

LA CODIFICACION CIVIL CHILENA Y LA ESTRUCTURACION DE UN SISTEMA JURIDICO LEGALISTA

María Angélica Figueroa Quinteros

Universidad de Chile

I. INTRODUCCION Y PRESUPUESTOS CONCEPTUALES

Con la dictación del Código Civil el año 1855, se introduce en Chile un cambio fundamental respecto del ordenamiento jurídico vigente en ese momento. Como sabemos, el Código en sus artículos 2° y 3° prácticamente negó valor a la costumbre y a la jurisprudencia como formas de creación del Derecho. El artículo 5° de este mismo cuerpo legal, reforzando la importancia de la ley dirá que en los casos de vacíos legales o de problemas de interpretación o de aplicación de las leyes, es deber de los tribunales superiores dar cuenta de ellos al Ejecutivo en tanto que, a través de los artículos 19 a 24, se introduce un sistema reglado para la interpretación de la ley.

Estas normas del título preliminar son, a la fecha de su promulgación, de capital importancia en la estructuración del ordenamiento jurídico chileno, pero adquirirán una importancia todavía mayor cuando dictados los códigos restantes, sus normas asuman el carácter de ley común o supletoria de las leyes especiales, e incluso por las deficiencias contenidas en su texto, juegue un papel complementario respecto de conceptos constitucionales.

Las normas legales que dentro de un ordenamiento jurídico concreto determinan el valor correlativo de las fuentes del Derecho —ley, costumbre, jurisprudencia judicial o doctrinal— establecen las reglas básicas de funcionamiento de todo el ordenamiento jurídico, incluidas las atribuciones que dentro de dicho ordenamiento caben al juez y en último término fijan el concepto mismo de derecho válido dentro del sistema. Si, como es el caso de las disposiciones del título preliminar del Código Civil chileno, las normas sobre fuentes del Derecho otorgan una abierta primacía a la ley, es necesario precisar, dentro del contexto de las leyes procesales y orgánicas de tribunales, el exacto ámbito de su aplicación para entender en qué grado nos encontramos frente a un ordenamiento más o menos legalista.

Fijada la importancia de la dictación del Código Civil en relación al problema de la formulación legalista del Derecho, revisemos la realidad jurídica modificada a partir de 1857. Hasta esa fecha los jueces tenían facultad para dictar sus sentencias fundamentándolas

no solamente en la ley, sino también en la costumbre y en la jurisprudencia de los tribunales superiores. Más aún a falta de ley o de costumbre con fuerza de ley, les estaba permitido fundamentar sus sentencias en principios generales de Derecho o de equidad natural. Esta jurisprudencia creativa de Derecho había producido durante el transcurso de los tres siglos de la dominación española y en la primera mitad del siglo XIX, profundas transformaciones en las leyes castellanas vigentes en América y en Chile, especialmente en lo referente a la ley penal.

Preciso es recordar que la independencia política de Chile no produjo efectos de gran trascendencia sobre el ordenamiento jurídico indiano que regía hasta entonces en la Gobernación chilena. Las transformaciones de las normas jurídicas, a partir de 1818 se refirieron, fundamentalmente, al campo del Derecho político, manteniéndose en materia civil, comercial, penal y procesal, las normas indianas, hasta la fecha de promulgación de los respectivos Códigos. Las modificaciones anteriores a ellos son muy parciales y predomina el cambio de tipo formal.

Aunque sea en forma breve, se hace necesario reseñar ciertas características del Derecho Indiano que se mantuvo vigente hasta la codificación a fin de entender las transformaciones operadas en él.

El Derecho Indiano, esto es, la normativa específicamente formulada para regir en América, reguló de preferencia la organización del Estado y de la administración en Indias, la situación de los indígenas y ciertas instituciones muy específicas como son las encomiendas, las mercedes de tierra entre otras, de manera que se pueden calificar sus disposiciones, en su amplia mayoría como pertenecientes al Derecho público. Por esta razón el Derecho Indiano se suplió en todos sus vacíos, que eran muchos y fundamentales, por el Derecho castellano. Es así, que textos legales castellanos como las Siete Partidas, la Nueva Recopilación de Leyes de Castilla de 1567, las Ordenanzas de Ejército o las Ordenanzas de Bilbao, tuvieron amplia aplicación en América.

Pero la corona castellana no se limitó a trasladar a América únicamente las normas legales vigentes en la península, también lo hizo con la propia concepción del Derecho que le servía de articulación. Este hecho que se demuestra en la evolución histórica de numerosas instituciones en el Nuevo Mundo, queda especialmente de manifiesto en el desarrollo que tuvo en América el recurso de suplicación de la ley injusta, basado en presupuestos doctrinarios de capital importancia para la comprensión de todo el ordenamiento jurídico¹.

Como sabemos, el Derecho castellano concebía la ley positiva junto a las otras fuentes del Derecho, como un intento de aproximación a la equidad del Derecho natural. El ordenamiento jurídico admittía la posibilidad de que la ley, formalmente perfecta, careciera de los requisitos intrínsecos necesarios para producir la solución equitativa frente a los casos concretos que estaba llamada a resolver. Esto es, presuñía que la ley podía ser injusta.

Como consecuencia, el ordenamiento jurídico no perseguía, como objetivo fundamental, la aplicación estricta de la ley, ni siquiera de las normas de derecho positivo en general, pretendía sí la materialización de una solución equitativa de manera casuística, frente a cada situación real.

La ley, que para ser justa debía contar con requisitos como los de ser clara, posible, apropiada al lugar, al tiempo y a las circunstancias, entre otros que le señalan textos como las Partidas, si ha de cumplir esas condiciones, debe ser readecuada para producir efectivamente sus fines.

Ese papel es el que corresponde, dentro del Derecho Indiano, suplido por el castellano, a quien administra justicia. El arbitrio del juez, regulado por la ley, controlado a través de un sistema de probidad administrativa, de recursos procesales, de implicancias y recusaciones minuciosamente reglamentadas, lo constituye, incluso, en responsable por el daño causado por sus sentencias, en el empeño de impedir que el arbitrio se convierta en arbitrariedad.

Agreguemos a esta breve descripción del sistema indiano, que este arbitrio judicial, como se comprueba en cada nueva investigación sobre jurisprudencia, se ejerció de manera amplia y produjo modificaciones respecto de las leyes aplicables. Por último es necesario recordar que las sentencias no requerían constancia de citas legales.

Las disposiciones contenidas en el título preliminar del Código Civil, referentes al valor de las fuentes del Derecho, inician el año 1857 la transformación del sistema indiano que acabamos de describir hacia una concepción del Derecho en la cual se tiende a la paulatina identificación de la noción de Derecho con la de ley, eliminando el reconocimiento de la capacidad de la costumbre y de la jurisprudencia como formas de manifestación del Derecho.

Leyes procesales dictadas con anterioridad a la promulgación del Código Civil, esto es, a partir de 1837, habían establecido la obligatoriedad de la fundamentación expresa de las sentencias y progresivamente habían ido reforzando el predominio de la ley sobre las otras fuentes del Derecho al mismo tiempo que estrechaban el vínculo entre el juez y la ley. Estas modificaciones, junto a las implantadas por el Código Civil, manifiestan la progresiva transformación del ordenamiento objetivo del Derecho Indiano hacia una concepción subyectiva del Derecho producido de la influencia de las doctrinas insuccionistas.

El idario político del insuccionismo se había expresado en Chile a partir de 1811 en la formulación de textos constitucionales, pero

1 V. García Gallo, A. *La ley como fuente del Derecho Indiano en el siglo XVI*. Estudios de Historia del Derecho Indiano, Madrid, 1972, pp. 169-285; Figueroa, M. Angélica: *Notas sobre el origen de las garantías a los derechos humanos en la legislación hispano chilena*, Santiago, 1967, Revista de Historia de las Instituciones Políticas y Sociales de Chile, Nº 2.

el movimiento codificador vinculado a la escuela racionalista del Derecho recién tendrá su primera expresión acabada en nuestro país sólo al iniciarse la segunda mitad del siglo XIX, precisamente con la dictación del Código Civil.

Para esta fecha las doctrinas instruccionistas habían recorrido en Europa un largo camino durante los siglos XVII y XVIII. En el transcurso de él habían pasado desde una primera etapa, lenta y trabajosa, en la que se formuló una nueva concepción del Derecho, vinculada a los métodos y principios de la filosofía racionalista, en que la tarea fundamental estuvo constituida por la elaboración de principios filosófico-jurídicos que pretendieron romper con los fundamentos mismos del Derecho medieval y en la cual un acervo crítico mismo sometió a revisión las más importantes instituciones jurídicas, a una segunda fase en la que predominó el trabajo de traducir los principios filosófico-jurídicos y sus derivados lógicos, ya elaborados en fórmulas técnicas, las que se acunaron en normas jurídicas tipo. Estas, de acuerdo a los postulados instruccionistas, por ser manifestaciones del deber ser racional, tenían capacidad para regir en cualquier lugar, podían ser trasladadas de una parte a otra, siempre que integraran el sistema en concordancia con sus supuestos básicos.

Entre estos principios traducidos en normas tipos, el instruccionismo había establecido la exclusión de la costumbre y de la jurisprudencia como fuentes del Derecho en favor de la primacía de la ley. La racionalidad, presunta en la elaboración de la ley, la presentaba como más confiable frente al subjetivismo imputado a la actividad jurisprudencial y más aún frente al proceso popular e inconsciente de la formación de la costumbre. La necesidad de vincular al juez a la aplicación de la ley se manifestaba en la imposición de fundar expresamente en ellas sus sentencias y en obligarlo a aplicar la ley en su sentido estricto mediante la regulación precisa de su interpretación. Estos principios buscaban a través de la generalidad y objetiva igualdad en la aplicación de la ley, constituir la seguridad jurídica, en la medida en que ésta consistiría en que cada acto individual se viera afectado únicamente por los efectos preestablecidos en las normas legales. Para los instruccionistas no se plantea el problema de la equidad de manera casuística en la medida en que se supone que la ley la contiene de manera eficiente para la solución de los casos concretos.

Este es el tema que de manera parcial es objeto de esta ponencia. Determinar el proceso de integración de estos principios legalistas dentro de la codificación chilena producida en el siglo XIX. De manera parcial por cuanto las conclusiones que aquí presento son parte de una investigación más amplia que no se encuentra restringida únicamente a la codificación civil y que tiene como fuente primordial el conocimiento del derecho jurisprudencial precodificado. El tema de la ponencia abarca aspectos de la formulación del marco teórico de la investigación a través de la proposición de ciertos presupuestos con-

ceptuales aplicables al estudio de la codificación chilena. Ellos se refieren al concepto mismo de codificación y a la noción de legalismo unida a la de sistema jurídico. Se extiende al estudio de la legislación dictada entre 1824 y 1857 en materia de fuentes del derecho y arbitrio judicial, incluidos los proyectos de Código Civil, y al estudio de los fundamentos doctrinarios de la organización dada al sistema legal a través de la codificación. Esta última parte será objeto de una publicación posterior debido a su extensión y a que incluye la codificación procesal y orgánica de la judicatura.

I. PRESUPUESTOS CONCEPTUALES

Me ha parecido necesario plantear la exigencia metodológica de depurar ciertos conceptos utilizados en la investigación sobre el proceso codificador chileno, debido a que ellos se manejan como instrumentos de análisis de la experiencia histórica vivida en Chile durante el siglo XIX, siendo trasladados del proceso codificador europeo y de su posterior estudio. En este traslado aparece implícita la idea de equivalencia de esas dos experiencias históricas, la de Europa vivida desde mediados del siglo XVII hasta mediados del XIX todavía dentro de un mismo plano doctrinario, y la chilena, que precisamente parte, y casi se concluye, dentro de la segunda mitad de ese siglo y que presentan a mi modo de ver diferencias tan profundas que impiden extrapolar conceptos de análisis.

La necesidad de este replanteamiento es producto de mi propia experiencia en la investigación del movimiento codificador chileno y, en gran parte, producto y conclusiones emanadas de ese estudio. La codificación chilena fue objeto durante largo tiempo de estudios exegéticos de sus normas o de trabajos históricos de tipo erudito respecto del establecimiento de sus textos, con escasas excepciones. La tendencia actual de la investigación, en los últimos diez años, se ha centrado en el estudio de los vínculos doctrinarios entre la codificación chilena, importante por su calidad de centro de irradiación del movimiento en América, con la codificación europea.

Precisamente de ese análisis comparativo ha quedado de manifiesto la necesidad de un trabajo de precisión y depuración del contenido y alcances de conceptos importantes de la codificación europea en forma previa a su manejo en la investigación referida a Chile.

Es característica del instruccionismo codificador la idea de la validez de trasladar o copiar las leyes elaboradas como fruto de sus concepciones y no hay duda de que esa idea fue conocida en Chile, no desdeñada en parte, y discutida en el momento de tomar determinaciones sobre la formulación de un Derecho nacional.

El encargo dado a la Comisión de Legislación, en nuestro país el año 1840, fue "la codificación de las leyes civiles", pero la realidad

de las normas que conformaron los diversos códigos chilenos da cuenta de un trabajo que fue más allá de la simple compilación y ordenación de la legislación vigente en concordancia con el texto constitucional de 1833.

El mismo Bello se encarga de defender y ennoblecer la tarea de recepción de las normas de los "Códigos modernos" diciendo: "Nos hallamos incorporados en una gran asociación de pueblos de cuya civilización es un destello la nuestra. La independencia que hemos adquirido nos ha puesto en contacto inmediato con las naciones más adelantadas y cultas; naciones ricas de conocimientos de que podemos participar con sólo quererlo. Todos los pueblos que han figurado antes que nosotros en la escena del mundo han trabajado para nosotros".² Anteriormente, en 1839, había expresado similar idea: "Tenemos a la mano los Códigos de comercio y criminal sancionados por las cortes españolas, el Código Civil francés, y los Códigos de la Luisiana tan justamente alabados; veneros de donde podemos sacar ricos y abundantes materiales"³.

Agregará: "Contrayéndonos al proyecto de codificación nos atrevemos a decir que esta obra es de menor magnitud y dificultad para nosotros que lo que la del Código de las Siete Partidas en el siglo decimotercero: lo primero porque las innovaciones de que ahora se trata son mucho menos considerables, supuesto que no se piensa en crear, sino en corregir y simplificar; y lo segundo, porque gracias a los adelantamientos de otros pueblos, tenemos a la mano abundantes materiales de que aprovecharnos"⁴.

De las expresiones de Bello fluyen claramente ideas o puntos respecto del sentido de la tarea codificadora en Chile. En primer lugar no se pretende crear nada nuevo, lo que implica que el rechazo a la legislación y al derecho vigente es de tipo formal, se rechaza y critica el desorden y la multiplicidad de los textos, lo farragoso de su estilo, el exceso de sus comentaristas más que su contenido.

No encontraremos en la codificación chilena procesos equivalentes a los que conforman la codificación europea en cuanto ésta se plantea la revisión de conceptos e instituciones jurídicas bases como la propiedad, el papel redistributivo del Estado en relación a la propiedad de una transformación del concepto de propiedad eminente, el replanteamiento del Derecho sucesorio, de aspectos importantes del Derecho de familia, como el de matrimonio civil y su disolución, o la liberalización de los deberes y derechos de las relaciones filiales, para citar algunos ejemplos.

² Bello, A. *Obras Completas*, vol. XI, Santiago, año 1887, pp. VI-VII.

³ Bello, A. *Administración de justicia*. El Araucano, 1837, *Obras Completas*, vol. IX, Santiago, 1885.

⁴ Bello, A. *Obras Completas*, vol. XI, Santiago, 1887, p. VIII.

Si bien no podríamos sostener que durante el proceso de codificación se hayan discutido con criterio revisionista o reformista asuntos de convergencia como los reformulados en el proceso europeo, preciso es considerar que este último terminó por influencia del Derecho Romano en la codificación y su asimilación a la razón natural, dejando muchos de esos postulados filosóficos en calidad de meros planteamientos teóricos, situación que ya estaba decantada al iniciarse la codificación chilena.

Otro elemento significativo en relación al concepto de codificación es la diferencia cronológica entre ambas codificaciones y al efecto de superposición de tendencias o líneas de pensamiento jurídico que se superponen y conjugan al momento de iniciarse la tarea codificadora en Chile.

Por una parte está el efecto de la gran cantidad de "códigos modernos", ya no sólo elaborados sino comentados y concordados. Junto a esos textos legales se presentan doctrinas contradictorias con muchos de los presupuestos iusracionalistas codificadores.

Para ilustrar lo dicho baste la reflexión acerca de la presencia conjunta del pensamiento utilitarista de Bentham junto al historicismo de Savigny y tendremos la medida aproximada de la complejidad que existe para identificar los fundamentos doctrinarios de la codificación chilena.

Así, se hace difícil determinar hacia 1840 si la decisión de adoptar ciertas normas o postulados es producto de una consistencia doctrinaria frente al racionalismo, producto del pragmatismo o apertura hacia el historicismo. En especial si pensamos que las diferencias del medio social, racial, político y económico hacen cambiar de sentido muchos de los conceptos manejados por la codificación y que se pretenden introducir en Chile. Como ejemplo pensemos únicamente en la variación de sentido del principio de la igualdad propiciada por el racionalismo y de enormes implicancias dentro del derecho privado enfrentado a la variedad racial americana.

En el proceso codificador chileno se trata por lo tanto de trabajar sobre el material proporcionado por el Derecho vigente. Este hecho manifiesta una nueva y profunda diferencia entre ambas codificaciones, ésta consiste en la particularidad del Derecho americano sobre el cual trabajaron los codificadores. Es el Derecho castellano en cuanto a los textos legales, pero esos textos llegaron a América cuando muchos de ellos habían sufrido una adaptación al proceso histórico en la misma península y lo continuaron en América. En la época en que ellos empiezan a tener vigencia en los dominios de Indias, en la metrópoli se encuentra casi superada la controversia entre el Derecho común y el Derecho nacional, entre el Derecho Romano y el Derecho consuetudinario, de tal manera que ella no se manifiesta en América. Así, de manera rotunda el fiscal Egaña podrá declarar en su informe sobre la ley de fundación de las sentencias que el Derecho Romano no tenía aplicación en Chile. Sabemos, por el contrario, que

tal controversia formó parte, de manera importante, en la formulación de las normas para la codificación europea debido a la tendencia de identificar el Derecho Romano con la razón natural.

