

LA CODIFICACION EN CHILE (1811 - 1907), DENTRO DEL MARCO DE LA CODIFICACION EUROPEA E HISPANOAMERICANA

BERNARDINO BRAVO LIRA
Academia Chilena de la Historia
Universidad de Chile

I. INTRODUCCION*

La codificación es en Europa e Hispanoamérica un fenómeno histórico único. Tiene una raíz común, pero se diversifica en múltiples ramificaciones. Al margen de ella quedan, en general, los países de derecho inglés, como Gran Bretaña y gran parte los Estados Unidos, donde se conocen, no obstante, las constituciones escritas y los códigos¹.

La codificación separa dos épocas distintas en la historia del derecho europeo e hispanoamericano. Antes de ella predominaba sin contrapeso el Derecho Común cultivado en las Universidades, es decir, un derecho de juristas. Con la codificación se sobrepone al Derecho Común el derecho patrio o nacional, recogido en códigos promulgados por los gobernantes, lo que hace de él un derecho legislado.

El presente trabajo aspira a presentar la codificación chilena dentro del contexto europeo e hispanoamericano al que pertenece. La exposición

*ABREVIATURAS: AEA.= *Anuario de Estudios Americanos* (Sevilla 1943), publicación en curso; AHDE.= *Anuario de Historia del Derecho Español* (Madrid 1930), publicación en curso; BACH. = *Boletín de la Academia Chilena de la Historia* (Santiago 1937), publicación en curso; BL.= *Boletín de las leyes y de las órdenes y decretos del gobierno*, desde el 12 de febrero de 1823, 62 vol. (Santiago 1823-93), hay varias reimpresiones; IC.= *Ius Commune* (Frankfort 1968), publicación en curso; RDJ.= *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (Santiago 1903), publicación en curso; RDP.= *Revista de Derecho Público* (Santiago 1966), publicación en curso; REHJ.= *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (Valparaíso 1976), publicación en curso; RHD.= *Revista de Historia del Derecho* (Buenos Aires 1973), publicación en curso; RCHHD.= *Revista Chilena de Historia del Derecho* (Santiago 1959), publicación en curso; RCHHC.= *Revista Chilena de Historia y Geografía* (Santiago 1911), publicación en curso; RA.= *Revista de Historia de América* (México), publicación en curso; RI.= *Revista del Instituto de Historia del Derecho*,

comprende cuatro partes: génesis del ideal codificador y etapas históricas de su realización; panorama de la codificación del derecho castellano y portugués y, más en detalle, de la codificación en Chile. Por último, los resultados se condensan en una conclusión.

El estudio se centra en Chile y en el derecho chileno, pero considerados como parte del conjunto mayor, formado por todos los países de derecho castellano y portugués. No se atribuye a Chile y a su derecho una posición singular dentro de esta área jurídica, sino que se busca, por el contrario, esclarecer cuál fue su participación en la empresa común de codificar el derecho castellano y portugués.

En contraste con la bibliografía disponible sobre la codificación europea, la relativa a la de Hispanoamérica es muy reducida y desigual. El tema está por estudiar. Sobre la génesis de la codificación en Argentina existe un penetrante trabajo de Tau Anzoategui. Para la civil en Chile es

Ricardo Levene (Buenos Aires 1949); ZSS. = *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* (Viena, Colonia, Graz), publicación en curso.

* El autor agradece al *Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte* de Francfort (Main) su acogida para completar allí la investigación y a la *Alexander von Humboldt-Stiftung* su ayuda para trabajar en dicho Instituto.

¹ Los principales representantes del ideal codificador en el área jurídica anglosajona son Jeremy Bentham (1748-1834), Eduard Livingston (1764-1836) y David Doudley Field (1805-1894). *Los Tratados de legislación civil y penal* de Bentham circulan en las ediciones francesas de Etienne Dumont (París 1802) y en trad. castellana de Ramón Salas, 8 vol., (París 1823). STOETZER, Carlos O., *El pensamiento político en la América española durante el período de la emancipación 1789-1825* (Madrid 1966) 2, p. 113 ss.; AVILA MARTEL, Alamiro, *La filosofía jurídica de Andrés Bello en Congreso Internacional Andrés Bello y el Derecho* (Santiago 1982); SANNTLEBEN, Jürgen, *Menschheitsglück und Gesetzgebungs-export zu Jeremy Betham Wirkung in Lateinamerika en Rabels Zeitschrift für ausländisches un internationales Privatrecht* 50 (Tübingen 1986); LIVINGSTON, Eduard, *Complete Works of...* in *Jurisprudence*, 2 vol. (1873), Livingston es autor del código civil de Luisiana, WHELLOCK S., UPTON L.C. y NEEDLING R.J., *Code civil de l'Etat de La Lousiane annoté par...* (Nueva Orleans 1838 VELA, *Vida pasión y muerte de los códigos de Livingston en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de Guatemala* 160 (Guatemala 1943). Field es autor de un código procesal civil adoptado en 1848 por Nueva York y luego por varios otros Estados. REPPY, *The Field Codification Concept en David Doudley Field Centenary Essays* (Nueva York 1949). HASKINS, *The first American Reform of Civil Procedure* en POUND, Roscoe, (ed) *Perspectives of Law* (1964); BAYITCH, S.A., *La codificación en el derecho civil y en el Common Law (estudio comparativo)* en *Boletín Mexicano de Derecho comparado* año 3, 7 (México 1970). Debo su conocimiento a una gentileza de la prof. María del Refugio González. COUTURE, Eduardo, *El porvenir de la codificación y del Common Law en el continente americano* en *Revista Jurídica de Puerto Rico* 1 (San Juan 1948). TEUBNER, Werner, *Kodifikation und Rechtsreform in England* (Berlín 1974). COOK, M. *The American Codification Movement en Contribution in Legal Studies* 14 (Westport, Londres 1981). CUETO RUA, Julio C., *Las Fuentes del derecho en el Common Law*, en *Anuario de filosofía jurídica y social* 4 (Buenos Aires 1984).

fundamental la obra de Guzmán Brito, *Andrés Bello, codificador*, única en su género en América. En cambio faltan investigaciones sobre la codificación de otras ramas del derecho. Al respecto sólo se cuenta con trabajos parciales de valor muy desigual.

II. GÉNESIS DEL IDEAL CODIFICADOR Y ETAPAS HISTÓRICAS DE SU REALIZACIÓN

La palabra codificación es relativamente reciente. Sus inicios se remontan más allá de la primera mitad del siglo XVIII. En cambio la palabra código -*codex*, latín es muy antigua. Data de fines del Imperio Romano. Originalmente tuvo un sentido que podemos llamar editorial. Sirvió para designar un tipo de libro determinado. No el volumen, que se enrolla, sino el tomo, tal como conocemos hoy, compuesto de hojas sujetas por un solo lado. Así para leer un *codex*, a diferencia de un *volumen*, no es necesario desenrollarlo, sino que basta pasar sucesivamente sus páginas. Código significa, ante todo, un libro que puede hojearse.

El vocablo entró al lenguaje del derecho y adquirió en él una significación específica. Por tal se entendió desde la antigüedad un libro compuesto de hojas que contiene diversas leyes, es decir, un cuerpo o colección legal¹.

Pero desde el siglo XVII la palabra adquiere un nuevo sentido, más concreto. