciones en estudio⁶⁰¹. Eran ciertos filones de la ilustración y el benthamismo los que estaban en el trasfondo de este pensamiento.

III. Aparte de las influencias emanadas de estas amplias corrientes, hubo dos autores que incidieron de modo más preciso en Bello: Portalis y Martínez Marina.

1. En 1833 Bello tradujo y publicó en *El Araucano* el *Discurso preliminar del código civil*⁶⁰² que había escrito el primero de los nombrados. Muchas ideas expresadas en ese documento eran ciertamente patrimonio común de la época y Bello sin duda las había conocido también por otras fuentes y madurado por sí mismo; pero el hecho de haber traducido y editado el *Discurso* es índice de la aceptación especial con que lo favoreció. En lo esencial, las ideas-base sobre legislación que ahí se encontraban discurrían en torno a la congruencia de las leyes con las tradiciones y costumbres del pueblo a que se destinaban, a la cautela y prudencia con que debía procederse a innovar y a la preferencia otorgable a la conservación por sobre la reforma de las leyes. Portalis se extendía en torno al volumen de las reglas, intentando aclarar la medida entre simplificación y extensión de la legislación, que también determinaba de acuerdo con el grado de desenvolvimiento de la sociedad y explicaba cómo el código francés se había basado en el antiguo derecho constituido por el romano, las costumbres y la legislación real.

2. En 1834 Bello publicó en *El Araucano* algunos extractos de la introducción del libro que en 1820 Francisco Martínez Marina había editado bajo el título de *Juicio crítico de la Novísima Recopilación*⁶⁰³. El conjunto de los trozos escogidos por Bello daban un panorama bastante completo de la agria censura del literato español en contra del código de 1805. Ella prácticamente acogía todos los tópicos tradicionales de crítica al derecho y los aplicaba a la recopilación; Martínez insistía en el nexo existente entre una buena educación científica y humanística expandida a través de la sociedad y el éxito de una codificación; y, además, apuntaba una crítica interna concerniente a la excesiva reglamentación que caracterizaba a varios sectores de la *Novísima*.

A través de su selección de trozos, Bello trasuntó una vez más el ideal de

⁶⁰¹BELLO, A., *Administración de justicia*, en *Op. jur.*¹, p. 99 ss = *Op. jur.*², p. 190.

⁶⁰²GUZMÁN, *Fuentes*, doc. N° 60.

⁶⁰³GUZMÁN, *Fuentes*, doc. N° 67.

legislación que lo animaba, pues expresamente declaraba proceder a la publicación de aquellos "en prueba de la necesidad de la formación de un código".

TITULO TERCERO

EL PENSAMIENTO DE BELLO EN TORNO A LA FIJACION DEL DERECHO

Andrés Bello manifestó sus ideas sobre fijación en escritos diseminados prácticamente a través de toda la etapa⁶⁰⁴. En ellos se observa una suerte de evolución de pensamiento, cuyos estadios posteriores, sin embargo, no muestran un abandono en lo sustancial, de las ideas sustentadas por él en los estadios anteriores.

CAPITULO I

PRIMERA ETAPA: LA PRECEDENCIA Y MAYOR URGENCIA DE LA FIJACION DEL DERECHO PROCESAL Y JUDICIARIO RESPECTO DE LA DEL DERECHO SUSTANTIVO

Bello se incorporó tardíamente al movimiento en pro de la fijación del derecho sustantivo, concretamente, del civil; pero no tanto por la circunstancia de haberse radicado en Chile en 1829, cuando aquél llevaba varios años de impulso, sino porque positivamente pensaba él que más urgente y necesaria que la fijación de aquel derecho era la del procesal y orgánico de tribunales. Expresamente lo afirmó en un artículo suyo aparecido en *El Araucano* N° 96 de 13 de julio de 1832, el cual artículo continuaba otros anteriores dedicados a comentar el *Proyecto de reglamento de administración de justicia* presentado el año anterior por la corte de apelaciones de Santiago. A comentar dicho reglamento había invitado *El Araucano* en sus números anteriores; y en respuesta a tal invitación Juan Egaña había remitido sus *Reflexiones*. En el citado artículo, Bello recordaba esta respuesta y declaraba: "El respetable autor de este discurso se propuso un plan más vasto que el que nosotros exigíamos; y sin duda la poca esperanza de efectuarlo hizo

⁶⁰⁴Lit.: GUZMÁN IX. Puede verse también: TAU, V., *Reforma y codificación en el pensamiento de Andrés Bello. 1830-1839 en Bello y el derecho* (actas de congreso. Santiago, en prensa).

abrazaba a dicha propiedad y a aquellos derechos. Finalmente Bello acogió la idea de Goyena de terminar el libro con las acciones posesorias, aun cuando originalmente parece que las trataba unidas a la posesión misma.

4. Todo cuanto se dijo a propósito del orden seguido por Bello para el libro sobre personas debe repetirse aquí para el del libro sobre sucesiones. Se observa en él, sin embargo, una influencia del código francés en dos puntos precisos: por una parte, en la inversión del orden de las sucesiones testadas e intestadas, ya que, mientras el sistema institucional trataba primero de aquéllas y luego de éstas, el código francés procedió del modo contrario, modo que siguió Bello; por otra, Bello también siguió a dicho código, en definitiva, al incluir las donaciones en el libro sobre derecho sucesorio, al final, aunque por razones distintas: en el código de Napoleón esa unión (propriadamente con los testamentos) derivaba de ser las donaciones, lo mismo que éstos, un modo de adquirir; en el código chileno, en cambio, por la semejanza de reglas. Como antes vimos, originalmente las donaciones aparecían en el libro sobre contratos, de acuerdo con las *Partidas*.

Fuera de esta doble influencia puntual del código francés, no se aprecian otras importantes y tendemos a pensar que también en esta materia Bello resultó ser un ordenador original, sin que ello signifique que para la creación de su sistema no haya tenido a la vista los códigos disponibles en su tiempo, que le dieron el panorama general a partir del cual formó él su propio sistema.

5. En el libro sobre obligaciones y contratos, finalmente, la influencia del código francés es notoria por cuanto respecta a la parte de obligaciones, pero a lo más germinal e incitativa en relación con la parte de fuentes. Aun así en la primera Bello perfeccionó el sistema francés al trasladar el título sobre el efecto de las obligaciones al final del conjunto de los títulos dedicados a sus clasificaciones y al crear los títulos sobre obligaciones de género y facultativas.

Por lo concerniente a las fuentes, Bello aprovechó una idea del comentarista del código napoleónico, Delvincourt, quien resistemizó el orden legal aprovechando la clasificación de los contratos en consensuales y reales y la subdistinción en cada una de las clases anteriores, entre principales y accesorios⁹⁴¹. Bello no siguió ese orden, pero sí usó la idea de disponer las materias según las clasificaciones de las fuentes y en definitiva las dispuso conforme con un esquema más abarcador y por ende más perfecto que el del Delvincourt: Tal disposición de materias obedeció al

⁹⁴¹ DELVINCOURT, *Cours de code civil* (Paris 1824), tit. 3, p. 2 s.

siguiente esquema: la división básica fue la de fuentes principales y accesorias; dentro de las principales distinguióse las convencionales de los no-convencionales; y entre las convencionales, los contratos conmutativos de los aleatorios. En primer lugar, en consecuencia, correspondía tratar de los contratos conmutativos, que aparecieron expuestos en el orden de solemnes (capitulaciones matrimoniales), consensuales (compraventa, permuta, arrendamiento, sociedad y mandato atrayendo la compraventa a cesión de derechos y el arrendamiento al censo); y reales (comodato, mutuo y depósito). Luego procedía regular los contratos aleatorios (juego y apuesta, renta y censo vitalicios) y con ellos concluyó el tema de las fuentes convencionales, para darse paso al de las no-convencionales (cuasicontratos y cuasidelitos), con lo cual finalizó la exposición de las fuentes principales, siguiendo la de las accesorias (fianza, prenda, hipoteca, anticresis). El libro terminaba con tres materias que por su naturaleza parecieron de cierre por estar destinadas a regular los momentos terminales de las relaciones jurídicas: transacción, prelación de créditos y prescripción.

TÍTULO SEGUNDO

LAS FUENTES DEL «CÓDIGO CIVIL» Y SUS MODOS DE INFLUENCIA

El problema de las fuentes del código es de suyo complejo y sutil. Habitualmente, sin embargo, se lo despacha sobre la base de determinar cuáles han sido los escritos y cuerpos legales de que tal o cual norma del código fue tomada, sin detenerse a pensar en que, p. ej., el hecho de haberse incorporado al código cierta norma o criterio provenientes de un autor extranjero pudo haber estado impulsado por la existencia en el derecho nacional de una norma opuesta, contra la cual se quería reaccionar, de modo de poder afirmarse con toda propiedad que en esa materia el código resultó influido tanto por el derecho extranjero como por el nacional, en un caso positiva y negativamente en el otro. Con menos propiedad quizá podría decirse que en esa misma materia el derecho nacional actuó como fuente del código; pero ya se ve en atención a lo anterior, que es posible hablar de una influencia negativa de las fuentes de ese derecho. Este ejemplo es bastante para explicar por qué, entonces, no nos referimos sólo a las "fuentes del código civil" sino también a la "influencia de fuentes" en dicho código, poniendo el acento, en consecuencia, tanto en los libros a partir de los cuales ese código fue directamente formado, como en los libros que de una u otra manera influyeron

en él; que algunos de esos libros hayan proporcionado el material del código, eso se refiere sólo a una manera específica de influencia.