La segunda idea aceptada en las expresiones de Bello recién reseñadas consiste en la aceptación del trabajo, ya elaborado en las codificaciones europeas, en su utilización desde los textos ya formados.

Ese planteamiento nos lleva precisamente a la consideración del concepto de sistema jurídico implícito en la normativa codificada en Europa y previamente formulado a nivel de principios filosófico-jurídicos dentro del iusracionalismo.

Como sabemos, la noción de sistema fue incorporada al iusracionalismo desde los planteamientos de las matemáticas y agregó a los conceptos legalistas de esta escuela la idea de hermetismo del ordenamiento jurídico y el principio de su plenitud o suficiencia.

Para tener un punto de referencia acabado de tal concepto reseñaremos el que da Wolff: "existe un invariable vínculo de todos los derechos y obligaciones entre sí, de modo que los unos pueden deducirse de los otros a través de un hilo continuo de raciocinio y de modo que las verdades constituyen entre sí una estructura de conexiones, todo lo cual se llama sistema".

Volviendo a la codificación chilena, la idea de que pueden incorporarse, mediante la tarea codificadora, las normas de los códigos europeos al trabajo fundamental de ordenación de la legislación vigente, supone la incorporación de un elemento nuevo al Derecho vigente, éste es, o consiste, en la necesidad de eliminar toda contradicción interna de las normas jurídicas que se organizan. Dicho de manera positiva, crear un sistema coherente de normas. Los códigos racionalistas lo traen establecido en sus normas fundamentales y por su propio proceso de formación. La tarea emprendida en Chile supone la adopción de esa estructura destinada a dar coherencia al sistema y, luego, un proceso de inclusión y de eliminación de las normas vigentes, según sean sus posibilidades de armonía con los principios rectores. Hay que agregar que en Chile se codifica existiendo un texto constitucional que por lo tanto estaba llamado a determinar los principios rectores de todo el sistema.

Respecto del concepto de legalismo y de su construcción a través de la legislación patría señalamos que Bello manifiesta claramente la importancia que su inclusión significa dentro del ordenamiento que se estaba creando. Lo reconoce como ajeno al sistema vigente pero a la vez lo mira como una de las innovaciones necesarias. Acudamos a sus propias expresiones; refiriéndose a la reforma del sistema judicial y en especial a las atribuciones de los jueces dice: "Para que esta reforma sea verdaderamente útil, debe ser radical. En ninguna parte del orden social que nos ha legado España, es tan preciso emplear el hacha (...) nuestro sistema de juicios es tal, que nos parecería difícil que no se ganase mucho derribándolo hasta los cimientos y

sustituyéndole otro cualquiera. No sería tal vez una exageración decir que en él se echan de menos todas las garantías que tiene descubiertas la experiencia para poner coto a la arbitrariedad y amparar el Derecho" (...).

Agrega que "el derecho que tienen los ciudadanos a que los juzgados y tribunales que fallan sobre su vida, honor y hacienda, sobre cuánto hay de precioso en el mundo, apoyen sus decisiones en las leyes"..., es un derecho sagrado y que las naciones más sabias han impuesto para garantizar todos los demás derechos.

"La existencia de este derecho, su necesidad absoluta, como garantía de una regular administración de justicia no es un descubrimiento del siglo XIX. El había sido consagrado mucho antes en los gobiernos populares. La Francia, apenas libre, se apresuró a naturalizarlo en su suelo. Ella lo llevó en su Código a todos los países que dominaron sus armas; y la experiencia de sus saludables efectos, hizo que los retuviesen, aún después de recobrada su independencia y restaurada la legislación precedente. El es hoy un axioma en toda la Europa ilustrada".

Vincula las ideas de régimen de preeminencia de la ley en materia de fuentes, a la concepción política republicana, diciendo que bajo el imperio de las instituciones republicanas, "la responsabilidad, la cuenta estricta de todo ejercicio del poder que la asociación ha delegado a sus mandatarios, es un deber indispensable", formulando de esta manera precisiones importantes sobre su concepto de sistema jurídico, respecto del cual todavía agrega: "que es preciso simplificar nuestra legislación; que es preciso reducirla a un todo coherente y armonioso"⁵.

En 1850 refuerza sus argumentos en torno a la importancia del valor asignado a la ley, con ocasión de la discusión en el Senado de la ley sobre fundamentación de las sentencias⁶. Defendiendo la sanción de nulidad impuesta en el proyecto para los casos de omisión del fundamento legal, expresa: "Estas reglas se han hecho para amparar la seguridad de los derechos individuales, si faltando ellas, tuviera, sin embargo, valor la sentencia, ¿cuál sería la protección que esta ley habría concedido a los derechos de los particulares?"⁷.

⁵ Bello, A., *Necesidad de fundar las sentencias*, El Araucano, años 1834 y 1839, *Obras Completas*, vol. IX, pp. 279 a 285.

⁶ Bello, A., *Obras Completas*, vol. IX, introducción, p. L.

⁷ La bibliografía básica sobre la codificación europea utilizada en la elaboración de esta primera parte, es la siguiente:

Coing, H., *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1961.

Cassirer, E., *La Filosofía de la Ilustración*, México.

Doutou, A., *Rational et irrationnel dans l'Ecole du Droit historique*. Archives de Philosophie du Droit, t. 3, París, 1978.

Hazard, P., *La crisis de la conciencia europea, 1680-1715*, Madrid.

Hazard, P., *El pensamiento europeo en el siglo XVIII*, Madrid, 1958.

II. LAS NORMAS LEGALES

I. LA LEY DE FUNDAMENTACIÓN DE LA SENTENCIA DE 1837 Y OTRAS LEYES PROCESALES

La dictación, el año 1837, de la conocida ley sobre fundamentación de las sentencias⁸, una de las tres denominadas leyes marianas, es sin lugar a dudas el primer hito de gran importancia en el camino que inicia el ordenamiento jurídico chileno, del período patrio, en la transformación de las facultades arbitrarias de los jueces indianos.

Esta ley fue dictada por Prieto, haciendo uso de las facultades extraordinarias que le había otorgado el Congreso al declarar el país en estado de sitio, el 31 de enero del año 37, con motivo de la guerra con la Confederación Perú-Boliviana. Tiene un texto muy escueto, pero en sus dos breves incisos formula una norma simple que, sin embargo, aparece con alcances de trascendental importancia para la totalidad del derecho vigente en esa fecha.

Dos son los fundamentos que se dan para su dictación, en el inciso primero del mismo texto. El más doctrinario de ellos señala que la obligación de los jueces de fundar sus sentencias "es una de las principales garantías de la rectitud de los juicios", en tanto que, de manera más pragmática, agrega en el segundo que esta norma es una "institución recomendada por la experiencia de las naciones más cultas".

Al referirse a la obligación de fundamentar las sentencias con la calidad de una garantía de protección de la imparcialidad en la administración de justicia, el texto parece recoger una de las fórmulas planteadas por la escuela iusracionalista respecto de uno de sus postulados de mayor importancia, tal es, la seguridad jurídica como fin último del sistema normativo. La redacción del principio no fue feliz, por cuanto su texto alude de manera genérica a la obligación de fundar las sentencias sin explicitar que se pretende que ese fundamento se haga en la ley, lo que sí expresa en la segunda parte de la misma disposición.

El inciso segundo, después de aclarar que la fundamentación exigida a las sentencias debe tener los caracteres de brevedad y sen-

Koselleck, R., *Crítica y crisis del mundo burgués*, Madrid, 1965.

Solari, G., *Filosofía del Derecho Privado*, Buenos Aires, 1946.

Thomann, M., *Une modéle de rationalité idéologique: le rationalisme "des Lumières"*, Archives de Philosophie du Droit, t. 3, Paris, 1978.

Valaveg, F., *La ilustración europea*, Madrid.

Viehweg, T., *Tópica y jurisprudencia*, Avila, 1964.

Welzel, H., *Derecho natural y justicia material*, Madrid, 1971.

Wienacker, F., *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, Madrid, 1957.

⁸ 2 de febrero de 1837, Bol. de Leyes, lib. 7, N.º 7, pp. 89 a 101.

cillez, agrega que la sentencia debe contener el establecimiento de la cuestión debatida, sea de hecho o de Derecho, debiendo, en seguida, señalar las leyes que han servido de fundamento a la decisión judicial.

El muy largo tiempo que nuestro país lleva viviendo regido por una norma legal como la recién reseñada, obstaculiza, aun para aquellos que conocen el funcionamiento del sistema indiano vigente en Chile en 1837, la percepción de la importancia del cambio que ella instauraba. Antes hemos llamado la atención sobre las características del régimen judicial indiano en cuanto a la enorme amplitud de las facultades de que disponía el juez para aplicar en la solución de las contiendas sometidas a su competencia indistintamente, la ley que regulaba el caso, la costumbre que cumpliera determinados requisitos o formular, modificando cualquiera de ellas, una norma nueva, su sentencia.

