

UN INFLUJO FRUSTRADO DEL DERECHO  
CANÓNICO EN EL CÓDIGO CIVIL DE CHILE:  
“MALA FIDES SUPERVENIENS NOCET”

CARLOS SALINAS ARANEDA\*  
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

RESUMEN

El Derecho canónico ha influido en diversos artículos del Código Civil de Chile. La mayoría de las veces, los contenidos canónicos de dichos artículos aparecen desde los primeros proyectos del Código de manera que, si bien con redacción frecuentemente diversa de la original, dichos contenidos canónicos son finalmente recibidos por el Código. Una excepción es el art. 702 según el cual, para que haya posesión regular, se requiere que haya sido adquirida de buena fe aunque ésta no subsista después de adquirida la posesión. El Proyecto de 1853 acogía el principio del Derecho canónico según el cual la buena fe era necesaria en todo el decurso de la posesión; la revisión del mismo por los tribunales de justicia significó la sugerencia de la Corte de Apelaciones de La Serena de sustituir el principio canonístico que inspiraba la norma por el romanista recogido en las Partidas, lo que finalmente fue aceptado. Se analiza el origen del principio *mala fides superveniens nocet* en el Derecho canónico, su recepción en el Proyecto de 1853 y la sugerencia que motivó su abandono en el Proyecto final.

PALABRAS CLAVE: Buena fe - Mala fe - Derecho canónico - Proyectos de Código Civil de Chile - Decreto de Graciano - Decretales.

ABSTRACT

Canon law has influenced several articles of the Chilean civil code. Most of the time, the canon contents of those articles appear in the first bills of the code so that, although frequently with a wording different from that of the original, such canon contents are ultimately accepted by the code. An exception is Art. 702, according to which, for regular possession to exist, it requires acquisition in good faith, even if this does not subsist after the possession has been acquired. The 1853 Bill addressed the canon law principle, according to which, good faith was necessary in the entire course of the possession; its review by the courts of justice led La Serena Court of Appeals to suggest the replacement of the canon principle which oriented the norm with the Roman law principle addressed in the Partidas\*, which, in the end, was accepted. The origins of the *mala fides superveniens nocet* principle, its acceptance to the 1953 Bill as well as the suggestion to remove it from the final Bill are analyzed.

\* [N. B.: Las Siete Partidas is the most important systematization of medieval law, compiled in Spanish by Alfonso X the Wise, c. 1251.]

KEY WORDS: Good faith - bad faith - canon law - civil code bills - Gratian's Decree - Decretals.

## I. INTRODUCCIÓN

El proceso codificador del Derecho civil en Chile, que culminaría con la aprobación y entrada en vigencia del *Código Civil*, se inició hacia 1833-1834 cuando Diego Portales encargó en forma privada a Andrés Bello que iniciara su redacción<sup>1</sup>, y se prolongó hasta el 14 de diciembre de 1855 día en que se dictó la ley que lo promulgó<sup>2</sup> tras su aprobación por ambas ramas del Congreso en los primeros días del mismo mes<sup>3</sup>, para entrar en vigencia el 1 de enero de 1857. De esta manera, toda la elaboración del *Código Civil* se realizó bajo la vigencia de la Constitución de 1833 cuya vigencia se prolongaría hasta entrado el siglo siguiente. Dicha Constitución se hacía continuadora del régimen jurídico que había regido las relaciones entre la monarquía y la Iglesia durante el período indiano, esto es, el patronato, con la diferencia sustancial, sin embargo, de que mientras el patronato indiano había sido una concesión pontificia, el patronato consagrado en esta Constitución era tan sólo una situación de hecho asumida por las autoridades chilenas unilateralmente, sin refrendo oficial por parte de la Santa Sede que se limitó a tolerar este abuso.

De acuerdo con el artículo 5 de dicha Constitución, la religión oficial del Estado de Chile era la religión católica. Con ello, el Estado de Chile se declaraba confesionalmente católico, lo que venía a coincidir con la realidad sociológica del momento. La excepción la representaba un número reducido de inmigrantes, llegados a Chile después de la independencia, y que en su mayoría se dedicaban al comercio. De esta manera, la redacción y aprobación del *Código Civil* de Chile se hizo en un ambiente en que la religión católica no sólo formaba parte de la cultura nacional sino que había ayudado en gran medida a forjarla. No es de extrañar, entonces, que el Código se hiciera eco de esta religiosidad, recogiendo en su articulado instituciones o regulando situaciones en que lo religioso es el elemento determinante. Es por lo que el arzobispo de Santiago, don Rafael Valentín Valdivieso, en carta al

---

\* Este trabajo forma parte del proyecto de investigación FONDECYT 1020647 del que el autor es investigador principal.

<sup>1</sup> A. GUZMÁN BRITO, *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile* (Ediciones de la Universidad de Chile, Santiago, 1982), I, p. 294.

<sup>2</sup> *Boletín de Leyes* 1855, p. 296.

<sup>3</sup> El mensaje con el que el Presidente de la República don Manuel Montt envió el proyecto de *Código Civil* a ambas Cámaras está fechado el 22 de noviembre de 1855. La Cámara de Senadores lo aprobó por unanimidad el 28 de noviembre; lo mismo hizo la Cámara de Diputados el 1 de diciembre y el Consejo de Estado el 13 de diciembre. Cfr. A. GUZMÁN BRITO, *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile II: Fuentes* (Ediciones de la Universidad de Chile, Santiago, 1982), nn. 249 - 265, pp. 352 - 383.

obispo de Concepción, don José Hipólito Salas, antes de que el Código entrara en vigencia, le manifestaba que la lectura del mismo, ya aprobado por el Congreso, “me ha hecho formar juicio de que en lo relativo a la religión y a la Iglesia descansa en sólidos principios, pero que se resiente de las prevenciones del siglo en la aplicación de esos mismos principios”<sup>4</sup>; y en carta del día siguiente al obispo de La Serena, don Justo Donoso, le manifestaba que cumplía con su deber al “reconocer que el Código tributa sus respetos a los sanos principios, y no parece que quiera atropellar a la Iglesia”<sup>5</sup>.

Ahora bien, el eco que lo religioso tiene en el Código se manifiesta especialmente por el influjo del Derecho canónico en el *Código Civil* de Chile, influjo que se produce de diversas formas. En ocasiones se trata de un influjo explícito, del que queda expresa constancia en la norma de manera que el lector de la misma lo advierte desde su primera lectura. Un ejemplo es el artículo 586 según el cual “*Las cosas que han sido consagradas para el culto divino, se regirán por el derecho canónico*”.

En otras ocasiones el influjo del Derecho canónico se deja sentir sin que el lector lo advierta a simple vista: se trata de un “influjo implícito” en el cual es posible distinguir dos modalidades: a veces se trata de un influjo que se ha venido realizando a través de los siglos de manera que la institución recogida en el Código ha terminado de configurarse con el aporte del derecho de la Iglesia: es el “influjo implícito *general*”, que sólo el conocimiento histórico del respectivo instituto permite detectar. Como el Derecho canónico es uno de los elementos configuradores del derecho occidental<sup>6</sup>, su huella ha quedado en numerosas instituciones del derecho privado y público que hoy forman parte del patrimonio jurídico de Occidente<sup>7</sup>. Es por lo

---

<sup>4</sup> Carta al Obispo de Concepción, de 28 julio 1856, en J. R. ASTORGA (rec.), *Obras científicas i literarias del Ilmo. i Rmo. Sr. Don Rafael Valentín Valdivieso, arzobispo de Santiago de Chile* (Santiago de Chile, 1902), II, p. 7.

