

PARA LA HISTORIA DE LA FIJACION DEL DERECHO CIVIL EN CHILE DURANTE LA REPUBLICA (VIII) *

CRITICA AL DERECHO COMO PRESUPUESTO DE LA FIJACION EN TORNO AL PRIMER TERCIO DEL SIGLO XIX **

ALEJANDRO GUZMÁN B.

Universidad Católica de Valparaíso
Universidad de Chile (Santiago)

I. INTRODUCCIÓN ***

1. Es muy constante en la historia jurídica que a la proposición o exigencia de nuevos códigos se ligue intensamente un movimiento de crítica al derecho vigente. Aunque en las fuentes esa proposición y esta crítica suelen entremezclarse, hay entre ambas

* Vid. mis anteriores trabajos de esta misma serie *Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la república: I, La época de la fijación del derecho civil y sus divisiones*, en *Historia* 14 (Santiago 1979), p. 315 ss.; *II, Estudio sobre los antecedentes sistemáticos y terminológicos de la parte general relativa a los actos y declaraciones de voluntad del Código Civil de Chile y de sus proyectos*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 2 (Valparaíso 1977), p. 101 ss.; *III, El proyecto de Código Civil atribuido a don Mariano Egaña, los trabajos de la Comisión de Legislación del Congreso Nacional y los Proyectos de Código Civil en 1841-1845, 1846-1847 y 1853*, como *Estudio histórico-crítico* introductorio al volumen *El Primer Proyecto de Código Civil de Chile* (Santiago 1978), p. 9 ss.; *V, La época de elaboración de la segunda edición del proyecto de libro sobre sucesiones publicado entre 1841 y 1842*, en *REHJ.* 3 (Valparaíso 1978), p. 133 ss.; *VI, Sobre las fuentes del tit. 1º del libro 4º del Código Civil de Chile y de sus proyectos*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 1 (Valparaíso 1977), p. 11 ss.; *VII, Ensayo de una bibliografía*, en *REHJ.* 3 (Valparaíso 1978), p. 325 ss. = *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* 7 (Florenza 1978), p. 601 ss.

** Un resumen del presente trabajo lo he presentado como comunicación en el "Coloquio sobre Revoluciones independentistas, derecho romano y codificaciones en Latinoamérica", celebrado en Sassari (Italia) en noviembre de 1979. Dicho coloquio fue organizado por el Gruppo di Ricerca sulla Diffusione del Diritto Romano en el marco de una investigación sobre Derecho romano y tradición romanística en la historia de los países de América Latina, promovida por el Consiglio Nazionale delle Ricerche.

*** ABREVIATURAS: DP. I = *Documentos parlamentarios. Discursos de apertura en las sesiones del congreso i memorias ministeriales* (Santiago 1852) t. 1; BELLO, *Ob. compl.* 7 = BELLO, A., *Obras completas*, 7, *Opúsculos jurídicos* (reimp. Santiago 1932); COOD-FELIÚ = COOD, E., *Antecedentes legislativos y trabajos preparatorios del Código Civil de Chile ... completados por Guillermo Feliú y Carlos Stuardo* (Santiago 1958); FELIÚ, *Prensa* = FELIÚ, G., *La Prensa chilena y la codificación* (Santiago 1968).

una relación lógica de antecedente a consecuente, en la medida en que un código también se presenta como el remedio a un estado jurídico que la conciencia de una cierta sociedad en una determinada época ha llegado a considerar pernicioso. Es esta última consideración, que se manifiesta propiamente en la crítica a tal estado, la que muy naturalmente conduce a la búsqueda del remedio históricamente también consistente en las fijaciones de derecho o códigos, llamados a sustituir el estado jurídico denunciado como pernicioso, los cuales códigos, en consecuencia, sin aquélla, sin esa crítica normalmente no se dan, independientemente de que esta última corresponda o no a la realidad, es decir, de que sea o no lo que llamaríamos una crítica justa.

Dicha relación lógica es la que, por un lado, explica la constancia y persistencia histórica del fenómeno crítico en relación con las nuevas fijaciones; y es, por otro, la que autoriza para hacer objeto a tal fenómeno de un estudio separado del concerniente a los planes específicos de fijación, aun cuando suceda en la práctica, como ya hicimos notar, que en las fuentes ambos momentos se entremezclen.

Sentado lo anterior, resulta claro que el movimiento de crítica jurídica forma parte de un proceso complejo conducente a la redacción de códigos concretos, que en parte los explica. Con ese movimiento estamos en presencia de lo que en otro lugar hemos denominado fijación del derecho considerada como actividad, precisamente, como proceso, en oposición a la fijación considerada como resultado, esto es, en oposición a los códigos ya redactados¹.

2. Dos son los caracteres que puede revestir una crítica dirigida al derecho vigente. En cuanto ella tiende a denunciar los que se consideran vicios concernientes a la forma, exterioridad o apariencia del ordenamiento, como serían: la multicPLICIDAD de sus fuentes, la dificultad de su localización y conocimiento, su inestabilidad, incerteza e inseguridad, su estilo de redacción, etc., hablaremos de crítica *externa*. De *interna*, por el contrario, cuando ella apunta a hacer ver la incongruencia de los principios y soluciones del derecho criticado y de la institucionalidad por él amparada con principios, soluciones e instituciones considerados como ideales o valorativamente superiores, con los usos y costumbres de un tiempo sobrevenido, con una nueva moral, etc. Este último tipo de crítica, en consecuencia, importa la existencia de verdaderas ideologías reformistas, que junto con manifestar un

¹ Vid. mi *Fijación del derecho* (Valparaíso 1977), p. 21 ss.

ideal se constituyen en criterio de enjuiciamiento del derecho vigente.

Es preciso tener en cuenta, sin embargo, que esta distinción cómoda, sin dejar de corresponder a una cierta realidad histórica, como luego veremos, en ocasiones puede resultar de difícil discernimiento y, en todo caso, que sus términos pueden llegar a confundirse en el punto en que la crítica externa conduzca a declarar que el sistema jurídico criticado, en razón de sus vicios formales es incapaz de producir justicia, con lo cual llegamos a una crítica interna. Esta última, en consecuencia, debemos entenderla no tanto en cuanto se limita a arribar a ese último tipo de resultados, sino más bien en la medida en que llegue a denunciar la falta de coincidencia entre un sistema histórico concreto y dado de principios y soluciones con otro sistema ideal, pero también *e x p l í c i t o* y *d e s a r r o l l a d o*.

Conviene advertir que la crítica tanto interna como externa se manifiesta en las fuentes, o bien de un modo directo, es decir, inmediatamente dirigida en contra del derecho de que se trate; o bien de un modo indirecto, lo que sucede cuando se formula a través de la afirmación de un modelo contrario, ya que normalmente ese modelo —dentro de un cierto contexto histórico que el estudioso debe reconocer— se explica como reacción a un estado real opuesto.

3. El proceso de fijación del derecho en Chile no escapó a esta especie de ley general de la historia jurídica que señala una suerte de relación entre crítica y códigos. También ahí la exigencia de éstos se entrelazó con la censura a los derechos romano-castellano e indiano heredados de la monarquía por la república y también ahí hubo aquélla de manifestarse en sus aspectos externos e internos, de modo directo e indirecto.

a) El marco en el cual esa censura, sin embargo, se inserta es europeo. Las codificaciones llevadas a cabo en Europa en la segunda mitad del S. XVIII y a principios del siglo siguiente presentan tras de sí un rico proceso del cual naturalmente forma parte una voluminosa y persistente crítica en contra de la juricidad entonces vigente. A dicho proceso es menester distinguir dos contribuciones preponderantes: la del humanismo jurídico y aquella del yusnaturalismo racionalista, este último asentado en el más vasto movimiento de la ilustración. A ambos correspondió en su momento la formulación de planes fijadores, si bien el humanismo no alcanzó a ver realizados los suyos² y las codificaciones del período antes

² Cfr. mi *Fijación* (n. 1), p. 88 s. Cuanto digo ahí se verá completado, espero que pronto, con un trabajo que preparo en torno al tema de las fijaciones de derecho proyectadas por varios humanistas.

indicado fueron un fruto directo del yusnaturalismo³. A ambos, en consecuencia, había correspondido en su momento la manifestación de reproches al derecho que aspiraban a sustituir mediante sus códigos proyectados: la jurisprudencia humanista aportó la crítica externa⁴ mientras que la interna fue obra llevada a cabo por el yusnaturalismo y la ilustración⁵, quienes, por lo que respecta a la primera, más bien se limitaron a proseguir la labor corrosiva y demoledora de sus predecesores, sobre las mismas bases puestas por ellos.

b) La etapa de mayor efervescencia crítica externa en Chile corresponde a aquella que en otro lugar hemos denominado "del planteamiento de la fijación", que corre entre 1822 y 1833⁶. Más bien dicho: porque precisamente durante este último lapso fue que se produjo ese fenómeno, el cual, según indicamos al principio, se presenta como antecedente a toda fijación, es que, amén de otras razones, hemos denominado así a esa etapa. Esto no quiere decir que en la siguiente, llamada de la "pre-codificación"⁷, que corre hasta 1840, hubiera cesado todo reparo; pero él se transforma en repetitivo, es decir, constituye insistencia en temas ya esencialmente planteados en la etapa anterior y cuya presencia no es suficiente para inducir a prolongar la etapa "del planteamiento"; además de que en esa segunda etapa ya se han presentado elementos nuevos y distintos, ausentes en la anterior, que obligan a configurar una etapa distinta.

Un movimiento de crítica interna se desarrolló también durante las etapas antes señaladas y tal como había sucedido con la externa, que iniciada y desplegada en la primera etapa se había prolongado en sentido repetitivo en la segunda, también la interna hubo de prolongarse en el mismo sentido en la tercera, es decir, en la que denominamos "etapa de la codificación"⁸. Ejemplo característico es la lucha contra los mayorazgos, lucha ésta que se centró

³ Sobre las codificaciones yusnaturalistas, me limito a citar las siguientes exposiciones generales, en las cuales se encontrará la literatura especializada: SOLARI, G., *Filosofía del derecho privado* (trad. Caletti, Buenos Aires 1946) 1; WIEACKER, G., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*² (Göttingen 1967), p. 249 ss.; CANNATA, C. A., *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*² (Torino 1976) 2, p. 111 ss.; TARELLO, G., *Storia della cultura giuridica moderna*, 1: *Assolutismo e codificazione del diritto* (Bologna 1976); GUZMÁN, A., *La fijación del derecho* (n. 1), p. 53 ss.

⁴ *Infra* II 2.

⁵ Una excelente síntesis: en TARELLO (n. 3), p. 223 ss.

⁶ GUZMÁN, *Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la república*, I, *La época de la fijación del derecho civil y sus divisiones*, en *Historia* 14 (1979), p. 322.

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*

fundamentalmente en la idea de considerarlos atentatorios contra la libre circulación de los bienes, y que, esencialmente planteada durante la primera etapa, recorrió un largo camino hasta su solución definitiva en 1852, en plena etapa codificadora y en vísperas mismas de la publicación del primer proyecto completo de código, el de 1853⁹.

También este movimiento de crítica interna resultó influido por ideas europeas, que en este caso fueron las del yusnaturalismo y la ilustración; directamente, por sus fuentes literarias o indirectamente, a través de sus productos legales, como, p. ej., algunos textos de las revoluciones francesa y estadounidense.

c) Objeto del presente trabajo es el estudio de este movimiento crítico en Chile, de sus raíces europeas y del sentido particular adquirido por él en las peculiares circunstancias del país. Pero nuestro análisis se circunscribirá al de la crítica externa, debido a que sobre ella no existe hasta la fecha un trabajo especializado y atendible al revés de cuanto sucede con las ideas filosófico-jurídicas y políticas, que son, en definitiva, las que han constituido el marco de una crítica interna al derecho vigente¹⁰, aun cuando quepa reconocer que incluso en este ámbito hay todavía mucho por hacer.

II. CRISIS Y CRÍTICA DEL DERECHO EUROPEO DURANTE LA ÉPOCA MODERNA

Por lo dicho sub I 3 a) nuestro estudio relativo a la crítica externa a los derechos romano-castellano e indiano heredados de la monarquía por la república debe comenzar con un cierto examen histórico concerniente a sus raíces europeas.

1. Ya durante la edad media uno de los supuestos esenciales del sistema del derecho común, a saber, la vigencia del *Corpus Iuris* como derecho positivo del sacro imperio —que había sido aceptado como un dogma por los juristas de Bolonia¹¹— encontró reacción

⁹ Una buena síntesis sobre la historia de la lucha en contra de los mayorazgos se verá en: DONOSO, R., *Las ideas políticas en Chile*³ (Buenos Aires 1975), p. 101 ss.

¹⁰ Me limito a señalar obras generales: EYZAGUIRRE, J., *Las ideas políticas en Chile hasta 1833*, en *BACHH.* 1 (1933) 1, p. 13 ss.; DONOSO, R., *Las ideas políticas en Chile*³ (Buenos Aires 1975); LEVENE, R., *El mundo de las ideas y la revolución hispanoamericana de 1810* (Santiago 1961); STOETZER, O. C., *El pensamiento político en la América española durante el período de la emancipación. 1789-1825* (Madrid 1966), 2 vols.; HANISCH, W., *El catecismo político-cristiano. Las ideas y la época: 1810* (Santiago 1970); COLLIER, S., *Ideas y política de la independencia chilena. 1808-1833* (trad. Cienfuegos, Santiago 1977).

¹¹ KOSCHAKER, *Europa y el derecho romano* (trad. Santa Cruz, Madrid 1955), p. 118 s.; CALASSO, *Medio Evo del diritto* (Milano 1954), p. 367 ss.

en todos aquellos reinos que afirmaban su independencia respecto del imperio (*exemptio imperii*), pues era natural que de tal afirmación derivara la negativa de ver en el derecho romano una ley imperial¹².

Esta consecuencia, sin embargo, se estrellaba contra la realidad, porque, dominando el derecho romano la enseñanza y la formación de los juristas, tenía que dominar también el foro y la literatura jurídica. Los reyes retrocedieron por lo que respecta a la enseñanza y continuaron permitiendo la del derecho romano en las universidades; pero intentaron mantener la consecuencia que se derivaba del principio político de que partían por lo que respecta al uso forense del derecho romano, ignorándolo o prohibiéndolo¹³.

¹² Para España cito a BELLUGA, P., *Speculum principis* (ms 1441), rúb. 11, cap. 3, párr. 6: *Sed ubi lex Regni non sufficeret, quia non possunt omnes casus legis comprehendere... iudex eo casu, naturalem rationem servare tenetur. Et hoc aliquoties, lege cavetur, ut in Valentina provincia. Sed ubi hoc non esset cautum, tunc recurrendum esset ad jus naturale: nam jus naturale pro veritate habetur... Et ubi jure naturali talis casus dispositus non esset, secundum rationem, secundum bonum et aequum iudex debet procedere, et secundum jus positivum, quia ius et ratio conventuntur...* ("Mas cuando la ley del reino no fuere suficiente, ya que no todos los casos pueden ser comprendidos por la ley, en tal situación el juez está obligado a atenerse a la razón natural; lo cual algunas veces está expresamente previsto por la ley, como sucede en Valencia. Pero si tal no estuviere previsto, entonces debe recurrirse al derecho natural: pues éste se tiene como verdad... Y si el caso no estuviere decidido por el derecho natural, el juez debe proceder según la razón, según lo bueno y equitativo y según el derecho positivo, pues derecho y razón se identifican..."). En este pasaje *ius positivum* significa derecho común. Sería interesante proseguir los estudios de KUTTNER, St., *Sur les origines du terme "droit positif"*, en *RHDFE*. 4^{me} serie 15 (1936), p. 728 ss. y VAN DEN EYNDE, D., *The Terms "ius positivum" and "Signum Positivum" in Twelfth-Century Scholasticism*, en *Franciscan Studies* 9 (1949) 1, p. 41 ss., quienes, en la indagación sobre el tema, se limitan a los comienzos de la baja edad media y descuidan las fuentes jurídicas. Cfr. infra V, 1.

Para Francia remito a mi libro *Ratio scripta* (en prensa), del cual se verá un resumen en *REHJ*. 4 (1979), p. 135 ss.

¹³ El *Fuero Real* 1.6.5 establecía: *Bien sofrimos, é queremos, que todo home sepa otras leyes por ser más entendidos los homes, e mas sabidores: mas no queremos, que ninguno por ellas razione, ni juzgue...* (en *Los códigos españoles*, Madrid 1847, t. 1, p. 354). En este texto, "otras leyes" quiere sin duda aludir al derecho romano. Por su parte, el *Ordenamiento de Alcalá* (1348) 28.1, al establecer el orden de prelación de fuentes, señala que en último término debe recurrirse al rey en demanda de una solución para aquel caso no previsto por las demás fuentes, con lo cual excluye implícitamente al derecho romano como derecho subsidiario. En Francia, el rey Felipe IV el Hermoso, en una ordenanza de 1312, con que reglamenta los estudios en la Universidad de Orleans, expresamente niega que el reino se rija por el *ius scriptum* (= derecho romano), sin perjuicio de reconocer que en ciertas partes de aquél (en los llamados "pays de droit écrit") existan costumbres coincidentes con ese derecho, no obstante lo cual autoriza él el estudio de los *legum et iuris scripti dogmata* (= *Corpus Iuris Civilis* y ciencia de glosadores y comentaristas), pero con la advertencia que no por ello debe entenderse que el derecho romano ha sido recibido en el reino. La ordenanza se ve en

Ello, empero, resultaba incongruente, porque, continuando la formación romanística de los juristas era de esperar que también en el foro y en la literatura persistiera un recurso libre a ese derecho. En las facultades aquéllos aprendían que el romano era un derecho común, aplicable en subsidio de los estatutos para llenar sus lagunas, tanto en sentido propio como aquellas que artificialmente se formaban después de una interpretación restrictiva de los mismos; que debía recurrirse a él para interpretar las disposiciones estatutarias congruentes con el derecho romano y también para integrar sus disposiciones incompletas¹⁴. Identificando los juristas nacionales los estatutos italianos con sus propios derechos nacionales: los franceses con sus *coûtumes* o los castellanos con sus fueros y códigos reales, el traslado de las teorías boloñesas a sus respectivos reinos resultaba así fácil.

¿Cómo, sin embargo, justificaron los juristas esta contradicción entre las prescripciones legislativas que prohibían o ignoraban un recurso al derecho romano en los reinos independientes del imperio con el efectivo recurso a aquél a título de derecho común? La respuesta la encontraron los juristas en los escritos de los canonistas, según los cuales en caso de defecto de ley era necesario recurrir a la razón natural¹⁵. Los civilistas identificaron razón natural con derecho romano y se abrió así paso la idea de que, aun cuando era cierto que este último no tenía valor de ley nacional, tenía sí valor de *ratio*¹⁶ y que, en consecuencia, no rigiendo *pro*

JOURDAN-DECRUSY-ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises* (Paris s. d.) 3, pp. 22-23.

Sobre la educación jurídica en el medievo: COING, H., *Die juristische Fakultät und ihr Lehrprogramm*, en *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte* (Hrgn. Coing, H., München 1973) 1: *Mittelalter* (1100-1500), p. 39 ss., con literatura.

¹⁴ SBRICCOLI M., *L'interpretazione dell' statuto* (Milano 1969); vid. también los diversos escritos reunidos por PIANO-MORTARI, V., en su libro *Dogmatica e interpretazione: I giuristi medievali* (Napoli 1976).

¹⁵ Gl. *ratione ad Decr. Grat.*, pars 1, dist. 1, c. 5: *deficiente lege vel canone potest allegari ratio* ("en caso de deficiencia de ley o canon puede alegarse la razón").

¹⁶ El *Ordenamiento de Alcalá* 28.1, después de excluir implícitamente la vigencia subsidiaria del derecho romano (vid. supra n. 13), agrega: *Enpero bien queremos e sofrimos que los libros de los Derechos que los sabios antiguos fezieron, que se lean en los estudios generales de nuestro sennorio, porque a en ellos mucha sabidoria, e queremos dar logar que los nuestros naturales sean sabidores e sean por ende mas onrrados* (en *Los códigos españoles* cit. en n. 13, p. 462). Aquí "libros de los Derechos que los sabios antiguos fezieron" quiere decir *Corpus Iuris*.

En Francia, Felipe el Hermoso, en la ordenanza precitada (n. 13), al autorizar el estudio del derecho romano en la Universidad de Orleans, señala que lo hace *ad doctrinam aequitatis et rationis fovendam, per quas in causis forensibus Regni hujus iudicari consuevit ubi iudicia, constitutiones seu ordi-*

auctoritate regia *pro ratione*¹⁷ en subsidio del derecho nacional. Abierta así la vía para una justificación al recurso subsidiario al derecho romano, era fácil admitir que tal subsidiaridad era idéntica a aquella bajo la cual los italianos admitían el uso del mismo derecho, es decir, como derecho común¹⁸. Por esta vía indirecta, pues, los juristas nacionales llegaron al mismo resultado práctico a que habían llegado los juristas de Italia, que admitían la vigencia *pro auctoritate* del derecho romano.

Durante toda la baja edad media esta teoría cumplió su cometido y, pese a las luchas de los reyes por limitar al máximo el recurso al derecho romano, como sucedió en Castilla con Juan II

nationes progenitorum nostrorum et nostrae, quas omni consuetudini praepo-
nimus, deficiunt ("para favorecer la doctrina de la equidad y la razón, según las cuales se acostumbra a fallar las causas forenses en el reino, cuando los precedentes, las constituciones u ordenanzas de nuestros antecesores y nuestras, que hacemos prevalecer frente a toda costumbre, presentan una laguna").

¹⁷ BALDO, *In feudorum usus commentaria*, rúb. *De pace juramento fir-*
manda et servanda, l. injuria punitur, párr. 17: ... *et quia istud opus debet*
legi in curiis Regum, in quibus ius nostrum civile non allegatur pro auctoritate
sed solum pro ratione ("... y porque esta obra debe citarse en los tribunales
regios, en los cuales nuestro derecho civil (= derecho romano) no es alegado
en virtud de fuerza legal (*pro auctoritate*) sino sólo como una doctrina (*pro*
ratione"): ed. Venecia 1580, fol. 78 v.

¹⁸ Un ejemplo francés de esta aplicación *pro ratione* del derecho romano como derecho común, propiamente en CHASSENEUX, *Consuetudines ducatus Burgundiae* (1517), lo he analizado en mi libro aún inédito cit. supra n. 12; cfr. su resumen cit. ibid. En España sucedía lo mismo. Es muy ilustrativo el siguiente ejemplo expuesto por DE CASTRO, J. F., *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes* (reed. Madrid 1829) 1, p. 99 ss.: *Partidas* 5.4.7 dispone: *Fasta dia cierto, o a tiempo señalado, puede ser fecha la donación; esto sería como si dixesse el que la faze a otro alguno: Dote tal heredad, o tal cosa, que la labres, e que la esquilmes, e te aproveches della, fasta tal dia, o tal tiempo: e de aquel tiempo en adelante, que la desampares, o que finques a mis herederos; o a otro ome alguno, cualquier que nombrasse ciertamente, a quien fincasse. E porende dezimos, que la donación que assi fue fecha, valdria fasta aquel dia, o aquel tiempo que señalasse el que la fizo. E de aquel dia en adelante ganarían la possessione al señorío della sus herederos del que quiesse fecha la donacion o el otro a quien nombrasse para averla...* (en *Los Códigos españoles*, Madrid 1848, t. 2, p. 581).

En consecuencia, de acuerdo con este texto, en el caso de una donación sometida a plazo resolutorio, cumplido el cual los bienes donados deben pasar a un tercero (sea un heredero del donante u otro extraño), este tercero adquiere la posesión y el dominio de dichos bienes, por el solo cumplimiento del plazo. "Las palabras de la ley son tan claras, que parece no admiten interpretación" comenta De Castro. Ahora bien, de acuerdo con *Código de Justiniano* 2.3.20: *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferentur* ("el dominio de las cosas se transfiere en virtud de tradición y usucapión, no en virtud de un mero pacto"). "Sin embargo, el señor Covarrubia [sc. Diego de Covarrubias y Leyva] para que esta ley [sc. la citada de *Partidas*] concuerde con el derecho romano [sc. con el citado texto del *Código*], la entiende que entonces el segundo donatario o los herederos del donante adquieren posesión y dominio cuando se les entregue la cosa donada o se introduzcan realmente en ella (COVARRUBIAS, *Variarum resolutionum libri tres*, lib. 1, cap. 14, núm. 5)" se duele De Castro.

y los Reyes Católicos¹⁹, el derecho romano continuó dominando en el foro de modo amplio.

2. Fue en la edad moderna que las circunstancias cambiaron. El humanismo jurídico, la consolidación del poder real, el surgimiento del estado absoluto y el despertar de una conciencia en torno a la personalidad nacional de los reinos fueron entonces los principales factores que entraron en juego.

a) Como contrapartida de su polémica dura en contra del *Corpus Iuris Civilis*, de que luego hablaremos, la jurisprudencia humanista había llegado a considerar que los textos de ese cuerpo contenían tan sólo la manifestación de una equidad, interpretada como la *epieikeia* aristotélica, es decir, como la justicia del caso concreto ante la inevitable insuficiencia de la ley para prever y regular todos los casos y ante la necesaria generalidad e inflexibilidad de sus disposiciones²⁰. Esta visión, unida a la más antigua que veía en el *Corpus* una mera *ratio*, contribuyó a formar la opinión de que los textos del derecho romano estaban como situados fuera del ordenamiento jurídico, es decir, que, al menos en términos formales, no contenían ellos propiamente un derecho, porque el verdadero derecho era el nacional, del cual el romano no era sino un auxiliar ante el caso concreto. Cambió así el concepto de la subsidiariedad de este último, el cual ya no consistiría en aquel otro concepto que significaba su aplicación como derecho común situado alrededor de los derechos nacionales, sino en el que conducía a su aplicación como integrador en el caso concreto de las prescripciones de ese derecho nacional²¹.

¹⁹ Me refiero a las conocidas leyes de estos monarcas, limitadoras de la alegabilidad de los doctores ante los tribunales e implícitamente derogatorias del sistema del *Ordenamiento de Alcalá* (1348) 28.1 que, en defecto de disposición aplicable, mandaba recurrir al rey en demanda de una solución, con lo cual quedaba excluida la invocación del derecho romano y sus intérpretes. La pragmática de Juan II (1427) se encuentra compendiada en *Ord. Reales de Castilla* 1.4.6 (una edición crítica de la misma, sin embargo, en *AHDE*. 26 (1956), p. 664 ss.); y la de los Reyes Católicos (1499) es recordada en la ley I de Toro. Como es sabido, está última (1505) derogó dicha pragmática de los Reyes Católicos, volviendo al sistema del *Ord. de Alcalá*.

²⁰ Sobre el tema de la equidad en los humanistas: KISCH, G., *Erasmus und die Jurisprudenz seiner Zeit* (Basel 1960). Acerca de la identificación entre derecho romano y equidad: mi libro *Ratio scripta* (en prensa) y su resumen cit. supra en n. 12. Además, GUZMÁN, A., *Derecho romano y equidad en F. Le Duaren*, en *AHDE*. 48 (1978), p. 615 ss. En general puede verse también: THIEME, H., *Naturrecht und römisches Recht*, en *La formazione storica del diritto moderno in Europa* (Firenze 1977) 1, p. 95 ss.

²¹ Los textos son innumerables. Para Francia, me remito a mi libro inédito y a su resumen cit. supra n. 12. Para Castilla cito, a título de ejemplo a: LÓPEZ, G., gl. *por las leyes deste libro* ad P. 3.4.6: *Unde utendum est LL. Imperatorum tanquam ratione naturali, si fundantur in ea, non tan-*

Esta teoría conllevaba un peligro, pues, si el derecho romano era considerado nada más como un depósito de equidad, bien podía llegar a pensarse en que resultaba lícito someterlo a una especie de enjuiciamiento destinado a verificar que efectivamente la solución ofrecida por él era equitativa. Fue tal en efecto el resultado y de la formulación de que el derecho romano regía como equidad, se pasó a la que pretendía que regía e n t a n t o se mostrara efectivamente equitativo. El argumento de equidad destinado a discutir la letra de los textos auténticos, que los medievales se habían esforzado por mantener por sobre toda discusión, reservando tan sólo al emperador su revisión, pero negándose a al juez y al intérprete²², entró así en los tribunales, en los libros de

quam legibus... ("por lo cual las leyes de los emperadores (= derecho romano) deben ser usadas en tanto razón natural, si efectivamente se fundan en ésta, no en tanto leyes..."): en *Los códigos españoles* (Madrid 1848) 2, p. 41.