CAPÍTULO I

LAS NOTAS DE BELLO A LOS SUCESIVOS PROYECTOS DE «CÓDIGO CIVIL». CONCEPTOS FUNDAMENTALES SOBRE EL MODO DE INFLUIR DE LAS FUENTES

I. Una vía preciosa para el conocimiento y determinación de las fuentes influyentes en el *Código Civil* nos la proporciona el examen de las notas puestas por Bello a sus diferentes proyectos⁹⁴².

1. Ellas se encuentran desde luego en el *Proyecto de 1841-1842* que abraza el libro sobre sucesiones. Aún cuando la mayor parte del contenido de dichas notas esté destinado a explicar el sentido y alcance de las disposiciones, en ellas suelen citarse algunas fuentes. El anteproyecto de Bello sobre contratos y obligaciones trae escasísimas notas, que se detienen en su título 8 y el proyecto oficial a que éste dio lugar, o sea, el de 1842-1845, presenta sólo cuatro. El anteproyecto privado de Bello sobre bienes no las ofrece.

En compensación a todo ello, el *Proyecto de 1853* exhibe gran número de notas, eliminadas en el de 1855 y en el código. La edición Amunátegui del *Proyecto Inédito* también las trae; pero ya hemos hecho observar que ellas no pertenecen a los originales de dicho proyecto, sino que provienen de apuntes personales de Bello, que Amunátegui incorporó a los artículos a que más les convenían, según su parecer. Finalmente, con posterioridad a la promulgación del código, Bello redactó notas para los 76 primeros artículos del mismo. Tanto en éstas como en las del *Proyecto de 1853* (y también en las del *Inédito*) hay voluminosa referencia a fuentes.

2. Con todo, no es sin discernimiento que debe procederse a la invocación de las fuentes citadas en todas estas notas. Ellas presentan el problema de que no podemos saber a priori a qué título fueron citadas por Bello. ¿Pretendía, en efecto, consignar la fuente de que extrajo la norma? o bien, ¿ilustrar o apoyar la disposición? o, ¿dejar constancia de soluciones diversas? y, en cualquier caso, ¿la cita referíase a toda la norma o alguna parte de ella?, etc. Estas preguntas ponen de manifiesto que el mero hecho de haber citado Bello una fuente, aun cuando permita ello presumir una

⁹⁴²Sobre las notas de Bello, en general: AMUNÁTEGUI, M. L., *Las notas del Proyecto de Código Civil*, en *Don Andrés Bello y el Código Civil* (Santiago 1885), p. 131 ss.

cierta influencia de la misma, nada dice acerca del modo de esa influencia, para determinar la cual se hace imprescindible un estudio minucioso de cada artículo anotado y de la fuente respectivamente citada, a fin de determinar la relación existente entre ambos.

Aparte de estos, surge el problema anexo de que no todos los artículos ni del *Proyecto de 1853* ni de los anteriores tienen notas con cita de fuentes; sumadas las disposiciones de todos los proyectos, las hay que en ninguno las tuvo. Por otro lado, existen casos en que una misma disposición contenida en dos proyectos tiene notas en cada uno con cita de fuentes distintas.

3. Estos problemas reciben respuestas parciales en palabras del propio Bello. En su *Advertencia al Proyecto de 1853* escribió éste lo siguiente: "*He añadido a este primer libro notas que apuntan a la ligera las fuentes de que se han tomado o los motivos en que se fundan los artículos que pueden llamar principalmente la atención. En algunos, las notas parecerán superfluas; en otros, se echarán de menos. Siento decir que por falta de tiempo no me ha sido posible observar bajo este respecto un método uniforme en todos los títulos; pero me dedicaré gustoso a este trabajo si pareciera útil*"⁹⁴³. Los textos precedentes ponen de manifiesto varias cosas: primeramente, que la cita de fuentes no es exhaustiva ("*apuntan a la ligera*"), no sólo en cuanto a la totalidad del proyecto sino también respecto de cada artículo anotado; enseguida, que ella se refiere a los artículos que "*pueden llamar principalmente la atención*", con lo cual no sabemos qué fue cuanto Bello quiso decir; pues que con tal forma de expresarse no aludía a los artículos más innovadores es claro, ya que los hay anotados que, sin embargo, se limitan a recoger el derecho vigente sin modificaciones⁹⁴⁴; después, que las notas en principio contienen las fuentes de que se tomó las normas del proyecto o en que se encuentran sus motivos, sin perjuicio de invocarse en otros casos únicamente por vía de semejanza o analogía; finalmente, que no siempre hay una identidad entre la solución del proyecto y la de la fuente citada, que pudo resultar ampliada, restringida o explicada.

Como se aprecia, es imposible reconocer la existencia de un criterio único aplicado por Bello a sus notas; por lo demás, el mismo lo reconoció en el texto primeramente transcrito al hablar ahí de la ausencia de un "*método uniforme*"; y en consecuencia es sólo con precauciones y teniendo presente las advertencias del propio Bello que debe procederse a la utilización de estas notas.

⁹⁴³GUZMÁN, *Fuentes*, doc. N° 208.

⁹⁴⁴En contra: AVILA, A., *Bello y el derecho romano*, en *Estudio sobre la vida y obra de Andrés Bello* (Santiago 1943), p. 97.

H. Un código puede fijar el derecho propio, el derecho extraño o ambos al mismo tiempo⁹⁴⁵.

1. Entendemos por derecho propio aquel usado actualmente por una determinada comunidad, fuera cual fuera su origen, esto es, sin importar si ese derecho había sido o no gestado en el seno de tal comunidad, total o parcialmente; o si se lo había impuesto a ella; o si esta lo había recibido. En estos dos últimos casos, ese derecho impuesto o recibido también debe considerarse como propio, en la medida en que con el recurrir de los tiempos resulte apropiado por aquella comunidad.

Por derecho extraño, en cambio, entendemos todo derecho actualmente no usado por una determinada comunidad sino por otra diferente. Este concepto en consecuencia es relativo, ya que un derecho es extraño con referencia a cierta comunidad, aun cuando sea propio de otras.

Cada uno de estos derechos se manifiesta a través de fuentes, o sea, de leyes, costumbres, sentencias judiciales y libros de doctrina, sin que tampoco interese demasiado si ellas contienen o no un derecho actualmente vigente, porque el autor de un código bien puede valerse de aquellas que expresan uno ya no más vigente.

Llamamos "influencia" a la relación de dependencia que existe entre la norma de un código y la fuente de un derecho propio o extraño. Dada dicha relación, entonces decimos que esa fuente ha influido en el código y que éste ha sido influido por aquella. De ese modo, un código puede ser el resultado de influencias de sólo un derecho propio, de sólo un derecho extraño o bien de ambos.

2. Esta relación de dependencia en que consiste la influencia de fuentes sobre un código, puede ser positiva o negativa. La primera consiste en la incorporación al código, de instituciones, figuras, o soluciones jurídicas extraídas del derecho propio o de uno extraño. La segunda, en cambio, consiste en el impulso de reacción que producen las instituciones, figuras y soluciones jurídicas del derecho propio o extraño, de modo de conducir a su simple abolición o a la instauración de sus opuestos. En ese sentido se dice que el derecho propio o el extraño ha influido en el código, en cuanto la disciplina acogida en él se explica precisamente como reacción a la disciplina presente en aquellos. Esta disciplina reaccionante, que de todos modos fue negativamente influida por el derecho propio o uno extraño, puede ser original del codificador o bien influida, esta vez positivamente,

⁹⁴⁵ Cuanto expongo a continuación corresponde a la parte de un trabajo inédito que en mi serie *Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la república*, debió llevar el N° IV y el subtítulo: *Presupuestos para el estudio de las fuentes del Código civil y de sus proyectos*.

por el derecho extraño, del cual aquel lo extrajo en reacción contra el derecho propio. Puede también concebirse una combinación de ambos tipos de influencia, que se produce en el derecho propio o en uno extraño; la parte no reformada o modificada constituye un caso de influencia positiva; y en cuanto aquella disciplina es precisamente reformada o modificada, se tiene entonces un caso de influencia negativa, puesto que en esa parte se ha reaccionado contra aquélla.

3. Tanto la influencia positiva como la negativa del derecho propio o de uno extraño pueden ser formal y material o bien sólo material. Dase una influencia positiva formal cuando el código incorpora la misma formulación literaria de la respectiva disciplina jurídica, ya presente en la fuente que lo influye; por tal hecho, además, dicho código acoge el contenido de esa disciplina. Una influencia positiva sólo material, por el contrario, se tiene cuando el código influido recoge nada más que el contenido de las figuras y soluciones o instituciones de la fuente influyente, pero bajo una redacción literaria del todo distinta y original. Es claro, por otro lado, que también pueden mezclarse ambos tipos de influencia, cuando el código influido recoge una disciplina de la fuente influyente, en parte conservando su primitiva redacción y en parte variándola; en tal caso, la influencia resulta totalmente material y parcialmente formal.