<sup>5</sup> Carta al Obispo de La Serena, de 29 julio 1856, ibídem, p. 23.

<sup>6</sup> R. GIBERT, *Elementos formativos del Derecho en Europa, germánico, romano, canónico* (Madrid, 1982).

<sup>7</sup> Sobre este tema recientemente S. ACUÑA GUIROLA - R. DOMÍNGUEZ BARTOLOMÉ, *Influencia de las instituciones canónicas en la conformación del orden jurídico civil a través de la historia* (Editora de Publicaciones Científicas y Profesionales, Cádiz, 2000); P. AGUILAR ROS - R. HERRERA BRAVO, *Derecho romano y Derecho canónico: elementos formativos de las instituciones jurídicas europeas* (Granada, 1994). También puede verse J. MALDONADO, *Significación histórica del Derecho canónico*, en *Ius Canonicum* 9 (1969), pp. 5 - 99; EL MISMO, *Curso de Derecho canónico para juristas civiles. Parte general* (2ª ed., Madrid, 1970); EL MISMO, *Líneas de influencia canónicas en la historia del proceso español*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 33 (1953), pp. 467 - 495; EL MISMO, *Derecho canónico y Derecho civil*, en AA.VV., *Derecho canónico* 1 (Pamplona, 1974), pp. 127 - 159.

que el influjo del Derecho canónico se encuentra implícito en diversas instituciones de las reguladas por el *Código Civil* chileno como, por ejemplo, las personas jurídicas<sup>8</sup>.

Hay otras disposiciones del *Código Civil* en las que, igualmente, el influjo del Derecho canónico se hace sentir en forma *implícita*, pero de manera más específica. Se trata de artículos del *Código Civil* cuyo contenido ha sido tomado del Derecho canónico sin que en el artículo se diga que lo que la norma manda se dispone también en el Derecho canónico. Se trata, si se quiere, de un influjo implícito *material*, pues lo que proporciona el Derecho canónico es el contenido de la norma civil. Sin embargo, cuando esto ocurre en el Código de Bello el contenido canónico es tomado de otras normas, en concreto las *Partidas* de Alfonso X que, a su vez, habían recogido estos contenidos del derecho de la Iglesia. A este influjo le he denominado “influjo implícito *específico*”<sup>9</sup>.

Por lo general, el influjo canónico al que me vengo refiriendo aparece, en cada caso, desde los primeros proyectos, de manera que el Código finalmente aprobado recoge conceptos que ya aparecían desde el primer momento de configuración de las distintas normas en que ello ocurre. Hay un caso, sin embargo, en el que, habiéndose producido dicho influjo en los primeros proyectos, aquél se vio finalmente frustrado al no ser recogido en el Código: es el principio *mala fides superveniens nocet*.

## II. LA BUENA FE EN EL DERECHO CANÓNICO

### 1. *El precedente romano*

La usucapión o prescripción adquisitiva es una institución largamente regulada por el Derecho romano que sufrió una profunda transformación de carácter conceptual y sistemático por obra del Derecho canónico que ejerció, a su vez, sobre el derecho común una influencia a lo menos tan eficaz

---

<sup>8</sup> La lit. sobre la influencia del Derecho canónico en la configuración de las personas jurídicas es amplia, de las cuales pueden citarse: S. PANIZO ORALLO, *Persona jurídica y ficción. Estudio de la obra de Sinibaldo de Fieschi (Inocencio IV)* (Eunsa, Pamplona, 1975); S. BUENO SALINAS, *La noción de persona jurídica en el derecho canónico* (Barcelona, Herder, 1985).

<sup>9</sup> Se produce en dos artículos del *Código Civil*: el art. 498 que establecía la incapacidad de tutela o curadurías de quienes pertenecían al fuero eclesiástico, con excepción de los eclesiásticos seculares que no ejercieran episcopado o no tuviesen cura de almas, los que podían ser tutores de sus parientes; y el art. 2342 que en sus tres primeros números prohibía obligarse como fiadores a los obispos, los religiosos y los ordenados *in sacris*, a no ser que estos últimos lo hicieran por sus iglesias o por otros clérigos o por personas desvalidas.

como la del Derecho romano<sup>10</sup>.

La *usucapio* comenzó por servir de complemento a la *mancipatio*, de manera que si el *accipiens* no había adquirido el dominio directo con ella (adquisición *a non domino*), la posesión (*usus*) de la *res Mancipi* durante el tiempo legal (dos años para los fundos, un año para las demás cosas), le hacía adquirirlo. Sobre la base de este precepto de la ley decenviral, la jurisprudencia completó y delineó la figura como un modo de adquirir del *ius civile*, uno de cuyos requisitos era la buena fe, esto es, creerse dueño de la cosa. Como la usucapión era un modo de adquirir propio del *ius civile*, no tuvo aplicación en provincias, en las que, en cambio, rigió una institución de perfiles semejantes que recibió el nombre de “prescripción de largo tiempo” (*longi temporis praescriptio*) o “de larga posesión” (*longae possessionis praescriptio*). Se originó como consecuencia de variados factores de origen romano y provincial y su régimen fue paulatinamente fijado mediante constituciones imperiales. Estrictamente no era un modo de adquirir, pues en las provincias tampoco había dominio, sino que era un recurso procesal de procedimiento *extra ordinem* equivalente a las *exceptiones* con que el poseedor de un bien inmueble paralizaba las pretensiones posesorias de un tercero, supuesto el cumplimiento de determinados requisitos. Caracalla (211 - 217) la extendió a los muebles.

La distinción entre *usucapio* y *longi temporis praescriptio* tuvo su razón de ser mientras se mantuvo la diferenciación jurídica entre Italia y las provincias, por un lado, y ciudadanos y peregrinos, por otro. Esta última prácticamente desapareció con la *constitutio Antoniniana* de Caracalla (212), y con la primera ocurrió lo propio a partir de Diocleciano (284 - 305), produciéndose así un proceso de aproximación entre ambas instituciones con eje en la *praescriptio*<sup>11</sup>.

Si bien la intuición jurídica de los juristas romanos les había hecho intuir la estrecha relación existente entre usucapión y prescripción, no puede ponerse en duda que el derecho romano no había alcanzado una verdadera unidad conceptual que abarcara todos los institutos en los que el tiempo es considerado como creador o como destructor de una relación jurídica.

Como regla general, la inactividad temporal prolongada del acreedor en orden a reclamar el cumplimiento de su obligación no producía en el derecho clásico el efecto de liberar al deudor; en otras palabras, no se conocía la “prescripción” como modo de extinguir. En contrapartida, existía en el derecho clásico la “caducidad” o “decadencia”, si bien no era una categoría aplicable a toda obligación y acción personal. La diferencia entre “prescripción” y “caducidad” era que mientras la primera debía ser alegada por el interesado en hacerla valer para que operase la extinción del derecho, la segunda actuaba por ministerio de la norma, independientemente de la alegación por el interesado.

---

<sup>10</sup> E. BUSSI, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel Diritto comune. (Diritti reali e diritti di obbligazione)* (Studi di Diritti Privato italiano e straniero diretti da Mario Rotondi 27, Padova, Cedam, 1937), p. 66.