DE MOLINA, L., *De hispanorum primogeniorum origine ac natura libri quatuor* 1573, lib. 3, cap. 12, núm. 11: *Ius namque commune horum Regnorum est illud, quod in legibus Partitarum atque aliis legibus huius Regni statutum invenitur, nec leges Pandectarum, nec Imperatorum in his Regnis tamquam leges, sed tamquam dicta Sapientum accipienda sunt* ("De este modo el derecho común de estos reinos es aquel que se encuentra estatuido en las leyes de Partidas y en otras leyes de este Reino; las leyes de las Pandectas y de los emperadores no deben ser recibidas en estos reinos en tanto leyes sino en tanto doctrina de sabios"); ed. Colonia 1650, p. 422.

FERNÁNDEZ, T., *Prima pars commentariorum in constitutiones taurinas* (1566), lex 3, pars 2, núm. 3: ... *nec Romanorum, de quo leges Imperatorum et iuris consultorum loquuntur, omnes ligant, sed tanquam ratione observantur* ("las leyes de los emperadores y de los jurisconsultos de quienes se habla, no ligan a todos, sino que se observaban en cuanto doctrina (= ratio)"); ed. Granata 1566, p. 11.

MATIENZO, J., *Commentaria in librum quintum recollectionis legum Hispaniae* (1580), lib. 5, tit. 4, l. 2, gl. 1, núm. 5: *At iure regio non astringimur, etiam leges Imperatorum, ne dum communem opinionem doctorum observare in iudicando, nisi quatenus earum ratio nos impellat* ("pero, por derecho regio, en juicio no estamos sujetos a las leyes de los emperadores ni a la opinión de los doctores, salvo en la medida en que su doctrina (ratio) nos convezca (impellat)"); ed. Mantua Carpentana 1597, p. 103 v.

²² Me refiero a la vieja discusión en torno a las relaciones entre equidad y derecho, sostenida entre los glosadores de la escuela de Bulgaro y de Martino; en síntesis y esquemáticamente, mientras el primero y sus seguidores sostenían que en caso de conflicto entre la *aequitas rudis* (esto es, la equidad aún no juriddizada) y el *ius*, el juez y el intérprete debían dar preferencia a este último, correspondiendo sólo al emperador zanjar el conflicto en beneficio de la equidad, esto es, transformarla en derecho y, por tanto, modificar el derecho anterior; Martino y su escuela entendían que en un tal conflicto va el juez y el intérprete podían modificar el *ius*, aceptando una interpretación de equidad. La opinión que llegó a ser común, aceptada por la *Glossa* de Acursio y por la inmensa mayoría de los juristas posteriores fue aquella de la escuela de Bulgaro. Sobre este tema: LEFEBVRE, CH., *Les pouvoirs de juge en droit canonique* (Paris 1938), p. 170 ss.; MEIJERS, E. M., *Le conflit entre l'équité et la loi chez les premiers glossateurs*, en TR. 17 (1941), p. 117 ss.; ROTA, *La concezione inreriana dell'aequitas*, en *Riv. Internaz. di Filosofia del Diritto* 26 (1949), p. 241 ss.; BOULET-SAUTEL, M., *Equité, justice et droit*

derecho, también en la enseñanza; y la vigencia *pro ratione* del derecho romano, que había nacido como una fórmula técnica inteligible en relación con el presupuesto político de independencia de los reinos respecto del imperio para expresar su carencia de vigencia legislativa, se transformó en medida o criterio de utilización del derecho romano en el foro. Cualquier abogado, todo jurista se sintió con la facultad de discutir la aplicación de ese derecho, alejando su iniquidad²³.

b) Esta actitud, como se adelantó, se entiende en un ambiente como el moderno, en el cual la jurisprudencia humanista²⁴ había terminado por desprestigiar al *Corpus Iuris* como tal. Conocida es la polémica anti-compileria de los humanistas²⁵, cuyo punto de partida estaba en la consideración de los textos justinianos como objetos históricos, en oposición a la visión medieval que veía en ellos objetos dogmáticos. Ello implicaba reconocer que el *Corpus Iuris* era en realidad una obra epigonal del derecho romano y otorgar todo su valor al hecho histórico de que la comisión compileria del *Corpus* había trabajado con materiales recogidos de la mul-

chez les Glossateurs du XII^{ème} siècle, en *Recueil de Mémoires et Travaux publiés par la Société d'Histoire du Droit et des Institutions des Anciens pays de Droit Ecrit* 2 (1951), p. 1 ss.; LANGE, N., *Ius aequum und ius strictum bei den Glossatorem*, en *ZSS. rom. Abt.* 71 (1954), p. 319 ss.

²³ Así, p. ej., se queja el jurista francés del S. XVIII, G. RANCHÉN, *Variae lectiones*, lib 2, cap. 3: *Nullum hodie regnum est, quod incerto magis jure utatur, quam hoc nostrum. Hujus rei causa non una, sed praecipua, in-frenis illa magistratum atque judicum licentia, in judicandis controversiis, quam sibi arrogant malo more, dum leges romanas, non quasi leges, sed quasi nudas rationes sibi sequendas esse autumant; dumque pro arbitrio eas conculcare et ab iis impune resilire se posse arbitrantur...* ("No existe hoy día ningún reino que se rija por un derecho más incierto, que el nuestro. La causa de tal situación, si no la única al menos la más importante, está en aquella desenfrenada licencia que los magistrados y jueces tienen la mala costumbre de arrogarse al juzgar las controversias, consistente en que, mientras afirman que las leyes romanas no deben observarse como leyes sino sólo como meras razones, piensan al mismo tiempo que las pueden despreciar en favor del arbitrio y apartarse impunemente de ellas..."): cit. por BOUHIER, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, cap. 2, párr. 50, en *Oeuvres de jurisprudence de M. Bouhier* (Dijon 1787) t. 1, p. 375.

²⁴ Para una visión de conjunto y general sobre el humanismo: CALASSO, *Umanesimo giuridico*, ahora, en *Introduzione al diritto comune* (Roma 1970), p. 183 ss.; GUZMÁN, *Mos italicus y mos gallicus*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 2 (1978), p. 11 ss., espec. p. 30 ss.; TROJE, H. E., *Die Literatur des gemeinen Rechts unter dem Einfluss des Humanismus*, en *Handbuch* (n. 13), 2.1, p. 615 ss.; CAVANNA, R., *Storia del diritto moderno in Europa, I, Le fonti e il pensiero giuridico* (Milano 1979), p. 172 ss.

²⁵ Sobre esto: RICCOBONO, S., *Mos italicus e mos gallicus nella interpretazione del Corpus Iuris Civilis*, en *Acta Congressus Iuridici Internationalis* (Roma 1935) 2, p. 379 ss.; ASTUTI, G., *Mos italicus e mos gallicus nei dialoghi "De iuris interpretibus" di Alberico Gentili* (Bologna 1937), p. 140 ss.; MAFFEI, *Gli inizi dell'umanesimo giuridico* (Milano 1972).

tisecular experiencia jurídica romana; que, por tratarse de una compilación, su factura había implicado una selección de escritos, es decir, la aceptación de algunos textos y el repudio de otros; y que lo coleccionado habían sido fragmentos de obras más vastas y no los escritos completos, por lo cual cada pasaje aparece en el *Corpus Iuris* desligado de su contexto original y situado en un contexto distinto creado artificialmente por los compiladores, amén de que el emperador Justiniano había autorizado a la comisión compilatoria para introducir en esos textos retoques, adiciones, supresiones y modificaciones.

Todo esto era ciertamente sabido por los medievales; pero ellos no asumieron consecuencias metodológicas de este conocimiento y trabajaron en cambio con la idea dogmática de que el *Corpus Iuris* era una obra racional y no histórica, como si hubiese sido hecha por un solo hombre, en un sólo y unitario acto intelectual, sin ribetes, fisuras o contradicciones, con un mismo estilo y guiado por una única noción sistemática interna ²⁶. Los humanistas, en cambio, obtuvieron todas las consecuencias de su reconocimiento del verdadero carácter del *Corpus Iuris* y se dieron a la tarea de restituir el verdadero texto, contexto y sentido de los escritos recogidos en él, intentando, por así decir, realizar el trabajo inverso al realizado por Justiniano, a fin de reconstituir el derecho clásico. Para ello se auxiliaron con los instrumentos de la filología y de la historia y se apoyaron en textos no-jurídicos o jurídicos descubiertos por ellos, que no habían pasado por la mano de los compiladores y reflejaban, en consecuencia, un estado jurídico anterior a Justiniano.

c) El nuevo carácter que los humanistas dieron al *Corpus Iuris* condujo a su desestimación como cuerpo de derecho vigente, en cuyo reemplazo, como ya dijimos, vióse nada más que una equidad escondida en la letra, que al jurista tocaba descubrir. Mientras los juristas nacionales del medievo, percibiendo en el *Corpus* una *ratio*, no habían con ello llegado a obtener consecuencias sustanciales en torno al modo de aplicar el derecho romano y, antes bien, a través de esa idea habían llegado a coincidir con los juristas italianos en cuanto a su carácter de derecho común; los modernos deshicieron el cuerpo mismo de ese derecho para reemplazarlo por una *ratio* equitativa oculta tras los textos.

El desprestigio del *Corpus* como cuerpo dogmático no sólo fue consecuencia directa de su historización por los humanistas,

²⁶ Sobre este aspecto: KOSCHAKER (n. 11), p. 110 ss.; WIEACKER (n. 3), p. 54 ss.; GUZMÁN (n. 24), p. 13 ss.

sino también de su crítica positiva a la forma misma de la compilación, llevada a cabo por ellos. Si se pretendía que el *Corpus Iuris* era un cuerpo de derecho apto para las necesidades del tráfico jurídico, ellos denunciaron su total ineptitud para cumplir tal cometido, haciendo hincapié en que el Digesto y el *Codex* recogen escritos de naturaleza casuística, procedentes de diferentes épocas, personas y situaciones, lo que determina no pocas contradicciones; en que son repetitivos, porque los materiales usados no se han fundido en una nueva unidad sino que han conservado su autonomía y forma originales y en que han sido colocados siguiendo una sistemática deficiente; todo ello unido al enorme volumen de los libros y al paralelismo entre el *Codex* y el Digesto, que, desde sus respectivos puntos de vista, legal y jurisprudencial, tratan iguales materias, con el agregado de las *Institutiones*, cuyo carácter más sistemático y elemental no obsta al hecho de agregar a la ya considerable masa de derecho de los otros dos cuerpos, un nuevo elemento, que, aumentando el volumen total es, además, repetitivo respecto de ellos.

3. Aunque la jurisprudencia medieval había otorgado a los libros de derecho romano un carácter legal por haber sido promulgados por Justiniano, antecesor directo de los actuales emperadores germánicos y aunque, de conformidad con los mismos textos del *Corpus*, habíase reconocido al emperador la potestad legislativa para hacer nuevo derecho²⁷, en la práctica el derecho común había sido un derecho de juristas y no propiamente un derecho legal²⁸. Ello, en parte, se debió a las intrínsecas dificultades del *Corpus* que lo hacían directamente inaplicable en la práctica. De hecho el *Corpus*, si llegó a constituirse en derecho usual, ello se debió a que entre sus textos y el foro actuaron como intermediarios los glosadores primero y los comentaristas después y así resultó ser la doctrina romanística elaborada por estos juristas la que recibía aplicación.

Los emperadores germánicos usaron su potestad legislativa con parsimonia y en la práctica las leyes romanas no se vieron competidas por una legislación de nuevo cuño. Nuevamente fue en las tierras de fuera del imperio, en aquellos reinos que pretendían no estar sujetos a aquél, en donde este supuesto de hecho del derecho común sufrió un nuevo embate. La reconstrucción del poder político de los reyes se hizo doctrinariamente sobre la ba-

²⁷ Vid WOLF, A., *Die Gesetzgebung der entstehenden Territorialstaaten*, en *Handbuch* (n. 13) 1, p. 527 ss., con literatura.

²⁸ LOMBARDI, L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale* (Milano 1967)

se del derecho romano, a través de la tesis de que cada rey era emperador en su reino, de modo que todas las potestades reconocidas por el derecho romano a aquél en el ámbito imperial fueron reclamadas por éstos en sus respectivos reinos²⁹. Entre tales potestades la principal era naturalmente la legislativa y aunque durante la baja edad media esta pretensión real se vio limitada por la concurrencia de los estamentos y las concepciones altomedievales que veían en los reyes más a un juez que a un legislador, ello no impidió el desarrollo de una legislación interna, que en el caso de Castilla se manifestó en cuerpos completos como el *Fuero Real*, las *Siete Partidas* o el *Ordenamiento de Alcalá*.

La tendencia culmina en la época moderna con el reconocimiento definitivo de la potestad legislativa de los reyes cual atributo específico de la soberanía³⁰. Nuevamente los humanistas jugaron aquí su papel y principalmente Bodino, el teórico moderno de la soberanía. Con el afianzamiento definitivo del estado absoluto a fines del S. XVI y durante el XVII, la legislación real transformóse en una fuente jurídica en seria competencia con el derecho común, cuyo volumen hizo surgir la necesidad de las recopilaciones legislativas, de las cuales es ejemplo notable la *Recopilación de las leyes destos reynos* (llamada vulgarmente *Nueva Recopilación*).

4. El derecho común, un derecho de juristas como dijimos, había resuelto el problema propio de un derecho así, consistente en la diversidad de fuentes jurisprudenciales, con el recurso a la *communis opinio doctorum*³¹. A través de él la pluralidad y diversidad de opiniones de juristas resultaba encauzada hacia la unidad, de modo que en el momento judicial de la aplicación del derecho el juez dispusiera de criterios aceptables para escoger una opinión entre varias, precisamente la común. Mientras este sistema se mantuvo en los límites reducidos de Italia el sistema pudo funcionar, unido a que ya en el S. XIII las glosas habían

²⁹ CALASSO, F., *I glossatori e la teoria della sovranità*³ (Milano 1957); EL MISMO, *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*² (Milano 1949), p. 236 ss.; IMMEL, G., *Typologie der Gesetzgebung des Privatrechts und Prozessrechts*, en *Handbuch* (n. 13) 2.2, p. 3 ss.

³⁰ MOENHAUPT, H., *Potestas legislativa und Gesetzbegriff im Ancien Régime*, en *Ius Commune* 4 (1972), p. 188 ss.

³¹ Sobre la *communis opinio*: BRUGGI, B., *Sententia di giudici antichi e opinioni comuni dei dottori*, en *Per la Storia della giurisprudenza e delle università italiane* (Milano y otras 1921), p. 81 ss.; LEFEBVRE (n. 22), p. 261 ss.; ENGELMANN, W., *Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien durch die wiss. Lehre* (Leipzig 1938), p. 204 ss.; Lombardi (n. 28), p. 164; PIANO-MORTARI, V. (n. 14), p. 77 ss.; SBRICCOLI (n. 14), p. 384 ss.; CAVANNA, A., *Storia* (n. 24), p. 152 ss.

sido fijadas por Acursio y a que durante los siglos siguientes surgieron juristas de talento superior como Baldo y Bártolo, que por sí mismo casi constituían opinión común.

Este recurso unificador de pareceres entró, sin embargo, en crisis³² cuando la ciencia italiana se transformó en una ciencia europea; por doquier surgió una literatura jurídica que, desde luego en su país, pero también en el extranjero, dado el carácter universal de la ciencia del derecho común, aspiró a tener autoridad y a formar opinión común. La masa de opiniones que cada juez debía tener en cuenta aumentó cuantitativamente por este solo hecho. Pero a ello se unió otro factor de aumento aún más grave, consistente en la exasperación y exageración en que cayó el método escolástico de los comentaristas a fines del S. XV y con mayor razón después, cuyas distinciones, subdistinciones, sutilezas y conciliaciones hacían posible producir tantas variantes y, por tanto, tantas opiniones, como autores. La formación de verdaderas opiniones comunes resultó así imposible y aquel intermediario entre los textos justinianos y el foro, que era la opinión jurisprudencial destinada a hacer más fácilmente aplicable los difíciles textos romanos, quedó dislocado.

También los humanistas supieron apreciar el fenómeno de crisis en que había entrado la jurisprudencia medieval y con su polémica contribuyeron al desprestigio de ella. Su crítica, sin embargo, fue más profunda y se extendió a todos los aspectos metodológicos de la ciencia del derecho común³³.

Para los humanistas era motivo de escándalo que un texto antiguo como el *Corpus* hubiera sido cubierto de glosas y comentarios hasta casi haberlo hecho desaparecer, de modo que en los tribunales y en la cátedra no fueran esos textos los realmente usados sino precisamente la interpretación medieval. A ello debía añadirse la naturaleza y calidad de su interpretación. Los juris-

³² Me ocupo de este tema en mi escrito *Decisión de controversias jurisprudenciales y codificación del derecho en la época moderna*, que se publicará en *AHDE*. 50 (1980), dedicado a homenajear al profesor Alfonso García Gallo.

³³ Sobre esto: CHIAPELLI, L., *La polemica contro i legislisti dei secoli XIV, XV e XVI*, en *Archivio Giuridico* 26 (1881), p. 295 ss.; FLACH, J., *Cujas, les glossateurs et les bartolistes*, en *Nouv. Rev. Historique de Droit Français et Etranger* 7 (1883), p. 205 ss.; ASTUTI (n. 25); DE MATTEI, R., *L'esaltazione della Politica, la polemica contro i Legisti e l'affermarsi dell'esigenza giuridica nel Seicento italiano*, en *Arch. Giuridico* 133 (1946) 1, p. 15 ss.; SCHAFFSTEIN, F., *Zum rechtswissenschaftlichen Methodenstreit im 16. Jahrhundert*, en *Fest. f. H. Niedermeyer* (Göttingen 1953), p. 195 ss.; MAFFEI (n. 25), p. 33 ss.; KISCH, G., *Humanismus und Jurisprudenz. Der Kampf zwischen mos italicus und mos gallicus an der Universität Basel* (Basilea 1955); GUZMÁN (n. 24), p. 30 ss.

tas del derecho común —decían los humanistas— desconocían el griego, por lo cual habían dejado a un lado todos los textos del *Corpus* redactados en esa lengua. Ignoraban el latín clásico y por ello no entendían siempre el verdadero sentido de los escritos de los juristas romanos amén de redactar sus propios escritos en un latín bárbaro. Desconocían la historia que circundó originalmente los textos, por lo que nuevamente estaban incapacitados para entender su verdadero alcance. Carecían de todo interés por los escritos literarios y filosóficos de la antigüedad en donde se encuentran muchas alusiones jurídicas que sirven para un más cabal conocimiento del derecho. No quisieron tomar verdadera conciencia de que el *Corpus* era una obra histórica, que es lo que explica la presencia de antinomias, por lo cual habían persistido en tratarlo como un texto dogmático, esforzándose por conciliar esas antinomias a través de artificiosas distinciones y subdistinciones que torturaban innecesariamente los textos y que a las dificultades ínsitas en ellos añadían otras, salidas de sus cerebros escolásticos. Tampoco era mejor —decían— el carácter de las ediciones de que se valían estos juristas, plagadas de errores de lecturas, de los cuales ha surgido otra tanta variedad de opiniones falsas y sin verdadero fundamento en textos auténticos.

Por motivos de esta clase el humanismo descalificó en bloque a la jurisprudencia medieval y a sus seguidores modernos, los juristas del *mos italicus*.

5. ¿Cuál fue el balance final de esta crisis del derecho común y de las críticas dirigidas en contra de él por el humanismo? El resultado fue la ruptura de los moldes mismos del sistema; y como ese sistema en realidad consistía en una pluralidad que los medievales se habían esforzado en reconducir a la unidad a través de mecanismos inventados y supuestos aceptados, desaparecidos esos mecanismos y esos supuestos, la pluralidad afloró. A la íntima unidad entre derecho común y derechos estatutarios, ambos vigentes al mismo tiempo, pero relacionados de acuerdo con la teoría de la aplicación subsidiaria del primero, siguió una vigencia discutida del derecho romano con base en su equidad. A la unidad material a que los medievales habían conducido la pluralidad de textos recogidos en el *Corpus* por medio de su interpretación dogmática, sucedió la visión de un amontonamiento de textos. A la unidad de opiniones a través del mecanismo de la *communis opinio doctorum* procedió una pluralidad multiforme y abrumadora de sentencias. A la exclusividad del *Corpus Iuris* sucedió la pluralidad de leyes reales, etc. El resultado final tenía que ser la desorientación y la confusión, la incertidumbre y la incer-

teza. El remedio fue la proposición de nuevos cuerpos legales que reemplazaran al mismo tiempo al *Corpus Iuris* y al derecho nacional, fundidos en una unidad. Pero los planes que durante tres siglos se sucedieron no pudieron fructificar sino a fines de la época moderna, porque los tiempos anteriores no estaban maduros, de modo que durante esos siglos las diferentes naciones de Europa vivieron bajo un estado jurídico que les parecía aberrante, vivieron bajo el signo de la pluralidad y heterogeneidad jurídicas, imposibles de conducir a la unidad.

6. La disolución del sistema medieval del derecho, en parte consumada ya durante el siglo XVI y proseguida y acentuada en los siglos siguientes, generó una vasta literatura crítica destinada precisamente a denunciar las incongruencias y desajustes en que había caído dicho sistema. Esta literatura llegó a convertirse en una especie de género autónomo, distinto, en todo caso, de los embates que se encontraban dispersos en los escritos de los humanistas, de los cuales, no obstante, se nutrió el nuevo género, a modo de síntesis de cuanto por aquí y por allá habían dicho los primeros humanistas y aquellos del S. XVI y siguientes, sin perjuicio, por cierto, de desarrollar sus ideas y de aportar otras nuevas. Aquí nos limitaremos a señalar los momentos más importantes de dicha literatura.

a) El primero en presentar un escrito orgánico de esta naturaleza fue el francés François Hotman³⁴ en su libro *Antitribonien ou discours sur les loix* (1567). La influencia de Hotman en Europa fue grande y su libro sirvió de modelo para otras obras del género³⁵. En Alemania el movimiento crítico, que tenía una larga tradición iniciada en la época misma de la recepción, encontró también su sintetizador en el *De origine iuris germanici* (1643) de Hermann Conring, cuyos capítulos 34 y 35 están dedicados al tema³⁶. Debe considerarse también en este mismo sentido a Godofredo Guillermo Leibniz con su *Ratio corporis iuris recon-*

³⁴ De la literatura sobre la compleja figura de Hotman, selecciono los siguientes trabajos, más específicamente concernientes a su postura crítica: BARON, J., *Franz Hotmann's Antitribonian. Ein Beitrag zu den Codificationsbestrebungen vom XVI bis zum XVIII Jahrhundert* (Bern 1888); VAN KAN, J., *François Hotman en de Codificatiepolitiek van Zijn Tijd*, en TRG. 3 (1921-1922) 1-2, p. 1 ss.; MESNARD, P., *François Hotman (1524-1590) et le complexe de Tribonien*, en *Bull. de la Société de l'Histoire du Protestantisme Français* 101 (1955), p. 117 ss.; VOGEL, W., *Franz Hotman und die Privatrechtswissenschaft seiner Zeit* (diss. Münster. Wesph. 1960).

³⁵ Sobre esto vid. especialmente Baron (n. 34).

³⁶ Sobre él me limito a citar a WOLF, E., *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte* ⁴ (Tübingen 1963), p. 220 ss. con lit.

*cinnandi*³⁷ (1688). Italia no produjo un escrito similar sino algo tardíamente, presentándose así Ludovico Antonio Muratori y su célebre *Dei difetti della giurisprudenza* (1742)³⁸; exponente también italiano de la actitud crítica, si bien no expresada ella en un escrito orgánico, es el Cardenal de Luca, quien insistentemente anota los defectos del derecho común en sus escritos, particularmente en su *Theatrum veritatis et justitiae* (1669-1673)³⁹.

b) También España, como tenía que resultar natural, contó con una literatura de este tipo. Sin remontarnos a Nebrija, Antonio Agustín o Luis Vives⁴⁰, cabe citar en primer lugar, por la notable influencia que tuvo en toda Europa, a Jerónimo de Zevallos⁴¹ autor de un *Speculum aureum communium opinionum contra communes* (1599) destinado a recopilar aquellos temas del de-

³⁷ Esta obra se encuentra reeditada en LEIBNIZ, G. W. *Sämtliche Schriften und Briefe* (Hrgn. Deutsch. Ak. der Wiss. zu Berlin), 6. Reihe. 2. Band (Berlin 1966), p. 93 ss. De la rica literatura sobre este genio, me limito a señalar la más concretamente concerniente a su postura reformadora del derecho positivo: HENRICH, H. F. W., *Ueber die Bemühungen Leibnizens um die Rechtserkenntnisse überhaupt, en Magazin f. Rechts und Staatswiss.* 3 (Prag 1851) 1, p. 253 ss.; 4 (1851), p. 137 ss.; TRENDLENBURG, A., *Leibnizens Anregungen zu einer Justizreform, en Kleine Schriften* (Leipzig 1871) 1, p. 241 ss.; ISAACSOHN, S., *Leibniz als Förderer der preussischen Justizreformbestrebungen von 1698, en Zeitschr. f. Preussische Geschichte und Landeskunde* 14 (Berlin 1877), p. 413 ss.; HARTMANN, G., *Leibniz als Jurist und Rechtsphilosoph, en Festgabe Herrn Dr. Rudolph von Ihering z. Doktorjubiläum* (Tübingen 1892), p. 3 ss.; DICKERHOF, K., *Leibniz Bedeutung für die Gesetzgebung seiner Zeit* (diss. Freiburg i. Br. 1941-inédita); MOLITOR, E., *Der Versuch einer Neukodifikation des römischen Rechts durch den Philosophen Leibniz, en L'Europa e il Diritto Romano. Studi in memoria di Paolo Koschaker* (Milano 1954) 1, p. 359 ss.; STURM, F., *Das römische Recht in der Sicht von Gottfried Wilhelm Leibniz* (Tübingen 1968).

También debe ser nombrado a este respecto THOMASIVS, CHR., autor de una obra titulada *Naecorum jurisprudentiae romanae antejustinianae libri duo* precedida de un *Praefatio (qui) indicat summan naecorum jurisprudentiae Justinianae et hodierna Romano-germanicae* (Halle 1707). Sobre este específico aspecto de Thomasius: EBNER, W., *Kritik des römischen Rechts bei Christian Thomastius* (diss. Frankfurt a. M. 1971).

³⁸ DONATI, B., *Ludovico Antonio Muratori e la giurisprudenza del suo tempo* (Modena 1935); ROBERTI, M., *Ludovico Antonio Muratori e il tramonto del diritto comune, en Rivista di Storia del Diritto Italiano* 9 (1936) 1, pp. 12 ss.; PECORELLA, C., *Studi sul Settecento giuridico, I, L. A. Muratori e i difetti della giurisprudenza* (Milano 1964); PATTARO, E., *Il pensiero giuridico di L. A. Muratori tra metodologia e politica* (Milano 1974).

³⁹ GIUSTINIANI, L., *Memorie storiche degli scrittori legali del Regno di Napoli* (Napoli 1787), 2, pp. 188 ss.

⁴⁰ Elio Antonio de Nebrija fue autor del primer tratado sobre los errores de la *Glossa (Sanctissimi iuris civilis lexicon adversus quosdam insignes Accursii errores, 1506)*. Luis Vives, por su parte, dedicó pensamientos críticos al derecho civil en el lib. 7 de su *De causis corruptarum artium* y en el *Aedes legum*. Antonio Agustín es bien conocido por su labor de revisión y enmienda de los textos justinianeos. Esta crítica, sin embargo, se mantiene en la línea de los demás humanistas y no forma parte de la literatura crítica como género casi autónomo.

⁴¹ No hay, al menos que yo conozca, literatura sobre este jurista y se echa ella de menos.

recho común (*quaestiones*) para los que unos afirmaban haber solución elevada a la categoría de *communis opinio* mientras otros, sosteniendo la opinión contraria reivindicaban para ésta el mismo carácter. El libro de Zevallos fue un documento extraordinario, demostrador de la crisis misma del sistema de la *communis opinio*⁴². Enseguida es necesario citar la obra de Pablo de Mora y Jaraba⁴³, *Tratado crítico sobre los errores del derecho civil y abusos de los jurisperitos* (1748); también los *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes* (1765) de Juan Francisco de Castro⁴⁴. No mencionamos los reparos no resumidos en libros especiales que se encuentran dispersos en las obras de P. Forner, B. Feijoo, D. Saavedra Fajardo, G. Mayans o M. Macanaz⁴⁵. Finalmente es necesario citar a Francisco Martínez Marina⁴⁶, cuyas obras propiamente no estaban dirigidas en contra del derecho común sino más bien en contra del real mismo: se trata del *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de Castilla y León* (1808) y del *Juicio crítico de la Novísima Recopilación* (1820).