Parcialmente formal y en ningún caso material puede ser una influencia negativa cuando el codificador, teniendo a la vista una cierta fuente en que encuentra determinada disciplina que desea abolir, si la encuentra en el derecho propio, o prohibir, si la encuentra en uno extraño, adopta la formulación literaria presente en la fuente de que se trate con las modificaciones necesarias para significar la abolición o prohibición; en tal caso estamos precisamente ante un caso de influencia negativa formal, pero no material. Fuera de este caso, la influencia negativa es siempre sólo material, en cuanto el codificador se limita a concebir una cierta redacción original para significar la abolición o prohibición que le fue sugerida por la presencia de la disciplina en determinada fuente, contra la cual disciplina deseaba reaccionar.

4. La influencia tanto positiva y negativa como formal y material puede ser a su turno, directa o indirecta. Comencemos por esta última, que se presenta cuando la fuente influyente había sido, a su vez, influida por otra anterior y así quizá sucesivamente hacia atrás, de tal guisa que las fuentes anteriores vienen a influir indirectamente en el código, a través de la fuente directamente influyente, que es en consecuencia aquella tenida a la vista de un modo inmediato por el autor. Debe tenerse presente, sin embargo, que este concepto hay que usarlo con prudencia y que es mejor referirlo únicamente a la influencia formal. En efecto, el estudio de las

influencias indirectas materiales en definitiva conduce al estudio histórico de las instituciones, que desborda el problema de las fuentes influyentes en un código y así, p. ej., es claro que fuente indirecta material de gran parte de los cuerpos legales modernos vienen a ser los escritos jurisprudenciales y las constituciones imperiales recogidas en el *Corpus Iuris Civilis*, cuyo contenido, a través de sucesivas variaciones literarias, ha llegado hasta aquéllos. Lo que verdaderamente interesa en esta materia es determinar posibles influencias indirectas formales, o sea, formulaciones literarias existentes en un código que, aun habiendo sido tomadas directamente de determinada fuente, provenían de otras anteriores.

5. Hasta el momento hemos examinado diversas clasificaciones aplicables lo mismo a la influencia del derecho propio que a la de uno extraño, por regla general. La última que debemos analizar, por el contrario, concierne al modo de relacionarse el extraño con el propio a través del código. Un código, en efecto, es siempre concebido para determinada comunidad que normalmente usa de un cierto derecho. En consecuencia, cualquier influencia que tenga en ese código un derecho extraño necesariamente implica una incidencia del mismo sobre el derecho propio, una vez que el código entre en vigencia y lo sustituya. Por ello, según el tipo de tal incidencia del derecho extraño sobre el propio a través del nuevo código, la influencia de aquel en este puede clasificarse así:

a) Influencia confirmadora: se da ésta cuando en el código tiene acogida una disciplina proveniente del derecho extraño, pero que coincide plenamente con la existente en el derecho propio; en tal caso decimos que aquel influyó en el código confirmando al derecho propio. A este tipo de influencia del derecho extraño corresponde una influencia pasiva del propio y normalmente esa influencia confirmadora es, además, formal, puesto que resulta difícil explicar que un codificador confirme el derecho vigente sin basarse en él, a no ser por haber encontrado en fuentes extrañas una formulación literaria que lo satisfaga más que aquella que encuentra en las fuentes del derecho propio.

b) Influencia superadora: ella implica la recepción (formal o sólo material) de una disciplina jurídica existentes en fuentes extrañas, contrarias a las existentes en el derecho propio. En este caso se trata de desechar las regulaciones vigentes y de sustituirlas por regulaciones opuestas, provenientes del derecho extraño, por lo cual se dice que éste supera a aquél. Pero en esa misma medida hay de todos modos una influencia del derecho propio, en cuanto su normatividad fue la que había hecho surgir una reacción que condujo a la recepción del extraño, de manera que con la

influencia superadora de éste se corresponde una influencia pasiva negativa del derecho propio.

c) Influencia reformadora: este tipo se presenta cuando de fuentes extrañas se recogen elementos que modifican una disciplina existente en el derecho propio; el código, en tal caso, acoge a este último, pero con alteraciones provenientes del extraño.

d) Influencia innovadora: ella se entiende en relación con lagunas del derecho propio, ante las cuales el código recoge una cierta solución del extraño para colmarlas. En este caso, el derecho propio no ha influido para nada en el código.

6. Finalmente, todavía cabría advertir que mucho de cuanto se ha expresado para el derecho extraño cabe también afirmarlo para las soluciones inventadas por el codificador. Si bien es cierto que respecto de ellas no siempre puede hablarse de haber recibido influencias, precisamente por su originalidad, eventualmente puede aplicárseles algunas de las categorías antes estudiadas. Así, p. ej., una cierta solución original pudo haber nacido en la mente del codificador en reacción contra el derecho propio, de modo que en definitiva éste hubo de influir en dicha solución de un modo negativo.

En nuestro estudio acerca de las influencias incidentes en el *Código Civil* habremos de servirnos del aparato de conceptos que acabamos de presentar.

CAPITULO II LAS FUENTES DEL «CÓDIGO CIVIL»

El cuadro de fuentes que ofrecen las notas a los diversos proyectos de código es variado; pero bien pueden ellas reducirse a dos grandes grupos: fuentes del derecho propio de Chile, esto es, del indiano en sentido amplio y del patrio; y fuentes de los derechos extraños. Dentro de cada uno, a su vez, todavía es posible diferenciar subgrupos de fuentes: positivas (códigos) y doctrinales.

SECCIÓN PRIMERA Las fuentes del derecho nacional

Tenía que resultar casi natural que una mayor parte de la contribución del derecho nacional al código proviniese del derecho indiano y no del patrio. Este último, en materia civil, era poco lo que podía ofrecer; en su

momento vimos que las leyes de ese derecho limitáronse por regla general a reformar al castellano en puntos precisos y delimitados, aun cuando no dejaron de darse excepciones.

I. Desde el primer instante en que Bello tomó interés por la fijación del derecho civil dejó en claro que ella debía basarse en el antiguo derecho romano-castellano heredado de la monarquía. Incluso, como vimos, inicialmente pensó que la forma de fijación a que debía someterse era la de su mera consolidación. Pero cuando dio un paso adelante y aceptó finalmente como modelo mejor el de la codificación, aun así mantuvo su antigua opinión de que base de ella tenía que ser ese mismo derecho, constituido por reglas "cuya intrínseca justicia y sabiduría son indisputables"⁹⁴⁶, como escribió para el mensaje presidencial de 1836; el cual derecho estimaba manifestando en "leyes sabias"⁹⁴⁷. A consecuencia de ello, al momento de emprender la elaboración de su código no hizo otra cosa que aplicar estas ideas.

1. La fuente que predominó de un modo incontestable fue el código de las *Partidas*. Ello nada tiene de extraño. Pese a las críticas de que la antigua legislación castellana en general había sido objeto, principalmente debido a sus defectos externos, los juristas chilenos demostraron siempre una especial predilección por este célebre cuerpo legal, uno de los más insignes de la edad media, como lo califica el historiador del derecho italiano Francisco Calasso⁹⁴⁸. No fue que él hubiera escapado a la crítica y constituido un tema de excepción dentro de aquel vasto movimiento; pero los juristas supieron discernir convenientemente el derecho público y el privado que contenían las *Partidas*, y sin perjuicio de censurar la forma con que este último también venía presentado en el código, resultó usual que terminaran por reconocer su bondad sustancial. Antes hemos presentado un ejemplo proveniente del más acervo crítico de la antigua legislación durante la primera etapa: Juan Egaña⁹⁴⁹ y estudiamos ampliamente el plan fijador de Tocornal, que en síntesis consistía en reducir a otra forma las *Partidas*. Pero una actitud semejante se encuentra asimismo en Bello. Cuéntase que solía decir no existir mejor digestivo que las *Partidas*, a cuya lectura se entregaba no bien alzado de la mesa familiar⁹⁵⁰;

⁹⁴⁶ GUZMÁN, *Fuentes*, doc. N° 85

⁹⁴⁷ GUZMÁN, *Fuentes*, doc. N° 87

⁹⁴⁸ CALASSO, F., *Medioevo del diritto* (Milano 1954), p. 616.

⁹⁴⁹ *Supra* 3ª parte, tít. primero, cap. 1.

⁹⁵⁰ AMUNÁTEGUI, M.M., *Vida de Don Andrés Bello* (Santiago 1882), p. 25.

con ellas, por lo demás, se había familiarizado en Londres con ocasión de sus estudios lingüísticos y filológicos sobre la antigua épica castellana⁹⁵¹. En 1839, para explicar el alcance restringido que iba a tener la codificación en materia de innovaciones, afirmó, en consecuencia, que "nuestra legislación civil, sobre todo la de las Siete Partidas, encierra lo mejor de la jurisprudencia romana, cuyo permanente imperio sobre una tan ilustrada parte de Europa atestigua su excelencia"⁹⁵².

2. En menor volumen que las *Partidas*, pero en uno muy importante, contribuyó también a la codificación el derecho del *Corpus Iuris Civilis*⁹⁵³, en especial del *Digesto* seguido de las *Instituciones* de Justiniano; ínfimamente el *Código* y más aún, las *Novelas*. Tampoco eso debe extrañar. A través de este libro hemos tenido oportunidad de verificar varias veces la gran admiración profesada por Bello al derecho romano, que estudió profundamente, del cual redactó un manual para su enseñanza basado en los *Elementa* de Heineccio, que posteriormente intentó sustituir con otro restado inconcluso; que enseñó privadamente; y que durante toda su vida defendió contra ataques de variada proveniencia. Para él, el derecho romano constituía la base de todo derecho y el canon para juzgar a los demás; en el texto que acabamos de citar relativo a las *Partidas*, puede verificarse que su opinión favorable a ellas se basaba precisamente en el carácter romanístico de ese código. Por lo demás, como vimos, la influencia del derecho romano también quedó de manifiesto en el sistema fundamental del código civil, que fue el de las *Instituciones*.

3. Un último lugar en el uso del antiguo derecho lo ocuparon la *Novísima Recopilación de Leyes de España*, el *Fuero Real* y las *Leyes de Toro*, en ese mismo orden y en un volumen total y particular de cada uno de estos cuerpos, sensiblemente inferior al de los mencionados más arriba. En algún momento Bello cita reales cédulas pero nunca la *Recopilación de Leyes de Indias*, lo cual empero no significa que no la haya tenido presente, si bien en aspectos muy delimitados, debido al carácter eminentemente publicístico del contenido de dicho cuerpo. Bello quiso reestablecer el testamento ológrafo reconocido por el *Fuero Juzgo*, que invocó ex-

⁹⁵¹ PARDO, A., *Bello y las siete Partidas*, en *Bello y el derecho* (actas de congreso. Santiago, 1982), p. 531 ss.

⁹⁵² GUZMÁN, *Fuentes*, doc. N° 97. En el *Mensaje* del código se menciona varias veces a las *Partidas* como fuente.

⁹⁵³ Lit.: RAVEAU, R., *Las raíces románicas de nuestro Código Civil*, en *BSDP*. 15 (1946) 33-36, p. 374 ss.

presamente⁹⁵⁴; pero en definitiva no se atrevió a dar el paso. Fuera de este caso, ese código resultó escasamente citado, lo cual tampoco significa que no se lo hubiera tenido en consideración en otros. La reintroducción de la originalmente visigótica mejora en el *Proyecto Inédito* es prueba de ello.

II. En dos ocasiones Bello manifestó su parecer de que el derecho patrio contribuyese a proporcionar materia para la codificación; de un modo explícito lo hizo al presentar en *El Araucano* el prospecto de la *Colección de leyes patrias* de C. Valdés. De hecho, como ya hicimos notar, este deseo sólo podía verse cumplido en ínfima medida, dada la pobreza de ese derecho por lo que respecta al civil. Mas, en la medida posible, el derecho patrio no dejó de estar finalmente presente. Bello cita en algunas ocasiones leyes patrias; así en materia de asenso familiar para el matrimonio de los menores, invoca la ley patria de 9 de septiembre de 1820. Pero hay además otros casos y muy notables. Tal es el de la disciplina correspondiente a las hipotecas y privilegios acogida, si bien con reelaboraciones, en el *Proyecto Inédito* y finalmente en el código, que había establecido la ley patria de 25 de octubre de 1854, acerca de lo cual, por lo demás, se hizo expresa mención en el mensaje con que el presidente de la república propuso al congreso la sanción del código.

Pero, en todo caso, el derecho patrio contribuyó a la codificación en un sentido distinto al de haber servido de fuente al código a través del texto concreto de sus diversas leyes. El derecho patrio había ido introduciendo paulatinamente una serie de principios en el antiguo derecho, modificadores de su espíritu y de su dirección, que el nuevo código no pudo menos que recoger y en ocasiones llevar a su máxima expresión. Como ejemplos sobresalientes de esta influencia general del derecho patrio sobre el código podemos citar la igualación entre chilenos y extranjeros para el goce de los derechos civiles establecida por CCCh. art. 57, que había sido preparada por leyes patrias anteriores; y la ausencia de atención prestada al sexo y a la primogenitura en la sucesión intestada, prevista por CCCh. art. 982, lo cual constituía el modo de prescindir de los mayorazgos abolidos en 1852.

III. No careció de importancia el aporte de la antigua literatura jurídica del derecho castellano y del romano a la formación del nuevo código. Bello había apreciado el papel que ésta debía cumplir en tal sentido, en

⁹⁵⁴Nota e) al art. 44, tít. 3 del *Proyecto de 1841-1842* sobre sucesiones (en BELLO, A., *Ob. compl.*, Santiago 1887, t. 11, p. 38).

varias ocasiones. En 1839 comparaba a los autores españoles con los extranjeros y decía que aquellos nada tenían que envidiar "a los de otras naciones en la extensión y profundidad de conocimientos legales"⁹⁵⁵, aun cuando eran inferiores en otros aspectos. Pero más concretamente, en ese mismo año, recordando el auxilio que habían prestado los antiguos juristas franceses para la confección del código napoleónico, afirmaba que los trabajos "de Gómez, Acevedo, Matienzo, Covarrubias meditados atentamente y comparados entre sí, ministrartan igual auxilio para la confección del código civil chileno"⁹⁵⁶. En su momento veremos la importancia que daba Bello a las obras de los juristas para una de las operaciones codificadoras, como era la de decidir sus controversias.

Con tales antecedentes, pues, tampoco resulta raro que importante haya sido el volumen de doctrina proveniente de los antiguos juristas del derecho castellano y romano acogido en el código. Entre los más recurridos cuéntase a Gregorio López, como glosador de las *Partidas*, lo cual estaba en consonancia con el amplio espacio concedido a ese cuerpo legal en el nuevo código. Seguidamente daremos la lista de autores citados por Bello inscribiendo sus nombres por orden alfabético.

ACEVEDO, A., *Commentariorum iuris civilis in Hispaniae Regias Constitutiones* (1583-1598).

BAEZA, G., *De decima tutori hispanico jure praestanda* (1564).

CASTILLO, J., *Quotidianarum controversiarum juris* (1603-1667).

GÓMEZ, A., *Ad leges Tauri commentarius* (1552).

Id., *Variae resolutiones iuris civilis communis et regii libri tres* (1552).

GUTIÉRREZ, J., *Tractatus de tutelis et curis minorum* (1602).

GUTIÉRREZ, J., *De juramento confirmatorio* (1573).

HEVIA BOLAÑOS, J., *Curia filípica* (1603).

LÓPEZ, G., *Las Siete Partidas del Sabio Rey Alfonso et Nono nuevamente glosadas por...* (1555).

MATIENZO, J., *Commentaria in librum quintum Recollectionis Legum Hispaniae* (1580).

MOLINA, L., *De De iustitia et iure* (1593-1597).

MOLINA, L., *De hispanorum primogenitorum origine ac nature libri quattuor* (1573).

A los anteriores se agregan algunos juristas del siglo XIX, que son:

⁹⁵⁵BELLO, A., *Comercio de libros*, en *Ob. compl.* (Santiago 1893), t. 15, p. 330.

⁹⁵⁶GUZMÁN, *Fuentes*, doc. N° 97

ESCRICHE, J., *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense* (1831).

GOYANA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español* (1852).

LLAMAS, S., *Comentario crítico, jurídico literal a las ochenta y tres Leyes de Toro* (1827).

SALA, J., *Ilustración del derecho real de España* (1803).

TAPIA, E., *Febrero novísimo* (1828).

TAPIA, E., *Febrero novísimamente redactado* (1845).

IV. Para ilustrar cuanto hemos dicho hasta el momento, presentaremos algunos ejemplos del uso de las anteriores fuentes.

1. Partidas 3.18.120 y CCCh., art. 387:

El guardador que recibiese en guarda bienes de algún huérfano, e fiziesse fazer escritura pública de cuantos eran quando los recibió (la cual escritura es llamada inventario), si después, a la sazón que diesse la cuenta al huérfano de sus bienes, dixesse contra aquella carta queriendo probar que fueron allí escritas algunas cosas demás, que el non recibiera, e que consentiera el a sabiendas que las escribiesen y por fazer muestra que el huérfano era más rico, porque podiesse mejor casar, o por otra razón semejante; mandamos que tal contradizeamiento non sea cabido, nin vala, maguer quisiesse probar lo que dize. Ca non deve ome sospechar que él fiziesse escritura sobre sí, de cosas que non ouiesse recibido.

El tutor o curador que alegare haber puesto a sabiendas en el inventario cosas que no le fueron entregadas realmente, no será oído, aunque ofrezca probar que tuvo en ello algún fin provechoso al pupilo.

2. El *Corpus Iuris: Digesto* 39.6.37 pr. y CCCh., art. 1141 inc. 1:

Deberá recordarse como regla general que las donaciones a causa de muerte están equiparadas a los legados: todo lo que vale para el derecho de los legados debe observarse también en las donaciones por causa de muerte.

Las donaciones revocables a título singular son legados anticipados y se sujetan a las mismas reglas que los legados.

Bello, además, cita en el *Proyecto de 1853*, art. 1296 (equivalente al 1141 del código), Digesto 39.6.15.17; Instituciones 2.7.1. y Código 8.56.4.