El fundamento de esta facultad judicial estaba en la equidad mayor que la nueva norma: la sentencia debía producir referida específicamente al caso sentenciado. Parece necesario hacer presente que la base doctrinaria de esta fórmula consiste en que el ordenamiento jurídico está concebido sobre un principio de equidad objetiva, en oposición a las concepciones subjetivas del Derecho; este principio persigue la materialización de la equidad en cada caso particular y, por tanto, el valor asignado a la formulación genérica de la norma equitativa, aun con caracteres suficientes de generalidad, no aparece como suficiente para asegurar la equidad casuística. Si reiteramos la idea, diríamos que el iusnaturalismo escolástico no se detiene en la formulación de la norma positiva considerada justa, el fin último del sistema persigue comprobar que ella produzca realmente al ser aplicada la equidad que se supone contiene. De esta manera, si cuando las transformaciones vinculadas a los elementos tiempo, lugar y circunstancia han hecho variar el contenido de eficiencia de la norma para producir la equidad materialmente para el caso concreto que se juzga, no interesa la aplicación de la norma en sí y, por lo tanto, su reemplazo o transformación pesa como uno de los deberes fundamentales del juez. Aunque no es propio del tema cabe recordar que todo este sistema contó con todo un aparato procesal en el ordenamiento indiano, y de probidad administrativa, cuyo fin fue precisamente mantener el arbitrio judicial en calidad de tal sin que se transformara en arbitrariedad.

En razón de lo expuesto, al momento de dictarse la ley mariana que analizamos las sentencias de los jueces no contenían la expresión de los fundamentos que esta ley les pide, pero más aún, gran parte de las leyes castellanas, vigentes por la vía de la supletoriedad, habían sido modificadas en la aplicación casuística, durante gran parte del período colonial. Esto se podría afirmar de la casi totalidad de las leyes penales en cuanto a su sanción o respecto de las de las Ordenanzas militares, de normas administrativas, muchas de las cua-

les habían surgido incluso de una manera jurisprudencial aun en lo no contencioso. Esto ha sido demostrado de manera permanente en la medida en que se profundizan los estudios sobre la jurisprudencia indiana.

Con estos antecedentes no es sorprendente que el 11 de febrero la Corte Suprema pida al Ejecutivo aclaraciones sobre el texto de la ley. Esta petición fue remitida al Fiscal de la Corte, cargo servido por Mariano Egaña, y recibió por parte de éste una extensa aclaración, la que por decreto se convirtió en el reglamento de aplicación de la ley de fundamentación de las sentencias.

La ley orgánica de Ministerios dictada por el ejecutivo el 1° de febrero de 1837, en uso de facultades extraordinarias, disponía en el N° 4 de su artículo 3° que correspondían al Ministerio de Justicia "las consultas de los tribunales sobre interpretación... de las leyes"⁹.

La interpretación pedida por la Corte Suprema hace expresa mención y deja constancia acerca de la forma en que funcionaba el sistema indiano vigente en materia de solución judicial de las controversias.

El primer problema planteado en el cuestionario de la Corte se refiere, precisamente, a la posibilidad de que no haya ley que resuelva el caso; preguntan en seguida si podrán aplicar la costumbre como lo han venido haciendo y agregan a la pregunta importantes antecedentes respecto de la forma como a través de la interpretación de la costumbre han incorporado al ordenamiento vigente "principios de humanidad" y de la "ilustración del siglo", para paliar la dureza de ciertas normas legales. Habían de una costumbre jurisprudencial to.

Pasa enseguida la Corte Suprema a plantear los problemas relativos a la graduación de las penas por la vía judicial. Se refiere a la gravedad de los delitos y a las circunstancias de su comisión como elementos que han sido utilizados por los jueces para disminuir la sanción que de acuerdo a la ley debían aplicar cuando ésta era muy alta. El otro caso propuesto a la consideración y aclaración del Ejecutivo consiste en que se determine la legalidad de continuar modificando la pena en los delitos comunes cuando por no encontrarlo plenamente probado el delito, se daba una sanción menor al existir "presunciones vehementes" (idem). Es necesario explicar, para la mejor comprensión de este punto, que las actuales investigaciones en la jurisprudencia patria precodificada muestran que fue frecuente la atenuación de la pena no sólo en los casos de delitos con sanción excesivamente rigurosa; esta reducción también se produjo respecto de delitos no tipificados por la ley o cuya tipificación era imperfecta.

⁹ Anguita, Leyes promulgadas en Chile, t. I, p. 271.

¹⁰ N° 1, 2, 11 de febrero de 1837, Bol. de Ley, p. 90.

Los procesos se incoaban en virtud del tipo legal más aproximado a la figura delictiva real y se sentenciaban sobre la base de la incompleta prueba del delito, con una sanción menor o incluso sobreseviendo. Tal es el caso del delito de aborto generalmente procesado bajo el tipo de infanticidio. Como vemos, esta realidad explica los términos de la consulta de la Corte al igual que la respuesta a ella de parte del Fiscal Egaña.

La quinta, sexta y novena consultas se refieren, en el fondo, a si puede continuar aplicándose a la resolución de los pleitos la jurisprudencia por analogía.

Especial importancia adquiere la aclaración pedida en el acápite 7 del cuestionario; ella se refiere a si "se citarán las leyes del Derecho Romano en defecto de las nuestras". La respuesta de Egaña a esta duda confirma lo que la investigación en los archivos judiciales ha establecido desde hace algún tiempo categóricamente respecto del Derecho Indiano y del patrio, que el Derecho Romano no tuvo aplicación en América, y que, como se plantea en la primera parte de este trabajo, es este un presupuesto de vital importancia para la definición del concepto mismo de codificación que se maneje en las hipótesis de las investigaciones sobre la materia.

Los puntos restantes tienen un carácter de índole procesal e interesan más bien por la regulación que recibieron a través del informe fiscal.

Considerado en su contexto, el dictamen aclaratorio contiene las disposiciones típicas de los títulos preliminares de los códigos denominados "modernos" en el lenguaje del período codificador. Sus normas tienen por objeto un asunto más de fondo que el aspecto formal de la fundamentación expresa de las sentencias; es así que se pronuncian sobre el valor correlativo de las distintas fuentes del Derecho, sobre ciertos aspectos de interpretación de las leyes y acerca de la suplencia de los vacíos normativos del ordenamiento, no sólo de los legales.

Si nos preguntamos acerca de los principios doctrinarios que de acuerdo a su contenido conforman el dictamen de Egaña, tenemos que responder categóricamente que en su contexto no son otros que aquellos que servirían de base al ordenamiento indiano y al castellano supletorio, esto es a los postulados derivados del insustancialismo escolástico, en especial los ya mencionados de la imperfección de la ley positiva en cuanto a su incapacidad para aprehender el Derecho Natural y sus necesarias derivaciones en cuanto a dotar a los jueces de facultades normativas destinadas a equilibrar el posible desajuste en materia de equidad susceptible de producirse al aplicar la norma general a los casos concretos. Es mi parecer que el establecimiento de la primacía de la ley por sobre la costumbre contraría a ella, o derogatoria, cambio fundamental producido por la ley que se analiza, sólo enuncia un proceso hacia el legalismo, pero deja intactos los postulados básicos del sistema indiano vigente. Aun las expresiones

concretas de Egaña acerca de la transitoriedad de la normativa que se analiza, en espera de los Códigos pertinentes, se ven reducidas a su exacta dimensión cuando dentro del mismo texto aclara su opinión acerca de la incapacidad de la legislación codificada, aun la más perfecta, para regular todas las situaciones de la realidad.

El análisis de este texto legal presume que hará más convincentes estas afirmaciones. Desde luego, el dictamen de Egaña restó prácticamente toda eficacia al texto legal inicial el que de manera escueta, aparentemente, quebraba todo el sistema anterior al ordenar que toda sentencia se fundamentara exclusivamente en la ley. La opinión de Egaña es que dicha ley no pretendió "alterar el sistema de los juicios, ni los códigos en que deben encontrar los jueces la regla y motivo de sus decisiones", pero la verdad es que esta situación o clarificación sólo se configura precisamente a partir de la integración al texto legal inicial de las interpretaciones del dictamen fiscal por disposición del Ejecutivo. Ahorra toda argumentación probatoria de esta afirmación el texto de consulta emitido por la Corte Suprema, que ya conocimos y cuyos enunciados habrían sido ociosos si la nueva disposición legal no hubiera supuesto un cambio drástico del sistema.

Emplea Egaña señalando, de manera genérica, que la ausencia de una ley especial que regule el caso controvertido debe ser suplida por "las máximas eternas de Derecho Natural, los principios generales de jurisprudencia, las leyes análogas, las decisiones de los tribunales y opiniones de los jurisconsultos". Agrega que en defecto de ley expresa debe recurrirse a las que establecen principios generales de Derecho.

Intercala un planteamiento doctrinario y uno legal, fundado este último en las Partidas. Se refiere al concepto de interpretación judicial de la ley, dando amplia cabida en su enunciación a la actividad del juez para que con su "conciencia y sus luces" forme el complemento de la ley. Agrega que jamás podría calificarse este quehacer interpretativo del juez en la búsqueda del espíritu de la ley de arbitrariedad judicial, pues tiene como fin último, desentrañar la voluntad del legislador. Es importante destacar la expresión realista de Egaña respecto de la posibilidad de plenitud legal del método codificador: sobre la materia expresa que "no siendo posible dictarse leyes que comprendan todos los casos que pueden ocurrir, es preciso dejar a la prudencia del juez la aplicación de la ley a ciertos casos particulares" no expresados literalmente en su texto.