Por lo que respecta a Portugal, es necesario citar a Luis A. Verney apodado el Barbadoinho⁴⁷, autor de un *Verdadeiro metodo de estudar para ser util à republica e à igreja* (1746), traducido al castellano en 1776 y en el cual se contienen algunas secciones dedicadas al tema crítico.

⁴² Pasajes de Zevallos son citados por CONRING, *De origine iuris germanici*, cap. 34 (ed. Helmeštadt 1695, pp. 224-226) y por MURATORI, *Dei difetti della giurisprudenza*, cap. 11 (ed. Venecia 1743, p. 107, 111), en apoyo de sus propias consideraciones críticas.

⁴³ PESET, M., *Una propuesta de código romano-hispánico inspirada en Ludovico Antonio Muratori*, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Santa Cruz Teijeiro* (Valencia 1974) 2, pp. 217 ss.

⁴⁴ En el coloquio a que me refiero en la nota ** escuchamos un resumen del excelente trabajo sobre este jurista, debido al profesor argentino Víctor Tau. Esperemos que la pronta publicación de las actas de esa reunión nos permita disponer de aquel trabajo (que, además, por gentileza de su autor, pude conocer in extenso). El llena una laguna en la historia de la literatura y del pensamiento jurídico españoles.

⁴⁵ Vid. PUY, F., *Las ideas jurídicas en la España del siglo XVIII. 1700-1760* (Granada 1962).

⁴⁶ Sobre este jurista: vid. la literatura citada por PESET, M. y J. L., *Vicens Vives y la historiografía del derecho en España*, en *Vorstudien zur Rechtshistorik* (Hrsgn. Scholz, J. M., Sonderheft de la revista *Ius Commune*, 6, Frankfurt a. M. 1977), p. 179 n. 4. En todo caso, el pensamiento crítico de Martínez Marina no me parece que haya sido suficientemente estudiado.

⁴⁷ Especialmente la carta decimotercera. Sobre él: vid. RICARD, R., *Verney et l'esprit réformateur au Portugal au XVIII siècle*, en *Revue de la Méditerranée* 29 (1949), pp. 304 ss.; CABRAL DE MONCADA, L., *Un iluminista português do século XVIII: Luiz Antonio Verney*, en *Estudos de historia do direito* (Coimbra 1948) 3, pp. 1 ss.; PUY (n. 45), *passim*; ANDRADE, A. A., *Verney e a cultura de seu tempo* (Coimbra 1965).

c) En toda esta literatura se encuentran desarrollados verdaderos tópicos de censura dirigidos a la jurisprudencia del derecho común y a las fuentes de éste: la multitud de leyes, su oscuridad, complicación, contradicción y antinomias; la multitud de glosas y comentarios, su sutileza, oscuridad y contradicción; la incerteza e inseguridad que tales defectos producen en sí mismos y su incidencia en la administración de justicia, etc. Estos reproches eran dirigidos en primer lugar en contra del derecho romano, como núcleo del derecho vigente; en España, con Martínez Marina, se dirigen parcialmente en contra del derecho real mismo.

III. INFLUENCIA DE LA LITERATURA CRÍTICA EUROPEA EN LOS JURISTAS CHILENOS

1. Este ambiente crítico llegó a Chile a través de las obras que lo conformaban, especialmente, como es natural, de las españolas⁴⁸, si bien no deja de encontrarse en algún caso ejemplos de influencia extranjera. Para intentar reconstruir el ambiente literario-crítico generado en Chile por obras españolas y extranjeras, contamos con los inventarios de bibliotecas de los juristas indios y de la época de la transición al régimen republicano y posteriores, como también con los fondos de libros antiguos existentes en la Biblioteca Nacional, que en su día pertenecieron a juristas de aquella época.

El libro de este género que abunda sobremanera es el de Zevallos; él se encuentra prácticamente en todas las bibliotecas con cuyos inventarios contamos⁴⁹. El *Tratado crítico sobre los errores del derecho civil*, de Pablo de Mora; los *Discursos críticos* de F. de Castro y tanto el *Ensayo* como el *Juicio crítico* de

⁴⁸ Un panorama general sobre el paso de libros españoles a América, pero sin referencias específicas a la literatura jurídica, en LOHMANN, G., *Los libros españoles en Indias*, en *Historia de España. Estudios publicados en la revista Arbor* (Madrid 1953), pp. 422 ss.

⁴⁹ Inventario de las bibliotecas de: José de Toro Zambrano, en *Revista de Bibliografía Chilena y Extranjera* 1 (1913) 6, p. 220; Santiago de Tordecillas, en *Rev. Chilena de Historia y Geografía* 102 (1943) 6, p. 136; Teodoro Sánchez, en *El Bibliófilo Chileno* 5 (1952) 8, p. 100; Agustín Moreno y Escandón, Archivo de la Real Audiencia (= RA) v. 1599, pza. 2, fs. 180 v.; Juan del Corral, RA. v. 335, fs. 6 v.; Fernando Bravo de Naveda, Archivo de Escribanos (=AE) v. 894 fs. 180 v.; Francisco Martínez de Aldunate AE. v. 890 fs. 82 v.; Alonso de Guzmán, AE. v. 940 fs. 375 v.; Tomás Durán, AE. v. 701 fs. 248 v.; Juan Verdugo, AE. v. 788 fs. 338; José Sánchez, AE. v. 390, fs. 154; Pascual de Silva Bórquez, AE. 872, fs. 187; Mariano Egaña, Arch. Judicial Stgo. leg. 324, pza. 5, fs. 58.

Martínez Marina se encontraban en la biblioteca de los Egaña⁵⁰; en la de Bello se hallaban los *Discursos críticos* de F. de Castro⁵¹ y las dos obras citadas de Martínez Marina⁵²; entre los extranjeros hay pruebas de que circuló el *Verdadero método* del Barbadohino⁵³, las obras del cardenal de Luca⁵⁴ y hasta el *Dei difetti* de Muratori⁵⁵; en el Fondo de Libros Antiguos de la Biblioteca Nacional he encontrado ejemplares de las obras antes citadas de P. de Mora⁵⁶, Juan F. de Castro⁵⁷ y el Barbadohino⁵⁸ no habiendo datos externos para identificar quienes fueron sus propietarios, si bien su existencia ahí es prueba de que también circularon entre los letrados.

2. Así, pues, hay elementos objetivos para pensar en que la similitud de tópicos críticos entre la literatura española y la chilena del género se debe a una influencia de la primera sobre la segunda; en otras palabras, hay que suponer que ha sido a partir del ambiente literario crítico español de donde se ha fraguado la censura chilena. Ciertamente sería necesario, para mayor ilustración del lector, una exposición detenida de los diversos tópicos presentes en aquella literatura, lo mismo que seguidamente habremos de hacer respecto de la chilena. Pero ello excedería el objeto del presente trabajo; nos es suficiente lo dicho, a partir de lo cual cualquiera puede verificar que efectivamente los temas de reproche que encontramos en los escritos publicados en Chile están ya presentes en los citados libros españoles.

⁵⁰ Inventario de la Biblioteca de Mariano Egaña, en *Expediente sobre inventario de los bienes del finado Sor. Don Mariano Egaña*, Archivo Judicial de Santiago, legajo 324, pieza 5, fs. 59.

⁵¹ Catálogo manuscrito de la biblioteca de don Andrés Bello, pza. 129 de los *Papeles de don Andrés Bello* en la Colección de Manuscritos de la Biblioteca Central de la U. de Chile (vid. Catálogos de dicha biblioteca, Santiago 1965, p. 38), fs. 36 v. (=70 v.).

⁵² *Papeles* (n. 51), pza. 129, fs. 35 (=68: *Juicio crítico*); fs. 36 (=70: *Ensayo histórico*).

⁵³ Inventario de las bibliotecas de: Teodoro Sánchez, en *El Bibliófilo Chileno* 5 (1951) 8, p. 101; Agustín Moreno y Escandón, RA. 1599 v. 1599, pza 2, fs. 179; José Sánchez, AE. v. 390 fs. 153 (trad. castellana).

⁵⁴ Inventario de las bibliotecas de: Teodoro Sánchez, en *El Bibliófilo Chileno* 5 (1952) 8, p. 103; Colegio Máximo de San Miguel, Archivo de los Jesuitas, v. 7, pza. 4 fs. 312; Fernando Bravo de Naveda, AE. v. 894, fs. 182; Francisco Martínez de Aldunate AE. v. 890 fs. 79 v.; Adonso de Guzmán AE. v. 940 fs. 374; José Sánchez, AE. v. 390, fs. 153 v.; Pascual de Silva, AE. v. 872 fs. 185 v.; Andrés Bello, *Papeles* (n. 51), pza. 129, fs. 14 v. (=28 v.).

⁵⁵ Inventario de la biblioteca de Mariano Egaña (n. 50), fs. 59 (trad. castellana).

⁵⁶ Biblioteca Nacional de Santiago, Fondo Reservado, sign. 3 (836-11).

⁵⁷ *Ibid.* sign. 3 (770-23 a 25).

⁵⁸ *Ibid.* sign. 3 (1185-6 a 8); 3 (1185-9 a 11); 3 (1204-4 a 6); 5 (908-13 a 16).

De ello me limitaré a presentar un ejemplo, a través del cual, según me parece, se percibe muy claramente esa influencia. El corresponde a la comparación de un párrafo de la *Oratio ad lectorem et de utilitate multorum librorum opiniones contrarias recitantur* de J. de Zevallos, que precede a su libro *Speculum aureum opinionum communium contra communes*⁵⁹ (1599) (columna izquierda) y que presento en traducción algo libre, con el preámbulo de los proyectos de fijación del derecho presentados al Congreso Constituyente en su sesión de 28 de marzo de 1828 por don Francisco R. de Vicuña⁶⁰ (columna derecha):

... de modo que todos se admiren de tanta tiniebla y oscuridad que rodea a todo el derecho, no existiendo ninguna opinión por cierta y verísima que aparezca, que no pueda ser contradicha con muchos pareceres y fundamentos opuestos; y así todo asunto es decidido más por el arbitrio del juez que por una disposición cierta del derecho, y en dos negocios iguales se dictan sentencias [distintas], ya en favor del actor, ya en favor del demandado, sin que el derecho ni los hechos hayan variado, sino sólo en virtud de que a unos jueces place la opinión que a otros disgusta, satisfaciéndoles en cambio la directamente contraria, resultando así la república gobernada sin ley cierta y con tanta variedad de opiniones. Lo que más, sin embargo, debe doler es que en los litigios que cada día tienen lugar, no habiendo nada cierto, a ojos cerrados se consumen los pa-

Lamenta la República entera los males que padece en el orden judicial. Ningún ciudadano, desde el instante mismo en que es citado a un tribunal, tiene segura su propiedad, aunque su buena fe, sus consultas con jurisconsultos sabios, su inspección o precaución para hacerse de una propiedad de arraigo o un contrato con personas particulares o privilegiadas o cuantos medios de seguridad haya imaginado; en fin, aunque haya practicado cuanto pudo y debió hacerse, todo es burlado por la complicación de leyes contradictorias, por las opiniones de autores divididos en sus interpretaciones y glosas, que hacen inefectivas las responsabilidades de un juez o de un tribunal y le hacen árbitro de vulnerar al que no sea de su agrado. De aquí nace la acepción de personas por los vínculos de la amistad, de aquí la venganza de sus enemigos, el pábulo del odio y

⁵⁹ Ed Coloniae Agrippinae 1664, s. fol. (=3).

⁶⁰ En COOD-FELIÚ, núm. 11, anexo 481, p. 31 ss.

trimonios y se acaba la vida de los hombres...⁶¹.

de una pasión, los efectos de una antipatía o simpatía; nacidos todos de aquellas causas por las que vemos con dolor que *ex bono et aequo* y por las mismas razones que se gana un pleito se pierde otro de igual naturaleza e identidad.

El texto de Zevallos piensa fundamentalmente en el derecho común mientras que el de Vicuña en el derecho real y en el indiano; pero la similitud mental de ambos es evidente y no podemos dejar de pensar en que el primero ha contribuido a formar el clima de ideas de que ha surgido el segundo⁶².

3. En la selección de temas de censura no ha habido originalidad entre los juristas chilenos; pero sí la hubo en este otro sentido: los juristas y políticos chilenos han aplicado dichos temas, que originalmente estaban dirigidos en contra del derecho común, al derecho real de España, al indiano vigente en el país y, si bien de modo muy secundario, al romano que tenía carácter subsidiario. Verdad es que el derecho real de España había sido objeto de una cierta crítica autónoma en la península con Francisco Martínez Marina, pero muy tardíamente; éste, por lo demás, la había limitado a las *Siete Partidas* y a la *Novísima Recopilación* de 1805, de modo que no constituía propiamente una censura gene-

⁶¹ ... *ut quilibet miretur, in quanta caligine et obscuritate totum jus versetur, cum nulla sit opinio certa et verissima, quae non possit pluribus contrariis opinionibus et fundamentis contrariari et sic omnia negotia magis ex iudicum arbitrio, quam ex certa juris dispositione terminantur et modo in uno eodemque negotio, nunc pro actore, nunc pro reo, sententia fertur, sine variatione juris, neque facti, sed solum ex eo, quia his iudicibus placet haec opinio et aliis displicet, et contraria directa satisfacit, cum sine certa lege omnino in tot opinionum varietate Respublica gubernetur. Quod est maxime dolendum, quia in litibus, quae cotidie contingunt, cum nihil sit certum, conviventibus oculis patrimonia consumantur et hominum vitae terminantur* (ed. Coloniae Agrippinae 1664, s. fol. =3).

⁶² Todavía podría presentarse el siguiente pequeño detalle indicativo de la dependencia cultural de los juristas chilenos respecto de Europa. Compararé un párrafo de las *Annotationes in quatuor et viginti Pandectarum libros* (1508) del humanista francés G. Budaeus, correspondiente a la ann. ex lege posteriore *De origine iuris*, que reza así: ... *tot voluminum acervos, quos ne Ptolemaei quidem Bibliotheca caperet...* ("todo el acervo de libros, que no cabría en la biblioteca de los Ptolomeos": ed. Paris 1535, p. 37) con un texto de Juan Egaña extraído de su escrito *Reflexiones sobre el reglamento de administración de Justicia*, publicado en *El Araucano* N.ºs. 35 y 36 de 14 y 21 de mayo de 1831: *Este nuevo derecho que si se reuniese en un archivo, acaso igualaría a la biblioteca de los Ptolomeos...* (ed. FELIÚ, *Prensa*, p. 7. Para la atribución de este escrito a Juan Egaña: vid. GUZMÁN, en *REHJ.* 3 (1978), p. 328 s.).

ral. Por otro lado, hay que reconocer que sus escritos han tenido influencia en Chile ya que, como vimos, ellos circularon ahí amén de haber recibido el segundo una cierta difusión periódica, como veremos⁶³. Con todo, nos inclinamos por pensar en que el traslado de los elementos de crítica del derecho común al real y al indiano resultó predominantemente autónomo; este traslado fue posible porque efectivamente los defectos que se había achacado secularmente al derecho común eran defectos que también podían observarse en el real y en el indiano, al menos para una mentalidad sensibilizada en contra de todo lo español, como solía ser la de los chilenos al día siguiente de la independencia.

IV. LA CRÍTICA EN CONTRA DE LOS DERECHOS CASTELLANO E INDIANO

Al producirse la independencia del reino de Chile y constituirse en república, heredó ésta del antiguo régimen un complejo sistema jurídico, integrado esencialmente por dos masas: el derecho indiano y el derecho castellano, a las que, sin embargo, todavía podía agregarse una tercera: la del derecho común romano-canónico. El derecho indiano, esto es, el derecho establecido para las Indias Occidentales (que nada tiene que ver con el antiguo derecho autóctono de las comunidades indígenas de América⁶⁴), se componía, a su vez, de aquel conjunto de cédulas, pragmáticas, provisiones y otros textos normativos originados por la corona castellana con posterioridad a la recopilación de 1680; por textos de igual naturaleza que habían resultado fijados en dicho código, cuyo título oficial era *Recopilación de las leyes de los reinos de las Indias*; y finalmente, por textos (de rango normativo inferior a los anteriores) emanados por diversas autoridades locales del reino, como autos acordados de la Real Audiencia, bandos de presidentes y ordenanzas municipales. Este conjunto de normas⁶⁵ se aplicaba según un orden de prelación señalado en la misma reco-

⁶³ *Infra*. VII.

⁶⁴ Hago esta elementísima observación debido a que en medios no-especializados de fuera del mundo español-luso-americano suele creerse lo contrario. El derecho indígena, por otro lado, fue mandado respetar por la *Rec. Ind.* 2.1.4, de modo que los aborígenes lo conservaren, en tanto no contradijera a la religión católica ni a las leyes de la misma recopilación.

⁶⁵ En AVILA MARTEL, A., *Esquema del derecho penal indiano* (Santiago 1941), p. 19 ss. se encuentra una buena exposición de esta materia, que he seguido. Para el derecho común, me remito *infra* V.

pilación de 1680⁶⁶. En subsidio del derecho indiano debía usarse el derecho castellano⁶⁷, según el orden de prelación establecido por la ley I de Toro (1505), de acuerdo con la cual correspondía aplicar los siguientes cuerpos: las *Leyes de Toro*, las pragmáticas de los reyes; el *Ordenamiento de Montalvo*⁶⁸ el *Ordenamiento de Alcalá*, las *Leyes del Estilo*⁶⁹, el *Fuero Real* y las *Siete Partidas*⁷⁰.

Este derecho llevaba en sí el signo de los tiempos medievales y modernos: pluralidad, heterogeneidad, cumulatividad, repetitividad, casuismo; tenía, en suma, un carácter histórico; era el resultado de cerca de siete siglos de alta cultura jurídica, en que cada siglo no había desdeñado a sus antecesores sino conservádoslos; se trataba de un sistema jurídico formado por sucesivos aluviones donde cada nuevo aluvión, sin embargo, había mantenido su personalidad propia, uniéndose a los anteriores, pero no confundiendo con ellos ni disolviéndose.

Desde un punto de vista normativo, el *Proyecto de Constitución para el Estado de Chile*, redactado en 1811 y publicado en 1813, que, sin embargo, no alcanzó vigor, había confirmado la vigencia en Chile del antiguo derecho de la monarquía⁷¹; la constitución de 1818, que sí alcanzó vigor, mandó por su parte que los tribunales juzgaran *todas las causas por las leyes, cédulas y pragmáticas que hasta aquí han regido, a excepción de las que pugnan con el actual sistema liberal de gobierno*⁷². Además de

⁶⁶ Carlos II, R. cédula de 18 de mayo de 1680 sobre autoridad de la Rec. Ind.; *Rec. Ind.* 2.1.1; 2.1.3.

⁶⁷ *Rec. Ind.* 2.1.2 en relación con Rec. Ind. 2.1.1 por lo que respecta a la aplicación de la *Nueva Rec.*

⁶⁸ Si bien es cierto que se discutió mucho la vigencia del *Ord. Montalvo* (incluso hay ecos de esa discusión en el Chile republicano: vid. infra VIII), puesto que la ley I de Toro se refiere a "ordenamientos" en plural, debe entenderse incluido ahí al de Montalvo, pues fuera del de Alcalá sólo aquél existía: AVILA (n. 65), p. 26 (siguiendo a Llamas y Molina, el epígonos de los comentaristas de las *Leyes de Toro*).

⁶⁹ La ley I de Toro no se refiere a este cuerpo, pero en definitiva se aplicaba, como lo dice Llamas, en virtud de uso comprobado; por lo demás, el Consejo de Castilla por auto acordado de 1768 lo declaró como ley del reino: AVILA (n. 65), p. 27.

⁷⁰ La ley I de Toro se refería también a "los fueros municipales que cada ciudad o villa o lugar toviere", pero esta disposición era inaplicable en América, en donde no había fueros.

⁷¹ Su art. 21, 4ª parte, en el lugar pertinente, decía: "...regirán las leyes corrientes, en los puntos que no se opongan a la constitución o a las leyes y reglamentos del gobierno, censura y juntas (en COOD-FELIÚ, n° 1, p. 29).

⁷² Tit. 5, cap. I, art. 2: en COOD-FELIÚ, n° 2, p. 29. Su tit. 3, cap. 3, art. 6 ordenaba, además, consultar con el director supremo, antes de la promulgación *toda abolición de las leyes incompatibles con nuestra independencia*.

esta declaración constitucional, hubo confirmaciones legales específicas para determinados cuerpos ⁷³.

En realidad, confirmaciones, al menos generales, del antiguo derecho en el naciente estado sucesor de la monarquía no eran necesarias por la naturaleza de las cosas; por lo mismo nadie puso jamás en duda que el antiguo derecho continuara vigente en el nuevo estado ⁷⁴. Ello, por lo demás, era el presupuesto de que partía el intenso movimiento crítico dirigido en contra de ese derecho, al estudio de cuyos diversos tópicos dedicaremos el presente párrafo.

1. MULTITUD DE LEYES

Esta motivación se presenta ya en 1823. José Alejo Eyzaguirre, al fundamentar su plan fijador presentado al Congreso Constituyente el 17 de noviembre de ese año, afirma que en la práctica de la administración del régimen antiguo *se sucedían unas a otras las cédulas reales* ⁷⁵. Santiago Muñoz de Bezanilla, en el preámbulo de su propio proyecto presentado al Congreso Nacional el 29 de julio de 1826 habla de *la multitud de leyes y costumbres* ⁷⁶, tema que es retomado por el informe de la Comisión de Justicia del Congreso, recaído en el proyecto anterior, cuando habla de *nuestros códigos, vagantes en multitud* ⁷⁷. Mora en 1829 se refiere a *la inmensa mole de nuestros cuerpos de derecho* ⁷⁸ y a *la masa*

⁷³ Así, p. ej., la ley de 28 de abril de 1837, que en su parte dispositiva expresa: "*Que las leyes del Estilo deben obtener en la nación la misma autoridad que las del Fuero real de que son apéndice, y como posteriores a éstas, guardarse con preferencia cuando hubiere contradicción entre unas y otras*" (en *Boletín de las leyes* 8, Santiago 1938, t. 4, p. 29). En realidad, esta ley se explica por la necesidad de zanjar la vieja cuestión debatida entre los juristas hispánicos acerca de la fuerza legal de las *Leyes del Estilo* en la misma España, discusión que se había trasladado a América. Se observará, por otro lado, que la citada ley chilena parte de la base indubitada de la vigencia en el país del *Fuero real* (... *obtener en la nación la misma autoridad que* [sc. ya tienen] *las* [sc. leyes] *del Fuero Real* ...).

⁷⁴ No obstante, constituyó una suerte de sanción general del antiguo derecho español el decreto con fuerza de ley de 1º de marzo de 1837, del Presidente Prieto, con el que se sancionó el oficio del fiscal de la Corte Suprema Mariano Egaña, de 20 de febrero del mismo año, que absolvía una serie de consultas dirigidas por la Corte Suprema al Gobierno acerca del modo de aplicar la ley de 2 de febrero de 1837 sobre fundamentación de las sentencias (los textos legales citados aquí: en *Boletín de las Leyes*, Santiago 1841, t. 7, p. 89 ss.). El citado oficio de Egaña (convertido, como digo, en ley) discurre todo él sobre la base de la vigencia del antiguo derecho español, lo cual, como he indicado, obedecía nada más que a un supuesto ya muchos años aceptado sin discusión.

⁷⁵ COOD-FELIÚ, nº 4, anexo 742, p. 29.

⁷⁶ COOD-FELIÚ, nº 8, anexo 326, p. 30.

⁷⁷ COOD-FELIÚ, nº 9, anexo 570, p. 31.

⁷⁸ MORA, J. J., *Preocupaciones forenses*, en *REHJ.* 4 (1979), p. 197.

*indigesta que forman las leyes civiles*⁷⁹. Juan Egaña, por su parte, después de haber criticado el derecho de las *Partidas*, la *Recopilación de Indias* y la *Novísima Recopilación* verifica en 1831 que al margen de dichos cuerpos *existe un inmenso océano de disposiciones sueltas y extraviadas que constituyen el derecho novísimo y regularmente revocatorio de los códigos promulgados en cortes. Este derecho —continúa— consiste no sólo en cédulas consultadas a los consejos, sino también en cualquier orden particular que despacha un ministro que aun ignora las leyes que altera o revoca. Este nuevo derecho —sigue— (que) si reuniese en un archivo, acaso igualaría a la biblioteca de los Ptolomeos...*⁸⁰.

Contestando la cámara de diputados el mensaje presidencial de apertura de las sesiones parlamentarias en 1831, verificaba que la legislación era un *caos inmenso*; y hablaba de *treinta i seis mil leyes compiladas y millones de dispersas... sin unidad*^{80 bis}.

El tópico es reiterado varias veces por Bello. En 1833 se refiere al *laberinto de una legislación como la nuestra*⁸¹; a *tantos códigos*⁸²; a *tanta copia de pragmáticas, cédulas y reales órdenes*⁸³. En 1836, a las *leyes diseminadas en vastos volúmenes* y pide *cuerpos reducidos*^{83 bis}. En 1837 dice que *los códigos vigentes son un océano de disposiciones*⁸⁴ y los califica de *abismo insondable* (de leyes)⁸⁵... En 1839 habla de *un cuerpo de leyes tan vasto y enmarañado como el nuestro*⁸⁶.

El anónimo autor de una *Teoría de un sistema económico y administrativo para la república de Chile*, de 1834, alude en cierta manera a lo mismo al hablar de *la recopilación de diferentes códigos*⁸⁷. Ese mismo año, el presidente Prieto en su discurso de apertura de sesiones de las cámaras legislativas, al instarlas a tomar en consideración el proyecto de fijación por entonces pendiente, lo

⁷⁹ MORA (n. 78), p. 199.

⁸⁰ EGAÑA, Juan, *Reflexiones sobre el reglamento de administración de justicia, en Feliú, Prensa*, p. 7. Para la atribución de este escrito a Egaña: vid. n. 62.

^{80 bis} LETELIER, V., *Sesiones de los cuerpos legislativos* (Santiago 1899) t. 20, p. 68. Esta respuesta fue redactada por los diputados Juan de Dios Vial, José M. Astorga y Manuel C. Vial.

⁸¹ BELLO, *Codificación del derecho civil*, en FELIÚ, *Prensa*, p. 21 = *Ob. compl.* 7, p. 137.

⁸² *Ibid.* p. 21; 139.

⁸³ *Ibid.* p. 21-22; 139.

^{83 bis} BELLO, *Reforma judicial*, en *Ob. compl.* 7, p. 287.

⁸⁴ BELLO, *Sistema de administración de justicia*, en FELIÚ, *Prensa*, p. 25 = *Ob. compl.* 7, 295.

⁸⁵ *Ibid.* p. 26; 296.

⁸⁶ BELLO, *Necesidad de fundar las sentencias*, en *Ob. compl.* 7, p. 347.

⁸⁷ ANÓNIMO, *Teoría de un sistema económico y administrativo para la República de Chile*, en REHJ. 3 (1978), p. 291.

hace sobre la base de que la codificación reemplazará lo que ahora se halla esparcido en tantos volúmenes anticuados y en una multitud de disposiciones sueltas e inconexas⁸⁸. También en 1834 José M. Infante habla de la multitud de nuestros códigos^{88 bis}. Todavía en la *Exposición* que Prieto hizo a la nación al entregar la presidencia a su sucesor en 1841, recordaba que bajo su gobierno había tenido comienzo la reunión de las leyes, dispersas ahora en varios cuerpos y hablaba de todos estos diseminados y confusos elementos⁸⁹.

Como podemos apreciar, el tópico de la multitud apuntaba a tres características del derecho castellano e indiano: (i) la pluralidad de códigos; (ii) el volumen de disposiciones (leyes) que cada código contenía; y (iii) la cantidad de leyes extravagantes no-recopiladas. Este tema tiene su raíz en el tema europeo concerniente a la pluralidad de cuerpos (civiles y canónicos) del derecho común y a la multitud de sus disposiciones (fragmentos), llamados como es sabido, leyes.

2. CARÁCTER RECOPIULATORIO DE LOS CÓDIGOS

Una crítica bastante persistente estaba dirigida en contra del estilo fijador utilizado en su momento para la redacción de algunos códigos castellanos e indianos, a saber, el estilo de las recopilaciones, que obedecía al tipo de reunión formal de fuentes⁹⁰. Este estilo de los códigos tradicionales, que contrastaba con el de las modernas codificaciones, cuyo paradigma estaba representado por el Código de Napoleón, en España había sido objeto de una célebre crítica de Francisco Martínez Marina, que, como veremos, tuvo en Chile una difusión periodística⁹¹; sin perjuicio de ella, varios

⁸⁸ DP. 1, p. 21 = BELLO, A., *Obras completas de...*, t. XVI: *Textos y mensajes de gobierno* (Caracas 1964), p. 57. Se tendrá presente que el discurso en que este texto figura ha sido atribuido a Bello (de ahí su inclusión en la edición caraqueña de las obras de aquél). Para tal atribución: véase FELÚ, G., *Andrés Bello y la redacción de los documentos oficiales administrativos, internacionales y legislativos de Chile* (Caracas 1957), p. 167 ss.; EL MISMO, *Andrés Bello y la redacción de algunos de los documentos del gobierno de Chile*, en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* (U. de Chile-Santiago) 4 ép. (1964-1965) 4, p. 21 ss.; EL MISMO, *Andrés Bello y la administración pública de Chile*. Prólogo al t. XVI de las obras de Bello antes citadas, p. XI ss.