3. El derecho patrio: ley de 8 de agosto de 1849, art. 5 y CCCh., arts. 612 y 613:

Los pescadores podrán usar libremente las riberas del mar que no estuvieren ocupadas; podrán asimismo servirse para los menesteres de su peculiar industria de los terrenos contiguos al mar, aunque sean de propiedad particular, con tal que no estén actualmente habilitados, cultivados o empleados en otro género de industria, y sin que puedan internarse más de veinte varas contadas de la más alta marea.

(612). Los pescadores podrán hacer de las playas del mar el uso necesario para la pesca, construyendo cabañas, sacando a tierra sus barcas y utensilios y el producto de la pesca, secando sus redes, etc.; guardándose empero de hacer uso alguno de los edificios o construcciones que allí hubiere, sin permiso de sus dueños, o de embarazar el uso legítimo de los demás pescadores.

(613). Podrán también para los expresados menesteres hacer uso de las tierras contiguas hasta la distancia de ocho metros de la playa; pero no tocarán a los edificios o construcciones que dentro de esa distancia hubiere, ni atravesarán las cercas, ni se introducirán en las arboledas, plantíos o siembras.

4. La doctrina: López, G., gl., *ván los caçadores y usen el contrario* ad Part. 3.28.21. y CCCh. 617. La mencionada ley 21 de las *Partidas* establecía que

si varios cazadores independientes entre sí persiguieren a un mismo animal, habiéndolo herido unos pero prendido los otros, el animal sería de estos últimos; lo mismo que si habiendo un cazador tendido trampas en que cayese un animal, otro lo cogiese de ahí, éste último sería su dueño. López, en las citadas glosas, notaba que varios autores y según costumbres de diversos lugares, la solución debía ser la contraria, esto es, que el animal herido por un cazador o caído en su trampa debía pertenecer a éste y no al que sin haberlo herido o sin haber tendido dichas trampas, sin embargo lo hubiese cogido. Bello escribió la siguiente nota al artículo 736 del *Proyecto de 1853*, correspondiente al artículo 617 del código: "*Corrigese la ley 21, tit. 28, p. 3 por razones que pueden verse en las glosas gregorianas 1, 2, 3...*". En consecuencia, el artículo fue redactado así: "*Se entiende que el cazador o pescador se apodera del animal bravo y lo hace suyo, desde el momento que lo ha herido gravemente, de manera que ya no le sea fácil escapar, y mientras persiste en perseguirlo; o desde el momento que el animal ha caído en sus trampas o redes, con tal que las haya armado o tendido en pareja donde le sea lícito cazar o pescar*".

5. Un estudio exhaustivo sobre las fuentes de cada uno de los artículos del código podrá ampliar nuestro conocimiento sobre la medida efectiva de la incidencia del derecho romano-castellano en aquél. Los existentes, relativos a instituciones como la sociedad conyugal⁹⁵⁷, la indelegabilidad del testamento⁹⁵⁸, la lesión enorme⁹⁵⁹, la mejora⁹⁶⁰, la hipoteca y la prelación de créditos⁹⁶¹, la compraventa⁹⁶², por mencionar los más recientes, se uniforman todos en concluir que ha sido aquel derecho el que mayor o exclusivamente ha influido las respectivas instituciones en cuanto tratadas en el código. Este tipo de estudios y cuanto antes hemos expresado aquí autorizan a mirar dicho cuerpo como una codificación del

⁹⁵⁷OLEA, V., *Evolución histórica y análisis crítico de la sociedad conyugal de bienes en el Código Civil chileno. Examen de las fuentes españolas y francesas del código civil chileno. La síntesis de Andrés Bello y otras legislaciones* (Santiago 1966); DOUGNAC, A., *El haber de la sociedad conyugal en la codificación civil chilena*, en Bello y el derecho (actas de congreso, Santiago, 1982), p. 625 ss.

⁹⁵⁸MERELLO, I., *Una hipótesis en torno a la aceptación del poder para testar en los proyectos de código civil chileno*, en REHJ. 2 (1977), p. 131 ss.

⁹⁵⁹MERELLO, I., *Antecedentes históricos sobre algunos aspectos del régimen de la lesión enorme en el proceso de formación del código civil chileno*, en REHJ. 4 (1979), p. 89 ss.

⁹⁶⁰SALINAS, C., *Notas sobre los orígenes de la cuarta de mejora en nuestra legislación civil*, en REHJ. 2 (1977), p. 143 ss.

⁹⁶¹BRAVO, B., *Las leyes de prelación de crédito, obra de Bello*, en Bello y Chile. Segundo Congreso del Bicentenario (Caracas 1981), t. 2, p. 263 ss.

⁹⁶²CATTAN, A., *La compraventa romana en el código civil chileno*, en Bello y el derecho (acta de congreso, Santiago, 1982), p. 613 ss.

derecho romano-castellano en su mayor parte, lo cual, por cierto, no excluyó la incidencia de fuentes no-nacionales, como veremos enseguida.

Con ello el código civil alineóse en el grupo que los comparatistas modernos denominan familia de códigos romanistas. Este romanismo del código quedó asegurado desde el primer momento; y más aún, puede decirse que él estuvo desde siempre destinado fatalmente a ser un cuerpo legal de ese carácter. Su principal fuente, las *Partidas*, eran ellas mismas un código de derecho romano común; romanistas eran los libros españoles de doctrina usados para su elaboración y, como veremos, romanistas también las fuentes extranjeras legales, como el código francés, o bien doctrinales, como Pothier, que contribuyeron a su formación; romanista había sido la educación recibida en la universidad por los jurisconsultos que intervinieron en la confección del código; y su autor profesó una admiración sin límites por el derecho romano, el cual, además, recurrió directamente y no sólo a través de las obras modernas que lo habían reelaborado. De ese modo el derecho romano apareció por todos los flancos y el resultado tuvo que ser un código total y absolutamente romanista, bien que a la influencia de ese derecho escapara la regulación del matrimonio, como tenía que ser, puesto que él quedó por entero entregado al derecho canónico, a través de las disposiciones remissivas a aquél y a la autoridad de la Iglesia Católica, que contenían los hoy derogados artículos 103 y 123.

SECCIÓN SEGUNDA

Las fuentes de los derechos extranjeros

Hacia 1834, según vimos en su momento, Bello llegó a concebir que la reforma de la legislación nacional debía fundarse en los ensayos eficazmente probados en las naciones cultas, a través de sus propias codificaciones y leyes, de donde podría extraerse elementos aplicables a Chile en atención a sus peculiaridades. Tales eran los "*resultados interesantes obtenidos por la larga experiencia y las luces de las naciones de Europa*" que en sus códigos civiles habían simplificado la legislación, corregido sus extravíos, héchola accesible al conocimiento de todos y adaptado a las necesidades de nuestra época; tales los "*materiales preciosos*" de que nada impedía aprovecharse⁹⁶³; tales las "*innovaciones accidentales, que modeladas sobre las que se han planteado con buen suceso en muchas partes de Europa, servirán para*

⁹⁶³GUZMÁN, Fuentes, doc. N° 66.

poner a nuestras leyes en armonía consigo mismo y con nuestra forma de gobierno"⁹⁶⁴. También en este caso Bello obró en consecuencia con su pensamiento y el código recibió una contribución nada desdeñable de la legislación extranjera y de su doctrina, sabiamente tendida y combinada con el derecho nacional que actuaba siempre en la base de la codificación. El resultado fue el indicado por Bello en el *Mensaje* del código: no se copió a la letra ningún código moderno, de los que sólo se hizo uso sin perder de vista las circunstancias peculiares del país.

I. Hacia la época en que Bello inició sus trabajos, el movimiento codificador había rendido variados frutos, de desigual calidad empero. A algunos de ellos aludía Bello en 1837 cuando, reconociendo lo difícil de la obra, hacía notar la presencia de "ricos materiales que pudieran ahorrarnos tiempo y trabajo"; estaban en efecto, a la mano, "el código civil francés y los códigos de la Luisiana tan justamente alabados" que eran "mineros de donde podemos sacar ricos y abundantes materiales"⁹⁶⁵. De los cuerpos disponibles hacia su época, sin embargo, el que presentábase a los ojos de todos como el modelo más acabado de código era el civil francés: "precioso código" lo denominó Bello en 1839⁹⁶⁶ y de hecho tuvo muy presente en su labor. Sin duda fue el cuerpo legal extranjero más influyente en el código chileno, aun cuando no siempre sus soluciones fueron adoptadas directamente de él sino de los comentarios que por entonces ya habían comenzado a surgir en Francia, especialmente del *Cours* de Delvincourt y del comentario de Rogron. No sucedió lo propio, según vimos, con su sistema, que Bello desechó, salvo por lo que respecta al libro IV sobre obligaciones y contratos, y a la inclusión de las donaciones en el libro relativo a herencias. También en el contenido de ese libro el código napoleónico tuvo una influencia importante junto a las de las *Partidas*, como lo dijo Bello expresamente en el *Mensaje*.

En este uso del código francés Bello no fue servil; ya antes hemos presentado un texto suyo⁹⁶⁷ en que exponía claramente la forma de utilización de ese código, que no podía consistir, desde luego, en una mera traducción, mas, tampoco en una simple readaptación literaria, sino en un libre uso del contenido de ese cuerpo con toda clase de adaptaciones al cuadro de instituciones y conceptos jurídicos del derecho nacional y todavía en el *Mensaje* del código volvió a reafirmar que en la confección de

⁹⁶⁴ GUZMÁN, *Fuentes*, doc. N° 85.

⁹⁶⁵ GUZMÁN, *Fuentes*, doc. N° 88.

⁹⁶⁶ GUZMÁN, *Fuentes*, doc. N° 97.

⁹⁶⁷ Vid. supra n. 774.

aquél no se había estado en "el caso de copiar a la letra ninguno de los códigos modernos" y que, aun habiendo sido menester servirse de ellos, no se había perdido de vista las circunstancias peculiares del país; sólo cuando estas no presentaron obstáculos reales entonces no se había trepidado en introducir innovaciones provechosas.

Ello valía, por lo demás, para todos los otros códigos de que Bello se sirvió o tuvo a la vista y daba todo su sentido al empleo de la voz "materiales" cada vez que hizo alusión al uso de la legislación extranjera como auxiliar para la formación del código chileno. De acuerdo con las citas de Bello, esos otros códigos utilizados fueron: el *Codex Maximilianeus Babaricus Civilis* (1756), el *Allgemeines Landrecht f. die preussischen Staaten* (1794), el *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* austríaco (1811), el *Codice per lo Regno delle Due Sicilie* (1819), el *Code civil* de la Luisiana (1825), el *Codice civile per gli stati di S.M. il re di Sardegna* (1837) y el código civil holandés (1838). Bello conoció también el código civil del Perú (1852), que alguna vez cita genéricamente y el proyecto de código civil español de Florencio García Goyena (1852) que, como se sabe, no llegó a convertirse en ley.

Aun cuando Bello seguramente pudo disponer del texto de varios de los antes mencionados cuerpos, encontró un cómodo instrumento para su consulta simultánea en la obra del francés A. Saint Joseph, que bajo el título de *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code Napoléon* había sido editado en París el año 1840; dicha obra, por lo demás, fue traducida al castellano por F. Verlangue y J. Muñiz como *Concordancia entre el código civil francés y los códigos civiles extranjeros* (Madrid 1843).

En ella, según lo indica su título, venían comparados el código francés y los códigos de las demás naciones, dispuestos en columnas verticales, la primera destinada a aquél en su orden original y las restantes a los demás, desmenuzados de su sistema original para concordar el articulado de cada uno con el del código francés, ya que la ordenación de materias de uno y otros no siempre coincidían. En todo caso, los más recurridos por Bello fueron los códigos austríaco y luisiano, lo mismo que el proyecto de García Goyena⁹⁶⁸; los demás fueron citados sólo esporádicamente.

II. En el uso de la literatura extranjera, en cambio, predominaron los autores franceses. En 1839 Bello había manifestado una opinión muy favorable a ellos, en un artículo sobre *Comercio de libros*⁹⁶⁹; ahí aplaudía el

⁹⁶⁸ LIRA, P., *García Goyena y el Código Civil chileno*, en *El código civil y su época* (Santiago 1956), p. 75 ss.

⁹⁶⁹ Vid. supra n. 995.

hecho de haber comenzado a circular en Chile las obras francesas más célebres de jurisprudencia y consideraba a dichos autores superiores a los españoles "en la filosofía, en el uso de una lógica severa, en la claridad analítica de las exposiciones y sobre todo en la amenidad y buen gusto", aun cuando los españoles nada tenían que envidiar a nadie en "extensión y profundidad de conocimientos legales"; por lo demás, recomendaba Bello el estudio de las obras francesas "porque a la conveniencia de encontrar desentruellados en ellos los principios mismos de la legislación española, se junta la de los buenos modelos que nos ofrecen de la perspicuidad elegante, de la vigorosa dialéctica, en la sobria y circumspecta interpretación y aplicación de las leyes, que tanto realzan el mérito de los escritos forenses".

En ese mismo año afirmaba, además, que "Las producciones de los jurisconsultos de la Francia, que han ilustrado con tanta filosofía su moderna legislación, en que se conserva no pequeña parte de los principios fundamentales de la nuestra"⁹⁷⁰ también proporcionarían un recurso apreciable para la confección del código civil chileno.

En la práctica estos autores redujéronse inicialmente a tres: R.J. Pothier, Delvincourt y J.H. Rogron. El segundo había publicado en 1829 un *Cours de code civil* en tres volúmenes en que explicaba muy someramente el código según el orden de su articulado, por regla general; pero esas explicaciones iban acompañadas de numerosas y voluminosas notas que las desarrollaban ampliamente. En muchos casos Bello se limitó a transcribir literalmente las explicaciones de Delvincourt prefiriéndolas al texto mismo del código de Napoleón⁹⁷¹.

J.A. Rogron editó en 1836 una obra titulada *Les Codes français expliqués*, que constituía una suerte de glosa a dichos códigos; Bello usó este libro para adaptar y mejorar las disposiciones del código de 1804 que tomaba para el suyo. Pero fue sin duda Pothier el autor francés que más aportó a los trabajos codificadores; de él Bello citó casi todos sus trabajos civilísticos y aun sus *Pandectae in novum ordinem digestae*; la influencia de este jurista, en todo caso, es muy notable en materia de obligaciones y contratos y en materia de posesión.

Con posterioridad a 1852, según Amunátegui⁹⁷², Bello tuvo acceso a los libros de Troplong, Duvergier, Toullier, Delangle y Durantoni; en efecto, así se observa en las notas de Bello que Amunátegui adosó a su edición del *Proyecto Inédito*, en que se cita a algunos de aquellos.

⁹⁷⁰ GUZMÁN, Fuentes, doc. N° 97.

⁹⁷¹ Ejemplos: en GUZMÁN VI.

⁹⁷² AMUNÁTEGUI, M.L., *Introducción a Ob. compl.* (Santiago 1890), t. 13, p. xli.

Fuera de los autores mencionados, en el *Proyecto de 1853*, para temas muy puntuales y escasamente, se recurre a otros como al *Repertoire universel et raisonné de jurisprudence* (1777-1784) de Merlin o a Favard de l'Anglade; en una que otra ocasión se cita ahí a Portalis, Vincent y Maleville.

Entre los autores extranjeros no franceses, aparte el caso de Vinnius, al cual Bello citó un par de veces, debe mencionarse en primer lugar a F. Savigny y la traducción francesa de Guenoux de su *System des heutigen römischen Rech* como *Traité de droit romain*, que tuvo mucha importancia en materia de personas jurídicas⁹⁷³ y de normas sobre el tiempo en las relaciones de derecho, como asimismo en los cambios de concepción de Bello en torno a la parte general relativa a los negocios jurídicos⁹⁷⁴. Apenas hay que recordar los *Reports* de Cranch y Dodson como los *Commentaries* de Kent, que Bello citó en alguna ocasión.

III. Ilustremos el uso del derecho extranjero en el código a través de algunos ejemplos.

1. *Code civil* art. 1278 y CCCh., art. 1642:

Les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance ne passent point à celle qui lui est substituée, à moins que le créancier ne les ait expressément réservés.

Aunque la novación se opere sin la substitución de un nuevo deudor, las prendas e hipotecas de la obligación primitiva no pasan a la obligación posterior, a menos que el acreedor y el deudor convengan expresamente en la reserva. Pero la reserva de las prendas e hipotecas de la obligación primitiva no vale, cuando las cosas empeñadas o hipotecadas pertenecen a terceros, que no acceden expresamente a la segunda obligación. Tampoco vale la reserva en lo que la segunda obligación tenga de

⁹⁷³ LIRA, P., *Los antecedentes históricos del título xxxiii del libro 1 del código Civil*, en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales* 41 (1944) 1-2, p. 23 ss.; HANISCH, Hugo, *La influencia de Savigny de Bello en materia de personas jurídicas*, en *REHJ.* 5 (1980), p. 167 ss.

⁹⁷⁴ GUZMÁN II. Cfr. SCHIPANI, S., *Del derecho romano a las codificaciones Latinoamericanas: la obra de Andrés Bello. Pluralidad de fuentes del tít. 1 del lib. iv del código civil de Chile y de sus proyectos*, en *REHJ.* 6 (1981), p. 165 ss.

más que la primera. Si por ejemplo, la primera deuda no producía intereses, y la segunda los produciera, la hipoteca de la primera no se extenderá a los intereses.

Se observará que el art. 1642 desarrolla la materia regulada en el art. 1278 y la perfecciona. La cláusula "aunque la novación se opere sin la substitución de un nuevo deudor" fue agregada porque el art. 1643 CCCh., siguiendo por lo demás el art. 1279 CCFr., comienza diciendo "Si la novación se opera por la substitución de un nuevo deudor"; de ese modo se dejaba en claro el ámbito de aplicación de cada artículo. En seguida, el artículo del código chileno exige que la reserva se convenga entre el acreedor y el deudor, mientras que el del francés se contenta con una reserva unilateral del acreedor; lo cual evidentemente es un error. El inciso tercero del art. 1642 CCCh., está basado en una observación de Delvincourt, pero con modificaciones. Este autor⁹⁷⁵, en efecto, hacía ver que si la segunda obligación contenía algo de más que la primera, la antigua hipoteca no cubría el excedente sino a contar del día de la nueva inscripción de la hipoteca reservada; el código chileno recogió el problema, pero le dio una solución opuesta a la del Delvincourt, quien, en definitiva, aceptaba con la limitación indicada, que la nueva hipoteca cubriera el excedente; dicho código en cambio, declaró no valer la reserva. El ejemplo que presenta el inciso tercero proviene de Delvincourt. Finalmente, el inciso segundo contiene una regla original del código chileno, basada en los principios generales.