Evacuando la consulta primera, referente a la forma de fundar las sentencias en caso de vacío legal, el fiscal establece que se deben expresar los fundamentos reales de la sentencia, manifestando que ellos podrían consistir en los principios generales que se han deducido de las leyes por medio de la analogía. Agrega, que en los casos en que no haya ley ni principio deducible de las leyes, o que éstos últimos ofrezcan dudas de interpretación, debe resolverse la funda-

mentación de la sentencia mediante la aplicación de preceptos contenidos en las Partidas y en la Novísima Recopilación¹¹. Dichas leyes remiten al monarca la solución de las situaciones antes descritas. En concordancia con la respuesta al punto dos de la consulta, parece presumible que Egaña entendió que el Ejecutivo debería cumplir la tarea interpretativa que las leyes antes mencionadas encomendaban al rey.

Respecto del valor de la costumbre modificatoria de la ley o costumbre contra ley, el dictamen de Egaña hará primar el texto de la Novísima Recopilación¹², que dispone que: "todas las leyes que expresamente no se hallen derogadas por otras posteriores, se deben observar literalmente, sin que pueda admitirse la excusa de decir que no están en uso". En este punto reside la modificación más importante al sistema vigente y en el mismo informe fiscal consta que ella se hace tomando en cuenta los postulados codificadores, porque añade que "interin se publica el Código Penal"¹³, se deben obviar los problemas que acarree la aplicación literal de los textos penales mediante el siguiente procedimiento. Los jueces deberán sentenciar aplicando textualmente la ley escrita, pero si saben que por su dureza no se encontraba en uso tendrán la facultad discrecional de suspender su ejecución y representar al Ejecutivo que "sería conforme a equidad" la conmutación de la pena por otra más benigna que señalen.

Expresamente señala Egaña que la opinión de Larizabal y Marina, entre otros, es partidaria de la modificación por la vía consuetudinaria de las leyes penales antiguas y, por tanto, contraría a la decisión ofrecida al respecto en su dictamen.

Egaña califica de ardua la consulta propuesta en el número 4 del cuestionario sobre los casos de delitos donde no se produce plena prueba, ordena al respecto no innovar "interin se dicte el Código Penal", por consiguiente siguió operando el sistema de rebaja de las penas en virtud de la incompleta prueba del tipo delictual aplicado al proceso.

En relación a las consultas quinta y sexta, ambas referidas a si es lícito fundar las sentencias, en los casos de ausencia de ley, en las opiniones de jurisperitos, el dictamen fiscal determinará que la jurisprudencia analógica en ausencia de ley es aplicable y que los jueces pueden, también en esos casos, fundar sus sentencias en principios generales deducidos de las leyes, debiendo, en los dos casos, expresar dicho fundamento.

Con motivo de la duda planteada por la Corte Suprema en el número octavo de su cuestionario, Egaña establecerá que la costum-

¹¹ Part. 3, tít. 22, lib. 11; Nov. Rec., lib. 3, tít. 2, ley 3.

¹² Ley 11, tít. 3, lib. II.

¹³ Bol. Ley 11, de febrero de 1837, p. 94, N° 2.

bre tiene valor en los casos de ausencia de ley, dictamina de esta manera en cumplimiento de disposiciones de las Partidas que el mismo cita¹⁴. Agrega que el valor de la jurisprudencia judicial y doctrinaria en ausencia de ley, es pleno aun cuando no debe expresarse en las sentencias, sino en los términos de principios generales de Derecho. Abonda sobre este mismo tema aclarando el punto noveno y reitera que los jueces deben expresar como fundamento de sus sentencias los principios de Derecho que hayan deducido de la jurisprudencia judicial o doctrinaria sin mencionar directamente la fuente de su razonamiento.

En síntesis, la ley dictada el 2 de febrero de 1837, complementada por el dictamen fiscal de Egaña en respuesta a las consultas de la Corte Suprema, establece el siguiente sistema respecto de las fuentes del Derecho: existiendo ley que regule el caso, debe aplicarse ésta y dejarse expresa mención de ella como fundamento de las sentencias. La costumbre derogatoria de la ley carece de valor, aun en los casos de ley penal en que la costumbre haya modificado una sanción excesivamente rigurosa; debe, en todo caso, aplicarse la ley y fundamentar la sentencia en ella, pero se otorga al juez la facultad de pedir, basado en la equidad, la conmutación de la pena legal por una menor.

En ausencia de ley, se reconoce valor a la costumbre y a las decisiones de la jurisprudencia en casos análogos. También puede el juez, en la misma situación de inexistencia de ley que regule el caso, acudir a las opiniones de jurisperitos, pero para los efectos de fundamentar sus sentencias, debe expresar estas normas en la forma de un principio general de Derecho.

Por tanto, la ley mariana de fundamentación de la sentencia varía el sistema en cuanto quita valor a la costumbre contra ley, que había tenido gran aplicación en la forma de costumbre jurisprudencial derogatoria de leyes penales demasiado rigurosas. Obliga a la expresión del fundamento de la sentencia el que queda restringido a la ley escrita cuando ella existe, pero en su ausencia tienen valor la costumbre y la jurisprudencia judicial y doctrinal. En marzo de 1837¹⁵, el Ejecutivo vuelve a manifestar su preocupación "por la exacta aplicación y fiel ejecución de las leyes penales", dictando un decreto que, en su parte fundamental extendió, en calidad de trámite obligatorio, la revisión por parte de la Corte de Apelaciones de las causas por delitos sancionados por la ley con penas superiores a la de presidio por más de tres años, aun cuando la sentencia no hubiera aplicado dicha sanción.

La misma norma amplió la obligatoriedad del recurso ante la Corte respecto de los delitos sancionados por la ley con pena de muerte, expatriación, destierro por más de un año o perdimento de miembro, aun en la misma condición anterior, esto es, aunque no se hubiere sentenciado a dichas penas, en virtud de la aplicación de atenuantes u otras circunstancias.

La disposición recién mencionada existía en el Reglamento de Administración de Justicia de 1824¹⁶, pero la revisión procedía únicamente en los casos de aplicación de las penas enumeradas, en la sentencia de primera instancia. Sobre la pena de destierro y de expatriación hay que agregar que una ley promulgada el 27 de enero de 1837 había establecido como única sanción para los sentenciados a estas penas por delitos políticos que quebrantaran su relegación o destierro, la pena de muerte, la que debía aplicarse en forma sumaria¹⁷.

Aunque el Derecho castellano supletorio regulaba ampliamente la denegación de justicia desde textos tan antiguos como el Fuero Juzgo hasta las recopilaciones del siglo XIX, la legislación patria típica como delito, de manera acuciosa, la figura aludida, en un decreto dictado por Prieto, también el año 1837, y al igual que en los casos anteriores, en virtud de las facultades extraordinarias ya señaladas.

Para la materia que analizamos nos interesa el punto quinto del artículo primero del decreto recién mencionado. En él se establece que comete "crimen de denegación de justicia" el juez que suspende la dictación de su resolución a pretexto de que la disposición clara de la ley necesita interpretación de la autoridad legislativa, o, suponiendo falsamente, que no existe ley aplicable al caso que ha de juzgarse.

El texto de esta norma es similar al artículo 4° del Código de Napoleón, cuyo texto es: "Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice"¹⁸.

Me detengo en esta disposición, pues parece contradictoria con lo dispuesto en la ley llamada de fundamentación de la sentencia al punto que según sea la interpretación que se dé a este punto habría que considerarla modificada en parte. Del texto legal se infiere que

¹⁶ Art. 30, Bol. Ley, lb. II, pp. 271 a 294, adicionado en cuanto a la pena de destierro, por el artículo 7° del decreto de 13 de agosto de 1824, que en su artículo 8° aboila la pena de azotes "por atroz e infamante", debiendo ser conmutada por los jueces por la de presidio; Bol. Ley, lb. II, año 1824, pp. 19 a 21.

¹⁷ Bol. Ley, lb. VII, año 1837, pp. 63 y 64.

¹⁸ Saint Joseph, *Concordances...*, t. I, p. 2. También aparece esta norma en el Código de las Dos Sicilias, artículo 4° y en el Derecho Común Alemán, artículo 5°.

¹⁴ Ley 14, tit. 22, Part. 3; ley 6, tit. 2, Part. 1.

¹⁵ Argüta, *Leyes promulgadas en Chile*, vol. II, Santiago, 1912, p. 300, 20 de marzo de 1837.

no comete denegación de justicia el juez que se abstiene de dictar sentencia cuando la ley por su obscuridad necesita interpretación legislativa o si se encuentra con la situación de ausencia de ley que regule el caso.

La contradicción aludida o la presente derogación se produciría por cuanto de acuerdo a todas las disposiciones vigentes en 1837, había denegación de justicia si el juez, tanto en ausencia de ley clara o por inexistencia de ella, dejaba de resolver una causa de su competencia habiendo sido requerido para ello. En los casos señalados, el juez tenía que hacer uso del resto de las fuentes normativas, esto es, costumbre y jurisprudencia; en consecuencia, advertida o inadvertidamente, se afianzó con esta disposición una mayor dependencia de las resoluciones dictadas por los tribunales de la existencia de una norma legal expresa, que regulara el caso sometido a su conocimiento. En la situación contraria el juez no incurriría en denegación de justicia.