^{88 bis} Infante, J. M., en *El Valdiviano Federal* n° 75 de 20 de enero de 1834, reproducido en RChHG. 132 (1964), p. 211.

⁸⁹ DP. 1, p. 64 = BELLO, OC (n. 88), t. XVI, p. 130. El texto es de Bello: vid. n. 88.

⁹⁰ GUZMÁN, *Fijación* (n. 1), p. 23.

⁹¹ *Infra* VII.

personajes han denunciado en el país ese característico estilo de ciertos cuerpos de la monarquía.

En 1827 *El Monitor Imparcial* transcribía bajo el título *Justicia*, un artículo que como *Codificación* había publicado *La Crónica* de Buenos Aires. Ahí se afirmaba: *Los progresos de la civilización hacen ya indispensable los cuerpos de leyes únicos y compactos, con exclusión de la jurisprudencia tradicional y de la legislación a retazos, como la que tantos siglos han dominado y envilecido a los pueblos de Europa*⁹². También Mora en 1829 habla de que *la masa indigesta que forman las leyes civiles vigentes había sido formada a retazos*⁹³. Juan Egaña en 1831 considera a la *Novísima Recopilación* de 1805 como *una aglomeración indigestísima de leyes sacadas arbitrariamente de los antiguos códigos y posteriores disposiciones, a más de lo infiel de sus copias, de su desorganización, de lo contradictorio de algunas disposiciones, no presenta el menor alivio porque no recopila todas las leyes vigentes y es preciso ocurrir a los códigos originales*⁹⁴. La *Recopilación de Indias* de 1681 la considera, por su parte, como *otro amontonamiento más indigesto de leyes*⁹⁵. Ese mismo año Gabriel José Tocornal no deja de reconocer que la *Recopilación de Castilla* no es nada más que *una colección de leyes y disposiciones que no formaban cuerpo alguno*⁹⁶. En la *Exposición* de Prieto del año 1841 se hablaba de *masa heterojénea de disposiciones espedidas bajo la influencia de siglos, países, instituciones y costumbres no sólo diferentes, sino de contrario jenio y espíritu*⁹⁷.

Este tema encuentra su correspondiente europeo en la similar crítica dirigida al *Corpus Iuris Civilis* y al *Canónico*, de ser recopilaciones, de ser *centones*, como se decía, palabra ésta equivalente a “retazos”.

3. OSCURIDAD, COMPLICACIÓN, CONTRADICCIÓN, INCOHERENCIA, DESORDEN.

Santiago Muñoz de Bezanilla, en el preámbulo de su proyecto fijador de 1826, había considerado que fines suyos eran *simplificar la jurisprudencia, hacerla más clara, perfeccionar las leyes y costumbres oscuras y . . . contradictorias* y había insistido en tener *leyes más precisas y más claras* y en aniquilar *la hidra de esa copiosa*

⁹² FELIÚ, *Prensa*, p. 1.

⁹³ MORA (n. 78), p. 199.

⁹⁴ EGAÑA (n. 80), p. 6-7.

⁹⁵ *Ibíd.* p. 7.

⁹⁶ COOD-FELIÚ, n.º 38, anexo 649, p. 41=C FELIÚ, *Prensa*, p. 13.

⁹⁷ DP. 1, p. 64 = BELLO, OC (n. 88) t. XVI, p. 130. El texto es de Bello: vid. n. 88.

*sutileza en materia de delitos*⁹⁸ aspiraciones éstas que naturalmente envolvían una crítica al estado del derecho entonces vigente. En 1827 *El Monitor Imparcial*, intentando revivir el olvidado proyecto de Bezanilla, vuelve a deplorar el *caos y confusión en que están sumergidos los códigos civil y criminal*⁹⁹. Francisco de Vicuña en 1828, por su lado, habla de la *compilación de leyes contradictorias*¹⁰⁰ y José J. de Mora al año siguiente, junto con alabar el deseo de tener un código *claro*¹⁰¹, se refiere a *la masa incoherente que forman las leyes civiles que nos rijen*¹⁰². Juan Egaña en 1831 dice que *las leyes que nos gobiernan en el día son informes y contradictorias*¹⁰³; para él, las leyes sobre sucesiones contenidas en la *Sexta Partida* son *embrolladas y defectuosas*¹⁰⁴ y el juicio general que todos los códigos le merecen es el de ser *desorganizados, absurdos, contradictorios*¹⁰⁵.

En la respuesta de la cámara de diputados al mensaje presidencial de 1831 se habla de la legislación como un *caos insonable* y de leyes *sin principios*^{105 bis}.

Bello insiste en el tema en varios escritos del período. Ya en 1833 habla de la *oscuridad de las leyes que un corto número de individuos tiene interés en perpetuar*¹⁰⁶. En el mismo escrito se refiere a *tantos códigos contradictorios*¹⁰⁷, a la necesidad de *expurgarlos de todo lo contradictorio y superfluo*¹⁰⁸ y al *caos de la legislación existente*, que también califica de *laberinto*¹⁰⁹. En 1836 se refiere a las *leyes oscurecidas por el desorden, por las contradicciones que ofuscan los preceptos de la ley* y pide presentar aquélla en *cuerpos ordenados*^{109 bis}. En 1837 vuelve a hablar de la *oscuridad y complicación de las leyes*¹¹⁰ y prefiere tener un *código cualquiera de leyes bien ordenado que un abismo insondable*¹¹¹. En 1839 considera que *la falta de claridad y orden en la redacción de las leyes es un manantial fecundo de dificultades*.

⁹⁸ COOD-FELIÚ, n.º 8, anexo 326, p. 30-31.

⁹⁹ FELIÚ, *Prensa*, p. 2.

¹⁰⁰ COOD-FELIÚ, n.º 11, anexo 481, p. 32.

¹⁰¹ MORA (n. 78), p. 197.

¹⁰² *Ibid.*, p. 199.

¹⁰³ EGAÑA (n. 80), p. 4.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 6.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 7.

^{105 bis} SCL. (n. 80 bis) t. 20, p. 68.

¹⁰⁶ BELLO, *Codif.* (n. 81), p. 21; 137.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 21; 139.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 22; 139.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 21; 138.

^{109 bis} BELLO, *Ref. jud.* (n. 83 bis), p. 288.

¹¹⁰ BELLO, *Sistema* (n. 84), p. 26; 296.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 26; 296.

*vacilaciones e inconsecuencias*¹¹² y ese mismo año en otro escrito no deja de insistir en la *oscuridad de las leyes*¹¹³. Defendiendo la necesidad de fundamentar las sentencias, declara que la legislación española, *tan complicada y oscura como se quiera*, no es óbice a dicha necesidad¹¹⁴ y que la existencia en la nación de *un cuerpo de leyes tan vasto i enmarañado como el nuestro* es solo prueba de la necesidad de codificar, de *simplificar nuestra legislación, de reducirla a un todo coherente y armonioso*¹¹⁵.

El informe de la Comisión de Legislación de la Cámara de Diputados recaído en 1833 sobre el proyecto fijador de Vial, no deja de hacer hincapié en *los vacíos y defectos en que abundan nuestros códigos*¹¹⁶. El presidente Prieto en 1833, recordando al congreso el proyecto de Vial aún pendiente de discusión, augura *los beneficios incalculables que de él se seguirán para la administración de justicia al purgar las leyes existentes de todo lo superfluo y contradictorio*, sin dejar de reconocer que la tarea de *llenar los vacíos y corregir las imperfecciones de la legislación civil* será posterior¹¹⁷. El año 1836, refiriéndose a la reforma de la legislación civil, indicaba que una de sus metas era dar a *las leyes civiles la simplicidad que les falta*¹¹⁸. El autor de la *Teoría* estima en 1834 que los males que se observan en la administración de justicia derivan de la *contrariedad de las leyes*¹¹⁹ y en ese mismo año Infante se refiere a la *complicación e inepticia* de los códigos^{119 bis}. El ministro Joaquín Tocornal en su memoria ministerial de 1834 se refiere a la *deformidad de nuestros códigos* y a que ellos presentan *en su conjunto un edificio sin unidad de designio, una mezcla informe de partes heterogéneas y discordantes*¹²⁰. Aun en 1841 el ministro de justicia Manuel Montt, iniciado el proceso de codificación, podía decir: *La obra más grande que en el ramo de justicia podía acometerse, es la reforma de la legislación civil, reuniendo las esparcidas y muchas veces incongruentes disposiciones de nuestros códigos en un solo cuerpo, en que se viesen uni-*

¹¹² BELLO, *Cuestiones legales*, en FELIÚ, *Prensa*, p. 42 = *Ob. compl.* 7, p. 331

¹¹³ BELLO, *Legislación*, en FELIÚ, *Prensa*, p. 43 = *Ob. compl.* 7, p. 336.

¹¹⁴ BELLO, *Necesidad de fundar las sentencias*, en *Ob. compl.* 7, p. 347.

¹¹⁵ *Ibid.* p. 347.

¹¹⁶ COOD-FELIÚ, n.º 42, anexo 103, p. 43.

¹¹⁷ DP. 1, p. 4 = Bello, OC. (n. 88) t. XVI, p. 44. El texto es de Bello: vid. n. 88.

¹¹⁸ DP. 1, p. 28 = Bello, OC. (n. 88) t. XVI, pp. 69-70. El texto es de Bello: vid. n. 88.

¹¹⁹ ANÓNIMO (n. 87), p. 293.

^{119 bis} INFANTE (n. 88 bis), p. 211.

¹²⁰ DP. 1, p. 75.

*formadas bajo unos mismos principios i acomodadas a las circunstancias peculiares de la República*¹²¹. Al terminar su mandato el 18 de septiembre de 1841, el presidente Prieto, dando cuenta de su labor de gobernante, recordaba que durante su gobierno había tenido comienzo *la reunión de las leyes, dispersas ahora en varios cuerpos, masa heterojénea de disposiciones espedidas bajo bajo la influencia de siglos, países, instituciones i costumbres, no solo diferentes, sino de contrario jenio y espíritu; la reunión, digo, de todos estos diseminados y confusos elementos, en códigos breves, regulares y coherentes...*¹²².

Se aprecia, en consecuencia, que, bien de modo directo, bien indirectamente, a través de la afirmación del ideal codificador moderno, máximamente representado por el *Código de Napoleón*, los personajes citados han denunciado lo que en una palabra podríamos resumir como ausencia de lógica en la organización de los códigos castellanos e indiano. Naturalmente este tema está en íntima relación con la crítica europea contra el *Corpus Iuris*, en quien los humanistas y sus sucesores habían denunciado vicios semejantes.

4. VICIOS DEL LENGUAJE

En 1831, Juan Egaña, hablando del *Fuero Juzgo*, comentaba: *... su estilo, sin embargo, que no comete solecismo latinos, es muy difícil en su inteligencia legal*¹²³; y en el siguiente año la mayoría de la Comisión de Legislación de la Cámara de Diputados en su informe recaído sobre el proyecto de fijación impulsado por el gobierno en 1831 y ya aprobado por el Senado, informe que, sin embargo, más estaba dedicado a impugnar el contraproyecto de Tocornal, consistente en una nueva redacción de las *Partidas*, decía a propósito de éstas: *No solamente ignoramos en el día el sentido de varias voces y aun frases de las Partidas...*¹²⁴. En 1833 Bello propugnaba reducir las leyes civiles a un cuerpo bien ordenado *... sin la hojarasca de preámbulos y de frases redundantes, sin la multitud de vocablos y locuciones desusadas, que ahora las embrollan y oscurecen...*¹²⁵; y en 1839 se preguntaba si no resultaba ser una mengua *que nos gobernemos todavía por*

¹²¹ COOD-FELIÚ, n.º 60, p. 49.

¹²² DP. 1, p. 64=BELLO, OC. (n. 88) t. XVI, p. 130. El texto es de Bello: vid. n. 88.

¹²³ EGAÑA (n. 80), p. 6.

¹²⁴ COOD-FELIÚ, n.º 36, anexo 648, p. 40.

¹²⁵ BELLO, *Codif.* (n. 81), p. 21 = *Ob. compl.* 7, p. 138.

códigos que nos hablan un lenguaje inteligible apenas^{125 bis}. También en 1833 el Presidente J. Prieto recordaba al Congreso el proyecto de codificación pendiente en sus salas, en el cual las leyes debían ser *enunciadas en un lenguaje claro y preciso*¹²⁶ y en el año siguiente volvía a propugnar una codificación *inteligible*¹²⁷. El anónimo autor de la *Teoría* en 1834, finalmente, criticaba *unas leyes escritas en un lenguaje y en un estilo barbaro y oscuro . . .*¹²⁸.

5. DESUSO DE AMPLIOS SECTORES DEL DERECHO

En 1826 la Comisión de Justicia del Congreso Nacional, informando el proyecto de fijación presentado por Muñoz de Bezanilla, verificaba que *una multitud de establecimientos o desusados por el tiempo o variados por revocaciones expresas, ofusca o esconde a las vigentes, produciendo funestas equivocaciones al discernimiento mas perspicaz*¹²⁹. Dos años después Mora comentaba no ser fácil discernir en los diversos volúmenes que contenían las leyes civiles *lo que está en actual vigor o lo que puede estarlo en medio de la transformación que nuestra existencia social ha sufrido*¹³⁰. El informe mayoritario de la Comisión de Legislación de la Cámara de Diputados se oponía en 1831 al proyecto de Tocornal, de proceder a una nueva redacción de las *Partidas*, entre otras causas, por cuanto esa legislación se basaba en *un derecho canónico derogado en gran parte*¹³¹. También en la respuesta de la cámara de diputados al discurso de apertura de 1831 se decía ser *preciso comenzar por la redacción de los códigos, reduciéndolos tales cuales se hallan a lo vijente; separar lo derogado e inconducente*^{131 bis}. En 1833, Bello explicaba que un nuevo código debía descartar *las materias que no han tenido nunca, o que ya han dejado de tener aplicación al orden de cosas en que vivimos*¹³².

^{125 bis} BELLO, *Crónica judicial*, en Feliú, *Prensa*, p. 54 = *Ob. compl.* 7, p. 362.

¹²⁶ DP. 1, p. 4 = BELLO, *OC.* (n. 88) t. XVI, p. 44. El texto es de Bello: vid. n. 88.

¹²⁷ DP. 1, p. 21 = BELLO, *OC.* (n. 88) t. XVI, p. 56. El texto es de Bello: vid. n. 88.

¹²⁸ ANÓNIMO (n. 87), p. 291.

¹²⁹ COOD-FELIÚ, n.º 9, anexo 570, p. 31.

¹³⁰ MORA (n. 78), p. 199.

¹³¹ COOD-FELIÚ, n.º 37, anexo 648, p. 48.

^{131 bis} SCL. (n. 80^{bis}) t. 20, p. 68.

¹³² BELLO, *Codif.* (n. 81), p. 21.

6. MULTITUD Y VICIO DE GLOSAS Y COMENTARIOS A LAS LEYES

Este tópicos resulta ser el más repetido por nuestros autores; pero ello nada tiene de extraño, pues también había resultado el más reiterado en la literatura crítica europea al derecho común, cuya característica más saliente, como antes hemos recordado, consistía en ser un derecho de juristas, y cuyo signo más acusado de decadencia había sido precisamente el enorme incremento de sus intérpretes y el no menos enorme aumento de opiniones en torno a sus cuestiones.

Respecto de este tema de censura es necesario considerar que, si bien resulta cierto que nuestros autores piensan en el derecho real, o mejor, en la literatura del derecho real, en alguna medida tienen también presente la del derecho común, en cuanto instrumento de interpretación del real, pues, como ya hemos recordado e insistiremos después, en realidad este último era un derecho romanísticamente comentado e interpretado. En este punto, en consecuencia, es difícil un discernimiento entre crítica al derecho real y al romano, y es mejor partido considerar que ella envuelve a ambos.

En 1826 Santiago Muñoz de Bezanilla exigía unas *leyes más precisas y más claras*, porque así ellas *no necesitarán a cada línea de comento, explicaciones e intérpretes*¹³³. Vicuña en 1828 denunciaba que toda precaución o cautela jurídicas tomadas por los particulares resultaba inútil al ser *todo burlado... por las opiniones de autores divididos en sus interpretaciones y glosas, que hacen inefectivas las responsabilidades de un Juez o de un Tribunal y le hacen árbitro de vulnerar al que no sea de su agrado*¹³⁴. Mora en 1829 declaraba que las leyes civiles formaban una masa indigesta que se hallaba *deteriorada por los intérpretes y glosadores*¹³⁵. En 1831 el vicepresidente Errázuriz, recordando que la codificación propugnada por el gobierno habría de llevarse a cabo por un solo individuo y no por una comisión, justificaba tal parecer con base en la uniformidad que así se produciría en la obra, uniformidad especialmente necesaria en las leyes *para evitar antilogías y confusiones que den lugar a comentarios e interpretaciones a que son tan propensas las discusiones judiciales*¹³⁶. Un temor a los comentarios, similar al anterior, manifiesta el informe de la mayoría de la Comisión de Legislación de la Cáma-

¹³³ COOD-FELIÚ, n.º 8, anexo 326, p. 31.

¹³⁴ COOD-FELIÚ, n.º 11, anexo 481, p. 32.

¹³⁵ MORA (n. 78), p. 199.

¹³⁶ COOD-FELIÚ, n.º 23, anexo 207, p. 35.

ra de Diputados que en 1831 sustentaba la idea de que una sola persona debería ser el redactor del nuevo código propuesto, porque, de lo contrario, es decir, participando en él varios individuos que necesariamente habrían cada uno de partir de *un sistema legal y filosófico* propio, de ello *resultarían mil disputas, antilogías y errores, si cada frase se quisiese hacer el resultado de las opiniones individuales* ¹³⁷.

En 1833 Bello, defendiendo el proyecto fijador de Vial, declara que *en los puntos en que los intérpretes se hallan divididos*, la elección de opiniones que hagan los compiladores del nuevo código, *aunque no fuese la más acertada, sería siempre un gran bien, pues serviría para desterrar de los tribunales la vacilación y la incertidumbre y para uniformar sus decisiones* ¹³⁸. Con un código así ya no será necesario para Bello *registrar tantas glosas y comentarios, consumir tanto tiempo y causar tantos dispendios a los litigantes, en mil cuestiones de derecho civil, que se presentan diariamente a los abogados y jueces* ¹³⁹. Todavía en otro lugar insiste Bello en que *la oscuridad y complicación de las leyes ha dado origen a infinitos comentarios que por remediar el mal lo han aumentado considerablemente; porque así como no ha habido error que no haya sido patrocinado por algún filósofo, así también no hay pretensión, por extravagante que sea, que no encuentre algún apoyo en la autoridad de los comentadores*. Una contradicción de esta naturaleza poco importaría para Bello *si los comentadores sirviesen únicamente para ilustrar los pasajes oscuros y suplir los vacíos que se notasen; pero el caso es que por una parte* —continúa— *han oscurecido el sentido del texto legal y que por otra están en posesión de la autoridad legislativa*. Enseguida ejemplifica: *Antes no se preguntaba ¿qué dice la ley?, sino ¿qué dice Gómez que es el autor favorito del juez? ¿qué dice Acevedo? Fácil es conocer hasta dónde llegarían los fatales efectos de esta anarquía legal, la protección que brindaría a la mala fe y al espíritu litigioso, y la desconfianza y alarma que derramaría generalmente* ¹⁴⁰. En 1836 habla de las *leyes oscurecidas... por las innumerables glosas de los comentadores* y aboga por la necesidad de *sacarlas del tenebroso laberinto de los comentarios* ¹⁴¹.

El mismo Bello en 1839 indica un criterio de codificación muy preciso, basado justamente en la existencia de estas controversias

¹³⁷ COOD-FELIÚ, n.º 37, anexo 648, p. 40.

¹³⁸ BELLO, *Codif.* (n. 81), p. 21 = *Ob. compl.* 7, p. 138.

¹³⁹ *Ibid.* p. 22; 139.

¹⁴⁰ BELLO, *Sistema* (n. 84), p. 26 = *Ob. compl.* 7, p. 296.

¹⁴¹ BELLO, *Ref. jud.* (n. 83^{bis}), p. 288.

en la jurisprudencia, del cual el legislador puede sacar partido, pues dice de los comentaristas de las leyes: *sus disputas, sus paradojas, sus aberraciones mismas, nos señalan como con el dedo las frases que el legislador debe aclarar, las cuestiones que importa dirimir, los puntos en que se echa de menos una regla para la dirección de los particulares en sus negocios y de la judicatura en sus fallos*¹⁴².

También en 1839 Bello decía: *Que sea necesario interpretar las leyes para su aplicación a los casos que ocurren, y que en esta interpretación varíen a menudo las opiniones, es una cosa a que debemos resignarnos como inevitable en todo sistema legal, por acabado y perfecto que se le suponga. Pero los trabajos de la legislatura pueden estrechar cada día este campo de incertidumbres y disputas, decidiendo los puntos dudosos*¹⁴³. Y seguía: *Hay, sin embargo, puntos de gravísima importancia en que... por la extremada divergencia de las opiniones de sus intérpretes (de las leyes), se siente cada día la necesidad de decisiones soberanas que establezcan reglas precisas*¹⁴⁴. En su artículo de 1839 sobre necesidad de fundar las sentencias, Bello compara las *colecciones de causas y juzgamientos que se publican en Inglaterra, Francia y los Estados Unidos, en que se contienen profundas y lúcidas discusiones legales, con las glosas y comentarios de casi todos nuestros expositores, en que lo rancio de las formas, lo licencioso de las interpretaciones, las argucias casuísticas, el interminable cúmulo de citas, en que se hunde a cada paso el texto, como un río tortuoso, que se pierde entre arenales para reaparecer a algunas leguas de distancia; en una palabra, la falta de filosofía y a veces hasta de sentido común, hace desabrida y fatigosa la lectura, empaña aun la buena doctrina y desacredita las ciencias legales*¹⁴⁵.

En 1833 la Comisión de Legislación de la Cámara de Diputados, informando el proyecto de Vial, se lamenta de la carencia en el país de los individuos necesarios para *hacer la elección de las diversas opiniones en que se hallan divididos los jurisconsultos y filósofos, carencia en virtud de la cual pudiéramos fácilmente escollar con los desvarios y extravagancias que es una enfermedad tan común, o con las preocupaciones de los que sólo se*

¹⁴² BELLO, Editorial de *El Araucano*, en FELIÚ, *Prensa*, p. 53 = *Ob. compl.* p. 360.

¹⁴³ BELLO, *Legisl.* (n. 113), p. 43 = *Ob. compl.* 7, p. 337.

¹⁴⁴ *Ibid.* p. 43; 337.

¹⁴⁵ BELLO, *Fund. sent.* (n. 114), p. 348.

han empleado en el foro, que es cuanto podemos encontrar entre nosotros ¹⁴⁶.

En 1834, el tantas veces citado autor de la *Teoría* insiste reiteradamente en el tópico al hablar de *una infinidad de comentaristas e intérpretes* de las leyes ¹⁴⁷; de la práctica forense de que *los contendores de un mismo pleito* [suelan] *citar a su favor una misma ley, apoyarla cada uno con seis o siete expositores, que la interpretan de distinto modo . . .* ¹⁴⁸ y de que los males que padece la administración de justicia se deben a *la multitud de interpretaciones, que lejos de esclarecerlas* [las leyes] *no sirven más que para ofuscar nuestra razón* ¹⁴⁹.

7. DIFICULTADES PARA EL CONOCIMIENTO DEL DERECHO

El tema de la accesibilidad del derecho a los justiciables y, como contrapartida, la crítica al derecho común que —según se afirmaba— adolecía de esa característica, había sido uno de los más agitados por la ilustración, si bien tuvo sus raíces en el humanismo jurídico. La idea positiva subyacente en este tema era la de las leyes “populares”, esto es, de las leyes inteligibles a cada ciudadano; pero la crítica misma iba dirigida a que de hecho ellas resultaban casi ininteligibles incluso a los especialistas.

En 1823 José A. Eyzaguirre plantea por vez primera este tema al fundar su plan fijador en el hecho de que *en aquella administración* (es decir, en la española) *se sucedían unas a otras las cédulas reales que, esparcidas aquí y allá, producían la dificultad de su noticia y con ello su inobservancia* ¹⁵⁰. También Santiago Muñoz de Bezanilla, al explicar los fines perseguidos por su propio proyecto de 1826, señalaba este efecto positivo que él, de llevarse a cabo, habría de producir: *Los magistrados no tendrán ya tanto trabajo en adquirir los conocimientos necesarios a su profesión* ¹⁵¹; y en cierta medida el mismo punto forma parte del informe de la Comisión de Justicia del Congreso Nacional recaído sobre el anteriormente citado proyecto, el mismo año, al hacerse en él presente que el desuso o derogación de muchas instituciones de las antiguas leyes *ofusca o esconde a las vigentes, produciendo funestas equivocaciones al discernimiento más per-*

¹⁴⁶ COOD-FELIÚ, n.º 42, anexo 103, p. 43.

¹⁴⁷ ANÓNIMO (n. 87), p. 291.

¹⁴⁸ *Ibid.* p. 293.

¹⁴⁹ *Ibid.* p. 293.

¹⁵⁰ COOD-FELIÚ, n.º 4, anexo 742, p. 29

¹⁵¹ COOD-FELIÚ, n.º 8, anexo 326, p. 31.

*picaz*¹⁵². Mora en 1829 declaraba a propósito de *las leyes civiles que nos rijen, no ser fácil adquirir y reunir los diversos volúmenes que las contienen*¹⁵³; y Juan Egaña en 1831, a propósito del derecho español no-recopilado en los diversos códigos, decía: *Este nuevo derecho, que si se reuniese en un archivo, acaso igualaría a la biblioteca de los Ptolomeos, es desconocido a jueces, abogados y a casi todo hombre público, hallándose cuando mas consignado en ciertas porciones de las infinitas oficinas de todos los dominios españoles*¹⁵⁴. La cámara de diputados, contestando el mensaje de apertura de 1831 afirmaba que *las leyes no pueden aprenderse debido a su multitud*^{154 bis}.

En 1833 Bello declaraba que, una vez cumplida la empresa codificadora que él propugnaba: *el libro de las leyes podrá andar entonces en manos de todos, podrá ser consultado por cada ciudadano en los casos dudosos, y servirle de guía en el desempeño de sus obligaciones y en la administración de sus intereses*¹⁵⁵, con lo cual, evidentemente, quiere contraponer el futuro al presente.

En el mismo escrito había Bello señalado que sin la codificación *ni es posible que las leyes sean tan generalmente conocidas como deben serlo para que dirijan eficazmente la conducta de los hombres, ni pueden dejar de convertirse frecuentemente en medios de opresión, que los poderosos saben emplear contra los débiles, y en lazos y trampas que la codicia y el fraude arman a los incautos*¹⁵⁶. En un artículo de 1836 Bello reclama para la legislación *cuerpos ordenados i reducidos que facilitasen su conocimiento a toda clase de individuos i que a una rápida ojeada ilustrasen a los jueces en el ejercicio de sus importantes atribuciones*^{156 bis}. En otro de 1837 concerniente a la administración de justicia, había él sentado tres elementos necesarios para tenerla buena: rectitud en las decisiones, celeridad y economía; y agregado que, entre otros, para *obtener la rectitud se requiere el conocimiento de la ley*. Analizando este último factor entra a considerar el carácter farrogo del derecho vigente en párrafos que en otro lugar hemos citado y entonces obtiene como consecuencia que mientras no se codifique *no podemos tener jamás una bue-*

¹⁵² COCO-FELIÚ, nº 9, anexo 570, p. 31.

¹⁵³ MORA (n. 78), p. 199.

¹⁵⁴ EGAÑA (n. 80), p. 7.

^{154 bis} SCL. (n. 80 bis) t. 20, p. 68.

¹⁵⁵ BELLO. *Codif.* (n. 81), p. 21 = *Ob. compl.* 7, p. 138-139.

¹⁵⁶ *Ibid.* p. 21 = *Ob. compl.* 7, p. 136-137.