2. La doctrina: Pothier, R.J., *Traité des obligations*, párr. 271 y CCCh., art. 1515:

Observez que le choix que fait le créancier de l'un des débiteurs contre le quel il exerce ses poursuites, ne libère pas les autres, tant qu'il n'est pas payé; il peut laisser ses poursuites contre celui qu'il a poursuivi le premier et agir contre les autres; ou, s'il veut, les

La demanda intentada por el acreedor contra alguno de los deudores solidarios, no extingue la obligación solidaria de ninguno de ellos, sino en la parte en que hubiere sido satisfecha por el demandado.

⁹⁷⁵ DELVINCOURT, *Cours de code civil* (Paris 1834), t. 2, p. 173 ss.

poursuivres tous en meme temps.

L.28 Cod. de Fidej.

La dependencia fue señalada por el propio Bello en nota al art. 1692 del *Proyecto de 1853*, que corresponde al 1515 del código. Se observará que dicha dependencia es total, pero sólo en el contenido, pues la redacción resulta absolutamente original. Por lo demás, cuanto dice Pothier fundábase en *Código de Justiniano* 8.40.28, que recoge una constitución de ese emperador, en que se contiene el principio expuesto por el jurista francés, quien cita dicho texto al final del párrafo 271 (L.28 Cod. de Fidej.).

CAPITULO III

LOS MODOS DE INFLUENCIAS POR PARTE DE LAS FUENTES DEL «CÓDIGO CIVIL»

En este capítulo intentaremos ilustrar a través de ejemplos concretos, la manera en que cada grupo de fuentes del código civil ha influido en él. No es posible otra vía, pues, para emitir un juicio definitivo, fuera necesario emprender un examen pormenorizado de cada una de las disposiciones del código y de sus proyectos, destinado a verificar en cada caso el modo de tal influencia, que obviamente no podemos ejecutar aquí. La vía queda, en consecuencia, abierta a estudios futuros en que se aplique la metodología diseñada en el capítulo I de este título.

I. Influencia positiva y negativa del derecho nacional y de los derechos extranjeros.

1. Por cuanto respecta a ejemplos de influencia positiva tanto del derecho nacional cuanto de los extranjeros, no merece la pena repetir ejemplos, que los dan aquellos casos presentados en el capítulo II del título segundo de esta parte, a los cuales nos remitimos; ahí se verá en efecto, varias normas del código basadas positivamente en aquellos derechos.

2. Pero sí se torna necesario ofrecer ejemplos de influencias negativas por parte de esos mismos dos grupos de derecho.

a) Un típico caso de influencia negativa del derecho nacional en el código viene dado por CCCh., art. 1004, que dispone: "La facultad de testar es indelegable". Esta norma encuentra su explicación en que el antiguo derecho contemplaba la posibilidad de delegar en otra persona la facción

lo demás. La segunda es, cuando el deudor principal es obligado a dar alguna cosa en lugar cierto; e aquel que le fia, entra fiador, por dar aquella cosa en otro lugar mas grave. Ca estonce tal fiadura non vale. La tercera es, quando el que deuía la cosa, era obligado a darla a tiempo cierto; e el que entra fiador por el, se obliga a darla a mas breue tiempo. E esto sería, como si la ouiesse a dar a dos años, e el entrasse fiador, por darla a un año: e atal fiadura como esta, dezimos otrozi, que non deue valer. La quarta es, si el deudor principal era obligado a dar la cosa so alguna condición; e el que entra fiador por el, se obliga a dar aquella cosa puramente sin condicion ninguna. Ca tal fiadura como esta non valdría, porque se obliga en mas el fiador que el deudor principal.

Lo que la ley 7 expresaba razonadamente y a través de ejemplos, el art. 2344 lo expresa con la simple frase "no sólo con respecto a la cuantía, sino al tiempo, al lugar, o a la condición".

TITULO CUARTO EL ESPIRITU GENERAL DEL «CODIGO CIVIL»

El código no fue sólo un producto técnico, como obra legislativa destinada a señalar dirección y sentido a las actuaciones humanas, también un modelo absorbente de ideas sobre organización social. Igualmente en ésto vinculóse él con el moderno movimiento codificador, que aspiraba no sólo a la reformulación técnica de la legislación y el derecho, sino además a su reforma de fondo, mediante la inserción de ciertas ideas en la legislación

que nuevamente se formara¹⁰¹⁶. La mayor parte de cuanto puede decirse a este propósito lo resumiremos en esta fórmula: el código fundose en el modelo de una sociedad de hombres más libres e iguales en el orden civil, sometidos, sin embargo, a la ley.

I. *Libertad.* La idea de libertad en el orden civil tradújose principalmente en la acogida del concepto moderno de propiedad, que arrancó sus fundamentos de la especulación teológico-jurídica de Occam, recibida por la escuela del yusnaturalismo racionalista y expresada legislativamente a través del artículo 544 del código civil francés¹⁰¹⁷. De acuerdo con ella, la propiedad es el derecho subjetivo de usar, gozar y disponer arbitrariamente de la cosa sobre que recae. Tal concepto quedó plasmado en el art. 582 del código chileno. El exigió la eliminación de todas las trabas con que el antiguo derecho condicionaba la libertad del dominio: los mayorazgos, abolidos para el futuro por el art. 982, y los fideicomisos y usufructos sucesivos prohibidos por los artículos 745 y 769 respectivamente. El código, por otro lado, estableció en su artículo 1317 el derecho de todo comunero a pedir siempre la partición, salvo el caso de mediar un pacto de indivisión, que nunca podía durar más de cinco años y no consagró la cláusula de inenajenabilidad como categoría general, sino sólo para casos específicos. En su texto, además, omitió establecer limitaciones al dominio que no fueran las clásicas del fideicomiso, el usufructo y las servidumbres, pero consagró diversas medidas contra los llamados bienes de "manos muertas" en los ahora derogados artículos 556 y 557.

En varias ocasiones Bello explicó el principio inspirador de todas estas medidas, que no era otro que el de la libertad de circulación de los bienes, impediente de su acumulación en pocas manos y promotor del progreso económico de la sociedad. A ello refirióse en el *Mensaje* del código¹⁰¹⁸ y en

¹⁰¹⁶Lit.: LIRA, P., *La influencia de Bello y de su clacismo en el Código Civil*, ahora, en *Temas universitarios* (Santiago 1945), p. 97 ss. = EL MISMO, *Introducción a BELLO, A., Obras completas*, t. 12: *Código Civil* (Caracas 1945), vol. 1, p. XIII ss. = *El Código Civil chileno y su época* (Santiago 1956), p. 7 ss.; EL MISMO, *Bello y el Código Civil*, en *Estudios sobre la vida y obra de Andrés Bello* (Santiago 1973), p. 99 ss.

¹⁰¹⁷VILLEY, M., *La génesis del derecho subjetivo en Guillermo de Occam*, en *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo* (Valparaíso 1976), p. 151 ss.; GROSSI, P., *Usus facti. La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno I* (1972), p. 287, ss.; ARNAUD, A.J., *Les origines doctrinales du code civil français* (Paris 1969), p. 179 ss.

¹⁰¹⁸GUZMÁN, *Fuentes*, doc. N° 250.

notas a más de algún artículo de los proyectos de 1841-1842¹⁰¹⁹ y de 1853¹⁰²⁰.

La idea de libertad tradújose asimismo en la acogida que dio el código al principio de la libertad de contratación y a la autonomía de la voluntad de las partes, consagrados en el artículo 1545, que ordenó considerar al contrato como ley para las partes y no invalidarlo sino por consentimiento mutuo o causa legal. El código no estableció expresamente la categoría de los contratos innominados o creados por las partes mismas; pero el título 2 del libro IV, al disponer una disciplina de carácter general sobre los requisitos de los actos y declaraciones de voluntad, implícitamente reconoció la plena validez de todo acuerdo que cumpliera con tales requisitos, no obstante la ausencia de regulación típica en el código.

Bello hubiera querido consagrar el principio de la libertad civil también en materia de sucesión testamentaria, aboliendo las legítimas, y así lo dejó dicho en notas a los proyectos de 1841-1842 y de 1853¹⁰²¹. Mas, no se atrevió a dar el paso. Inicialmente limitóse a disponer que de la herencia se destinare una mitad a las legítimas, quedando el resto a la libre disposición del testador; ello implicaba la abrogación de las mejoras. Pero la comisión revisora del *Proyecto de 1853* volvió al derecho tradicional y reintrodujo estas últimas, de modo que en ciertos casos la cuota de libre disposición quedó reducida a un cuarto y únicamente en el de no existir mejoreros estendióse a la mitad; sólo faltando los legitimarios podría el testador disponer del todo.