<sup>11</sup> A. GUZMÁN BRITO, *Derecho privado romano* (Jurídica, Santiago, 1997), I, pp. 590 - 603.

En la última época clasicotardía se insinuó una tendencia práctica dirigida a extender la aplicación de la *longi temporis praescriptio* a las acciones personales, contra la que reaccionaron la jurisprudencia y los príncipes. Una ley teodosiana del 424 terminó por reconocer la alegabilidad de la *triginta annorum praescriptio* contra todas las acciones personales, debiendo contarse el plazo desde la exigibilidad de la obligación. La figura no operaba como caducidad, sino por vía de excepción, por lo que debía ser opuesta expresamente<sup>12</sup>.

La unidad del concepto entre prescripción adquisitiva y prescripción extintiva, fue conseguida por el Derecho canónico en mérito del principio en que él se inspira: porque, teniendo siempre como finalidad la de evitar la comisión de un pecado, requiere la *bona fides* tanto en quien se pretende liberado de una obligación como en quien pretende haber adquirido un derecho con el decurso del tiempo.

En cuanto a la buena fe, la jurisprudencia terminó por exigirla del usucapiente, quizá inspirada por la prohibición de usucapir las *res furtivae* contenida en la ley de las XII Tablas. Sin embargo, era regla fundamental de la usucapición romana que la buena fe se requería únicamente en el momento de entrar en posesión de la cosa, por lo que no era necesaria en el momento de perfeccionarse el contrato, ni más generalmente en el momento en que producía el hecho constitutivo de la justa causa<sup>13</sup>. Por excepción, en la compraventa se exigía la buena fe en el momento del contrato y en el de efectuarse la tradición de la cosa, de modo que el comprador que aceptaba comprar una cosa ajena, debía cerciorarse antes de la tradición que el vendedor había adquirido el dominio de la misma, lo que venía exigido como una elemental medida de prudencia<sup>14</sup>.

Habiendo entrado a poseer la cosa con buena fe, no perjudicaba a la regularidad de la posesión el descubrimiento posterior del adquirente de que lo cosa no pertenecía al que se la transfirió, o que existía algún defecto en los títulos de dominio que lo hiciera dudar de que hubiera realmente adquirido la propiedad<sup>15</sup>; es lo que hizo que los medievales acuñaran el brocardo *mala fides superveniens non nocet* ("La mala fe sobreviniente no daña").

<sup>12</sup> GUZMÁN, *Derecho*, cit. (n. 11), II, pp. 360 - 363.

<sup>13</sup> D 41, 3, 2, 44: Papiniano: "Aunque se determina que es necesario referirse, con respecto a la usucapición, al principio de la posesión no al del contrato, ocurre también algunas veces que miramos, no al principio de la posesión presente, sino a la causa de la antigua tradición, que fue de buena fe".

<sup>14</sup> D 41, 5, 2: Paulo: "Conviene a saber, porque en los demás contratos basta que se mire al tiempo de la entrega para la buena fe y así, si a sabiendas estipulase la cosa ajena, la usucapiré, si al tiempo en que se me entrega, creyera que es de aquel de quien la estipule; pero en la compra también hay que considerar el tiempo del contrato. Por consiguiente, no sólo debe haberse comprado de buena fe, sino también haber adquirido la posesión de buena fe".

<sup>15</sup> D 41, 1, 48, 1; 41, 3, 10 pr; 41, 3, 15, 2-3; 41, 3, 44, 2; 41, 10, 4 pr.

## 2. La reflexión canónica bajomedieval

La buena fe, en Derecho canónico, consiste en la falta de conciencia de estar engañando al propietario; como la conciencia tiene un carácter eminentemente subjetivo, el derecho de la Iglesia se interesó de manera particular, porque ella se encuentra, por así decirlo, en la zona limítrofe entre el campo reservado al fuero interno y al campo reservado al foro externo. Como lo ha explicado Bussi<sup>16</sup>, el tema se revela con claridad en la glosa *neque* al c. 16, C. 22, q. 1<sup>17</sup> del *Decreto* de Graciano la que se pregunta si es lícito decir que el pagano pueda romper la *fides* cuando él no la posee. La pregunta se responde haciendo notar que la *fides* puede ser entendida de varios modos: algunas veces, como en c. 5, D 45, ella indica el sacramento del bautismo<sup>18</sup>; otras veces, como en c. 1, C. 27, q. 1, indica la *castitas thori*<sup>19</sup>; en fin, como en c.

<sup>16</sup> BUSSI, cit. (n. 10), pp. 68 – 72, a quien sigo en esta parte de mi trabajo.

<sup>17</sup> C. 22, q. 1, c. 16: “*Licet uti fide eius, qui, ut eam seruet, per demonia iurat. Mouet te utrum, eius fide utendum sit, qui, ut eam seruet, per demonia iurauerit. Ubi te uolo prius considerare, utrum si quispiam per Deos falsos iurauerit se fidem seruaturum, et eam non seruauerit, non tibi uideatur bis peccasse? Si enim tali iuratione promissam seruaret fidem, ideo tantum peccasse iudicaretur, quia per Deos falsos iurauerit. Illud autem nemo reprehenderet, quia fidem seruauit. Nunc uero, quia et iurauit per quos non debuit, et contra pollicitam fecit fidem quod non debuit, bis utique peccauit, ac per hoc qui utitur fide illius, quem constat iurasse per falsos Deos, et utitur non ad malum, sed ad licitum et bonum, non peccato illius se sociat, quo per demonia iurauit, sed bono pacto eius, quo fidem seruauit. Neque hic eam fidem dico seruari, qua fideles uocantur qui baptizantur in Christo. Illa enim longe alia est longeque discreta a fide humanorum placitorum atque pactorum. Verumtamen sine ulla dubitatione minus malum est per Deos falsos iurare ueraciter, quam per Deum uerum fallaciter. Quanto enim per quod iuratur magis sanctum est, tanto magis penale est periurium. § I. Alia questio est, utrum non peccet qui per falsos Deos sibi iurari facit? quia ille, qui ei iurat, iurat per falsos Deos, quos colit. Cui questionem possunt illa testimonia suffragari, que ipse commemorasti de Laban et Abimelech, si tamen Abimelech per Deos suos iurauit, sicut Laban per Deum Sabaoth”.*

<sup>18</sup> D 45, c. 5: “... *Qui autem iampridem ad Christianitatem coacti sunt, (sicut factum est temporibus religiosissimi principis Sisebuti), quia iam constat eos sacramentis diuinis associatos, et baptismi gratiam suscepisse, et crismate unctos esse, et corporis Domini extitisse participes, oportet, ut fidem, quam ui uel necessitate susceperint, tenere cogantur, ne nomen Domini blasphemetur, et fides, quam susceperunt, uilis ac contemptibilis, habeatur”.*

<sup>19</sup> C. 27, q. 1, c. 1: “*Excommunicentur uiduae, que religioso habitu abiecto nuptias elegerint. Sicut bonum est castitatis premium, ita et maioris obseruantia et preceptione custodiendum est, ut si que uiduae, quamlibet adhuc in minoribus annis positae, et imatura etate a uiro relictas, se deuouerint Deo, et ueste laicali abiecta sub testimonio episcopi et ecclesiae in religioso habitu apparuerint, postea uero ad seculares transierint nuptias, secundum Apostolum damnationem habebunt, quia fidem castitatis, quam Deo uouerunt irritam facere uisae sunt. Tales ergo personae a Christianorum communione sequestrentur, neque in conuiuio cum Christianis communicent. Nam si adulterii coniuges reae sunt si*

3, C. 23, q. 1, sólo quiere decir *securitas*, o *pactum*, o también *conscientia*<sup>20</sup>. Y se agrega que “todo lo que no es fe es pecado”, como se puede deducir de § 1, C. 28, q. 1<sup>21</sup>.