^{156 bis} BELLO, *Ref. jud.* (n. 83 bis), p. 288.

na administración de justicia¹⁵⁷. En este razonamiento, como se comprenderá, va implicado que el estado del derecho vigente impedía el adecuado conocimiento del derecho. Aun en 1837 decía Bello: *mientras no se haga una nueva compilación de estas leyes... haciéndolas accesibles a la inteligencia del juez y del público, no podemos tener jamás una buena administración de justicia*¹⁵⁸.

En 1834 el Presidente Prieto, recomendando al Congreso el pronto despacho del proyecto de codificación por entonces pendiente en sus salas, entre otras muchas consideraciones, apoyaba tal recomendación en el ejemplo de las naciones europeas, cuyos códigos civiles, reconociendo los mismos principios de la *legislación civil que nos rige*, sin embargo, *la han hecho accesible al conocimiento de todos*. Y proseguía, tratando de interesar al congreso en el pronto despacho del proyecto de codificación, diciendo que con él se pondría al alcance de todos *lo que tanto importa a todos conocer para el goce i amparo de sus derechos individuales*¹⁵⁹. Todavía en 1836 Prieto insistía en el mismo tema; al anunciar el impulso que habría de dar a la codificación, justificaba tal actitud, entre otras razones, en dar a las leyes civiles *la simplicidad que les falta* de modo de hacer más accesible su conocimiento y fácil su aplicación¹⁶⁰.

8. INSEGURIDAD E INCERTEZA JURÍDICAS

En cierta medida, esta deficiencia denunciada se presenta como efecto de algunas de las que anteriormente hemos señalado; pero ello no impide que posea cierta autonomía, al menos en la expresión, que permite configurarla como un tema. El, por lo demás, ha sido central en la literatura crítica europea.

En 1826 Muñoz de Bezanilla preveía que con la fijación del derecho *las decisiones de los jueces serán más constantes y menos arbitrarias*¹⁶¹. En 1828 Vicuña denunciaba: *Ningún ciudadano, desde el instante mismo que es citado a un tribunal tiene segura su propiedad, aunque su buena fe, sus consultas con jurisconsultos sabios, su inspección o precaución para hacerse de una propiedad de arraigo o un contrato con personas particulares o*

¹⁵⁷ BELLO, *Sistema* (n. 84), p. 25-26 = *Ob. compl.* 7, p. 296.

¹⁵⁸ BELLO, *Sist.* (n. 84), p. 25 = *Ob. compl.* 7, p. 296.

¹⁵⁹ DP. l. p. 21 = BELLO, *OC.* (n. 88), t. XVI, p. 56. El texto es de Bello: vid. n. 88.

¹⁶⁰ DP l. p. 28 = BELLO, *OC.* (n. 88), t. XVI, p. 70. El texto es de Bello: vid. n. 88.

¹⁶¹ COOD-FELIÚ, n.º 8, anexo 326, p. 31.

*privilegiadas o cuantos medios de seguridad haya imaginado; en fin, aunque haya practicado cuando pudo y debió hacerse; todo, todo es burlado...*¹⁶².

En cierta medida es un ideal de certeza y seguridad el que guía a Mora cuando en 1829 escribe que *sería altamente provechoso reunir en un solo cuerpo las reglas que deben seguir los tribunales en todas las decisiones que han de pronunciar sobre nuestros más preciosos derechos*¹⁶³. De la multitud de leyes resultaba para J. Egaña en 1831 que *no hay hombre que seguramente conozca sus derechos*¹⁶⁴. El autor de la *Teoría* en 1834 atribuía al mal estado de la legislación la existencia de *pleitos que duran 30 y más años, protocolos inmensos, que sólo indican la ruina de las familias; monumentos de odio y venganza que las leyes parece se complacen en hacer eternos*; recuerda enseguida la costumbre de las partes de citar en juicio interpretaciones contradictorias acerca de una misma ley y señala el caso de *causas ejecutivas pasar cuatro o seis veces por un mismo tribunal otras tantas en apelación, quedando siempre diez o doce artículos que poder promover*; observa finalmente la existencia de *pleitos que se ganan en primera instancia, se pierden en apelación, y se vuelven a ganar en recurso de nulidad*¹⁶⁵. Una acertada codificación de las leyes serviría, según Bello en 1833, para *desterrar de los tribunales la vacilación y la incertidumbre y para uniformar sus decisiones*¹⁶⁶; sin aquélla *habrá siempre incertidumbre y vacilación en los jueces; arbitrariedad e inconsecuencia en los juicios*¹⁶⁷.

9. LEGISLACIÓN VICIOSA Y MALA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Bezanilla en 1826 atribuye a una nueva fijación el efecto de *aliviar a los pueblos de la carga insoportable de tantos jueces, de tantos tribunales y de tanto curial, flojos, ignorantes y rateros, como los oprimen y destruyen*¹⁶⁸; y el informe de la Comisión de Justicia del Congreso Nacional concerniente al proyecto de Bezanilla en el mismo año, declara que *la redacción [sc. actual] de nuestros códigos... dificulta... la recta administración de justicia*¹⁶⁹. Vicuña en 1828 reconoce que la complicación de las le-

¹⁶² COOD-FELIÚ, n.º 11, anexo 481, p. 31-32.

¹⁶³ MORA (n.º 78), p. 199.

¹⁶⁴ EGAÑA (n.º 80), p. 7.

¹⁶⁵ ANÓNIMO (n.º 87), p. 293.

¹⁶⁶ BELLO, *Codif.* (n.º 81), p. 21 = *Ob. compl.* 7, p. 138.

¹⁶⁷ *Ibid.* p. 21 = *Ob. compl.* 7, p. 137.

¹⁶⁸ COOD-FELIÚ, n.º 8, anexo 326, p. 31.

¹⁶⁹ COOD-FELIÚ, n.º 9, anexo 570, p. 31.

yes y las opiniones de los autores divididos *hacen inefectivas las responsabilidades de un juez o tribunal y le hacen arbitro de vulnenerar al que no sea de su agrado*. Por lo demás, la fundamentación de su proyecto comienza con estas palabras: *Lamenta la República los males que padece en el orden judicial*¹⁷⁰. Mora en 1829 señala: *...sería altamente provechoso reunir en un solo cuerpo las reglas que deben seguir los tribunales en todas las decisiones que han de pronunciar sobre nuestros más preciosos derechos, si bien no cree que de este modo cesarían los males inseparables hoi de la administración de la justicia...*¹⁷¹.

Los diputados en 1831, al contestar el discurso presidencial de apertura de ese año decían: *Mientras la legislación sea un caos insondable e inmenso no puede mejorar la administración de justicia* y también que las leyes, debido a su multitud, aunque se supiesen no podían *hacerse decisiones que satisfagan*^{171 bis}.

Egaña es explícito en 1831 al declarar: *La organización judicial es la obra más grave y la más interesante que comprenda un cuerpo de leyes*¹⁷². Niega que la tercera y séptima Partidas —que se refieren a la materia jurisdiccional— contengan algo utilizable en el presente¹⁷³ e, invirtiendo los términos del problema, declara que los juicios verbales podrían mejorar la vida jurídica aún manteniendo las leyes vigentes: *Por defectuosas que sean las leyes, jamás producen tantos vicios como los abusos de los hombres, y la que provoca estos abusos será la mejor. Esta ventaja, sin la menor duda, proporcionan los juicios verbales. Ellos corrigen en gran parte la indolencia, embrollamiento y dilaciones de los jueces y la chicanería de los litigantes*¹⁷⁴.

El vicepresidente Eyzaguirre en su respuesta al oficio del senado con el cual se le solicitaba aclarar el sentido del proyecto fijador que aquel impulsaba, escribía: *Desde que se emprendió organizar el ramo de administración de justicia, halló el gobierno inmensos vacíos, que a pesar de la instrucción y práctica de la magistratura encargada para este proyecto no pudieron llenarse sin una absoluta oposición a la legislación española...*¹⁷⁵. El presidente Prieto en 1833, recomendando al congreso la aprobación del proyecto de codificación por entonces pendiente en las cá-

¹⁷⁰ COOD-FELIÚ, n.º 11, anexo 481, p. 32.

¹⁷¹ MORA (n. 78), p. 199.

^{171 bis} SCL. (n. 80 bis) t. 20, p. 68.

¹⁷² EGAÑA (n. 80), p. 4.

¹⁷³ *Ibid.* p. 6.

¹⁷⁴ *Ibid.* p. 7.

¹⁷⁵ COOD-FELIÚ, N.º 23, anexo 207, p. 35.

maras, declaraba estar persuadido de que su aprobación *produciría beneficios incalculables en la administración de justicia*¹⁷⁶. El autor anónimo de la *Teoría* dedica un largo párrafo a las relaciones entre leyes de fondo (codificadas) y procedimientos: *Si de lo que son y deberían ser las leyes bajamos a hablar sobre sus resultados, veremos pleitos, que duran 30 y más años, protocolos inmensos, que sólo indican la ruina de las familias; monumentos de odio y de venganza que las leyes parece se complacen en hacer eternos. Veremos a los contendores de un mismo pleito citar a su favor una misma ley apoyarla cada uno con seis o siete expositores, que la interpretan de distinto modo y pedir su aplicación ambos de buena fe. Veremos causas ejecutivas pasar cuatro o seis veces por un mismo tribunal, otras tantas en apelación quedando siempre diez o doce artículos que poder promover. Por último veremos que la mayor parte de los pleitos, que se ganan en primera instancia, se pierden en apelación y se vuelven a ganar en recurso de nulidad...*¹⁷⁷.

También Bello en 1834 trata el mismo problema en términos algo más generales: para él el proyecto de organización de los tribunales de justicia que entonces se discutía *no puede trazarse con acierto sino después de haberse reformado el orden de enjuiciamiento y de que aun cuando se diesen al sistema judicial las garantías de que necesita para llenar su objeto, no será posible hacerlas efectivas sin un cuerpo de leyes, cual conviene a un pueblo que desea ser libre, es decir, sin un cuerpo de leyes que en su volumen, forma, lenguaje y método sea enteramente diverso del que existe*¹⁷⁸. Más escuetamente declaraba en 1837: *... mientras no se haga una nueva compilación de estas leyes, mientras no se les reduzca a lo que deben ser, despojándolas de superfluidades y haciéndolas accesibles a la inteligencia del juez y del público, no podemos tener jamás una buena administración de justicia*¹⁷⁹; y aún en 1839: *... la falta de claridad y orden en la redacción de las leyes es un manantial fecundo de dificultades, vacilaciones e inconsecuencias en la administración de justicia...*¹⁸⁰. En 1841, el presidente Prieto, en su discurso de despedida a la nación, recordaba que durante su mandato había tenido comien-

¹⁷⁶ DP. 1, p. 14 = BELLO. OC. (n. 88) t. XVI, p. 44. El texto es de Bello; vid n. 88.

¹⁷⁷ ANÓNIMO (n. 87), p. 293.

¹⁷⁸ BELLO, Editorial de *El Araucano*, en FELIÚ, *Prensa*, p. 25 = *Ob. compl.* 7, p. 160.

¹⁷⁹ BELLO, *Sist.* (n. 84), p. 25 = *Ob. compl.* 7, p. 296.

¹⁸⁰ BELLO *Cuest. leg.* (n. 112), p. 42 = *Ob. compl.* 7, p. 331.

zo otra obra no menos necesaria ni menos conducente a la recta dispensación de la justicia¹⁸¹, con la cual alude a la codificación civil.

V. LA CRÍTICA EN CONTRA DEL DERECHO ROMANO

De acuerdo con el sistema oficial de fuentes fijado por el *Ordenamiento de Alcalá*¹⁸² (1348) en ley recibida por la I de Toro (1505) la *Nueva Recopilación* (1567)¹⁸³ y también por la *Novísima* (1805)¹⁸⁴, resultaba no ser el *Corpus Iuris Civilis* derecho vigente en Castilla por haber sido excluido del orden de prelación de fuentes establecido por dicha disposición. Como consecuencia de haberse mandado por Carlos V en 1530, por Felipe II y por Felipe IV en la *Recopilación de Indias* (1680) la aplicación supletoria del derecho de Castilla en Indias según el sistema de la ley I de Toro¹⁸⁵, tampoco el derecho romano era vigente en los reinos de Ultramar. La república chilena no innovó al respecto¹⁸⁶.

1. Los juristas castellanos, tratando el tema de la vigencia del derecho romano en su reino, la negaban en virtud del principio de la *exemptio imperii*, después del cual citaban como apoyo positivo las normas antes recordadas del *Ordenamiento de Alcalá* y de los cuerpos anteriores y sucesivos¹⁸⁷. Este procedimiento es

¹⁸¹ DP. 1, p. 64 = BELLO, OC. (n. 88) t. XVI, p. 130. El texto es de Bello: vid, n. 88.

¹⁸² Ord. Alcalá 28.1.

¹⁸³ Nueva Rec. 2.1.3.

¹⁸⁴ Novís. Rec. 3.2.3.

¹⁸⁵ Rec. Ind. 2.1.2. Cfr. supra IV.

¹⁸⁶ Supra IV.

¹⁸⁷ Así, p. ej.: BELLUGA, P., *Speculum principum* (ms. en 1441), rúb. 11, cap. 3, párr. 4: *Sed certe in hoc regno, in quo Princeps non recognoscit superiorem Imperatorem... Princeps nec ejus officiales non arctantur ad observantiam juris communis, Jurisconsultorum nec Imperatorum* ("Pero ciertamente en este reino, en el cual el príncipe no reconoce como superior al emperador... ni el príncipe ni sus agentes están ligados a la observancia del derecho común de los jurisconsultos y emperadores"): ed. Bruxellis 1634, p. 82.

LÓPEZ, G., Gl. por las leyes de este libro ad Part. 3.4.6, después de recordar él la afirmación de Olrado da Ponte, aceptada por Palacios Rubios, de que habría habido alguna vez en España una ley que castigaba con la muerte la alegación del derecho romano, dice: *et recte... nam ex observantia LL. Imperatorum induceretur quaedam superioritas* ("y con razón... pues de la observancia de las leyes de los emperadores se podría inducir una cierta superioridad [sc. de los emperadores por sobre el rey de España]): en *Los Códigos españoles* (Madrid 1848) 2, p. 41.

VÁSQUEZ DE MENCHACA, F., *De successionibus et ultimis voluntatibus*, lib 1, párr. 10, núm. 648: ... *cum constet leges nostras esse, quod ad nos, ius commune, quia Hispaniarum Rex in temporalibus nullum recognoscit superiorum...* ("constando que nuestras leyes [sc. el derecho real] por lo que a nosotros concierne son el derecho común [ergo no las de los romanos] ya

utilizado por Juan de Solorzano Pereira al final del cap. 21 del libro 2 de su *De iure Indiarum*¹⁸⁸. Ese capítulo¹⁸⁹ está destinado a tratar como posible justo título de adquisición de las Indias por los reyes castellanos, la confirmación de la conquista en virtud de la *potestas* del emperador romano-germánico para adquirir y repartir territorios de infieles, confirmación producida cuando el nieto de Fernando de Aragón e Isabel de Castilla reunió en su cabeza las coronas de este último reino y del sacro imperio. Después de larga discusión, Solorzano concluye que la concesión o confirmación imperial en poco o nada pudo apoyar a la justicia de la dominación en Indias, porque —dice— esas regiones *ab Imperio exemptae ac liberae essent*¹⁹⁰ y porque los reyes hispanos no solicitaron de ninguna manera tal confirmación ni les era necesaria, ya que ellos habían recuperado España de manos de los moros *propria virtute et labore*¹⁹¹, siendo así, además, que ya desde los orígenes del reino visigodo no reconocieron en el emperador un superior temporal, estatuto de exención que Carlos I al ceñir la corona imperial había jurado mantener. De este modo, concluye Solorzano, los reyes castellanos pudieron adquirir Indias por derecho propio, sin necesidad de autorización del emperador.

De ello fluye según nuestro autor, que a lo menos fue prohibido alegar las leyes romanas en fuerza de ley pudiendo hacerse aquello sólo en fuerza de razón. Con esta última afirmación Solorzano se refiere a España y no obtiene conclusiones para In-

que el rey de los españoles no reconoce en lo temporal a superior alguno): ed. Francofurti M. 1577, p. 131.

MATIENZO, J., *Commentaria in librum quintum recollectionis legum Hispaniae*, lib. 5, tit. 1,1,5, gl. 4: ... *in regno non recognoscitur imperator, nec alias superior* ("en el reino no se reconoce al emperador ni a otro superior"): ed. Mantua Carpentana 1597, fol. 35 v.

AZEVEDO, A., *Commentaria iuris civilis in Hispaniae regias constitutiones*, lib. 2, tit. 1, num. 1: ... *nostro Hispaniarum regno, cuius Rex noster non subest Imperio* "... en nuestro reino de las Españas, cuyo rey no está sometido al imperio"): ed. Madrid 1612, p. 99.

HEVIA BOLAÑO, J., *Curia filípica*, parte I, párr. 8, núm. 15: *Las leyes del derecho civil y común imperial de los romanos se reciben en el reino, en cuanto a razón natural, y no en cuanto leyes, autoridad y potestad suyas, pues no lo son, ni la tienen en los reinos, donde los reyes y príncipes de ellos no reconocen sujeción al imperio romano, ni superior en lo temporal, como en los reinos de España y reyes de ellos nuestros señores* (ed. Madrid 1717, p. 33).

¹⁸⁸ SOLORZANO, J., *De Indiarum jure sive de justa Indiarum occidentarium inquisitione, acquisitione et retentione* lib. 2, cap. 21 (Madrid 1777), t. 1.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 308 ss.

¹⁹⁰ *Ibid.*, párr. 68, p. 315.

¹⁹¹ *Ibid.*

días, es decir no concluye que también ahí el derecho romano, sobre el supuesto indiscutible de no poderse alegar *pro lege*, pudiera alegarse empero *pro ratione*.

2. En todo caso la anterior argumentación de Solorzano constituía un punto de vista teórico que poco o nada sirve para juzgar la realidad sobre el uso del derecho romano. En España, como en la mayoría de los países europeos, que también como aquella reivindicaban su independencia respecto del sacro imperio y, en consecuencia, no aceptaban la vigencia *pro auctoritate* del *Corpus Iuris*, éste y la doctrina de glosadores y comentaristas italianos mantenían una presencia incontrastable en el foro, a lo cual se unía que los cuerpos de derecho nacional (p. ej., las *coutumes* francesas o los diversos códigos reales de Castilla y demás reinos hispánicos) eran comentados e interpretados de acuerdo con las categorías romanísticas de aquellos juristas italianos, asumidas y desarrolladas particularmente por los juristas nacionales en un género de ciencia jurídica que, generalizando la nomenclatura germánica, podemos también llamar *usus modernus pandectarum*¹⁹². En Castilla el caso más conocido es tal vez el de la glosa de Gregorio López a las *Partidas*; pero él no constituye sino un ejemplo de este modo de proceder científico, ya que junto al mismo puede citarse la larga lista de comentaristas a las *leyes de Toro* o a la *Nueva Recopilación de Castilla* y en general a toda la literatura de derecho nacional castellano, intensa y profundamente romanizada. De este modo el derecho nacional pasaba necesariamente a través del derecho romano y que a éste, en cuanto a su vigencia, se le reconociera únicamente la calidad de *ratio* y se le negara la de ley, ello venía a constituir una especie de recurso político concerniente a la independencia de los reinos respecto del imperio que, sin embargo, no se oponía a su utilización como derecho común, del mismo modo en que era usado en las tierras del imperio, según los métodos de los juristas italianos.

En buena medida ello se explica también por la formación recibida por los juristas en la universidad. En Castilla¹⁹³, como en

¹⁹² Sobre esto: HOLTHÖFER, E., *Die Literatur zur gemeinen und partikularen Recht in Italien, Frankreich, Spanien und Portugal*, en *Handbuch* (n. 13) 2.1, espec. p. 213 ss., 242 ss.

¹⁹³ Ya desde la edad media (cfr. supra II, 1). El *Ordenamiento de Alcalá* 28.1, después de establecer el orden de prelación de fuentes y de mandar que, en caso de laguna en ellas, se recurra al rey, excluyendo, en consecuencia, la aplicación del derecho romano, dispone, sin embargo, que se estudie éste en las universidades, estudio que fue mantenido como exclusivo en ellas hasta el S. XVIII (de hecho, como se sabe, el citado capítulo del Ord. de Alcalá ha sido reproducido por la ley I de Toro, la *Novísima Recopi-*

el resto de Europa, se enseñaba exclusivamente el derecho romano (amén, naturalmente, del canónico), lo cual significa que el derecho real quedaba excluido de los estudios. Este sólo era necesario para quienes perseguían el título de abogado, que se otorgaba después de la obtención de los grados académicos de licenciado y doctor, no por las universidades, sino por centros especiales: las academias de leyes y práctica forense; únicamente en éstas, pues, el derecho real pasaba a ser tema de la enseñanza. Comoquiera, sin embargo, que, según ya antes dijimos, el derecho real era interpretado romanísticamente, un estudio del mismo en estas academias venía a implicar en definitiva el estudio de la interpretación romanística del derecho real. De esta manera el sistema didáctico del derecho estaba de tal modo concebido, que no podía dejar de asegurar un intenso romanismo de los juristas, que luego se debía expresar del modo más natural en el ejercicio mismo de la abogacía y en la administración de justicia: abogados y jueces, intensamente romanizados, no sabían sino acudir al derecho romano al momento de plantear sus defensas, piezas forenses o sentencias.

3. ¿Cuál fue el valor teórico y práctico que tuvo el derecho romano en Indias? De las ideas vertidas por Solorzano, que antes hemos analizado, no es posible pensar algo definitivo al respecto, porque él trata la cuestión exclusivamente desde el punto de vista de la situación castellana, sin extraer consecuencias para Indias. No obstante, podemos sospechar que si Solorzano se hubiera planteado el problema en relación con los reinos de Ultramar no hubiera podido obtener otra conclusión que no fuera la misma ya obtenida para Castilla.

Es ello precisamente lo que el jurista platense y oidor de la Real Audiencia de Chile, Juan del Corral Calvo de la Torre (m. 1737) hace en su *Expositio ac explanatio omnium legum Recop. Ind.* en el párrafo 45 del comentario a las leyes 1 y 2, título 1, libro 2 de la *Recopilación de Indias*; inicialmente trata ahí el problema concerniente al orden de prelación de fuentes para España de acuer-

lación y también la Nueva). Sólo en 1770 se crearon cátedras universitarias de derecho real y ello, obedeciendo a un fuerte movimiento contrario al derecho romano.

Sobre esto último puede verse: PESET, M., *Derecho romano y derecho real en las universidades del siglo XVIII*, en *AHDE*. 45 (1975), p. 273 ss.; EL MISMO, *Spanische Universität und Rechtswissenschaft zwischen aufgeklärtem Absolutismus und liberaler Revolution*, en *Ius commune* 6 (1977), p. 172 ss.; CLAVERO, B., *La disputa del método en las postrimerías de una sociedad. 1789-1808*, en *AHDE*. 48 (1978), p. 307 ss. En general: ALVAREZ DE MORALES, A., *La ilustración y la reforma de la universidad en la España del Siglo XVIII*² (Madrid 1979), p. 22 ss., 137 ss.

do con estos criterios¹⁹⁴; en primer lugar se deben aplicar las cédulas reales (*regias schedulas*) si existen para el caso de que se trate; si no existen, procede aplicar la *Nueva Recopilación*; en defecto de una solución ahí, las *leyes de Toro*; y en deficiencia de ellas, las *Partidas*, el *Ordenamiento de Alcalá* y el *Fuero Real*. Hasta aquí, como vemos, Del Corral se ha ceñido estrictamente al orden de la ley I de Toro; pero enseguida da un paso más adelante y, en contravención con dicha ley, que mandaba recurrir al monarca en caso de no hallarse la solución legal de un caso, pero adhiriendo a una firme tradición de los juristas castellanos, a quienes él por lo demás cita, dice que, en defecto de las anteriores fuentes, se debe acudir al derecho canónico, para finalmente escribir: *En caso de deficiencia de todas estas fuentes se debe recurrir al derecho civil, pues aún cuando es cierto que las leyes civiles tanto de los jurisconsultos romanos como de los emperadores carecen de fuerza de ley entre nosotros, ya que de ello* (sc. de tener tal fuerza) *se seguiría una cierta superioridad que de ningún modo hay que reconocer; también es cierto que ellas deben ser usadas en tanto se funden en la razón natural*¹⁹⁵. Para Del Corral (si bien adhiriendo a la doctrina tradicional) pues, en defecto de toda otra fuente se debía recurrir al derecho romano, no como ley sino en cuanto fundado en la razón natural, por el motivo de que, cuando no hay ley, el juez puede fallar según la razón (= derecho romano), lo cual, a su vez, se justifica porque, en definitiva, ley y razón se confunden, desde que no hay ley si ésta no se basa en aquélla.

Después de discutir el valor de la opinión común de los doctores y de la *Glossa* de Acursio, Del Corral, en el párr. 46, aplica

¹⁹⁴ He utilizado el manuscrito que se encuentra en el Archivo Nacional de Santiago, Fondo Antiguo, vol. 5. Los textos parafraseados se encuentran en fs. 18-19. Sobre esta obra, por lo demás impresa si bien no empastada ni distribuida, habiendo los cuadernillos quedado depositados en el Consejo de Indias: vid. TORRE REVELLO, J., *Los comentarios a las leyes e Indias de Juan del Corral Calco de la Torres*, en XXV Congreso Internacional de Americanistas (Univ. Nacional de la Plata 1932) 2. ALURRALDE, C., *Los comentarios de la recopilación de Indias del licenciado Juan del Corral Calvo de la Torre* (Buenos Aires 1951).

La llamada *Glosa de Salas* a la *Recopilación de Indias*, en su comentario pertinente a la ley 2 del lib. 2, tit. 1, no trae consideraciones que atañan a nuestro actual tema; tampoco las *Notas a la Recopilación* de Manuel José de Avala ni aquellas de José Lebrón y Cuervo.

¹⁹⁵ *Hique omnibus deficientibus, ad jus civile est recursus, quia licet leges civiles tum Consultorum tum Imperatorum apud nos non habeant vim legum, quia ex hoc induceretur quidam superioritas, ullo modo confitenda; attamen iis est utendum tamquam ratione naturali, si in ea fundantur, quia haec sufficit ad casuum resolutionem . . . Ratio autem bene ita debet iudicem movere, sicut lex ipsa expressa, quia lex non potest esse, nisi quatenus ratione fundatur* (DEL CORRAL, *Explanatio*, lib. 2, tit. 1, l 1 y 2, párr. 45-FA. v. 5, fs. 18 vta.

su análisis del sistema castellano de fuentes a los reinos indianos: “En los reinos de Indias, los jueces y abogados deben practicar las mismas fórmulas y reglas...”¹⁹⁶, con la advertencia natural de que ahí la *Recopilación de Indias* antecede a todos los demás cuerpos legales. Según ello, para Del Corral —quien seguramente ha querido reflejar una realidad indiana y una opinión consagrada y, por lo demás, firmemente sostenida por la teoría de las fuentes del derecho en Castilla—, el derecho romano recibía aplicación en Indias en subsidio de las demás fuentes, aplicación ésta que procedía no *in vim legis*, sino *tamquam ratio naturalis*.

4. El interesantísimo estudio acerca de la vigencia del derecho romano —al menos en Chile—, no ha sido sin embargo objeto de una indagación especial y minuciosa¹⁹⁷. Ese estudio deberá ser conducido sobre todo a través de los materiales forenses conservados en los archivos de la época monárquica y de la república hasta la promulgación del *Código Civil* y sólo así se estará en condiciones de emitir juicios fundados acerca del grado de aplicación real del derecho romano en nuestro país durante esas épocas.

Ciertamente, no obstante, ya podemos saber que, al menos teóricamente, ese derecho resultaba aplicable aquí, si bien *pro ratione*, como lo dice expresamente Del Corral en el texto antes transcrito. A un testimonio así debemos agregar tres circunstancias corroboradoras:

a) Los juristas indianos, lo mismo que los castellanos, recibían en las universidades americanas una educación puramente romanística y canonística¹⁹⁸, estando por tanto excluida en aqué-

¹⁹⁶ *In Regnis Indiarum eadem forma et regula debet a iudicibus et advocatis praticari...* (DEL CORRAL, *Explanatio*, lib. 2, tit. 1, l. 1 y 2, párr. 46-FA., v. 5, fs. 19).

¹⁹⁷ Como sí algo en la Argentina: DÍAZ BIALET, *La recepción del derecho romano en la Argentina*, en *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales* 14 (Córdoba 1950) 3, p. 305 ss.; *El derecho romano y la formación del derecho argentino*, en *Estudios* 497 (1958), 1.523 ss.; no he podido ver *La recepción del derecho romano en Hispanoamérica*, en *La Ley* 99 (1960).