Así, pues, en el orden de la propiedad y de la contratación, el código dio amplia acogida al principio de la libertad, que permaneció restringida en el orden de la sucesión testamentaria. En general, sin embargo, en todo esto el código limitóse a seguir los rumbos que había señalado el derecho patrio anterior a él, y a consumarlos. Desde un punto de vista legislativo las consecuencias de haber insertado este principio en la legislación constituían diferencias respecto de la legislación tradicional previamente vigente; pero está por estudiarse si en la realidad del funcionamiento del antiguo derecho en Chile era tanta como suele decirse la ausencia de libertad civil.

II. *Igualdad*. La idea de igualdad, esto es, de que la ley sólo reconoce a un sujeto de derecho, la persona humana, sin distinguir nada entre ellas para producir sus efectos en las distintas situaciones que prevé, quedó en el

¹⁰¹⁹ Por ejemplo, en la nota c) al art. 30 del tít. VII.

¹⁰²⁰ Por ejemplo, en la nota al art. 917.

¹⁰²¹ *Proyecto de 1841-1842*, nota d) al art. 5, tít. VIII; *Proyecto de 1853*, nota al art. 1343 N° 4.

código consagrada a través de su artículo 55: "*Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición*", y refrendada para el caso particular del vínculo de nacionalidad, en su artículo 57 al disponerse ahí que "*La ley no reconoce diferencia entre el chileno y el extranjero en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regla este código*"; lo mismo que en el artículo 982: "*En la sucesión intestada no se atiende al sexo ni a la primogenitura*", para el caso de la herencia de ese tipo; y en el artículo 1446: "*Toda persona es legalmente capaz*", para el caso del derecho de contratar, sin perjuicio de las incapacidades que constituyeron la excepción, basadas en circunstancias objetivas y naturales. De este modo, pues, para el código toda persona por el hecho de serlo, es decir, por el hecho de ser hombre o mujer, sin ulteriores distinciones y en igualdad de condiciones con los demás, podía ejercer los derechos civiles reglados en él. Con ello consumábase la abolición de todas las diferencias reconocidas por el antiguo derecho en razón de varios factores.

III. *Legalidad*. Ya antes hemos visto cómo la segunda ley sobre fundamentación de sentencias no implicó ningún cambio en el cuadro plural de fuentes del derecho nacional respecto del derecho anterior. El cuadro diseñado por el código, en cambio, implicó ciertamente una total mudanza. El código destinó el párrafo 1 de su *Título preliminar* a la descripción de las fuentes y de su valor. Significativamente ese párrafo lleva como rúbrica: *De la ley*, aun cuando no sólo de la ley se trata ahí; pero dicha rúbrica se explica porque el código estableció a la ley como fuente virtualmente única de derecho. Su artículo 1 la definió, y al decir que la ley "*manda, prohíbe o permite*" antes de explicar que la costumbre y las sentencias judiciales tienen un valor restringidísimo, estaba diciendo que la regla general en materia de mandatos, prohibiciones y permisiones es que ellas provengan de la ley.

El artículo 2 dispuso que la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remitiera a ella. No era tal la disciplina de la costumbre en el *Proyecto de 1853*, que en sus artículos 2 y 3 le daba amplia acogida, y en su artículo 52 reconocía incluso la costumbre contra ley. El nuevo artículo fue propuesto en el seno de la comisión revisora por el mismo Bello, a imitación del código austríaco¹⁰²², y de ese modo esta fuente quedó limitada a serlo sólo en cuanto una ley expresamente le abriera el paso. El inciso 2 del artículo 3, finalmente, restringió el valor de las sentencias judiciales a las causas en que actualmente se pronuncian, con lo cual quedó eliminada la posibilidad de invocar a la jurisprudencia

¹⁰²² GUZMÁN, *Fuentes*, doc. N° 221, N° 2.

judicial como fuente; ello fue corroborado por lo dispuesto en el inciso 1 del mismo artículo, que reservó la interpretación general, esto es, válida para todos los casos similares, a sólo el legislador. El código guardó silencio en torno a la doctrina, que en consecuencia perdió todo el valor que tenía en el antiguo derecho; y un artículo 4 del *Proyecto de 1853*, que en defecto de ley o costumbre mandaba juzgar según la analogía y en caso de no poder aplicarse ésta, según los principios generales del derecho y de la equidad natural, fue eliminado por la comisión revisora de dicho proyecto, bien que sólo basada en que una disposición así era más propia del código de enjuiciamiento¹⁰²³.

Las reglas sobre interpretación de la ley también implicaron una mudanza de las antiguas doctrinas. Estas, en el conflicto entre los *verba legis* y la *ratio legis* daban preeminencia a la última¹⁰²⁴; pero el artículo 19 del inciso 1 del código invirtió el orden de preferencia, al establecer que un sentido claramente expresado a través de la letra legal debía atenderse sin recurso alguno a la razón legal, que ahí se denominó "espíritu". Sólo en el caso de palabras oscuras autorizó el inciso 2 de aquel artículo hacer uso de la *ratio legis* ("intención o espíritu"), pero únicamente si ella podía encontrarse manifestada en la ley misma (p. ej., en los preámbulos) o en la historia fidedigna de su establecimiento (p. ej., en las actas de su discusión parlamentaria), con lo cual se dio entrada al criterio de la *ratio legis scripta* de los glosadores¹⁰²⁵. De paso sea dicho que lo expresado por el artículo 19 inciso 2 nada tiene que ver, como suele creerse, con el elemento histórico de interpretación expuesto por Savigny. El mencionado artículo, lo mismo que el 20, el cual ordena tomar las palabras de la ley en su sentido natural y obvio, salvo que el legislador las haya definido, y el 23, que dispone no tomar en consideración lo favorable u odioso de una disposición para ampliar o restringir su sentido, y determinar la extensión que deba darse a una norma por su genuino sentido, fueron disposiciones tendientes a suprimir la actividad interpretadora de los juristas en apoyo de su eliminación como fuente de derecho que a través de su silencio les fulminó el código. El recurso a la *ratio legis*, la definición del sentido de una palabra y la ampliación y la restricción, en efecto, eran instrumentos típicos de la tradicional ciencia del derecho de juristas. Sólo en último término, para el caso de imposibilidad de aplicar las reglas de interpreta-

¹⁰²³ GUZMÁN, Fuentes, doc. N° 221, N° 4.

¹⁰²⁴ PIANO-MORTARI, V., *El problema dell'interpretatio iuris nei commentatori*, ahora en *Dogmatica e interpretazione. I giuristi medievali* (Napoli 1976), p. 155 ss. con lit.

¹⁰²⁵ Sobre esto: GUZMÁN, A., *Ratio scripta* (Frankfurt am Main 1981), p. 20 ss.

ción de los artículos 19 a 23, el artículo 24 abrióse un tanto en sus criterios legalistas, pues en tal caso permitió un recurso al espíritu general de la legislación y a la equidad natural. Es posible que el primer concepto lo haya tomado Bello de la segunda ley sobre fundamentación de sentencias de que hemos tratado en el tít. 2 de la segunda parte. Su significado era el de "razones generales de todo el articulado de un cuerpo legal", en oposición a "razón particular de un artículo concreto" de dicho cuerpo. De esta última el código ya había tratado en el artículo 19, como vimos. La expresión "equidad natural" la tomó Bello de Delvincourt, en quien significaba "*Corpus Iuris Civilis*", de acuerdo con la tradicional tesis que identificaba al derecho de aquel cuerpo con la equidad misma¹⁰²⁶.

De este modo, pues, el código eliminó absolutamente del cuadro de fuentes a la jurisprudencia judicial y doctrinal y a la costumbre contra y fuera de la ley, manteniendo dentro de él a la costumbre según la ley y es de hacer notar que en el código son muy pocos los casos de remisión a la costumbre y de muy poca importancia. La ley, en cambio, no sólo fue mantenida sino que, resultó ensanchada en su importancia y valor, en virtud de la depresión sufrida por las demás fuentes.

Las disposiciones de los párrafos 1 y 4 del *Tít. preliminar*, sobre la ley y su interpretación respectivamente, son de aplicación general, esto es, rigen a cualquier ley presente o futura; pero históricamente estaban llamadas a aplicarse en primer lugar respecto del código mismo, y es claro que al colocar Bello dichas disposiciones pensaba especialmente en aquél. El código civil iba a ser una ley, y en consecuencia a partir del día de su entrada en vigencia, debían quedar canceladas como fuentes de derecho civil la jurisprudencia de los tribunales y de los autores y toda costumbre que no fuera según la ley; en otras palabras, única fuente de aquel derecho iba a ser la ley denominada "código civil". Sólo teniendo presente la riqueza del antiguo derecho, que hemos intentado exponer en la primera parte de este libro, podrá captarse la profundidad y envergadura de la mudanza que aquello entrañó. De ese modo también en Chile finalmente hubo de instaurarse el positivismo legalista¹⁰²⁷.

¹⁰²⁶ GUZMÁN, A., *El significado histórico de las expresiones 'equidad natural' y 'principio de equidad' en el derecho chileno*, en prensa en *Revista de Ciencias Sociales* 18-19 (1981), p. 111 ss.

¹⁰²⁷ Vid. FIGUEROA, M.A., *La codificación civil chilena y la estructuración de un sistema jurídico legalista*, en *Bello y el derecho* (actas de congreso, Santiago, 1982), p. 377 ss.