Aplicado a la prescripción adquisitiva, el concepto es que todo lo que no corresponde a la *fides*, esto es, a la conciencia, es pecado y da origen al estado que el Derecho canónico llama de lesa conciencia –*laesa conscientia*– del que se derivan gravísimas consecuencias que no dejaron de tener influencia en el campo jurídico.

La *conscientia*, esto es, la buena fe, consiste, según el Derecho canónico, en “la ignorancia de que la cosa es de otro”. Así aparece muy explícito en c. 5, C. 34, q. 1 y 2 que es citado con frecuencia: “*Si uirgo nesciens uiro nupserit alieno, hoc si semper nesciat, nunquam ex hoc erit adultera. Si autem sciat, iam ex hoc esse incipit, ex quo cum alieno sciens cubauerit, sicut in iure prediorum tamdiu quisque bonae fidei possessor rectissime dicitur, quamdiu se possidere ignorat alienum; cum uero scierit, nec ab aliena possessione recesserit tunc malae fidei perhibetur, tunc iuste iniustus uocabitur*”.

*suis obnoxiae uiris non fuerint, quanto magis uiduae, que Dei religiositatem mutauerunt, crimine adulterii notabuntur, si deuotionem, quam sponte, non coactae, Deo obtulerunt, libidiosa corripuerunt uoluptate, atque ad secundas nuptias transitum fecerint? Que etsi uiolentia irruente ab aliquo oppressae fuerint, ac postea delectatione libidinis permanere in coniugio raptori uel uiolento uiro consenserint, dampnatione superius dicta teneantur obnoxiae. De talibus Apostolus ait «Cum enim luxuriatae fuerint, nubere in Christo uolunt, habentes dampnationem, quia primam fidem irritam fecerunt».*

<sup>20</sup> C. 23, q. 1, c. 3: “*In bellicis armis multi Deo placere possunt. Item eiusdem ad Bonifatium [epist. CCVII]. Noli existimare, neminem Deo placere posse, qui armis bellici ministrat. In his erat sanctus Daud, cui Dominus tam magnum perhibuit testimonium. In his etiam plurimi illius temporis iusti. In his erat ille centurio, qui Domino dixit «Non sum dignus, ut intres sub tectum meum».* § I. *Hoc ergo primum cogita, quando armaris ad pugnam, quia uirtus tua etiam ipsa corporalis donum Dei est. Sic enim cogitabis de dono Dei non facere contra Dominum. Fides enim, quando promittitur, etiam hosti seruanda est, contra quem bellum geritur; quanto magis amico, pro quo pugnatur? Pacem habere uoluntatis, bellum autem debet esse necessitatis, ut liberet Deus a necessitate, et conseruet in pace. Non enim pax queritur, ut bellum exerceatur, sed bellum geritur, ut pax acquiratur. Esto ergo bellando pacificus, ut eos, quos expugnas, ad pacis utilitatem uincendo perducas. «Beati enim pacifici» (ait Dominus) «quoniam filii Dei uocabuntur». Si autem pax humana tam dulcis est pro temporalis salute mortalium, quanto dulcior est pax diuina pro eterna salute angelorum? Itaque hostem pugnantem necessitas deprimat, non uoluntas. Sicut bellanti et resistenti uiolentia redditur, ita uictoriis capto misericordia iam debetur, maxime in quo pacis perturbatio non timetur”.*

<sup>21</sup> C. 28, q. 1, § 1: “*Quod inter infideles coniugium non sit, multis auctoritatibus probatur. Ait enim Paulus: «Omne, quod non est ex fide, peccatum est». Coniunctio autem infidelium non est ex fide, et ideo peccatum est. Non est ergo coniugium, quia nullum coniugium peccatum est...”.*

De donde la buena fe está constituida por el estado de ignorancia de que la cosa es de otro, y, por el contrario, la mala fe es la conciencia de que la cosa es de otro; pero, además, quien se encuentra en la condición de “lesa conciencia” tiene la obligación de *recedere ab aliena possessione*. Y este último es el punto por medio del cual se pasa del campo meramente jurídico al moral y religioso, porque la obligación de restituir nace por lo que es el precepto de la religión cristiana contenido en el séptimo mandamiento de no codiciar la cosa de otro. De donde resulta que quien, conociendo que la cosa es de otra no la restituye, comete pecado mortal.

Partiendo de este presupuesto no es sorprendente que las *Decretales* en X 2. 26. 5<sup>22</sup> y la Regla 2 de las *regula iuris*<sup>23</sup> hayan divulgado la máxima según la cual el poseedor de mala fe no prescribe –*possessor malae fidei non praescribit*–; y que X 2. 26. 20<sup>24</sup> afirmara el principio inderogable según el cual es necesario “*ut qui praescribit in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae*”. Conforme a ello, si es pecado no restituir la cosa al otro cuando se tiene conciencia que ella es del otro, es necesario que quien está prescribiendo no se haya encontrado nunca en la condición de pecador por todo el tiempo necesario para prescribir, de lo contrario surgiría en él la obligación de restituir.

Aquí se encuentra la base jurídico-teológica de la exigencia del Derecho canónico según la cual la buena fe debe ser *continua* y que el estado de “lesa conciencia”, esto es, la mala fe, impide que se lleve a efecto la prescripción aún en el caso de que se haya poseído por un larguísimo tiempo; y, lógicamente, el poseedor de mala fe se encuentra en un continuo pecado mortal<sup>25</sup>. Fijado así el problema de la buena fe, el Derecho canónico debió afron-

<sup>22</sup> X 2. 26. 5: “*Possessor malae fidei non praescribit. Idem [Alexander III. Salernitano archiepiscopo]. Vigilanti studio cavendum est, quum summa dimensio divini iudicii ab initio censuerit propria dimittere, aliena non appetere, ne malae fidei possessores simus in praediis alienis, atque rebus [maxime] ecclesiasticis, quoniam nulla antiqua dierum possessio ‘divino iure’ iuvat aliquem malae fidei possessorem, nisi resipuerit, postquam se noverit aliena possidere, quum ‘iure etiam’ bonae fidei possessor dici non possit. Ephesinus enim legislator ‘Origenis patruus’ solum propter vitandam miserorum segnitiem et longi temporis errorem et confusionem primus tricennali vel quadragenali praescriptioni vigorem legis imposuit. Nobis autem tam in rebus cognitibus quam ‘in rebus’ latentibus placuit non habere vigorem*”.

<sup>23</sup> Regula II in VI: “*Possessor malae fidei ullo tempore non praescribit*”.

<sup>24</sup> X 2, 26, 20: “*Non in foro canonico nec civili valet praescriptio cum mala fide. Idem in concilio generali. Quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est, synodali iudicio diffinimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio tam canonica quam civilis, quum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quae absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet, ut qui praescribit in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae*”.