Otra disposición legal que perfila una mayor injerencia de la ley en las facultades de interpretación del juez, es la que se dicta con fecha 5 de enero de 1838. Ella establece que en los casos en que la ley penal señala para un mismo delito, sanciones diferentes para los nobles y para los plebeyos, los jueces aplicarán la pena "que en su prudencia hallaren más conveniente, tomando en cuenta el rango social, hábitos, educación, conducta anterior y otras circunstancias que influyen en que una misma pena sea más acerba para ciertas personas que para otras"¹⁹.

Las disposiciones igualitarias de tipo constitucional y legal dictadas desde el período de O'Higgins, en adelante habían acogido de manera amplia los postulados del humanismo racionalista que, partiendo desde la abstracción filosófica del individuo titular de derechos naturales, habían derivado especulativamente fórmulas normativas tipo respecto del postulado de la igualdad. Estas disposiciones se dictaron en Chile en aras de una ortodoxia doctrinaria o tal vez con fines programáticos que soslayaron la incapacidad de los solos textos para producir modificaciones frente a la realidad social y racial americana, absolutamente extrañas a los fines reivindicativos frente a la nobleza que conformaban los correspondientes postulados europeos. La adecuación de la pena al factor rango social y educación señala al juez, junto a criterios de interpretación que respetan un margen considerable de su arbitrio, la mantención en la ley penal de criterios, si bien realistas, opuestos a las normas vigentes ya aludidas y desde luego a la tendencia general de la legislación de la época.

Es posible que la dictación de la norma anterior haya producido en el Ejecutivo legislador, reflexiones semejantes a las expuestas.

Ellas explicarían la necesidad del decreto dictado aproximadamente un mes más tarde, cuyo objeto fue exigir la aplicación de la norma de las Partidas que consagraba el principio pro reo en²⁰ cuando en las causas penales se produjera empate de votos. Debían los tribunales inexcusablemente ceñirse a la ley de Partidas, "sin embargo de cualquiera otra disposición que parezca derogarla".

Es muy interesante la fundamentación doctrinaria expresada en esta ley, por cuanto describe el proceso intelectual seguido en las codificaciones europeas para utilizar, en la formulación del Derecho Privado, las normas del Derecho Romano. Textualmente señala el precepto que considerando que la disposición de las Partidas "es arreglada a los principios de equidad natural y de una sana filosofía", debe guardarse y cumplirse.

2. LOS PROYECTOS DE CÓDICO CIVIL.

El año 1840 es importante respecto de la codificación en cuanto el Congreso dio origen mediante una ley a la Comisión de Legislación. En su artículo 12, ésa especifica que "el objeto de los trabajos de la comisión es la codificación de las leyes civiles, reduciéndolas a un cuerpo adecuado y completo, descartando lo superfluo o lo que pugne con las instituciones republicanas del Estado y disminuyendo los puntos controvertidos entre los intérpretes de derecho". Los encargos, según los términos de la ley, son bastante formales: una ordenación del material legal de acuerdo a criterios muy simples, pragmáticos y nada doctrinarios, sino en aquello de declarar incompatible "lo que pugne con las instituciones republicanas". Esta expresión implica, dentro de los supuestos del racionalismo jurídico, la aceptación de la primacía del texto constitucional en su calidad de documento de fijación del Derecho político, esto es de las condiciones del pacto que da origen a la sociedad política y donde deben consignarse las normas que garantizan el respeto por parte de los poderes que se constituyen, de los derechos naturales de los individuos, anteriores a toda norma positiva. De aquí emana el papel normativo y condicionante del texto constitucional, y de las formas que él consagra, respecto de toda la legislación, cuyas disposiciones deberían ser el desarrollo de los principios constitucionales. Se puede comprobar que esta idea estaba clara en Chile desde los inicios de su independencia; así el artículo 5° de la Constitución de 1818 ratificará la vigencia del ordenamiento indiano y castellano supletorio en todo lo que no se oponga a la forma liberal de gobierno.

¹⁹ Bol. Ley, lb. VIII, año 1838, p. 1.

²⁰ Ley 18, dt. 22, Part. 3.

La iniciación del movimiento de codificación civil no va a cambiar de manera substancial de acuerdo a las tendencias que manifiestan los diversos proyectos, las normas relativas al valor de las fuentes del Derecho, respecto del sistema vigente a partir de 1837; el cambio, como sabemos, se producirá precisamente en la modificación al último proyecto, el denominado proyecto inédito, que concluirá con la fórmula del Código.

El primer proyecto de Código Civil, publicado por Bello entre 1841 y 1845, que se refiere a sucesiones, tiene un título preliminar muy insuficiente en cuanto a la regulación de las fuentes del Derecho y normas de interpretación, pero que interesa en cuanto manifiesta el criterio de Bello sobre esta materia en esa fecha. El artículo 4^o, en su último párrafo consagra, casi al pasar, la primacía de la ley sobre la costumbre, "en ningún caso se podrá alegar en contra de ellas (las leyes) la falta de uso o costumbre". Esta proposición de norma reitera la disposición vigente desde 1837, que no otorga valor a la costumbre contra ley.

El artículo 5^o de este proyecto consagra expresamente el valor de la costumbre en ausencia de ley contraria. Exige como prueba de la existencia de la costumbre, tres o más decisiones judiciales conformes, pronunciadas dentro de los 10 años anteriores por los tribunales superiores y pasadas en autoridad de cosa juzgada.

El artículo 11, finalmente, en una norma poco acertada en su redacción, otorga a los jueces facultad de interpretar las leyes para los casos específicos que conozcan. Expresa el texto del proyecto que pueden fundar su interpretación en decisiones judiciales anteriores, pronunciadas por tribunales superiores.

Se pretende en el proyecto la modificación de la ley de febrero de 1837, por cuanto esta última autorizaba a los jueces, en el vacío de la ley, para extraer de fallos judiciales anteriores, pasados en autoridad de cosa juzgada, principios generales de Derecho, los que debían hacer constar expresamente cuando sirvieran de fundamento a sus sentencias. Por el contrario, de manera expresa, este proyecto no da cabida a la jurisprudencia doctrinaria como fuente del Derecho.

En esta etapa cronológica del proceso codificador cabe considerar entre los proyectos de Código Civil, el texto atribuido a Mariano Egaña, anterior al proyecto publicado entre 1841 y 1845, debiendo ser tenido, por tanto, como primer proyecto de Código Civil Chileno. Sin entrar en la polémica respecto de la autoría del mencionado proyecto y obviando el problema de su conocimiento con la remisión al último texto publicado sobre la materia, consideremos el proyecto de Egaña en lo que se refiere a fuentes del Derecho²¹.

²¹ Guzmán, Brito, Alejandro, El proyecto no completo de un Código Civil para Chile escrito por el señor Mariano Egaña: Estudio histórico-crítico, Alejandro Guzmán; Descripción del manuscrito, Almirante de Avila, Oscar Davila; edición, Luis Melo Lecaros, Santiago, 1978, Editorial Jurídica de Chile, 184 pp.

Dicho texto contiene un título preliminar que habría servido de base para la elaboración de la parte correspondiente en el proyecto de 1841-1845, cuyas disposiciones acabamos de analizar. El proyecto atribuido a Egaña ha sido objeto de acuciosos estudios, el último de los cuales nos ahorra el análisis comparativo de los textos. Me refiero al estudio histórico-crítico de Alejandro Guzmán, recién citado.

Respecto del título preliminar se afirma en esa publicación que la autoría de las normas contenidas en él correspondería a Bello. Para fundar dicha afirmación el autor se basa en expresiones anotadas en las Actas de la Comisión. Corroborando la conclusión podemos agregar a ese argumento los conclusiones que fluyen del examen del contenido de las leyes dictadas en Chile desde 1837 en adelante, en materia de fuentes del Derecho, en las cuales cabe gran participación a Mariano Egaña. Estas disposiciones fueron objeto de explicaciones, defensas y fundamentaciones en el momento de su dictación por parte de Andrés Bello a través de artículos en *El Arucano*, y siguen la tendencia marcada por la codificación europea en materia de fuente del Derecho y son por último las ideas que Bello presentará, con leves variaciones, en sus proyectos hasta la modificación restrictiva introducida en la revisión del proyecto de 1853.

El proyecto de Egaña contiene las disposiciones sobre fuentes en los artículos 3, correspondiente al 4 del proyecto de 1841-1845; en el artículo 4, equivalente al 5 de dicho proyecto y en el 9, equivalente al 11 de este último. Las disposiciones de ambos textos son idénticas en los dos proyectos, sin la menor variación; valga por tanto, respecto del título preliminar del proyecto de Código Civil atribuido a Egaña, el comentario realizado al analizar las normas contenidas en el primer proyecto de Andrés Bello.

3. LA LEY SOBRE FUNDAMENTACIÓN DE LAS SENTENCIAS DE 1851

En pleno transcurso del proceso de formación del Código Civil se dicta el año 1851 una nueva ley sobre el modo de acordar y fundar las sentencias²². Tres son los puntos más importantes contenidos en este texto en cuanto a la modificación o a la precisión de las normas vigentes en materia de fuentes e interpretación.

En esta nueva ley procesal se fijan los requisitos de forma que deben cumplir las sentencias definitivas o interlocutorias de primera instancia y las revocatorias "de otro tribunal o juzgado"²³. Dentro de la reglamentación de los requisitos exigidos a las sentencias en los

²² Anguita, Ley, Prom. en Chile, vol. I, pp. 588 a 589, 12 de septiembre de 1851.