¹⁹⁸ Sobre la educación de los juristas chilenos en la época monárquica: BAEZA MARAMBIO, M., *Esquema y notas para una historia de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile* (Santiago 1944), p. 17 ss.; GONZÁLEZ ECHENIQUE, J., *Los estudios jurídicos y la abogacía en el reino de Chile* (Santiago 1954); BASCUÑÁN VALDÉS, Aníbal, su estudio histórico sobre la materia, publicado sin denominación en *I Conferencia de Facultades y Escuela de Latinoamericanas de Derecho* (México 1959), p. 81 ss.; AVILA MARTEL, A., *El derecho romano en la formación de los juristas chilenos del Siglo XVIII*, en *Studi in memoria di F. Vasalli* (Torino 1960), p. 395; EL MISMO, *La enseñanza del derecho romano en Chile (Desde sus orígenes hasta el siglo XIX)*, en *Romanitas* 10 (Río de Janeiro 1971), p. 181 ss.; EL MISMO, *Bello y el derecho romano*, en *Estudios sobre la vida y obra de Andrés Bello* (Santiago 1973), p. 79 ss. La mayoría de estos estudios comprenden también la época republicana y a ellos debe agregarse HANISH, H., *El derecho romano en la docencia y el pensamiento de Andrés Bello*, en

llas la enseñanza del derecho real. La reforma de 1770 de Carlos III¹⁹⁹ que creaba cátedras de ese derecho en las universidades peninsulares no fue nunca extendida a Chile²⁰⁰ y pese a algunos intentos de la propia Universidad de San Felipe como de sus estudiantes por remediar esta situación²⁰¹, el derecho real sólo vino a ser incorporado en los planes de estudios superiores en 1813, con la creación del Instituto Nacional²⁰².

Cierto es que con posterioridad a la recepción de los grados universitarios, los licenciados y doctores tenían oportunidad de estudiar el derecho real en las academias de leyes y práctica forense, que eran las competentes para preparar a aquéllos a fin de que recibiesen (por la Real Audiencia) su título de abogado. En Chile una academia así fue creada en 1778²⁰³. Esto sin embargo, no quita que la formación fundamental recibida por estos abogados había sido romanística y no es posible pensar que un adiestramiento, posterior, esencialmente pragmático, en el derecho real, resultara capaz de hacer variar puntos de vista, mentalidades y enfoques derivados de la primera formación.

Por lo demás, también en la academia el derecho romano volvía a ser tema de la enseñanza. Ello es sumamente interesante, porque resulta indicativo de la importancia que se le atribuía para la vida forense. El art. 81 de las constituciones de la academia señalaba en su parte pertinente que para los ejercicios de los miembros de la academia, en torno a leyes de las *Partidas* o de la *Nueva Recopilación*: “*todos los académicos deberan ir prevenidos con leyes del derecho real, y en defecto de estas se podrá argüir con principios de derecho Canónico, y Civil de los Romanos*”²⁰⁴. Como ve-

REHJ. 3 (1978), p. 149 ss., con ricas informaciones y observaciones. No es de interés aquí el cap. VI: *Los letrados de antaño i la cultura jurídica y forense (1541-1810)*, de la obra de FUENZALIDA, A., *Historia del desarrollo intelectual en Chile, 1541-1810* (Santiago 1903), p. 375 ss.

¹⁹⁹ supra n. 193.

²⁰⁰ BAEZA (n. 198), p. 27; GONZÁLEZ (n. 198), p. 123 ss.

²⁰¹ GONZÁLEZ (n. 198), p. 124 s.

²⁰² Infra 6c).

²⁰³ Sobre ella: VICUÑA MACKENNA, B., *La disolución de la Academia de Leyes* (Valparaíso 1868); EL MISMO, *La disolución de la Academia de Leyes*, en *Revista Chilena de Historia y Geografía* 92 (1942), p. 68 ss.; DÍAZ, A.-SALFATE, A., *Breve reseña histórica de la Academia de Leyes y Práctica Forense*, en *Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Chile* 6 (1935), p. 14 ss.; 8 (1936) p. 22 ss.; ESPINOZA, H., *La academia de Leyes y Práctica Forense. Notas sobre su fundación, organización y extinción*, en *Bol. Sem. Der. Publ.* 33-36 (1946), p. 223 ss.; 37-44 (1949), p. 350 ss. (= *Anales de la Univ. de Chile* 104 (1947) 65-66, p. 413 ss.); EL MISMO, *La Academia de Leyes y Práctica Forense* (Santiago s.d.), que constituye la obra fundamental y definitiva.

²⁰⁴ Real cédula de 24 de octubre de 1779 sobre aprobación de la Academia de Leyes y Práctica Forense y sus constituciones, art. 81; en ESPINOZA, *La Academia de Leyes y Práctica Forense* (Santiago s. d.), p. 131.

mos, aun cuando la disposición omite la cuestión del título en que cabía alegar el derecho romano, permitiéndolo alegar, se ponía en la línea tradicional de los juristas castellanos fielmente reflejada también por Del Corral.

b) Ya hemos indicado que la misma literatura sobre derecho real de origen castellano era una literatura intensamente romanizada. Ella era naturalmente la misma que manejaban los juristas indios, como puede apreciarse, además, examinando los inventarios de las bibliotecas de los mismos, que han llegado hasta nosotros²⁰⁵. Todo cuanto antes se dijo en relación con este tema para Castilla, es plenamente válida para Indias.

c) Además de esto, la consulta de los aludidos inventarios muestra que también circuló en Chile literatura exclusivamente romanística; desde luego es frecuente hallar ediciones del *Corpus Iuris* acompañada por la *Glossa acursiana*²⁰⁶, y suelen encontrarse glosadores como Azo y Ugolino; lo propio cabe decir respecto de los comentarios clásicos, ya que alguna vez figuran Bártolo y Baldo; pero eran usuales obras de los comentaristas modernos, especialmente italianos e incluso se encuentran algunas de los mismos humanistas como Cuyas o Fabre²⁰⁷. Apenas se puede pensar en que la presencia de esta literatura romanista no obedecía a necesidades realmente sentidas por los juristas que la poseían y en atribuirle sólo a un afán erudito, sobre todo teniendo presente las dificultades que había para la adquisición de libros.

Por lo demás, pese a lo antes dicho acerca de la falta de un estudio minucioso sobre los materiales aportados por los archivos forenses, no ha dejado de observarse de pasada que en los escritos forenses de algunos juristas indios un recurso al derecho romano no está ausente²⁰⁸. Que así haya sido resulta muy natural, si se tiene presente los antecedentes que antes hemos dado²⁰⁹.

²⁰⁵ Supra III. Sobre la composición de las bibliotecas jurídicas indias: GONZÁLEZ (n. 198), p. 199 ss. Sobre las bibliotecas indias en general: THAYER, T., *Las bibliotecas coloniales chilenas*, en *Boletín de Bibliografía Chilena y Extranjera* 1 (1913) 2-3, p. 34 ss.; 1 (1913) 3-4, p. 86 ss.; 1 (1913) 5, p. 149 ss.; 1 (1913) 6, p. 219 ss.; 1 (1913) 7, p. 4 ss.; 1 (1913) 9, p. 141 ss.; 1 (1913) 9, p. 141 ss.; 1 (1913) 10, p. 189 ss.; 1 (1913) 11, p. 254 ss.; CÓNGORA, M., Apéndice VII: *Biblioteca de laicos*, de su *Encomendados y estancieros. Estudios acerca de la constitución social aristocrática de Chile después de la conquista. 1580-1660* (Santiago 1970), p. 227 ss.

²⁰⁶ Cfr. DÍAZ BIALET, A., *La fortuna y el valor práctico de la obra de Acursio en el derecho común americano*, en *Atti del Convegno di Studi Acursiani* (Milano 1968) 3, p. 1005 ss.

²⁰⁷ Para todo: GONZÁLEZ (n. 198), p. 199 ss.

²⁰⁸ GONZÁLEZ (n. 198), p. 197 ss.

²⁰⁹ La Corte Suprema de Chile, en oficio de 11 de febrero de 1837 [en *Boletín de las leyes* 2 7 (Santiago 1841) 7, p. 89 ss.] consultaba al gobierno acerca de ciertos puntos oscuros que se le habían presentado con motivo de

5. Con todos estos elementos estamos obligados a pensar que durante la época monárquica la presencia del derecho romano-común en Chile no ha debido de ser escasa, habiéndose reproducido en ese reino las circunstancias que en España ciertamente han asegurado una tal presencia.

A partir de 1813²¹⁰, la enseñanza del derecho romano sufrió un deterioro en intensidad como luego veremos; pero los demás factores aseguradores del romanismo de los abogados continuaron persistiendo, amén de que la mayoría de los juristas y políticos con formación jurídica que han intervenido en las primeras décadas del S. XIX ha sido educada en los esquemas y con los métodos pedagógicos de la época monárquica. En la práctica, pues, la presencia del derecho romano durante aquel tiempo no debió de ser sensiblemente inferior a la que ese derecho había tenido en la anterior.

Una actitud crítica en contra del derecho romano durante el período comprendido en este trabajo fue, sin embargo, escasa, al menos si la comparamos con la insistente, persistente e intensa censura de que se hizo objeto al derecho real, según antes hemos visto. Por lo demás, la crítica que se observa no apuntaba tanto al derecho romano-común en cuanto derecho usual, cuanto a su enseñanza o al modo de su enseñanza en los centros de educación superior, aun cuando los argumentos utilizados fueran los mismos que en Europa se habían empleado en contra del derecho romano en cuanto vigente.

No obstante lo anterior, debe tenerse presente, como ya hemos indicado, que la crítica al derecho real en cierto modo envolvía una crítica al derecho romano, no en el sentido de que los tópicos

la ley de 2 de febrero del mismo año, que ordenaba a los jueces fundar sus sentencias. El punto 7 de la consulta rezaba así: *¿Si se citaran las leyes del Derecho Romano en defecto de las nuestras?* Mariano Egaña, encargado por el gobierno de contestar a estas consultas, en su oficio de 20 de febrero de 1837 (en *Boletín* cit. p. 91 ss.), al mencionado punto respondió: *"Es incuestionable que debe contestarse que no"* apoyando su opinión en el auto 3, tit. 2, lib. 1 inserto en nota 3, ley II, tit. 3 de la Nov. Rec. y en el auto 1, lib. 3 inserto en la nota 2 de la ley II citada, que, en síntesis, disponen la prohibición de usar el derecho romano cuyas leyes no son leyes en España sino *"sentencias de sabios"*. Lo curioso es que la premisa de dicha disposición en realidad no impide la invocación del derecho romano, pues agrega *"...sentencias de sabios que sólo pueden seguirse en defecto de lei y en cuanto se ayudan por el derecho natural y confirman el real..."*. De acuerdo con esto y dado el tenor de la consulta, la respuesta de Egaña debió ser positiva. Sólo un estudio de archivos revelará el grado de recepción que tuvo en los tribunales la opinión de Egaña, cuyo informe, como es sabido, fue promulgado como ley (en *Boletín* cit., p. 101).

²¹⁰ Vid. supra c).

de aquélla hubiesen sido recogidos de la literatura antiromanística, sino en el sentido de que, en realidad, derecho real de Castilla y derecho romano común formaban en las obras de los autores de derecho real un todo de difícil discernimiento; por ello es que algunos de esos tópicos de censura en contra del derecho real, como el de la multitud de comentarios y sus sutilezas, prácticamente venían a ser críticas contra el romanismo, lo que veremos sucede en el ataque de Infante.

6. En lo que sigue estudiaremos los testimonios críticos concernientes al derecho romano considerado en sí mismo.

a) BERNARDO DE VERA Y PINTADO

El catedrático de Instituta de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Felipe, Bernardo de Vera y Pintado, presentó al presidente de la real audiencia una petición fechada en 6 de febrero de 1811²¹¹, para reemplazar en esa cátedra el estudio de las *Institutiones* de Justiniano por el de las *Instituciones del derecho real de Castilla* de los doctores Ignacio Jordán de Asso y del Río y Miguel de Manuel y Rodríguez. Según Vera, la mantención del estudio del manual justiniano obedecía únicamente a una rutina viciosa, perjudicial y acrítica, que sólo producía daños a la juventud estudiosa y aún a la administración pública: *¿Podrá servir de regla para demandar, defender y juzgar en regiones pacíficas la legislación de un pueblo militar, derogada por nuestras leyes y aun prohibida de seguirse? Desde que los Godos sacudieron el yugo de los romanos, la detestaron como a sus mismos enemigos.* En apoyo de estas opiniones Vera cita una serie de fuentes del antiguo derecho visigótico (*Fuero Juzgo* 2.1.8), del castellano medieval (*Fuero Real* 1.6.5; *Partidas* 1.1.15; 3.4.6) y moderno (Ley I de Toro; auto 1, lib. 2, tit. 1; auto 3 tit. 1, lib. 2) en que, efectivamente, de modo directo o indirecto, figura una prohibición o exclusión de invocar el derecho romano en el foro. Vera aconseja seguir el ejemplo de otras universidades americanas que habían reemplazado el estudio de las *Institutiones* justinianas por el de las de Asso y Manuel y prosigue: *... ¿qué Español hay que no prefiera esta excelente obra a la de aquel Trivoniano que haora 13 siglos formó una compilación erizada de antinomias incomprensibles, y que certifican la acusación que le hace Suidas de que por su exe-*

²¹¹ Archivo Nacional, Capitanía General, vol. 40, fs. 299-300. Ha llamado mi atención sobre estas piezas don Luis Lira M., de la Academia Chilena de la Historia. Me excuso de citar cada foja para los textos transcritos.

crable venalidad hacia y deshacía leyes a su antojo.⁹ Por otra parte hay títulos enteros en las *Instituciones de Justiniano* a cuya perfecta inteligencia no ministran bastante luz ni la historia complicada de aquellos tiempos ni la oscura, varia y opuesta interpretación de los glosadores civilistas. ¿Y qué utilidad resultará a nuestros jóvenes de que fatiguen infructuosamente su memoria y sus talentos, perdiendo el tiempo, la paciencia y el dinero en el estudio de lo que después no les serviría sino para lamentarse de la necesidad de entrar en la nueva tarea de una nueva legislación?⁹

A Vera no había escapado, sin embargo, que el cap. 28, ley 1 del *Ordenamiento de Alcalá* (= Ley I de Toro = *Nueva Recopil.* 2.1.3 = *Novis. Rec.* 3.2.3.), junto con omitir al derecho romano como fuente de derecho vigente, aprobaba su estudio en las universidades; el asunto era grave para su argumentación, pues precisamente la enseñanza de las *Instituciones* de Justiniano podía considerarse aplicación de esa norma; por ello él se apresura a recordar que existía en la facultad de derecho una cátedra de prima de leyes destinada a la enseñanza del Digesto (propiamente del *Infortiatum*) y entonces concluye que quienes desean adquirir mayor ilustración y erudición en la noticia de los códigos extranjeros, pueden dedicarse a ello en esa cátedra; pero, insiste, no hay razón para que no haya de aprenderse las *Instituciones elementales de los nuestros* (sc. códigos) en la cátedra de Instituta que es la que da materia a los exámenes precisos para que los estudiantes se gradúen y entren al cuerpo de Abogados. ¿Podrán serlo en los dominios españoles los que ni aun hayan oído el nombre del derecho español? ¿Saldrán buenos jueces por estos principios?

Las vicisitudes posteriores de esta petición no nos interesan ya; pero debemos quizá consignar que, habiendo quedado terminada su tramitación en las diferentes instancias interesadas y no habiéndose resuelto el asunto por la autoridad, los estudiantes de la facultad de leyes elevaron un memorial²¹² al presidente de la real audiencia solicitándole un pronunciamiento. Sus argumentos son muy generales y reiteran lo afirmado por Vera; en síntesis, sostienen ellos que la conservación del estudio de las *Instituciones* justinianeanas no se justifica a no ser por una rutina; invocan los mandatos regios de enseñar en las universidades las leyes españolas y terminan haciendo recurso a la pérdida de tiempo que implica el estudio del derecho romano.

²¹² *Ibíd.*, p. 298.

b) JOSÉ JOAQUÍN DE MORA

En el artículo *Preocupaciones forenses*, aparecido en el *Mercurio Chileno* de junio de 1829²¹³, José Joaquín de Mora incluye un párrafo que titula *Entusiasmo excesivo en favor del Derecho Romano, y su exclusión absoluta de los estudios legales*. Debemos tener presente que todo el mencionado artículo, como ya su título lo indica, estaba destinado al análisis de algunas *preocupaciones*, es decir, de *ideas que se admiten sin examen* (prejuicios diríamos hoy), dominantes en la jurisprudencia y el foro con el carácter de *axiomas prácticos absolutamente incompatibles con las nuevas exigencias que han creado de consuno los procesos de las luces y las vicisitudes de la política* (p. 190). En el sentir de Mora, el *entusiasmo excesivo en favor del derecho romano* por un lado, y *su exclusión absoluta de los estudios legales* por otro, constituyen dos de esas preocupaciones, del todo opuestas, por cierto, que era posible encontrar en los entendidos: *estas dos opiniones caracterizan dos escuelas estrechísimas; la de los admiradores rancios de todo lo que era bueno en su tiempo, y la de los que, deseando apresurar en lo posible toda especie de innovación, y más deseosos todavía de aligerar el trabajo, declaran una guerra exterminadora a todo lo que lleva el sello de la antigüedad* (p. 193).

Mora comienza su examen con la exposición de las causas por las cuales el estudio del derecho romano se hizo indispensable en Europa y fue recibido en los distintos países, para terminar esa parte poniendo la cuestión que le interesa dilucidar verdaderamente: *Habiéndose transformado enteramente la sociedad, y desaparecido todas las circunstancias que acabamos de enumerar, es preciso ver si la ley Romana conserva todavía derechos a nuestra atención y a nuestro examen* (p. 194). La transformación de la sociedad a que alude Mora consistía, en general, en el nuevo estado de cosas que había creado la revolución francesa y en especial, en aquella nueva situación establecida en América por la independencia, frente a la anterior, del antiguo régimen y de la época medieval, en que se habían dado las causas de la recepción del derecho romano.

Su argumentación posterior está destinada a contestar afirmativamente la cuestión planteada. El primer argumento es indirecto: puesto que la jurisprudencia es *un ramo de conocimientos que se ligan íntimamente con otros de distinto carácter y jerarquía nunca podrán ser poseídos en toda su extensión, ni con una profundidad*

²¹³ Utilizó la reedición de este artículo en *REHJ*, 4 (1979) p. 189 ss. El párrafo dedicado al derecho romano aparece en pp. 193-195.

digna de su importancia, si no se poseen también, a lo menos hasta cierto punto, aquellos con que se ligan y estrechan (p. 194). De este modo, según Mora, nunca será posible conocer bien una serie de otras ciencias como la historia o la lengua ni, en general, la cultura, sin el conocimiento del derecho romano, pues: *El pueblo que fundó y observó aquel inmenso sistema de legislación, es el mismo cuya lengua, cuya historia se ligan estrechamente con el idioma que hablamos, con la historia de la sociedad de que somos una ramificación* (p. 194); ese mismo pueblo fue el que nos *trasmitió la civilización, y la cultura intelectual que recibió de manos de los griegos, imprimiéndoles el sello nacional que después se ha estampado en nuestras ideas habituales, y en nuestros estudios* (p. 194). En otras palabras, Mora considera aquí al derecho romano como parte integrante de la cultura general, de esa especie de textura de conocimientos de toda índole, enlazados entre sí, que no se posee y comprende cabalmente sin el estudio de una de sus partes componentes, en este caso, precisamente del derecho romano.

El segundo argumento es más específico: tanto el derecho castellano aún vigente en el país como la misma legislación emanada del nuevo estado derivan del derecho romano: *nuestras leyes civiles y positivas, no sólo las que se encierran en los códigos de la nación fundadora de nuestra familia, y que todavía nos rijen y rejrán por largo tiempo, sino las que se hacen y promulgan en virtud de los derechos que hemos recobrado, son o deducciones, ampliaciones y aclaraciones del Derecho Romano o imitaciones de algunas de sus reglas; y aun cuando se separen de él en su esencia, raras veces dejan de emplear sus fórmulas y las denominaciones que en él se han consagrado* (p. 195). La consecuencia que Mora obtiene de tal verificación es ésta: *Sería vergonzoso, en tales circunstancias, ignorar la historia de una instituciones cuyos puntos de contacto con las nuestras son tan multiplicados e íntimos, y esta ignorancia no podría menos de dar a la ciencia del lejista, por muy vasta que fuese bajo otros aspectos, cierto colorido de vulgaridad y de rutina indigno de su elevación* (p. 195).

El tercer argumento es más específico aún: se refiere a la excelencia de alguna porción del derecho romano, que deriva de su coincidencia con la justicia misma: *en todo lo relativo a contratos, sus reglas son tan profundas como ingeniosas, y que aun prescindiendo de toda autoridad preceptiva pueden considerarse como los conductores más seguros de la justicia natural y de la equidad práctica* (p. 195). Con estas palabras Mora retoma, por lo demás, argumentos conocidos, concernientes a la vieja tradición europea que identificaba al derecho romano con la equidad y la justicia

naturales en virtud de lo cual se fundaba la vigencia *pro ratione* de ese derecho, que Mora explica como prescindencia *de toda autoridad preceptiva*, aun cuando él ha limitado este valor superior de aquel derecho a sus reglas relativas a los contratos.

Por otra parte, a propósito de este tercer argumento no deja de insinuarse una cierta crítica al derecho romano; ella precisamente la introduce: . . . *aunque el Derecho Romano encierra innumerables disposiciones absurdas, inicuas y sobre todo inaplicables a nuestras costumbres y a nuestras relaciones sociales, como era preciso que sucediese en un tan vasto depósito de preceptos, emanados de principios tan diversos y tan incoherentes, no es menos cierto que en todo lo relativo a contratos . . .*

La conclusión final de Mora consiste en un justo medio entre las dos preocupaciones de que había partido: *Conviene, pues estudiar el Derecho Romano, pero no conviene mirarlo como dotado de una fuerza más eficaz que la que puede conferirle el aspecto bajo el cual lo hemos presentado. Así: i) es un ramo precioso de erudición legal; (ii) es un excelente auxiliar de la razón y de la justicia; (iii) Debe meditarse y entenderse en todas sus partes; pero (i) no es la condición sine qua non de la Jurisprudencia; (ii) no es la parte vital e indispensable de los estudios legales; (iii) sería ridículo perder el tiempo en disputar sobre todas las cuestiones a que puedan dar lugar sus lugares oscuros y contradictorios* (p. 195). De esta serie de consecuencias Mora extrae una inferencia final de carácter metodológico, esto es, concerniente a la manera de estudiar el derecho romano: *Estudíemolo siguiendo el método espositivo e histórico, pero abstengámonos de aplicarle el método escolástico, fecundo manantial de disputas ociosas y eternas y escuela peligrosa de sofisteria y de engaño* (p. 195). Mora excluye, pues, como método de estudio y aplicación del derecho romano el que en la edad media habían fundado glosadores y comentaristas, el cual, en medio de las vicisitudes y ataques de la época moderna, todavía persistió en Europa como método propio del derecho común práctico hasta la época de las grandes codificaciones y que por entonces aún debía de mantenerse en los círculos forenses del país. Ese método corresponde al que Mora denomina escolástico (*mos italicus*). Su opción, en cambio, es por el método humanista, que llama *espositivo e histórico*, seguramente en la versión a la que había él llegado por obra de la escuela de jurisprudencia elegante, en especial, por obra de Heinecio y Vinnio.

En estas cortas palabras finales resume, pues, Mora la lucha secular de los tiempos modernos en contra del derecho común y en ellas radica su eficacia crítica: el *fecundo manantial de disputas*

ociosas y eternas y la *escuela peligrosa de sofistería y engaño* involucraban precisamente todo cuanto durante siglos había sido achacado al método del derecho común y que nosotros ya hemos visto trasladado al derecho castellano e indiano.

Se apreciará, en consecuencia, que no hay originalidad alguna en el discurso de Mora pues él se limita a sintetizar en todas sus partes la opinión corriente de la época inmediatamente anterior a aquella en que escribe, que había sido la dominante en Europa, pero que había perdido actualidad en aquellos países que habían codificado su derecho, manteniéndola, empero, en aquellos que no habían emprendido tal senda. Este escrito de Mora debió de reflejar una cierta mentalidad en Chile, puesto que su autor sintió la necesidad de escribir lo que escribió; de este modo, las *preocupaciones* a que se refiere al comienzo debían de ser corrientes en el ambiente jurídico del país, como, por lo demás, tendremos ocasión de comprobarlo que sucedió, al menos después del escrito de Mora. En todo caso, por mucho que él, como portador de una tradición crítica o defensora del derecho romano propia de Europa, se hubiera limitado a transferir esos esquemas al país, queda en pie este hecho fundamental: el derecho romano que los juristas chilenos usaban en su argumentación forense concerniente al derecho real, era de corte escolástico, porque era ese derecho el que ellos encontraban en las obras españolas sobre derecho real interpretado romanísticamente como sucedía con las *Siete Partidas* glosadas por Gregorio López o con los múltiples comentarios a las *Leyes de Toro*, etc., y era ése el derecho romano que esos juristas aprendían en las cátedras romanísticas de la universidad. Contra ese derecho romano, pues, se dirigían las observaciones críticas de Mora.

c) JOSÉ MIGUEL INFANTE

En 1834 tuvo lugar entre Andrés Bello y José M. Infante una polémica en torno a la enseñanza del latín y del derecho romano, que en muchos aspectos es ilustradora del asunto que nos ocupa. Los textos que contienen el pensamiento de los polemistas, enmarcados en su circunstancia y comentados, han sido, por lo demás, publicados por Martínez Baeza, edición de la cual nos valdremos aquí²¹⁴.

²¹⁴ MARTÍNEZ BAEZA, S., *Bello, Infante y la enseñanza del derecho romano. Una polémica histórica, 1834*, en *Revista Chilena de Historia y Geografía* 132 (1964), p. 196 ss. Los textos de ambos polemistas aparecen en pp. 208-226, páginas que citaré en el texto sin más indicación. Vid. también HANISCH Hugo,

Para entender en lo inmediato el sentido de la aludida polémica es necesario tener presente que con la creación del Instituto Nacional en 1813 el estudio del derecho romano había sufrido una notable disminución, pues había perdido su carácter de cátedra autónoma que tenía en la Universidad de San Felipe y en el Convictorio Carolino y había pasado a quedar incluido dentro de la cátedra de derecho civil, canónico y leyes patrias de ese Instituto²¹⁵. En 1828 se abrió el Liceo de Chile dirigido por José J. de Mora, en cuyo plan de estudios correspondiente al primer y segundo años se contemplaba cursos de derecho romano seguidos por las *Institutiones* justinianas²¹⁶. Desaparecido en 1831 el Liceo de Chile, al año siguiente Andrés Bello comenzó a dar lecciones privadas de —entre otras materias— derecho romano, sobre la base de las *Institutiones* de Justiniano y del comentario a éstas de G. Heineccius, *Elementa iuris romani*²¹⁷. En ese mismo año por otro lado, se introdujeron reformas al plan de estudios del Instituto Nacional, en que el mismo Bello tomó parte; y resultado de ellas fue la creación de la cátedra de “Historia y elementos de derecho romano”, localizada en el tercer año de la carrera²¹⁸.

En *El Araucano* N° 171 de 20 de diciembre de 1833, Bello publicó una información concerniente a los exámenes que por entonces se rendían en el Instituto Nacional, alabando los buenos resultados alcanzados por los estudiante. Esa información motivó un virulento ataque de José M. Infante en *El Valdiviano Federal* de 20 de enero de 1834, dirigido en contra del sistema educacional por entonces imperante en el Instituto: *¿Qué mejoras ha recibido la enseñanza pública? El Valdiviano cree, que si se digiese empeoramiento, atraso, vicios, preocupaciones, se diría la verdad* (p. 209). Para él, si los alumnos habían obtenido resultados sobresalientes en sus exámenes, esto sólo se debió a que ellos habían sido un fruto del antiguo plan de estudios del Instituto Nacional (es decir, del introducido en 1813); pero Infante no podía comprender que la enseñanza pública hubiera recibido mejoras *si de dos años al presente se ha comenzado a trastornar ese plan, y subrogado por el*

el cap. IV: *La controversia con Infante* de su artículo *El derecho romano en el pensamiento y la docencia de Andrés Bello*, en *REHJ.* 3 (1948) p. 163 ss.

²¹⁵ AMUNÁTEGUI SOLAR, D., *Los primeros años del Instituto Nacional* (Santiago 1889), p. 158.