<sup>25</sup> Glosa *casus* a X, 2, 26, 5; cfr. Glosa *casus secundum* y glosa *pro expeditione* a Regula 2 in VI de *regulis iuris*, cit. por BUSSI, cit. (n. 10), p. 69 n. 2.

tar diversas cuestiones prácticas originadas en diversas situaciones de hecho.

i) La primera que se presentó fue ésta: quien ya ha usucapido y posteriormente sabe que la cosa es de otro ¿está obligado a restituir? Se responde que no, ante todo porque en este caso quien ha usucapido ha llegado a ser *dominus* por haberse verificado a su favor las condiciones legales y, además, porque se puede decir que sabe que *ha poseído* y no que *posee cosa de otro*. No obstante esto, algunos sostenían que era menester ver si la adquisición había sido en base a una causa lucrativa o en base a una causa no lucrativa, pues, en el primer caso, en base a fr. 6, § 10, D. 42, 8<sup>26</sup> el prescribiente estaba siempre obligado a la restitución; en el segundo caso no, argumentando en base a c. 2, C. 14, q. 1<sup>27</sup>.

ii) Una segunda cuestión nacía de considerar la situación de quien, durante el tiempo necesario para prescribir, se hubiese encontrado primeramente de buena fe, después en situación de “lesa conciencia”, es decir, de mala fe y, en fin, haya vuelto a la buena fe. La pregunta era si en ese caso se había interrumpido la prescripción, a lo cual se respondía negativamente porque el prescribiente había dejado de lado la opinión de poseer cosa ajena, es decir, había dejado de poseer cosa de otro<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> D 42, 8, 6, 10: “*Dice Labeón que debe revocarse en todo caso lo que se ha hecho con un pupilo en fraude de los acreedores, si quedan éstos defraudados, pues la ignorancia del pupilo, propia de su edad, no debe resultar perjudicial para los acreedores y lucrativa para él, y así se observa en la práctica*”.

<sup>27</sup> C. 14, q. 1, c. 2: “*Peccat, qui ultra debitum exigit, non qui sibi debita reposcit. Quod debetur, etsi benigne remittitur, non tamen inique repetitur. Peccat autem qui exigit ultra debitum, ideoque lex modum figens penam talionis instituit. Sed tu eo longe es a peccato iniusti exactoris, quo omnino non exigis debitum, ideoque bonus magister ait: «Qui te percutit in maxillam, prebe ei et alteram», presertim ne cogamur et ipsi reddere debitum ab eo, qui nullum habet debitum*”.

<sup>28</sup> La respuesta se afirmaba en los siguientes dos textos: X 5, 3, 35: “*Non debet quis ordinem recipere ab eo, quem credit simoniacum; sed ministrare potest in illis, quos prius ab isto recepit. Idem Priori Cantuariensi. Per tusa ‘nobis’ literas intinasti, quod, quum B in quadam domo Cartusiensis ordinis suscepisset habitum monachalem, ‘termino suae probationis completo’, a dioecesano episcopo fuit in subdiaconum ordinatus; sed postmodum didicit ex relatione quorundam, quod, ‘licet idem’ episcopus ‘alias vir esset honestus’, multoties ‘tamen’ commiserat vitium simoniae, propter quod item monachus, ‘vehementi dolore turbatus’, in suscepto formidat ordine ministrare, nolens ab eodem episcopo ad superiores ordines promoveri. ‘+ Unde, quum eidem eremum exire non liceat, nec praefatus episcopus ipsum vel quemquam alium suae dioecesis ab alio episcopo permittat ordinari, postulasti per sedem apostolicam edoceri, quid cum praefato Mónaco in ordine iam suscepto et suscipiendis superioribus sit agendum’. Nos igitur respondemus, ut idem ‘monachus’ in ordine sic suscepto secure ministret; sed contra conscientiam ad superiores ordines non adscendat, ne forte aedificet ad gehennam; licet ex eo, quod conscientiam nimis abuerit scrupulosam, in difficultatem huiusmodi sit collapsus, quam utique non evadet, nisi deponat*”.

Preciso es tener presente que no es lo mismo *laesa conscientia*, es decir, el estado de mala fe, que *dubia conscientia*, es decir, cuando se duda que la cosa sea suya y haya una razonable causa de duda. Éste, en efecto, no sabe aún si efectivamente la cosa es de otro y, aun cuando tenga el deber de esmerarse al fin de *pervenire ad veritatem*, debe ser considerado de buena fe porque no puede ser equiparado a un dato positivo cual es la mala fe, un elemento incierto como es la *conscientia dubia*.

A la luz de lo anterior y en virtud de la máxima *praesumi ignorantiam nisi probetur scientia* que se reputaba contenida en fr. 21, D. 22, 3<sup>29</sup>, se aplicó en el Derecho canónico el principio que la buena fe, en materia de usucapión, siempre se presume y que corresponde a quien alega la mala fe probar esta última.

iii) Otro punto era el siguiente: puesto que la buena fe es un elemento eminentemente subjetivo, se reputa por los canonistas que la mala fe del tradente no puede perjudicar al *accipens*, sea éste sucesor a título singular o universal.

iv) Hemos dicho que la equiparación de la mala fe al pecado en cuanto era productora del estado de *laesa conscientia* no había dejado de tener efectos en el campo jurídico, el principal de los cuales era la exigencia de continuidad de la buena fe por todo el tiempo necesario para prescribir. Esta exigencia, empero, se afirmaba no sólo en el fuero canónico, sino también en el civil, de manera que la exigencia de la continuidad de la buena fe debía exigirse también en la prescripción civil. Conforme a X 2, 26, 20, "*quoniam omne quod non est ex fide, peccatum est, Synodali iudicio diffinimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio tam canonica quam civilis*". Esta era la razón: "*quum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quae absque mortali peccato non potest observari*". La glosa a este texto explicaba que el que prescribía debía estar en buena fe tanto si la cosa que se estaba prescribiendo era de naturaleza espiritual como civil "en el sentido de ley canónica"<sup>30</sup>.

---

*errorem*". Y en C. 11, q. 3, c. 46: "*Non est petenda solutio, cum iniqua fertur sententia. Item Gelasius Papa Episcopis orientalibus de dampnatione Dioscori. Cui est illata sententia deponat errorem, et uacua est; si iniusta est, tanto curare eam non debet, quanto apud Deum et eius ecclesiam neminem potest grauare iniqua sententia. Ita ergo ea se non absolui desideret, qua se nullatenus perspicit obligatum*".

<sup>29</sup> D 22, 3, 21: "*Creo que es cierto que el mismo demandante, es decir, el legatario, debe probar que el difunto sabía que había legado una cosa ajena o dada en garantía, y no el heredero que aquél ignoraba que era ajena o estaba en garantía, porque la carga de la prueba incumbe siempre al demandante*".

<sup>30</sup> BUSSI, cit. (n. 10), p. 71.