²³ Ley, cit., art. 3^o.

cuatro números del citado artículo 3º de esta ley, el inciso 3 dispone que ellas deberán contener: "Los hechos y las disposiciones legales, en defecto de éstas la costumbre que tenga fuerza de ley, y a falta de una y otra, las razones de equidad natural que sirvan de fundamento a la sentencia."

De acuerdo al texto transcrito, la ley de 1851 exige expresar en las sentencias, además del fundamento en los hechos del pleito, las disposiciones legales que hayan servido de base al fallo. A falta de ley se debía citar la costumbre, que "tenga fuerza de ley". De las leyes procesales vigentes a la época no aparece claro el requisito exigido a la costumbre para que adquiriera el carácter de ley. Si tiene sentido en relación al título preliminar del proyecto de Código Civil de 1841-1845, y a las normas que sobre esta materia contendrá el proyecto de 1853.

En el caso de que faltaren la ley y la costumbre, la ley de 1851 dispone que las sentencias deben expresar "las razones de equidad natural que sirvan de fundamento"... Es importante llamar la atención respecto de la expresión o fórmula incorporada a nuestra legislación en la norma recién transcrita; me refiero a la expresión "razones de equidad natural", la que fue usada y formalmente acuñada por la codificación iusracionalista y que adquiere dentro del contexto doctrinario de dicha escuela jus filosófica su verdadera dimensión y sentido, teniéndolo muy diverso al ser integrada, como es el caso de la disposición chilena que analizamos a un ordenamiento jurídico como el indiano, en el que la vinculación de la noción de Derecho Natural con el concepto de razón carece de la relevancia que tiene para el racionalismo.

Por lo dicho se puede comprobar que la ley del año 1851 no establece modificaciones de fondo en cuanto al valor que la legislación chilena otorgaba hasta esa fecha a las diversas fuentes del Derecho. Sin lugar a dudas aparece cada vez más clara la tendencia a confirmar la primacía de la ley por sobre la costumbre, a la cual vimos que se le exigía, sin que existiera la reglamentación que hiciera operativa la norma, que tuviera características de ley, pero aún se mantiene la eficacia de la costumbre en subsidio de la ley.

La ley de 1851 no se pronunció respecto del valor otorgado, de manera invariable por la legislación patria desde 1837, a la jurisprudencia judicial y a la doctrinaria. El silencio de esta ley sobre el valor de la jurisprudencia no nos permite concluir, sin embargo, que la intención fuera la de excluir esta fuente del Derecho, por cuanto ella podría servir de base para la formulación por parte del juez de los principios de equidad natural a que se refiere el texto. Habría en todo caso una tendencia a mediatizar el valor otorgado por la anterior legislación a la jurisprudencia.

Para terminar con el análisis de la ley del año 1851, hay que señalar que su artículo 5 dispone que: "la sentencia definitiva que no se hubiere extendido en la forma que prescribe el artículo 3º es

nula". De la transcripción del texto se advierte la importancia de esta disposición que permite entablar el recurso de nulidad, recurso regulado por una ley procesal patria dictada en el año 1837, la que a su vez actualizó el recurso indiano de nulidad vigente hasta esa fecha, haciéndolo procedente en los casos de omisión de cualquiera de los requisitos de forma exigidos para la dictación de las sentencias. La ley procesal sobre recurso de nulidad²⁴, dictada junto a la de procedimiento ejecutivo y a la ley sobre implicancias y recusaciones de los jueces, establece en su artículo 2 los casos en que la ley entiende que "se ha faltado a las formas esenciales de la ritualidad de los juicios" de una manera en que se hace procedente el entable del recurso de nulidad²⁵.

La ley de 1851 al establecer ciertos requisitos esenciales que deben cumplir las sentencias, bajo pena de nulidad, añade a las causales enunciadas para la procedencia del recurso de nulidad por la ley del año 1837 una causal más con lo cual ha quedado formulado el recurso que nuestra actual legislación denomina de casación en la forma, incluso con el enunciado de sus causales.

La importancia de la disposición que establece la procedencia del recurso de nulidad en el caso de omisión de los requisitos de forma de la sentencia, trasciende al momento histórico de su dictación, si se considera que sobre la base del recurso de nulidad indiano y patrio se conformará el recurso de casación en la forma y en el fondo, instituciones que son vitales dentro de la estructura progresiva de un ordenamiento legalista en el Derecho chileno.

En lo que atañe a la participación de Andrés Bello en la aprobación de esta ley, Amunátegui consigna lo siguiente: "la ley promulgada el 12 de septiembre de 1851, sobre el modo de fundar las sentencias, presentada al Congreso por don Antonio Varas, el 6 de septiembre de 1847, vino a satisfacer todos sus deseos al respecto"²⁶.

En el Senado se entabló una discusión sobre el texto propuesto como consecuencia de las objeciones interpuestas por los senadores y ministros de la Corte Suprema, Santiago Echevers y Manuel Camillo Vial Formas. La parte más extensa de esta discusión se refirió al artículo 1º del proyecto, y carece de interés para la materia que estudiamos. En cambio, el problema planteado por los senadores antes nombrados, en los términos de que esta ley procesal era "inconstitucional, por cuanto no se habían dictado todavía la Ley de Organización de los Tribunales y la de Administración de Justicia, determinadas por la Constitución de 1833", presenta gran interés en cuanto puede demostrar el grado de conciencia que tenían los jueces en

²⁴ Boleín de Leyes, órdenes y decretos del Gobierno, libro VII, 2ª edición, Santiago, 1841, p. 136, 1º de marzo de 1837.

²⁵ Nos. 1 a 15 del art. 2.

²⁶ Bello, *Obras Completas*, t. IX, Santiago, 1885, introducción, p. XXXIV.

cuanto a la trascendencia de los cambios que por la vía procesal se estaban introduciendo en el mecanismo del ordenamiento jurídico.

A esta objeción respondió Bello: "Me parece, pues, que ni la Constitución se opone a las reformas parciales en la administración de justicia ni tampoco son tan graves los inconvenientes como han parecido al señor senador preopinante. El es un juez irrecusable en materia de práctica y sobre puntos legales, pero cuando se trata de una teoría me atrevo a creer que su dictamen a este respecto no es el más seguro"²⁷. Es indudable que una investigación más detenida es necesaria sobre aspectos como los que acabamos de reseñar y sobre lo cual por ahora no insistiremos.

4. DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1853 AL CÓDIGO

Llegado el año 1853 se debe considerar el Proyecto de Código Civil publicado en esa fecha. Si bien las normas del título preliminar que interesan para nuestro estudio forman parte de aquellas que no obtuvieron su promulgación a través del Código, ellas nos proporcionan un claro índice de la forma en que evolucionan las ideas jurídicas sobre las fuentes del Derecho dentro del proceso codificador chileno.

El Proyecto de Código Civil de 1853²⁸, introduce en su título preliminar una innovación al definir el concepto de ley. Dice al respecto: "La ley es una declaración de la voluntad soberana, que manda, prohíbe o permite". En esta definición se puede reconocer la vinculación de esta fórmula de la codificación con el ideario político del constitucionalismo liberal, unidos ambos movimientos en su común origen en el iusracionalismo de los siglos XVII y XVIII.

El artículo 2 del mencionado proyecto otorga valor a la costumbre con la expresión: "la costumbre tendrá fuerza de ley", disponiendo en los incisos siguientes las condiciones en que se debe probar la norma consuetudinaria.

El texto no señala expresamente el carácter subsidiario de la costumbre respecto de la ley; ésta se puede deducir del orden en la enumeración de las fuentes que se hace en el artículo 4 y del hecho de que la eficacia de la costumbre se haga derivar del cumplimiento de ciertos requisitos por los cuales se asimila su vigencia a la fuerza de la ley. Cabe agregar que la legislación dictada a partir del año 1837 ha reiterado esta supletoriedad de la costumbre referida a la ley.

Respecto de los requisitos de prueba sobre la costumbre, el artículo 2 ya mencionado agrega, a las decisiones judiciales requeridas para su prueba por el articulado del Proyecto de Código Civil

de 1841, la posibilidad de que en subsidio de esa probanza se establezca la existencia de la norma consuetudinaria sobre la base de cinco declaraciones conformes, verídicas por personas competentes, nombradas por el juez, de oficio o a petición de parte.

Continúa el articulado del Proyecto de 1853, después de definir la ley y la costumbre con fuerza de ley, estableciendo, en el artículo 4 que: "En materias civiles, a falta de ley escrita o de costumbre con fuerza de ley, fallará el juez conforme a lo que dispongan las leyes para objetos análogos y a falta de éstas, conforme a los principios generales de Derecho y de equidad natural".

La norma del artículo 4 estaba destinada a regular sólo materias civiles, no tenía, por tanto, el carácter supletorio general que en definitiva adquirirán las disposiciones del Código Civil.

Las fuentes originarias del artículo 4 del Proyecto de Código Civil de 1853 son, de acuerdo a la cita de Bello, el artículo 21 del Código de la Luisiana y el Cours de Code Civil de Delvincourt.

El planteamiento de Delvincourt, que dice expresamente seguir Bello, es muy importante por su contenido. El capítulo correspondiente dentro del título preliminar se refiere a las leyes positivas en oposición a las leyes naturales que el autor ha definido previamente en el capítulo anterior, precisamente su sentido, origen y efectos.