²¹⁶ AVILA, A., *Bello y el derecho romano* (n. 198), p. 84. El programa, sin embargo, no figura en STUARDO, C., *El Liceo de Chile. 1828-1831. Antecedentes para su estudio* (Santiago 1950).

²¹⁷ AVILA MARTEL, A., *Bello y el derecho romano* (n. 198), p. 86 s.

²¹⁸ BAEZA MARAMBIO (n. 198), p. 68-72; AVILA MARTEL, *Bello y el derecho romano* (n. 198), p. 87 s.

que obraba en tiempos de la Inquisición y de la barbarie española (p. 210), con lo cual se refiere, naturalmente, a la reforma de 1832. Entre otros trastornos, Infante considera al restablecimiento del derecho romano como *uno de los mayores males que se ha hecho a la educación de la juventud* (p. 210). *No era posible oír sin amargura la queja a todas luces justa de muchos alumnos por el entorpecimiento que iban a sufrir en su carrera; y al mismo tiempo sus fatigosas diligencias para proporcionarse la Instituta de Justiniano y a su expositor Arnolfo Vinnio que indispensablemente les exigían sus preceptores* (p. 210).

Pero lo que más parece preocupar a Infante son las implicancias políticas de la enseñanza del derecho romano: *¡Bello plan para una república! Se oye nuevamente en las escuelas de derecho repetir como en el tiempo de la servidumbre, que tienen fuerza de ley las Respuestas de los Prudentes, los Edictos de los Pretores, la voluntad del Príncipe, "sed et quod Principi placuit" y otra multitud de disposiciones de que abunda cada una de las páginas de ese rancio código y que hoy como antes se obliga a los alumnos a aprender de memoria. ¿Se pretende acaso que revivan? Si no es así, ¿para qué imbuir a la juventud en lecciones de despotismo?* (p. 210). En seguida Infante, siguiendo a un autor francés que no cita y que no he podido identificar, afirma que en tiempos del rey San Luis los magistrados no leían sino la *Biblia* y el *Código de Justiniano*, con el fin de aplicar a la realeza todo cuanto en materia de atributos y derechos se decía en las *Escrituras* a propósito del rey David y sus descendientes y en el *Código*, a propósito de los emperadores; y entonces: *¿Se desea iguales aplicaciones entre nosotros? ¿En el seno de una República?* (p. 211).

Para Infante, si podría aceptarse la existencia de una cierta ignorancia en las nuevas generaciones de abogados, ello no era resultado de haberse eliminado en 1813 el estudio del derecho romano, como afirman *muchos letrados ya caducantes en el día, que estudiaron según el antiguo sistema* (esto es, según el sistema de la Universidad de San Felipe) (p. 211). Ello se comprueba, según él, por el hecho de que bajo el antiguo sistema en verdad *eran menos en proporción los que en los primeros años acreditaban aptitudes y aciertos en una carrera que sin el asiduo y prolongado ejercicio del foro puede decirse apenas iniciada por causa de la multitud de nuestros códigos, de su complicación e inepticias...* (p. 211). Infante parece sugerir en este oscuro pasaje, todo lo contrario de aquello que afirmaban los *letrados ya caducantes*, a saber, que bajo el sistema de estudios de la Universidad de San Felipe la ineptitud de los abogados era mayor porque estudiaban el derecho romano

y no el derecho real, que debían aprender en la práctica forense, mientras que bajo el sistema del Instituto puesto en vigencia en 1813, como, según él, se estudiaba el derecho real, menor era esa ineptitud.

Otro argumento que emplea Infante es que el estudio del derecho romano implica . . . *poner la Jurisprudencia del todo inaccesible al conocimiento público* (p. 211). Sobre esto no se explaya en el primer artículo que ahora comentamos, pero de los que le siguen se deduce que él pensaba sobre todo en la lengua en que estaban escritas las fuentes del derecho romano y las obras de sus expositores.

En *El Valdiviano Federal* N° 77 de 15 de marzo de 1834 vuelve Infante sobre el tema a propósito, según explica, de una nota que se le había dirigido personalmente (y que no publica), en la cual su autor reprobaba el *estudio de memoria a que se obliga a los alumnos desde que se restableció la enseñanza del derecho romano* (p. 212), y afirmaba *el ningún provecho que pueda sacarse del estudio de este derecho, que comprende materias no adoptadas por los códigos españoles que aun nos rijen, o que si se adoptaron han sido abolidas en gran parte* (p. 212). Finaliza este artículo con una cita de un célebre escritor, según el cual: *La jurisprudencia romana, que la preocupación hace pasar por la "sabiduría escrita", no es más que un conjunto de leyes poco conformes entre sí, recopiladas por orden del tirano Justiniano y extendidas por un vil esclavo de este príncipe* (p. 212). Esta invectiva del autor transcrito, pero no indicado por Infante en realidad constituía el resumen de una parte de la secular crítica dirigida al derecho romano que remontaba al *Antitribonien* de F. Hotman (1567).

La respuesta de Bello a Infante apareció publicada en *El Araucano* n° 184 de 21 de marzo de 1834. Esa respuesta constituye una defensa del derecho romano, que si exponemos aquí es porque a ella siguió una nueva diatriba de Infante a modo de comentario a las palabras de Bello.

Comienza el artículo de este último reproduciendo una idea manifestada anteriormente por Infante: *Pero El Valdiviano cree que es superfluo el estudio del derecho romano y pernicioso la lectura de los glosadores y tratadistas* (p. 212). El contraargumento de Bello es el siguiente: *aun la legislación más clara y metódica necesita de comentarios, pues lo más difícil no es entender las leyes sino penetrarse de su espíritu y saber aplicarlas con acierto; para tales operaciones es útil ayudarse de quienes han ilustrado las leyes. Por otro lado, misión del jurista es aplicar éstas a todos los negocios de la vida, siéndole para ello necesario una exacta*

clasificación de los mismos; sin un hilo conductor estará expuesto a perderse en el laberinto de casos de la vida real, infinitamente variables e infinitamente mayor que el número de leyes. Para Bello, el derecho romano, fuente de la legislación española que nos rige, es su mejor comentario; en él han bebido todos nuestros comentaristas y glosadores; a él recurren para elucidar lo obscuro, restringen esta disposición, amplían aquélla y establecen entre todas la debida armonía; de este modo, pues, los que lo miran como una legislación extranjera son extranjeros ellos mismos en la nuestra (p. 213).

No deja de reconocer Bello que hay en los tratadistas *un lujo excesivo de distinciones y sutilezas* (p. 213); pero en descargo recuerda que todas las ciencias tienen su lujo, como la zoología cuando *cuenta las pintas que matizan el ala de una mariposa* (p. 213); no por ello se dirá que la zoología es una ciencia inútil. Enseguida recuerda que aun en Francia, que ya cuenta con un cuerpo completo, metódico y proporcionado a la inteligencia de todos (sc. el *Code Napoléon*), tan distante *del caos enmarañado y tenebroso de la legislación española* (p. 213), aún ahí se cultiva el derecho romano.

Al argumento de Infante, de haber sido Justiniano un príncipe tiránico y a la consecuencia que de ello obtenía aquél de condenar a las llamas sus obras jurídicas, responde Bello que la misma consecuencia se debería seguir de inmediato para los códigos españoles, obra de los reyes de España, que han sido menos tiránicos que Justiniano. Bello supera de inmediato esta salida absurda declarando que en realidad no es necesario obtener tal conclusión, porque *la forma constitucional de un estado puede ser detestable y sus leyes civiles excelentes* (p. 214), con lo cual quiere decir que, aun cuando se acepte el carácter tiránico del gobierno de Justiniano, las leyes romanas *han pasado por la prueba del tiempo, se han probado en el crisol de la filosofía y se han hallado conforme a los principios de la equidad y de la recta razón* (p. 214). Para Bello, en todo caso, hay que distinguir entre el derecho público y el privado: el primero es el malo y nadie lo estudia en las *Pandectas*; pero el privado *es bueno, es el nuestro, y apenas hay en él una u otra cosa que necesite simplificarse o mejorarse* (p. 214). Los mismos emperadores tan repulsivos a Infante, han introducido en el derecho romano de origen republicano importantes reformas, luego adoptadas por la mayoría de las naciones cultas de Europa.

Termina Bello recordando que el derecho romano es necesario para el adecuado conocimiento del canónico y del de gentes;

de modo que si alguien tiene la curiosidad de explorar las instituciones de otros países y consultar las obras de sus juristas *a fin de aprovecharnos de lo mucho que hay en ellas de bueno y aplicable a nosotros* (p. 214), para ello es necesario una familiaridad con el derecho romano cuyos principios rigen en gran parte de Europa.

La respuesta de Infante apareció en *El Valdiviano Federal* nº 82 de 1º de junio de 1834. Al argumento de Bello, consistente en exigir el estudio del derecho romano por ser la fuente de inspiración de los comentaristas de las leyes patrias, fundadas, a su vez, en ese mismo derecho, afirma Infante que en su artículo anterior, considerando él superfluo el estudio de los glosadores y comentaristas, se había referido sólo a los autores latinos, basado en lo absurdo de que *los comentadores de las leyes no comentaron en otro idioma, que en el de las mismas leyes* (p. 215). Enseguida pone como ejemplo lastimero el de un litigante quien debe satisfacer a caro precio un informe en derecho, que no entiende por estar redactado en latín, lengua de la que se aprovecha el letrado para dar mayor importancia a su trabajo y que usa más por ostentación que para esclarecer el derecho de su cliente.

Luego pasa Infante al argumento de Bello concerniente a la necesidad de interpretar siempre las leyes, para lo cual resulta útil el recurso al derecho romano. Infante esquivo la cuestión recurriendo en, primer lugar, a una ironía: *¿Por que no aconsejó igualmente el estudio del derecho griego que es también fuente de que emana el romano?* (p. 215). Enseguida: *Si las leyes son claras y sencillas, pues tal debe ser su carácter distintivo, serán perceptibles a todos; ni es tanto la ciencia, cuanto la integridad la que constituye un buen juez* (p. 215). Según Infante —siguiendo a un autor que no señala, según era su costumbre— *un juez bien intencionado no hallará dificultad para comprender de parte de quien está la justicia* (p. 215), con lo cual quiere afirmar: para interpretar bien la ley no es necesario el derecho romano y es suficiente el buen sentido de justicia y equidad de cada juez.

Bello había afirmado que quienes miran al derecho romano como legislación extranjera son extranjeros ellos mismos en las leyes de Chile. Infante retuerce el argumento: *Los que miran al derecho romano como legislación propia son los verdaderos extranjeros en la nuestra. Divagados en el estudio de aquélla, desatienden el de ésta* (p. 216). Vuelve así Infante a un tema que ya había tratado en su primer artículo: recordando que en el sistema antiguo los estudiantes de derecho estaban obligados al estudio de las *Institutiones* por los comentarios de autores extran-

jeros (principalmente Vinnio), pero que, *sin haber quizá abierto uno de los códigos de nuestro derecho patrio*, obtenían su título de abogado: ¿... *no diremos que éstos eran los verdaderamente extranjeros en nuestra legislación?*², porque *se les hacía mirar como propia la de los Romanos y sacrificar en su estudio los más bellos días de su juventud* (p. 216).

Infante afirma que es desconocer la práctica del foro sostener como útil el estudio del derecho romano y de los expositores latinos. Pide así que se pregunte *a los letrados que hayan ejercitado el foro en la defensa y en la judicatura*, porque ellos dirán *que como abogados en veinte causas que defendían, registraban en las más las pandectus o códigos romanos o al menos los expositores, pero como jueces sólo en una o en otra* (p. 216). Ello se debe, según Infante, a que el abogado aspira al buen éxito del pleito que defiende, independientemente de la justicia que asista a su cliente: para eso, para eternizar el pleito, para ofuscar el derecho *es bueno ocurrir a la legislación romana y a los glosadores* (p. 216); en tanto que el juez sólo aspira a hacer justicia, por lo cual él prescindir del derecho romano y sólo recurre a su buen sentido y a su conocimiento de la legislación nacional.

Pasa enseguida a ocuparse Infante del argumento de Bello que atañía a las sutilezas de los tratadistas del derecho romano, que él, sin embargo, había defendido alegando no ser ello propio del derecho romano sino algo común a toda ciencia. Infante niega las analogías —como aquella con la zoología— propuesta por Bello, pues para el naturalista entrar en tales detalles sutiles es una necesidad para ser completo en su análisis y demostración, mientras que el jurisconsulto *tiene objetos diversos, en los que debe consultar la claridad y la sencillez y no confundir y obscurecer la verdad y la justicia con distinciones y sutilezas que le sugiere el amor propio* (p. 217). Acto seguido vuelve una vez más al tema de la lengua en que los comentarios y las glosas estaban escritos: la lengua latina, diferente de la lengua en que se hallan escritas las leyes comentadas (del derecho real), transforma la profesión de abogado en una profesión aislada, ajena a la inteligencia de todos y así como —según había afirmado Bello— el jurisconsulto tiene que clasificar los negocios de la vida para poder aplicar a ellos las leyes, así también el mercader, el labrador, el artesano, el jornalero, tienen negocios que clasificar, teniéndose que valer para ello de las distinciones y sutilezas de los juristas, función ésta que, sin embargo, se frustrará si las obras de estos últimos están escritas en latín.

La respuesta de Infante continuó en *El Valdiviano Federal* nº 84 de 1º de agosto de 1834. Comienza Infante ocupándose del argumento que Bello había esgrimido en relación con el estudio romanístico que aún se hacía en Francia, pese a existir ahí un código. A esto contraargumenta Infante con un curioso y desvariado análisis histórico. Según él, en Francia había que distinguir tres períodos; el primero llega hasta la revolución de 1789: durante ese período el reino estaba gobernando por un rey absoluto; consecuencia: *Una nación reducida así a la esclavitud, el derecho que elige es el romano. Los reyes y los monjes reclamaban su estudio y su observancia con preferencia a cualquier otro* (p. 218). El segundo período, de 25 años, llega hasta la restauración de los Borbones, durante el cual ha gobernado Napoleón y promulgado su código; este código estaba destinado a eliminar del todo el derecho romano en Francia; pero antes de que ello hubiese podido suceder su autor fue arrojado del trono; si hubiera permanecido más tiempo en él, seguramente el derecho romano habría quedado del todo desterrado, a menos que Napoleón hubiera querido investirse de un poder tan absoluto como el de sus predecesores borbónicos, pues en tal caso habría mantenido el derecho romano. El tercer período (al cual se refería Bello) corresponde al nuevo borbónico, que ha restablecido el antiguo régimen, esto es, el régimen absoluto; de este modo: *Si en esta época se cultiva en Francia el derecho romano y se le ilustra con nuevos comentarios, nada tiene de extraño* (p. 219). Para Infante, pues, la historia del derecho romano en Francia ha estado ligada con el régimen absoluto.

Continúa Infante su argumentación en *El Valdiviano Federal* nº 85 de 15 de agosto de 1834. En este artículo se refiere a su anterior afirmación concerniente al carácter tiránico de Justiniano, que reafirma recordando someramente que aquello es algo que *dice la historia* (p. 219).

La continuación del discurso de Infante constituye un desarrollo de su idea de ver en el estudio y uso del derecho romano un resabio del despotismo y un peligro de su restauración, que ya había insinuado antes. Bello había afirmado que *la forma constitucional de un estado puede ser detestable y sus leyes civiles excelentes*. Infante considera esto como la *más detestable herejía política* (p. 220) y estima que *los vicios de la ley civil estarán siempre en razón de los vicios de la ley política* (p. 220), verdad ésta que, según él, se comprueba con la historia. La distinción que había hecho Bello entre el derecho público y privado romanos, para atribuir maldad a aquél y bondad a éste, afirmando que

al privado de la república los emperadores habían introducido reformas saludables, esa distinción y su consecuencia significan para Infante ni más ni menos que preferir *el gobierno absoluto que da buenas leyes y detestar el republicano cuyos códigos son de hierro* (p. 220). Pasa enseguida Infante a defender el antiguo derecho republicano basado en que, durante la república romana, en realidad había dos formas de gobierno: una para Roma y sus ciudadanos, propiamente republicana; y otra para las provincias, despótica: *¿qué tiene pues de extraño que no todas las leyes del código de la república fuesen suaves y humanas como deben serlo las de todo código meramente republicano?* (p. 221). Al gobierno republicano sucedió el despótico de los príncipes para todo el imperio, en que la voluntad de aquél se erigió en fuente suprema del derecho: *¿Y podía ser que dictasen buenas leyes un centenar de monstruos que, exceptuados tres o cuatro filósofos, ocuparon sucesivamente el imperio, teniendo algunos el orgullo de titularse divinos?* (p. 221). Por lo demás, si las reformas imperiales han sido importantes, sigue Infante, *nuestras leyes las habrían adoptado y en ellas las aprenderá nuestra juventud; si no las han adoptado no serán importantes; ¿a qué pues hacerla perder el tiempo en su estudio?* (p. 221). El objetivo no puede ser, según Infante, el que se adopten esas reformas, porque ello es propio de profesores, para que ilustren al legislador a fin de moverlo a adoptar dichas reformas, pero lo mismo no es algo propio para la juventud que *no tiene otro objeto que estudiar y saber las leyes vigentes y la práctica de los tribunales; distraerla de él es confundirle las ideas, es retardarle infructuosamente el término de su carrera y el acceso al ejercicio de una profesión que abrazó...* (pp. 221-222).

El último artículo de Infante apareció en *El Valdiviano Federal* n° 86 de 1º de septiembre de 1834. En él se ocupa su autor del argumento de Bello relativo a la difusión de que había sido objeto el derecho romano en las naciones europeas. La contraafirmación de Infante es ésta: *¿Ignora (sc. El Araucano) que la adopción de esas leyes fue por la ignorancia supina en que se hallaban las naciones de Europa que las adoptaron? ¿Ignora que los herejes se valieron de esa misma ignorancia para introducirlas?* (p. 222). Enseguida Infante transcribe una larga cita de De Solure extraída de su obra *Constitución de Inglaterra*. En síntesis ese autor expresa que la introducción del derecho romano en Europa a partir del S. XIII fue obra de los eclesiásticos, única clase culta de la sociedad, movida por el deseo de aumentar su poder; pero que ello no se produjo en Inglaterra, en virtud de una espe-

cie de alianza entre la nobleza y el pueblo en contra de los eclesiásticos para impedir la introducción del derecho romano en el país. En el presente, finaliza la cita, si los ingleses son libres es porque no han aceptado el derecho romano, o mejor, no lo aceptaron en el pasado porque ya antes eran libres y continúan siéndolo. De esta última *sabia observación* (p. 223) Infante obtiene lecciones para Chile. Según ello, a partir de 1813 en que fue abolido el estudio autónomo del derecho romano en el país, éste habría sentado *causas que deben al fin establecer la libertad* (p. 223, en palabras de De Solure); en 1833 en cambio, en que ese estudio ha sido restablecido, *Chile se haya dominado por el espíritu monacal* (p. 224, también en palabras del mismo autor).

En seguida Infante resume sus críticas: *...la opinión de escritores verdaderamente ilustrados y amantes de las instituciones favorables a la humanidad es contraria al estudio de ese derecho; que si la Europa lo adoptó fue por el ascendiente que en los tiempos de su barbarie ejercían en ella los monjes, siendo esa adopción la causa elemental que la ha conservado en la esclavitud de tantos siglos bajo el despotismo de los Reyes; que la Inglaterra, única nación de aquel continente que tuvo bastante firmeza para resistir su introducción, es la que por esta causa goza de libertad; y en la que la justicia civil y criminal ceñida a sus propios códigos es administrada con incalculables ventajas respecto de otras naciones sujetas al de los emperadores romanos* (p. 224).

La continuación y el final de este artículo de Infante están destinados a insistir en lo nocivo que es el estudio del latín para los jóvenes —pues no olvidemos que la polémica envolvía no sólo al derecho romano sino también a esa lengua— con argumentos en parte repetidos a partir de anteriores artículos, en parte nuevos que, sin embargo, aquí no interesan.

Podríamos resumir en los siguientes puntos la postura anti-romanista de Infante: (i) Dificultades de los alumnos para procurarse los textos del derecho romano y de sus comentaristas; (ii) vinculación del derecho romano con el despotismo y el régimen absoluto, que se manifiesta en la parte de influencia que en él han tenido los emperadores romanos; en haber sido compilado por Justiniano; en haber sido recibido en Europa en tiempos del despotismo, del régimen absoluto y de la dominación monacal; y, por el contrario, en haber sido rechazado por Inglaterra, única nación libre de Europa; (iii) carácter extranjero del derecho romano en Chile regido por un derecho propio como era el real de Castilla y el indiano; (iv) inaccesibilidad de la jurisprudencia al pueblo que genera el uso del derecho romano; (v) volumen de

sus disposiciones que no rigen o han sido derogadas; (vi) el estar las fuentes y muchos de sus comentarios escritos en un idioma extraño como es el latín; (vii) inutilidad del derecho romano frente al sentido innato de justicia y equidad con que deben fallar los jueces; (viii) confusión del juicio, la razón y el recto sentido jurídico a que conduce su estudio; (ix) gran cantidad de sutilezas y distingos inútiles que contiene y que oscurecen la verdad; (x) inutilidad del derecho romano en cuanto lo bueno de él ya ha sido adoptado por el derecho real, de modo que si no ha sido adoptado no es bueno. Más sintéticamente expresadas estas críticas aún, ellas serían: el derecho romano se vincula con el despotismo político; él es extraño y extranjero en una república que dispone de un derecho propio; es complicado oscuro, sutil y obnubilador del recto juicio; es inaccesible al pueblo.

En esta censura es indudable que hay mucho recogido de la secular tradición antirromanística europea, en lo que respecta a las características externas del derecho romano y a sus efectos perturbadores de la justicia natural. Las vinculaciones entre él y el despotismo que Infante establece tampoco son originales, pues ya se encuentran, p. ej., en Hotman y habían constituido una especie de tópico en el género literario crítico del derecho romano. Lo "original" suyo, empero, se encuentra en lo anacrónico del argumento y en la convicción y pasión que él muestra acerca de su fuerza de verdad en el Chile de 1834, pues creer que la reintroducción del derecho romano en los estudios superiores obedecía a una suerte de oscuro y secreto plan para "restablecer" un régimen "despótico" en el país, a todas luces no pasaba de ser una alucinación. No es nuestra tarea aquí, en todo caso, criticar esta postura de Infante como tampoco sus fantasías y deformaciones históricas ni insistir demasiado en la contradicción que para un republicano y antiespañol, como era Infante, significaba su actitud antirromanística que dialécticamente le llevó a una implícita y a veces declarada defensa del derecho real castellano, que él prefiere al romano por considerarlo el verdadero derecho del país. Su alegato queda en pie como un testimonio de fe antirromanística sin concesiones y es en tal sentido que aquí nos ha interesado.

d) ANDRÉS BELLO

Curiosamente, Bello, que había salido al paso de Infante defendiendo el derecho romano del modo que antes hemos visto, no hacía un año que había escrito unas palabras que implicaban no

un entusiasmo frente a él sino una mera tolerancia. En *El Araucano* n° 146 de 28 de junio de 1833, apoyando un proyecto impulsor de la fijación del derecho civil presentado a la cámara de diputados por Manuel C. Vial en ese mismo año, declaraba que, mientras no se procediera a la reducción de las leyes civiles a un cuerpo bien ordenado *entonces y no hasta entonces el conocimiento del derecho romano dejará de ser una adquisición indispensable a los que se dedican a la carrera de la jurisprudencia*²¹⁹. Estrictamente, es cierto, entre estas palabras y cuanto él diría en el artículo de respuesta a Infante no había contradicción, pues el pasaje antes transcrito, en fin de cuentas, viene a declarar que el derecho romano era un conocimiento indispensable para el jurista que debía trabajar con el derecho castellano, lo cual constituía uno de sus argumentos en contra de Infante. Lo que en esas palabras se echa de menos es precisamente el entusiasmo romanista y lo que sorprende es la idea de que, lograda la fijación del derecho civil, el derecho romano se convertiría en algo no-indispensable. Esto en todo caso carece de mayor importancia para nuestro tema y finalmente revela, quizá, nada más que el interés en usar un argumento corriente de crítica al sistema jurídico vigente en el país, tan complicado, que hacía necesario el conocimiento de un derecho no menos complicado como el romano; pero que tal argumento no obedecía a una convicción muy arraigada en su autor, se aprecia a través de los demás argumentos que Bello emplea en su artículo de respuesta a Infante y sobre todo a través de sus palabras suficientemente conocidas pronunciadas en el discurso de instalación de la Universidad de Chile en 1843²²⁰.

VI. LA CRÍTICA EN CONTRA DEL DERECHO PATRIO

También el derecho patrio, esto es, aquel generado por los órganos políticos de origen criollo a partir de 1810, fueran aquellos que en un primer momento entendieron gobernar el reino en nombre de Don Fernando VII, o bien aquellos otros que, aun antes de la declaración formal de independencia, entendieron gobernarlo de modo autónomo y, con mayor razón, los que, después de dicha declaración lo gobernaron ya de ese modo, ha sido ob-

²¹⁹ BELLO, *Codificación del derecho civil*, en FELIÚ, *Prensa*, p. 21 = *Ob. compl.* 7, p. 139.

²²⁰ BELLO, *Discurso pronunciado en la instalación de la Universidad de Chile*, en *Ob. compl.* (Santiago 1885), 8, p. 311 s.

jeto de una cierta censura. De este tema me he ocupado especialmente en mi trabajo *Crítica del derecho patrio y proyectos para su fijación*, publicado en la *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* n.º 3 (1979), pp. 67 ss., por lo cual me limito aquí a resumir sus conclusiones.

La crítica al derecho patrio provino de dos sectores opuestos: por un lado, del de aquellos que aspiraban a su fijación, esto es, a conseguir la dictación de códigos recopiladores del conjunto de leyes emanadas por los órganos criollos antes aludidos. Su reproche a ese derecho se nos presenta así como demostrativo de unos motivos inducentes a esa fijación, y ésta, a su vez, no aparecía como sustitución de los códigos castellano-indianos por códigos patrios, ya que el derecho nacional poco o nada podía ofrecer para fijaciones de derecho civil, procesal o penal, únicas que en realidad podían pretender desplazar y sustituir los antiguos cuerpos hispánicos; sino como suplementación de los mismos. En este grupo debemos contar sobre todo a don José Alejo Eyzaguirre²²¹ y más débilmente a don Ramón Freire²²², ambos autores de sendos planes para la fijación del derecho patrio.

El otro sector, en cambio, deseaba la paralización de la actividad legislativa del nuevo estado en espera del advenimiento de nuevos códigos nacionales reemplazantes de los castellano-indianos, pues, a sus ojos, la legislación patria, en la medida en que suplementara a la monárquica aun vigente en la república, sólo introducía desajustes y contradicciones en el sistema total del derecho. La crítica dirigida al derecho patrio por este otro sector, en consecuencia, no preparaba su fijación sino que exigía sólo su detención. En este grupo debemos considerar a don Juan Egaña²²³ y al anónimo autor de un escrito de 1834 titulado *Teoría de un sistema administrativo y económico para la república de Chile*²²⁴. Una posición especial ocupa Andrés Bello²²⁵, de quien se conserva alguna crítica al derecho patrio, sin, empero, haber formulado opiniones en torno a su fijación o detención.

El tópico común en la crítica de los individuos citados es la multiplicidad o exceso de leyes nacionales que algunos llegan a parangonar con el fenómeno que similarmente se había produ-

²²¹ Su plan fijador: en COOD-FELIÚ, N.º 4, anexo 742, p. 29.

²²² Su plan fijador: en COOD-FELIÚ, N.º 7, p. 3.º.

²²³ [Juan EGAÑA], *Reflexiones sobre el reglamento de administración de justicia*, en Feliú, *Prensa*, p. 7; vid. supra n. 62.

²²⁴ Hemos reproducido este escrito en REHJ. 3 (1978); la parte relativa al derecho patrio figura en p. 291.

²²⁵ BELLO, *Sistema de administración de justicia*, en Feliú, *Prensa*, p. 25 = *Ob compl.* 7, p. 294.

cido en tiempos de la monarquía (Eyzaguirre, Egaña); a un tal exceso se atribuyó como consecuencia, ora la dificultad o imposibilidad de conocer esas leyes por parte de los usuarios y aplicadores del derecho (Eyzaguirre, J. Egaña, Bello); ora la inseguridad creada por las modificaciones y derogaciones parciales que el nuevo derecho necesariamente introducía en el antiguo, basadas en principios diversos del de éste (J. Egaña); ora el aumento de la confusión y contrariedad ya existente en el derecho de Chile, introducido por el patrio, en razón de su carácter parcial y suplementario del castellano-indiano, que le impedía consistir en un verdadero sistema de normas y principios capaz de regular todo lo regulable, dejando así entregado al antiguo derecho el campo no-regulado por él y creando, en consecuencia, una duplicidad de ordenamientos (*Teoría*).