### 3. *Los teólogos juristas*

El tema que nos ocupa no sólo interesaba a los canonistas, sino también a los teólogos, especialmente cuando se trataba de teólogos-juristas, razón por la que, por ejemplo, fue expresamente abordado por Domingo de Soto en su tratado *De iustitia et iure*<sup>31</sup>, en donde aborda los diversos problemas a que hizo referencia la doctrina del derecho común. Explica el maestro salmantino, a propósito de la prescripción, que una de las cuatro condiciones requeridas para que ella opere es la buena fe “o sea, el conocimiento, o creencia de que la cosa es tuya. Porque cuando falta ese fundamento, cae por tierra todo el tinglado de la prescripción”. Es por eso que si el hijo de un ladrón entraba de buena fe en posesión de la herencia paterna, creyendo que los bienes habían sido legítimamente adquiridos “y los viene disfrutando durante todo el tiempo que se necesita para la prescripción, pasado dicho tiempo, aunque conozca después que eran de otro, podrá seguir con la conciencia tranquila”. Y es por lo mismo que, a la inversa, quien en virtud de una sentencia injusta adquiriría de mala fe el dominio de una cosa, sabiendo en el momento de darse la sentencia que ésta era injusta “no puede adquirir nunca por prescripción; porque la adquiere a la manera de un ladrón”; por la misma razón, si se empezó a poseer creyendo que la sentencia era justa y durante el tiempo señalado para la prescripción llegó a saber que la sentencia había sido injusta, “está obligado a restituirla”. En cambio, si la injusticia de la sentencia la conoce una vez pasado el tiempo señalado para la prescripción “no está obligado a restituir; porque habiendo poseído la cosa de buena fe mediante este título legítimo presunto por la ley, quedó hecho su verdadero dueño”.

La exigencia de que la buena fe se prolongara durante todo el tiempo de la posesión resulta clara de los ejemplos que proporciona Soto; es por lo que escribirá expresamente que “en cuarto lugar se requiere [para que opere la prescripción] que esta buena fe perdure todo el tiempo señalado para la prescripción sin interrupción ninguna... pues que si en algún momento se interrumpió, o porque lo reclamó el dueño, o por otro motivo, en este caso las partes de tiempo interrumpidas no pueden considerarse como un uno legítimo”.

El planteamiento de Soto se separa de los juristas del *ius commune* cuando aborda el tema de la duda acerca de poseer cosa propia. Para nuestro teólogo-jurista, “cuando poseo una cosa con duda, o sea, juzgo con temor

---

<sup>31</sup> DOMINGO DE SOTO, *De la justicia y del derecho*. Edición facsimilar de la hecha por D. De Soto en 1556, con su versj±> castellana correspondiente (Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968), II, Libro IV, cuestión V, del cambio de dominio, artículo IV, si la prescripción confiere el dominio al poseedor, pp. 322 - 327.

que sea mía, si nadie me la reclama, estoy obligado a averiguar la verdad; y si no puedo descubrir la verdad totalmente, no estoy obligado a renunciar del todo a ella, sino que a causa de la duda debo dividirla con aquel de quien dudo sea dueño, o también repartir una parte entre los pobres. Por tanto el motivo por el cual la duda destruye la buena fe no es porque con tal duda no puedo defender la propiedad de una cosa en un tribunal, o hacer uso de ella, sino porque, como hemos dicho, en este caso la conciencia enferma no puede llamarse de buena fe, a fin de que se consiga la prescripción”.

#### 4. *Influjo canónico en la legislación civil*

La influencia del Derecho canónico fue considerable: en algunas regiones de Francia se aplicó con preferencia al Derecho romano por considerar sus disposiciones más equitativas lo que sería recogido después por Pothier. Y su influjo también se dejó sentir en el Derecho español, a pesar de las disposiciones del derecho tradicional contenidas en *Partidas* las que, como veremos, siguieron de cerca al Derecho romano<sup>32</sup>. De hecho, el *Código Civil* español (1888) dispuso que la posesión adquirida de buena fe pierde este carácter desde el momento en que existan actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente (art. 435<sup>33</sup>), disposición aplicable a la prescripción (art. 1950<sup>34</sup> y 1951<sup>35</sup>), de modo que la buena fe ha de existir en todo el tiempo exigido para adquirir el dominio por prescripción. Y lo mismo se estableció en el artículo 937 del *Código Civil* alemán<sup>36</sup>.

---

<sup>32</sup> L. CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado* 7. *De los bienes* 2 (reimpresión facsimilar, Jurídica, Santiago, 1979) 3, p. 499.

<sup>33</sup> Código Civil español, art. 435: “*La posesión adquirida de buena fe no pierde este carácter sino en el caso y desde el momento en que existan actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente*”.

<sup>34</sup> Código Civil español, art. 1950: “*La buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella, y podía transmitir su dominio*”.

<sup>35</sup> Código Civil español, art. 1951: “*Las condiciones de la buena fe exigidas para la posesión en los artículos 433, 434, 435 y 436 de este Código, son igualmente necesarias para la determinación de aquel requisito en la prescripción del dominio y demás derechos reales*”.

<sup>36</sup> Código Civil alemán, art. 937: “1. *Quien tiene una cosa mueble en posesión, en concepto de dueño, durante diez años adquiere la propiedad (usucapión). 2. La usucapión queda excluida si el adquirente no actúa de buena fe al obtener la posesión o si descubre posteriormente que no está facultado a la propiedad*”.

## III. LOS PROYECTOS Y EL CÓDIGO CIVIL DE CHILE

1. *Las fuentes del Proyecto de 1853*

El artículo 843 del *Proyecto de 1853* establecía que “*Para los efectos de la posesión civil, no basta que haya existido la buena fe en el momento de adquirirse la posesión. Desde que el poseedor ha tenido conocimiento de haber recibido la cosa de quien no tenía facultad de enajenarla, deja de estar en posesión civil; pero este conocimiento deberá probarse de un modo inequívoco*”. En nota puesta por Bello a este artículo se señalaban como fuentes del mismo el Código de las Dos Sicilias y Pothier. Del primero se citaba el artículo 2175 que, en lo que nos interesa, establecía que “*Basta que la buena fe haya existido en el momento de la adquisición, porque ella se presume haber continuado durante todo el tiempo requerido para prescribir. La mala fe sobrevenida posteriormente impide la prescripción; pero la prueba no podrá resultar sino de documentos escritos*”.

De Pothier se citaban los párrafos 34 y 35 de su tratado sobre la prescripción<sup>37</sup> quien hacía una explícita referencia al Derecho canónico en esta materia. En efecto, Pothier, después de exponer la disciplina romana en cuanto a que “para el derecho romano era suficiente que el poseedor hubiese tenido, al comienzo de la posesión, la buena fe que se requiere para la prescripción; el conocimiento que le sobrevinía después, de que la cosa no le pertenecía, no impide que el tiempo de la prescripción deje de correr, ni le impide adquirir cuando él se ha cumplido”, continuaba haciendo presente que el derecho francés había abandonado en este punto el Derecho romano y abrazado la disposición del Derecho canónico que exigía la buena fe durante todo el tiempo requerido para prescribir<sup>38</sup>, disposición canónica que le parecía más equitativa: “por el conocimiento que sobreviene al poseedor antes de que se haya cumplido el tiempo de la prescripción, que la cosa que había comenzado de buena fe a prescribir, no le pertenece, contrae la obligación de devolverla; obligación que nace del precepto del derecho natural que prohíbe retener el bien de otro. Esta obligación una vez contraída, dura siempre, hasta que se cumpla, y resiste a la prescripción: pasa a los herederos de su poseedor e impide paralelamente que sus herederos puedan prescribir”.

Seguidamente Pothier<sup>39</sup> hacía presente que lo que él afirmaba en cuanto

<sup>37</sup> Utilizo, POTHIER, *Traité de la prescription qui résulte de la possession*, en *Oeuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code Civil et la législation actuelle par. M. Bugnet* (Paris, 1861), IX, nn. 34 - 35, pp. 329 - 330.