Delvincourt²⁹ define la ley positiva como aquella que debe sólo al hombre su existencia. En segunda específica las diferencias entre ambos tipos de ley: las naturales están fundadas en la razón y en la equidad, son inmutables y no dependen de tiempo ni de lugar. No pueden variar y reglan por igual todas las acciones de los hombres. La parte más importante de este planteamiento doctrinario está en la derivación de un principio de sujeción del juez a la ley positiva. Dice Delvincourt que aunque las disposiciones de las leyes positivas

²⁸ Delvincourt, M: Cours de Code Civil, t. I., Paris 1819, Titre préliminaire, págs. 1-8. La transcripción de los textos que han servido en la exposición es la siguiente: "Les Lois positives son celles qui ne doivent qu'à l'homme leur existence et leur autorité".

"Elles diffèrent des Lois naturelles, en ce que celles-ci sont fondées sur la raison et l'équité, qui son immuables, et qui ne dépendent ni des temps ni des lieux. Elles ne peuvent donc varier, et régissent également tous les actions des hommes. Les Lois positives, au contraire, devant être faites en considération des moeurs, du caractère, et même de vices du peuple qu'elles doivent régir, varient nécessairement en raison des circonstances".

"Iors donc que leurs dispositions sont formelles, les tribunaux doivent nécessairement y conformer leur décisions, quand même elles paraissent contraires à l'équité. C'est sur ce principe qu'est fondée la distinction dont nous avons parlé plus haut, entre juste et l'équitable".

"Une chose est juste en droit, quand elle n'est pas contraire aux dispositions de la Lois positive".

"Elle est équitable, quand elle est conforme aux Lois de la morale et de la conscience". Tit. prel. sect II, p. 7, 8.

²⁷ Bello, *Obras Completas*, t. IX, introducción, p. XXXVII.

²⁸ Bello, *Obras Completas*, vol. XII, Santiago, 1885.

son formales, los tribunales deben necesariamente conformar a ellas sus decisiones aunque ellas parezcan en ciertos casos contrarias a la equidad.

Continuará explicando su pensamiento diciendo que sobre este principio está fundada la distinción entre lo *justo* y lo *equitativo*. Una cosa es justa en derecho cuando ella no es contraria a las disposiciones de la ley positiva, dirá Delvincourt. Ella es equitativa si está conforme con las leyes de la moral y de la conciencia.

El orden en la enumeración de las fuentes, esto es, la ley, la costumbre, razonamiento analógico y principios generales de derecho y de equidad natural es el único dato que hasta cierto punto autoriza a pensar que en este proyecto se pretendía establecer una especie de orden de prelación entre las fuentes que señala el texto. Nada dice el proyecto acerca de si el concepto de costumbre con fuerza de ley incluye sólo a la costumbre en silencio de la ley o también a la derogatoria de ésta. La interpretación más probable parece ser la que excluye la costumbre derogatoria de la ley, tomando en cuenta la uniformidad de los textos legales a partir de 1837 en el sentido de rechazar la costumbre contra ley.

De acuerdo a la misma cita de Bello, la fuente del artículo 2 de dicho proyecto, norma que determina el valor de costumbre, estaría en las disposiciones comentadas del Derecho castellano de las Partidas. Ello explicaría la contradicción de las primeras dos disposiciones del título preliminar con la intención de la legislación dictada desde 1837 en adelante en materia de fuentes y, por otra parte, la diferencia con el artículo 4 que incluye conceptos de tipo insracionalista en el sistema de fuentes. De mantenerse las disposiciones propuestas en este texto de 1853 el mecanismo de las fuentes del Derecho no habría sido operativo ³⁰.

Las revisiones y las modificaciones introducidas en el proyecto de 1853 en las normas correspondientes al título preliminar hacen variar profundamente el sistema propuesto. Desde luego el artículo 2 desechará de plano el reconocimiento al valor de la costumbre que había hecho tradicionalmente hasta entonces la legislación chilena patria y que se había mantenido en los anteriores proyectos de Código Civil. De acuerdo a la cita de fuentes incorporada por Amunátegui en el denominado proyecto inédito, publicado por ese autor en las obras de Bello con el fin de completar el vacío dejado en la secuencia de los proyectos al no publicarse el correspondiente a la etapa de revisión del proyecto del año 1853, el artículo 2 se ori-

ginó en la disposición de la ley 11, título 2 del libro 3 de la Novísima Recopilación de Leyes de Castilla promulgada el año 1805³¹. El artículo 3 completa la idea de restringir toda forma de manifestación del Derecho a la ley, al establecer, en el inciso primero, que "sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de modo generalmente obligatorio" y en seguida agrega que "las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las controversias particulares en que se pronunciaron".

Las fuentes de esta disposición no están señaladas por Bello.

Considerando el contenido del artículo 3, en sus dos incisos, se puede determinar el origen más probable de sus normas como derivadas de las disposiciones correspondientes en los Códigos Civiles francés, austríaco y sardo, cuyos textos están reproducidos en nota, según la versión francesa contenida en el ya citado libro de Saint Joseph que Bello manejó en su trabajo codificador ³².

Los textos recién señalados son los que adquirieron vigencia a través de la dictación del Código el año 1855. Trataremos de establecer la concordancia de estas normas con las dictadas en el período patrio y que a la fecha de promulgación del Código se encontraban vigentes, a fin de determinar, en cuanto sea posible, la estructura del sistema de fuentes.

Desde luego, el artículo 2 del Código Civil derogó el número 3 del artículo de la ley sobre fundamentación de las sentencias dictadas el año 1851 en la parte en que autoriza a fallar aplicando la costum-

³¹ El texto legal castellano citado dice: "Todas las leyes del Reyno, que expresamente no se hallan derogadas por otras posteriores, se deben observar literalmente, sin que pueda admitirse la excusa de decir que no están en uso...". La ley de la Novísima citada por Bello como fuente del artículo 2, que elimina el valor de la costumbre, tiene un sentido ajeno a la norma codificada; en ella se trata de establecer la vigencia de todas las leyes que no hayan sido expresamente derogadas, aun cuando algunas de ellas no se encuentren incluidas dentro de una recopilación. Esta ley fue dictada el año 1714 y la nota explicativa que la acompaña en la edición de los Códigos Españoles de Rivadeneyra, Madrid, 1850, tomo 7, sacada de un auto acordado; tampoco se refiere a la costumbre.

El Código Civil austríaco, en cambio, contiene en su artículo 10 la norma equivalente a la disposición de nuestro artículo 2. El texto francés que fue co-cas o le lois s'y réfère" (Saint-Joseph, ob. cit., tomo I, p. 2. Edición 2. París 1856).

³² C. C. Austr. art. 8. "Au législateur seul appartient le pouvoir d'interpréter une l d'une manière généralement obligatoire...".

C. C. Cerd. art. 16. "Le souverain seul peut interpréter la loi d'une manière généralement obligatoire".

C. C. Fr. art. 5. "Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises".

C. C. Austr. art. 12. "Les décisions et les jugements intervenus ne peuvent être étendu à d'autres cas et à d'autres parties".

C. C. Cerd. art. 17. "Les arrêts ou jugements n'auront jamais force de lois".

³⁰ Las notas sobre fuentes aparecen en la edición original del Proyecto de 1853 y fueron reproducidas en la edición de las Obras Completas de Andrés Bello preparadas por Miguel Luis Amunátegui.

bre que tenga fuerza de ley. La única posibilidad de aplicación del texto consistiría en asimilar la expresión "costumbre con fuerza de ley" a los casos en que la ley se remite a la costumbre. A falta de ley, de acuerdo a la citada disposición de la ley de 1851, el juez podría fallar basándose en "razones de equidad natural", pero el valor de su sentencia, de acuerdo al artículo 3 del Código Civil, se extiende solamente al asunto sometido a su competencia, no pudiendo servir de antecedente jurisprudencial. Podría sí ser tomada en cuenta por otro juez para elaborar, en ausencia de ley y costumbre con fuerza de ley, su razonamiento o juicio de equidad natural.

Las reglas de interpretación de la ley contenidas en el título preliminar del Código Civil, por el solo hecho de constituir un sistema reglado de interpretación, refuerzan el valor privilegiado otorgado a la ley. Finalmente, debemos añadir que encontrándose vigente la ley dictada en 1837 que establecía de manera muy poco clara la denegación de justicia por parte del juez en el caso en que suspendiera la resolución de un pleito de su competencia "a pretexto de que la disposición clara de una ley necesita de interpretación de la autoridad legislativa o suponiendo falsamente que no existe ley aplicable al caso que ha de juzgarse"³³ quedó abierta por esta vía una brecha precisamente producida por la preeminencia privilegiada de la ley. A ella pondría solución la norma que en el actual Código Orgánico de Tribunales dispone, en el artículo 10, inciso 2º, que es obligación de todo juez requerido legalmente en causa de su competencia de pronunciarse sobre él aun a falta de ley que lo regule.

Al momento de dictarse el Código Civil no queda suficientemente claro el papel que pueden jugar "los principios de equidad natural y los principios generales de Derecho fuera de ser considerados dentro de los elementos de interpretación de la ley, pero no en su calidad de formas de manifestación o formulación del Derecho".

³³ Ver p. 93 de esta obra.