De este modo, al menos tres de estos motivos críticos los hemos ya encontrado a propósito del derecho castellano-indiano, como son la multitud de leyes, las dificultades para su conocimiento y la inseguridad e incerteza; el cuarto, esto es la incongruencia del sistema total, resulta, en cambio, específico porque derivaba en realidad de aquello que era peculiar al derecho patrio, en cuanto necesariamente tenía éste que modificar, por el hecho de dictarse, alguna parte del derecho español, si bien también la inseguridad e incerteza denunciadas por Egaña no era tanto predicada del derecho patrio en sí, cuanto de la relación de vigencia entre éste y el español modificado por aquél.

En todo caso, lo importante es verificar que críticas, originales o no, directas o indirectas, dirigidas en contra del derecho patrio no han faltado, lo cual demuestra que la preocupación de juristas y políticos por el estado jurídico de la nueva nación implicaba, aparte de la repetición de tópicos seculares de censura, una cierta reflexión asimiladora de los mismos, que los capacitaba para analizar sin prejuicios aun la legislación del flamante estado.

VII. UN RESUMEN POR BELLO DE LA CRÍTICA DE F. MARTÍNEZ MARINA
A LA «NOVÍSIMA RECOPIACIÓN DE LEYES DE ESPAÑA»

En 1808 apareció publicado en Madrid un libro de Francisco Martínez Marina titulado *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla especialmente sobre el código de Las Siete Partidas de D. Alfonso el Sabio*, en el cual se contienen algunas opiniones adversas a la *Novísima Recopilación de Leyes de España*, obra del

jurista Juan de la Reguera Valdelomar, expresadas como indicación de existir ciertos defectos en ella, que, sin embargo, no se especifican ni detallan. Por aquel motivo De la Reguera presentó al Consejo de Castilla en 1815 un recurso en que solicitaba apercibir a Francisco Martínez Marina para que, dentro de tercero día, especificara detalladamente todos y cada uno de los defectos que él había denunciado en general en la obra antes citada. El Consejo confirió traslado del recurso al demandado, que le fue notificado el día 4 de septiembre de 1815 y el día 7 de los mismos mes y año contestó Martínez la petición de De La Reguera, aceptando cumplir con aquélla, pero solicitando tiempo y medio bibliográficos. Las vicisitudes posteriores del pleito no nos interesan aquí, salvo que el Consejo terminó por conceder un plazo de seis meses a Martínez y que éste finalmente cumplió el mandato escribiendo una obra publicada en Madrid, en 1820 con el título de *Juicio crítico de la Novísima Recopilación*. En la *Introducción* que precede a esta obra, su autor narra detalladamente las alternativas del pleito entre él y Juan de la Reguera, transcribiendo, además, los diferentes oficios que se habían cruzado entre ambos y el Consejo ²²⁶.

En *El Araucano* n.º 200 de 11 de julio de 1834, Bello publicó ²²⁷ algunos extractos tanto del oficio de Martínez Marina de 7 de septiembre de 1815 como del *Artículo Primero* del *Juicio crítico: En prueba de la necesidad de la formación de un código en los países que todavía se gobiernan por las leyes españolas, nos ha parecido conveniente insertar aquí lo que el doctor don Francisco Martínez Marina expuso al Consejo de Castilla en 7 de septiembre de 1815, y ha publicado en su interesante opúsculo Juicio crítico de la Novísima Recopilación, dado a luz en Madrid en el año 1819*. Naturalmente no se trata aquí de resumir las ideas de Martínez Marina expuestas en el aludido oficio ni en el *Juicio crítico*, sino aquellas presentes en los extractos de ambos, publicados por Bello. La obra de aquél tuvo cierta difusión en Chile ²²⁸, pero es evidente que el haber Bello publicado dichos extractos dio a algunas de sus ideas una difusión aun mayor, sobre todo atendiendo el medio empleado para su publicación. Por lo demás, si nos interesa aquí la inserción de Bello en *El Araucano*

²²⁶ De ahí hemos obtenido los anteriores datos (*Introducción*, p. 1 ss.).

²²⁷ Dicho artículo se denomina *Código* y se ve ahora en FELIÚ, *Prensa*, p. 22-24 (= BELLO, *Ob. compl.* 7, pp. 155-160). Me excuso de hacer referencias a páginas para las citas textuales, dado que se analiza todo el breve artículo.

²²⁸ *Supra* III, 1.

es porque precisamente él ha elegido un conjunto de afirmaciones de Martínez Marina portadores de fuertes críticas externas a la *Novísima Recopilación*, que podían extenderse a otros cuerpos legales castellanos y al indiano, las cuales, como él mismo lo señala en la introducción, constituían *prueba de la necesidad de la formación de un código*.

Según Martínez Marina, los literatos españoles y jurisconsultos sabios estaban ya convencido de que resultaba obra más fácil y asequible formar de nuevo un cuerpo legislativo que corregir los vicios e imperfecciones de los que todavía estaban en uso y gozaban de autoridad. Esto vale en especial para la *Novísima Recopilación* de 1805, cuyos defectos son: su inmensidad y volumen o mole; lo anacrónico de los materiales que han servido para construirla; su heterogeneidad y desorden; la mezcla o hacinamiento de leyes antiguas y modernas, publicadas en diferentes tiempos y por causas y motivos particulares; la no-concordancia de las leyes recopiladas con sus originales, a los cuales siempre es necesario volver a recurrir. La formación de un nuevo código, en todo caso, está íntimamente relacionada con un mejoramiento en la educación y con un progreso de las ciencias. Citando Martínez Marina a un *erudito ministro del rey*, considera él que las ciencias han dejado de ser para los españoles un medio de buscar la verdad y se han convertido en un medio para buscar la vida; como consecuencia de la multiplicación de los estudiantes y, con ello, de la imperfección de los estudios, *los principios, el aprecio y hasta la memoria de las ciencias útiles* se han visto envueltos en la corrupción de los escolásticos, los pragmáticos, los casuistas y los malos profesores de las facultades intelectuales. *Cuando se lleguen a disipar estos nublados, cuando se perfeccione entre nosotros la educación literaria, cuando se progrese en el buen gusto y en el arte de razonar, cuando no se opongan obstáculos a la luz que brilla y resplandece en otros países, cuando se rectifique la opinión pública y se generalice la instrucción y la sabiduría*, sólo entonces se conocerá la necesidad y se tratará de confeccionar un código a la manera de los de Prusia, Francia o Austria. Enseguida recuerda Martínez que desde el S. XVII comenzaron en Europa los esfuerzos por mejorar el estado de la ciencia jurídica y la suerte del derecho y que desde entonces se han producido muchos códigos derivados del esfuerzo de la razón y del influjo de la filosofía; y si bien no todos ellos son perfectos, no pueden compararse con la *Recopilación* de 1805 porque *aunque más voluminoso y abultado, acaso más copioso y abundante que aquéllos, en méritos es inferior a todos y sumamente defectuoso en relación a las calidades que tienen depen-*

dencia de la filosofía, de la lógica y la gramática. Bello señala luego que, según Martínez, las causas de los vicios de que adolece ese código radicaban en el sistema absurdo seguido para su confección, esto es, en la compilación de leyes vigentes sin modificación de su contenido, yerro éste motivado por la ignorancia de la filosofía del derecho, el amor ciego a las leyes antiguas el odio popular en contra de las novedades y sobre todo —continúa, esta vez con una cita textual de Martínez— por la opinión de quienes pasan por doctos los cuales por mantener o acrecentar su posición, oficios o fortuna, *celebran el sistema establecido aunque vacilante y decrepito*, rechazan el derecho extranjero, magnifican los inconvenientes de las reformas u ocultan los vicios de la legislación vigente.

Acto seguido Bello incorpora algunos textos de Martínez en que éste detalla y especifica los vicios de la *Recopilación*: el primero es la inmensa multitud de citas y remisiones que se hallan sobre el epígrafe o sumario de cada ley; Martínez considera a propósito de esto, la diferencia entre una codificación y una compilación, desvalorizando naturalmente esta última: *un código no debe ser una mera redacción o compilación de leyes, providencias y pragmáticas expedidas en diferentes épocas y con diversos motivos, sino una obra original, fruto de meditaciones filosóficas y no necesita de citas o remisiones a otros monumentos legislativos más antiguos ni de mendigar su autoridad a los príncipes que nos han precedido.* Otro defecto señalado por Martínez concierne al estilo y lenguaje de las leyes recopiladas. Este debe ser uniforme, sencillo y familiar y la ley debe contener expresiones claras, términos inteligibles, ideas justas y exactas, pues el vicio y desorden del lenguaje son más funestos en la legislación que en otra clase de conocimientos, ya que de allí nace *la ignorancia de los deberes sociales, la inobservancia o abuso de las leyes, la incertidumbre en que fluctúa el ciudadano sobre asuntos en que le va su honor, subsistencia y vida; de aquí los embarazos y dificultades que se experimentan en el foro, las interpretaciones arbitrarias o maliciosas y la imposibilidad de saber las leyes el común del pueblo para quien se han formado; porque el código nacional no se debió compilar solamente para los sabios, para los magistrados y jurisconsultos, sino para todos los ciudadanos. A todos debe ser accesible, por todos inteligible, su libro familiar, el catecismo del pueblo.*

Martínez achaca a la *Recopilación* el contener muchos términos técnicos no acompañados de breves definiciones, nomenclatura desconocida, modismos desusados, estilo semibárbaro y anticuado; defectos éstos que derivan de haberse recopilado sin modificacio-

nes leyes de diferentes épocas; con ellos los compiladores *en lugar de difundir la luz y facilitar la inteligencia de las leyes, han esparcido por todo el código la oscuridad y las tinieblas*. El estilo es, además, redundante: hay ordenanzas y reglamentos que ocupan considerable cantidad de hojas, hay pragmáticas complicadas, opuestas y contradictorias, hay leyes prolijas, cruzadas de frases inconexas con lo principal, con paréntesis y detalles inútiles, con frases y períodos accesorios; algunas están atestadas de citas, prólogos impertinentes y disertaciones histórico-legales, todo lo cual *hace árido y desagradable el estudio de nuestras leyes; impide que se puedan entender y retener en la memoria; es un manantial de oscuridades y no sirve más que para echar un velo sobre la voluntad del legislador*.

Martínez Marina, anota Bello, también se había referido a los *falsos principios de moral y política que han presidido la formación de una parte muy considerable de nuestras leyes*, de lo cual deriva no sólo el considerable número de las mismas, sino también el haberse mezclado el legislador en asuntos que no exigían su intervención o en que ésta es ineficaz o peligrosa, como eran los reglamentos suntuarios para fijar la medida y hechura de los vestidos, los gastos de los convites, el menaje de las casas, etc.; o los reglamentos económicos concernientes, p. ej., al interés legal, a la tasa de granos, al valor de las mercaderías, etc. Se trata, en fin *de leyes parciales, jurisdicciones embarazosas, fueros privilegiados, que hacen la legislación complicada, incomprensible e infructuosa*.

Martínez Marina hace mucho hincapié en el tópico de la multitud de leyes y de la dificultad para su conocimiento: *Una triste experiencia nos ha mostrado que la imperfección de nuestra jurisprudencia, los males, abusos y desórdenes del foro nacieron principalmente de la dificultad por no decir imposibilidad de saber las leyes a causa de su inmensa multitud, la cual es un velo tenebroso que oculta su inteligencia y sus defectos*. Cita, entonces, Martínez a Saavedra Fajardo: *La multiplicidad de leyes . . . es muy dañosa a la República, porque con ellas se fundaron todas y por ella se perdieron casi todas*. Según aquél, la multitud de leyes causa confusión y olvido de las mismas o bien inobservancia, también contradicción entre las mismas y da lugar a interpretaciones maliciosas y a variedad de opiniones, de donde proviene, a su vez, la multiplicación de los pleitos. Según Martínez, este estado de la legislación española hace imposible a todos comprenderla y conocerla: ni al juez, ni al abogado, ni al profesor.

Termina Bello su extracto presentando un resumen de otros defectos que había notado Martínez: la falta de orden, los errores en los epígrafes que atribuyen las leyes a tiempo que no corresponde o a reyes que no las dictaron o que dictaron algo contrario; notas y remisiones inexactas, confusas y vagas; leyes forjadas con base en documentos contradictorios o inconexos; leyes desusadas, repetidas o redundantes; mezcla de leyes vivas y muertas, derogadas y derogantes; leyes erradas, interpoladas, no-conformes con sus originales; leyes que no merecen tal nombre porque sólo contienen amonestaciones, recuerdos, encargos, providencias ceñidas a personas o a asuntos particulares; leyes excelentes omitidas: *El señor Marina sustancia cada uno de estos cargos con multitud de ejemplos; e insiste a cada paso sobre la necesidad de un código ordenado y completo, reducido a un sólo volumen de moderado tamaño y accesible a la inteligencia de todos.*

La crítica externa de Martínez Marina dirigida a la *Novísima Recopilación* que Bello extractaba para *El Araucano* en 1834, en realidad no agregaba nada nuevo a cuanto se había dicho en el país en el mismo sentido, tanto respecto de ese mismo código como respecto de todos los demás y de la legislación real en general, aun cuando mucho de cuanto se había dicho ahí estaba seguramente influido por la lectura directa del libro de Martínez aparecido en 1820 y que ciertamente circuló en Chile. El intento de Bello consistía en llamar una vez más la atención sobre la necesidad de formar nuevos códigos, insistencia que se justificaba en cuanto, por entonces, se hallaba pendiente de discusión, pero en realidad ya algo olvidado, el plan de fijación presentado a la Cámara de Diputados en 1833 por Manuel C. Vial²²⁹ y porque, en general, el asunto de la fijación parecía haberse enfriado y perdido interés²³⁰. La forma que encontró Bello para reactivar la cuestión, pues, fue precisamente la de renovar la crítica externa al derecho acudiendo a la autoridad de Martínez Marina.

VIII. UNA CRÍTICA DE BELLO CONCERNIENTE A LA INCERTEZA SOBRE LA VIGENCIA Y PRELACIÓN DE LOS CÓDIGOS CASTELLANOS

En enero y septiembre de 1839, aparecieron publicados en *El Araucano*, dos artículos que han sido atribuidos a Bello²³¹, en los cua-

²²⁹ Los antecedentes de dicho plan en COOD-FELIÚ, N° 39-48, p. 42 ss.

²³⁰ GUZMÁN, *Para la historia de la fijación*, I (n. 6), p. 324.

²³¹ Ellos son: *Cuestiones legales*, en *El Araucano* N° 439 de 25 de enero de 1839, ahora en FELIÚ, *Prensa*, p. 42 s. (=Bello, *Ob. compl.* 7, p. 331 ss.): y

les, según diversos puntos de vista, viene desarrollado un mismo problema. El problema común surgía de la peculiaridad del antiguo derecho castellano, de estar contenida una buena parte de él en sucesivos cuerpos legales o códigos, no derogados los anteriores por los posteriores, al menos de modo expreso y total. Estos códigos, como es sabido, iban desde visigótico *Fuero Juzgo* del S. VII (por lo tanto no propiamente castellano si bien recibido luego en Castilla-León), pasando por el *Fuero Real* y las *Siete Partidas* (S. XIII) hasta la *Novísima Recopilación* de 1805, con varios otros intermedios. El problema consistía en saber cuáles de todos estos códigos se encontraban a la sazón aún vigentes y en qué orden unos respecto de los otros, a lo que se agregaba el del valor de la costumbre contra ley de cuya solución dependía el valor que debía darse a las disposiciones singulares de esos cuerpos cuando ellas habían caído en desuso o encontraban frente a sí un uso contrario. La fijación de criterios sobre estos puntos es denominada por Bello el canon de las leyes, o sea, la determinación exacta *de las partes que componen nuestro derecho escrito* y la demarcación *de la autoridad absoluta y relativa* de cada código²³²; también *el catálogo de las obras legales que tienen una autoridad soberana y llevan una fuerza obligatoria*²³³.

Bello verifica, desde luego, que una demarcación o fijación así, un canon en la práctica no existía. Bien cierto era que el *Ordenamiento de Alcalá*, en ley recibida por la I de Toro, por la *Nueva Recopilación* y finalmente por la *Novísima*²³⁴, había establecido un orden de prelación en la aplicación de algunos códigos, esto es, un canon en el sentido de Bello. Pero sucedía, por un lado, que respecto del valor de ciertos cuerpos (como era el caso del llamado *Ordenamiento de Montalvo*) nada se decía en el *Ordenamiento de Alcalá-Toro*; y, por otro, que en ciertos casos ese ordenamiento era en sí oscuro, de lo cual se había originado una gran variedad de opiniones interpretativas acerca del valor de algunos cuerpos y del orden de su aplicación, variedad ésta que, por lo demás, también había afectado a las disposiciones de ese ordenamiento que Bello estima claras, de todo lo cual había surgido una permanente incertidumbre sobre un tema tan fundamental como era el del sistema jurídico.

Legislación, en *El Araucano* Nos. 472 y 474 de 13 y 27 de septiembre de 1839, ahora en FELRÚ, *Prensa*, p. 43 ss. (=Bello, *Ob. compl.* 7, p. 337 ss.). Me excuso de indicar en cada caso el lugar de las citas textuales cuando individualizo de qué artículo se trata.

²³² FELRÚ, *Prensa*, p. 42 = BELLO, *Ob. compl.* 7, p. 331.

²³³ *Ibid.*, p. 43 = *Ob. compl.* 7, p. 337-338.

²³⁴ *Vid. supra* V.

En el artículo de enero de 1839, Bello plantea el problema del canon, o mejor, de su inexistencia de hecho, desde el punto de vista de la incertidumbre producida por la oscuridad de las leyes (o sea, del *Ordenamiento de Alcalá-Toro*), si bien no deja de conectar ese punto de vista con aquel otro de la variedad de opiniones que resultaba de tal oscuridad: *Si la falta de claridad y orden en la redacción de las leyes es un manantial fecundo de dificultades, vacilaciones e inconsecuencias en la administración de justicia, claro está que los inconvenientes serán todavía más graves cuando la incertidumbre afecta las bases mismas y los principios fundamentales de la legislación.* Prosigue luego: *¿Qué cosa más necesaria para la administración de justicia que determinar exactamente las partes que componen nuestro derecho escrito, fijar el canon por decirlo así, de nuestros códigos y demarcar la autoridad absoluta y relativa de cada uno? Pues éstos son puntos que no se hallan deslindados con la precisión conveniente, y en que se presentan al magistrado y al jurisconsulto cuestiones diarias y de una importancia incalculable.*

En el artículo de septiembre del mismo año, Bello plantea el problema, en cambio, desde el punto de vista de la incertidumbre producida por la variedad de opiniones en torno al sentido del canon existente. Comienza su artículo con algunas consideraciones generales acerca de la necesidad perenne que existe en todo sistema jurídico de interpretar las leyes y acerca de la necesidad de que el legislador, sin embargo, estreche cada día el campo de incertidumbres y disputas que se producen con ocasión de la interpretación, decidiendo los puntos dudosos, labor que, además, puede aprovechar para corregir defectos e innovar. Continúa reconociendo que el legislador chileno es poco lo que hasta entonces ha podido hacer, preocupado como ha estado, por las leyes fundamentales y las leyes orgánicas de la nueva república: *Hay, sin embargo, puntos de gravísima importancia, en que por la oscuridad de las leyes o por la extremada divergencia de las opiniones de sus intérpretes se siente cada día la necesidad de decisiones soberanas, que establezcan reglas precisas. Porque ¿qué cosa puede ser de más importancia en un sistema legal, que el canon mismo de las leyes, es decir, el catálogo de las obras legales que tienen una autoridad soberana y llevan una fuerza obligatoria? Pues justamente sobre esta materia hay cuestiones de mucho momento en nuestro derecho; y finaliza así ese artículo: Fácil es conocer los tropiezos y vacilaciones que deben embarazar en muchísimos casos las deliberaciones de nuestros magistrados por las dudas y disputas que*

reinan en el foro acerca de la autoridad que deba darse a nuestros antiguos códigos y a la costumbre.

En el artículo de enero de 1839 Bello analiza los casos del *Ordenamiento Real*, también conocido como *Ordenanzas Reales* y como *Ordenamiento de Montalvo*, del *Fuero Real* o *Fuero de las Leyes* y de la costumbre contra ley; en el trabajo de septiembre del mismo año su atención es más amplia, porque al tratamiento de aquellos mismos casos (de modo más desarrollado) une el del *Fuero Juzgo*, del *Fuero Viejo de Castilla* y del *Ordenamiento de Alcalá*.

Sería prolijo reproducir aquí el discurso de Bello a propósito de cada caso y bastará presentar un ejemplo. Así, es esto lo que él expone sobre el *Fuero Real* en septiembre de 1839: *Acerca del Fuero Real es increíble la variedad de opiniones que reina en el foro. Quien lo considera como un código general, de fuerza superior a las partidas sin necesidad de probar la costumbre; quien exige para concederle autoridad la condición de un uso positivo, comprobado por decisiones judiciales; quien se contenta con que no haya uso contrario; cuales imponen al que alega una ley de este fuero la carga de probar que es usada y guardada; cuales, por el contrario, imponen a los que quieran desautorizarlo en alguna materia la obligación de hacer ver que en cuanto a ella está en oposición con el uso; éstos pretenden que el uso que debe probarse es el general, esto es la práctica de juzgar por él los tribunales en todo género de materias, cuando no está derogado por el Ordenamiento de Alcalá, o por las pragmáticas, órdenes o estatutos posteriores al año de 1318; aquéllos sostienen que el uso que se requiere es el particular y específico relativo a la cuestión que se ventila en el juicio. Y como para que se viese que no hay opinión tan aventurada que no tenga a su favor el dictamen de algún autor grave, hay quien pretenda que las leyes de este fuero, inválidas por lo general, en cuanto no las fortifica la costumbre, no necesitan de este apoyo cuando concuerdan con las leyes romanas. Todas estas opiniones han sido sustentadas por autores de nota, y no tenemos noticia de que se haya promulgado hasta ahora una disposición soberana que remueva las dudas estableciendo una regla clara y precisa.*

La intención de Bello al escribir estos artículos no era propiamente científica, es decir, no era la de hacer un estudio desinteresado de la cuestión y de proponer una opinión acerca del valor de cada código y del orden de su aplicación, que arrancara de los datos históricos y dogmáticos disponibles. Si bien, por otra parte, no desdeña él analizar a veces cada tema desde un punto de vista

así, ni proponer una opinión propia o reafirmar una ajena que le pareciera correcta, su verdadera motivación era práctica: llamar la atención sobre la inexistencia de hecho de un canon de los códigos y sobre la necesidad de establecerlo, para desterrar así la incertidumbre y la incerteza o inseguridad que su defecto producía en la administración de justicia. Este punto de vista práctico lo repite al finalizar el análisis de cada caso; así en el artículo de enero de 1839, a propósito del *Ordenamiento de Montalvo*: *Mas entre nosotros aún están divididos los pareceres y se echa de menos una declaratoria que remueva esta fuente de incertidumbre; sobre el Fuero Real: ... es fácil columbrar las perniciosas consecuencias que la incertidumbre de cada uno de ellos (o sea, de los puntos de divergencia acerca del valor de ese fuero) puede producir en los juicios y la necesidad urgente de hacerla cesar.* Sobre la costumbre contra ley: *Pero de todas las cuestiones arriba indicadas, la más importante y trascendental, a nuestro modo de ver, es la relativa a la fuerza de la costumbre cuando está en oposición con la ley.* Sigue la discusión del tema y finaliza: *Superfluo aparecerá después de tan categóricas disposiciones una nueva sanción legislativa; pero como a despecho de ellas la divergencia de opiniones subsiste sobre una materia de tanta consecuencia, aun entre autores gravísimos, tal vez sería conveniente poner fin a la duda por medio de una decisión soberana.*

Su artículo de septiembre de 1839, por lo demás, termina con una proposición general: *Nos atrevemos, pues, a someter las cuestiones que dejamos indicadas, a la consideración de nuestro Gobierno y Congreso para que, si en su sabiduría lo estimasen conveniente (como nos parece a nosotros), se promulgase un nuevo canon legal, que a semejanza del contenido en la ley primera de Toro, determinase de un modo claro y preciso cuáles son los cuerpos de leyes que deban mirarse como vigentes, cuál el orden en que hayan de prevalecer sus disposiciones, hasta qué punto haya de respetarse la costumbre, y qué caracteres la diferencian de las corruptelas y abusos.*

En todo caso, lo más interesante para nuestro actual objeto no ha sido el estudio de estas soluciones propuestas por Bello, sino más bien el análisis de su diagnóstico sobre el problema de la falta de certeza en torno a la vigencia y orden de prelación de los distintos cuerpos y sobre las consecuencias que de ello se seguían, según Bello, para el tráfico jurídico.

IX. SÍNTESIS

Después de este largo recorrido por las fuentes, pareciera hacerse necesaria una síntesis de las realidades que se aprecian a través de ellas.

En Chile, durante el período denominado “del planteamiento de la fijación” (pero también en el siguiente, “de la pre-codificación”), se desarrolla una literatura crítica dirigida por juristas y políticos en contra del derecho por entonces vigente. Ella principalmente apunta al derecho real de Castilla y al indiano, en menor medida al romano común y en ínfima al patrio, no sin dejar de tener presente que una de las más importantes censuras dirigidas contra el derecho real (multitud y vicio de glosas y comentarios), en realidad lo era al mismo tiempo contra el romano común en cuanto la literatura de aquél se nutría de la de éste.

Esta crítica es tópica, es decir, puede ser reconducida a ciertos temas fundamentales a partir de los cuales emana dicha crítica con expresiones diversas, que, sin embargo, no esconden su unidad. Dichos temas para el derecho real y el indiano, son: la multitud de leyes (es decir: de códigos, de normas en cada código y de normas no-recopiladas); el carácter recopilatorio de los cuerpos legales castellanos e indiano frente al carácter codificadorio de los códigos producto del yusracionalismo; la oscuridad, complicación, contradicción e incoherencia de las leyes; los diversos vicios en el lenguaje de las mismas (generalmente en relación con su ininteligibilidad debido a su antigüedad); el desuso en que amplios sectores del derecho heredado de la monarquía habían caído; la multitud y el vicio de glosas y comentarios a las leyes; las dificultades para el conocimiento del derecho; la inseguridad y la incerteza jurídicas; los pésimos efectos que una tal legislación causaba en la administración de justicia.

Ciertamente entre estos temas fundamentales de crítica hay relaciones mutuas de causa a efecto; así, la inseguridad y la incerteza jurídicas y los efectos de la legislación defectuosa en la administración de justicia vienen a ser consecuencia de varios de los otros vicios, como la oscuridad, complicación, contradicción e incoherencia de las leyes o la multitud de las mismas y de sus comentarios, etc., y de hecho, en las fuentes estos temas suelen entrelazarse.

Por lo que respecta al derecho romano, suele criticarse su antigüedad, el carácter compilatorio del *Corpus Iuris*, la presencia de antinomias en él, lo incomprensible que resultan muchas de sus partes para el hombre moderno, la existencia de muchos co-

mentarios (Vera y Pintado). También la presencia de muchas disposiciones absurdas, inicuas, inaplicables o controvertibles en él como asimismo el método escolástico de que ha sido objeto (Mora). Finalmente, su vinculación con el despotismo político; el ser extraño en una república que dispone de un derecho propio; su complicación, oscuridad, sutileza; su efecto obnubilador en el recto juicio; y su inaccesibilidad al pueblo (Infante).

En relación con el derecho patrio, se censura la multitud de sus leyes (Eyzaguirre, J. Egaña); la dificultad de conocerlas (Eyzaguirre, J. Egaña, Bello); la inseguridad creada por las modificaciones y derogaciones que había introducido él en el derecho real (J. Egaña, anónimo autor de una *Teoría*).

Mención especial merecen, finalmente, la difusión periodística de la crítica de Martínez Marina a la *Novísima Recopilación* de 1805 por Bello y la censura de este mismo a la incerteza sobre la vigencia y prelación de los códigos castellanos.

Esta amplia crítica tiene raíces en la correspondiente literatura europea especialmente española, que se había desarrollado como un género especial en el marco de la crisis moderna del sistema del derecho común. Dicha literatura circuló entre los letrados chilenos, como se aprecia con el examen de los inventarios de sus bibliotecas, y ella contribuyó a formar los diferentes temas de ataque al derecho vigente; pero mientras la primera estaba, como queda dicho, dirigida en contra del derecho común, los letrados y políticos chilenos la han desviado en primer lugar contra el real, también contra el indiano e incluso el patrio, por lo cual, si no han sido originales en la selección de los tópicos críticos, lo han sido al menos en la dirección que han elegido para ellos.