<sup>38</sup> El *Código Civil* de los franceses (1804) no siguió esta doctrina y en el art. 2269 dispuso que “*es suficiente que la buena fe haya existido al momento de la adquisición*”.

<sup>39</sup> POTHIER, cit. (n. 37), n. 35, p. 330.

a que la buena fe debía durar todo el tiempo de la posesión, debía entenderse de una misma posesión. E ilustra esta afirmación con el siguiente ejemplo: “Si yo comencé a poseer de mala fe una heredad perteneciente a Santiago, que yo he usurpado a Pedro que era su poseedor, y que, como consecuencia de una demanda de reivindicación que Pedro ha intentado contra mí, yo haya comprado a Pedro dicha heredad, mi posesión de esta heredad, que procede de la venta que Pedro me ha hecho de ella, siendo una nueva posesión, aunque ella suceda inmediatamente y sin intervalo a la posesión de mala fe que yo tenía de esa heredad, es suficiente que al tiempo de la venta que Pedro me ha hecho de esa heredad, yo haya creído de buena fe que Pedro, de quien yo la compraba, era su propietario, y que esta buena fe haya durado siempre después, para que yo pueda, por esta nueva posesión, empezar y completar el tiempo de la prescripción contra Santiago que es el propietario, sin que mi antigua posesión de mala fe, que la ha precedido, pueda aportar algún obstáculo”.

## 2. *El informe de los tribunales*

Hacia octubre de 1852 Bello entregó al gobierno el primer proyecto completo de *Código Civil*. Por decreto de 26 de octubre de 1852<sup>40</sup> el presidente Montt estableció una comisión revisora del Proyecto<sup>41</sup>, dispuso la impresión del mismo y ordenó, además, que el proyecto impreso se distribuyese a los ministros de los tribunales superiores de justicia, a los jueces letrados y a los miembros de la facultad de leyes de la Universidad “para que informen sobre él, haciendo las observaciones que su examen les sugiera”. La impresión se hizo en cuatro volúmenes los meses de enero, febrero y marzo de 1853, razón por la que este proyecto es conocido como el *Proyecto de 1853*. Tan pronto como estuvo publicado el primero de los volúmenes, el ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública envió un ejemplar del mismo a todos los miembros de los tribunales superiores de justicia y a los jueces de letras<sup>42</sup>. Los demás libros les fueron remitidos el 9 de junio<sup>43</sup>.

Las labores de la comisión empezaron el día 24 de junio de 1853 en la

<sup>40</sup> Boletín de Leyes 1852, pp. 205 - 206.

<sup>41</sup> Estuvo integrada por Ramón Luis Irrázabal, presidente interino de la Corte Suprema; Manuel José Cerda, ministro de dicho tribunal; Alejo Valenzuela, ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, y los juristas Diego Arriarán, Antonio García Reyes, Manuel Antonio Tocornal y Andrés Bello. Cfr. GUZMÁN, *Andrés Bello*, cit. (n. 3), II, n. 201, p. 328.

<sup>42</sup> El oficio está fechado el 22 de enero de 1853. Cfr. GUZMÁN, *Andrés Bello*, cit. (n. 3), II, n. 209, p. 333.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 336.

sala del Consejo de Estado bajo la presidencia del mismo presidente Montt, se prolongó todo el año 1854 y finalizó sus trabajos poco antes de octubre de 1855<sup>44</sup>. El trabajo de la comisión fue intenso<sup>45</sup> y pronto se hizo sentir la necesidad de contar a la brevedad con las observaciones de los tribunales de justicia, razón por la que una nueva circular del ministro, el 10 de noviembre de 1853, urgía a las cortes y a los jueces de letras a presentar sus informes en torno al libro I y les pedía que con posterioridad hicieran lo mismo con los restantes libros del proyecto<sup>46</sup>.

La Corte Suprema, cuyo presidente interino y uno de sus ministros formaban parte de la comisión, se excusó de hacer observaciones<sup>47</sup>, pues no había sido posible a sus miembros “procurarse las horas suficientes para el estudio serio y concienzudo que debía preceder a las discusiones periódicas” que el mismo tribunal había pretendido tener, las que no habían podido celebrarse “en fuerza de ocurrencias casi instantáneas”, además de haberse percibido el tribunal que “el considerable número de asuntos civiles y criminales pendientes en la actualidad ante esta Corte ha sufrido inevitablemente un sensible retardo en su despacho desde que lo hemos dejado de la mano por algunos días en los últimos meses”<sup>48</sup>.

Algo similar pasó con la Corte de Apelaciones de Santiago, uno de cuyos ministros formaba parte de la comisión, la que se excusó<sup>49</sup> pues, “a pesar de los esfuerzos que este Tribunal ha hecho para cumplir en cuanto le fuese dable con el examen del Código Civil, ha formado la convicción de que mientras esté recargado de las graves y asiduas atenciones de los numerosos asuntos que le incumben, no le es posible efectuar dicho examen, sino de un modo sumamente moroso y que depende de un tiempo indefinido”<sup>50</sup>.

No sucedió lo mismo con las cortes de apelaciones de Concepción y de La Serena y con los jueces de letras de Valparaíso Jovino Novoa y de Santiago

<sup>44</sup> GUZMÁN, *Andrés Bello*, cit. (n. 1), I, p. 370.

<sup>45</sup> Celebró más de trescientas sesiones con un promedio de tres semanales. Cfr. *ibídem*, p. 371.

<sup>46</sup> Cfr. GUZMÁN, *Andrés Bello*, cit. (n. 3), II, n. 224, pp. 340 - 341.

<sup>47</sup> Oficio de 14 de noviembre de 1853, *ibídem*, n. 225, pp. 341 - 342.

<sup>48</sup> En su respuesta el Ministro de Justicia lamentaba que la comisión “se vea privada de las luces con que V. E. habría podido ilustrar su juicio en las difíciles cuestiones que envuelve el trabajo que la ocupa”. Cfr. GUZMÁN, *Andrés Bello*, cit. (n. 3), II, n. 226, p. 342.

<sup>49</sup> Oficio de 17 de noviembre de 1853, en R. MERY BERISSO, *El Código Civil de la República de Chile y los tribunales de justicia*, en *Anales de la Universidad de Chile* 114 (1956) 103, p. 44.

<sup>50</sup> En su respuesta, el Ministro de Justicia expresaba a la Corte de Apelaciones conceptos similares a los que había manifestado a la Corte Suprema. Cfr. *supra* n. 48 y GUZMÁN, *Andrés Bello*, cit. (n. 3), II, n. 227, pp. 342 - 343.

José Antonio Argomedo, los que enviaron “interesantes observaciones”<sup>51</sup> todas las cuales, salvo la última de las varias que envió la Corte de Apelaciones de La Serena y que llegó cuando el *Proyecto de 1855* estaba en prensas, fueron tomadas en cuenta por la comisión revisora, previo examen de las mismas por parte de Bello<sup>52</sup>. Una de estas observaciones es la que me interesa.

En efecto, refiriéndose al artículo 843 del *Proyecto de 1853*, la Corte de Apelaciones de La Serena manifestaba a la comisión revisora<sup>53</sup> que “convenría adoptar la disposición de la ley de Partidas y no la del derecho canónico, según la cual basta que haya existido la buena fe en el momento de adquirirse la posesión. La razón es porque mientras subsista la sentencia que confirió la posesión, se estará a la posesión civil; y aunque el poseedor sepa el error de la cosa juzgada, no puede ser destruida, si no por desistimiento voluntario”.

### 3. *La buena fe en las Partidas*

De acuerdo con *Partidas* 3, 29, 12, “*si aquella sazón que ganaron posesión de las cosas ouieron buena fe, en auerlas así como sobre dicho es, maguer ante que los apoderassen, o después la ouiesen mala, cuydando que aquellos de quien las ouieron, non eran verdaderos señores, non les empece a ellos, nin a sus herederos. Ca si fasta tres años fueren tenedores de aquello que así tuuieron ganarlo han por tiempo*”. Continúa la ley recomendando al que “*quiere ganar por este tiempo la cosa que ouiese comprado*”, la conveniencia de que tenga buena fe cuando la comprare y hasta “*que sea apoderado en la cosa*”. Con todo, si quien fuese apoderado de cosa ajena por donación o compraventa, tuviese mala fe antes de ganarla por tiempo y después la vendiese o enajenare a otro, sabedor este último de que era cosa ajena, éste “*no la podría después ganar por tiempo: porque ouo mala fe a la sazón que passo a ella*”. El régimen establecido en esta ley difería, así, de la disciplina canónica, pues era suficiente la buena fe al comienzo de la posesión sin que la mala fe sobreviniente entorpeciera dicha posesión.

<sup>51</sup> MERY, cit. (n. 49), p. 44.

<sup>52</sup> GUZMÁN, *Andrés Bello*, cit. (n. 1), I, p. 377.

<sup>53</sup> MERY, cit. (n. 49), p. 105. La Corte de La Serena estaba integrada por los ministros Juan Manuel Cobo, José Miguel Bascañán, Gaspar de la Carrera y Ramón Guerrero. El primero de ellos había formado parte, en representación de la Cámara de Diputados, de la Comisión de Legislación del Congreso Nacional establecida en 1840 para iniciar las tareas de revisión de los primeros proyectos parciales elaborados por Bello y, después de Bello, fue su miembro más laborioso y concurrente, habiéndole correspondido a él dar cuenta a la Cámara de Diputados de la labor desarrollada por dicha Comisión al iniciarse los sucesivos años legislativos, prueba de la importante intervención que le cupo en los trabajos de codificación. Cfr. MERY, cit. (n. 49), p. 46.

Refiriéndose a esta ley, García Goyena y Joaquín Aguirre en una de las ediciones del Febrero<sup>54</sup>, explicando brevemente la necesidad de la buena fe, que según ellos consistía “en que el poseedor crea que la persona de quien hubo la cosa era verdadero dueño de ésta o que tenía facultad para enajenarla”, terminaban afirmando que “debe existir al principio de adquirir la cosa o sea al tiempo de la tradición”. Se suponía la existencia de la buena fe mientras no se probara lo contrario, prueba que ellos mismo reconocían que era difícil, y si la adquisición procedía de un título justo, la buena fe se presumía. Ambos autores no desconocían la disciplina canónica a la que hacían expresa referencia, pero “creemos que esta disposición canónica tendrá lugar tratándose de la legitimidad de la adquisición, moralmente considerada o en el foro interno; pero que la ley no puede sancionarla, porque a la dificultad de la prueba en contrario, se uniría el ser siempre resistida por el demasiado apego a los intereses: no pudiendo exigirse que se prescindiera de él, cuando el que adquirió lo hizo por título oneroso, y no ve fácil su reintegro”.

Lo mismo pasaba con el glosador de las *Partidas*, Gregorio López, quien hacía amplia referencia a las normas canónicas en las que nos ocupamos páginas más arriba. El mismo glosador hacía referencia, además, a las leyes romanas cuya disciplina había sido recogida por la ley alfonsina. Como puede advertirse, las *Partidas* habían recogido ampliamente el derecho de Roma en esta materia, admitiendo, incluso, la especial disciplina referida a la compraventa.

#### 4. *El Código Civil de Chile*

El *Proyecto de 1853* fue sometido a una primera revisión del que surgió el *Proyecto inédito*, así denominado porque no fue editado en su momento sino años después, al publicarse a finales del siglo XIX las obras completas de Bello<sup>55</sup>. En él desapareció el artículo 843 del *Proyecto de 1853* que recogía, como hemos visto, la disciplina canónica en materia de buena fe, pero del resto del articulado no quedaba del todo claro que bastaba la buena fe inicial en materia de posesión sin importar la mala fe sobreviniente. De hecho, por ejemplo, en el artículo 835 de este último proyecto, se definía la posesión regular como “la que procede de justo título y ha sido adquirido

---

<sup>54</sup> *Febrero o librería de jueces, abogados y escribanos, comprensiva de los códigos civil, criminal y administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en un todo a la legislación hoy vigente por el ilustrísimo señor don Florencio García Goyena... y don Joaquín Aguirre* (Madrid, 1842), I, p. 175.

<sup>55</sup> Su edición la hizo M. L. Amunátegui Reyes en las *Obras completas de don Andrés Bello*, XIII: *Proyecto inédito de Código Civil* (Santiago de Chile, 1890).

de buena fe” pero nada se decía sobre la suficiencia de la sola buena fe inicial. Es por lo que el *Proyecto de 1855* fue más claro, al definir la posesión regular en el artículo 702 como “*la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe; aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión*”. Y realizándose en este artículo una operación codificadora que Guzmán ha denominado deducción<sup>56</sup>, agrega en este artículo, de inmediato y a continuación, la siguiente frase: “*Se puede ser por consiguiente poseedor regular y poseedor de mala fe, como viceversa el poseedor de buena fe puede ser poseedor irregular*”.

En los mismos términos fue aprobado por el Congreso y se consolidó como artículo 702<sup>57</sup>. De esta manera, el que pudo ser un influjo nada secundario del Derecho canónico en el *Código Civil* de Chile se vio finalmente frustrado.

---

<sup>56</sup> Se trata de una operación consistente en incluir dentro de normas inmediatamente posteriores o bien separadas, las consecuencias lógicamente necesarias de una norma inmediatamente anterior o bien separada. Como se trata de consecuencias lógicamente necesarias de una norma, en rigor ellas no necesitaban colocarse en el Código, dejando a jueces y juristas la tarea de obtenerlas. Pero Bello, como lo señala en el mensaje con el que el proyecto de código fue presentado al Congreso, prefirió la claridad a la brevedad, de manera que los colarios que él incluía demuestran lo que está encerrado en las normas codiciales y que a ojos menos perspicaces pudiera escaparse. GUZMÁN, *Andrés Bello*, cit. (n. 1), I, p. 446.

<sup>57</sup> Código Civil art. 702: “[inc. 1] *La posesión puede ser regular o irregular. [inc. 2] Se llama posesión regular la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe; aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión. Se puede ser por consiguiente poseedor regular y poseedor de mala fe, como viceversa el poseedor de buena fe puede ser poseedor irregular. [inc. 3] Si el título es traslativo de dominio, es también necesaria la tradición. [inc. 4] La posesión de una cosa a ciencia y paciencia del que se obligó a entregarla, hará presumir la tradición; a menos que ésta haya debido efectuarse por la inscripción del título*”. Este artículo se encuentra actualmente vigente.

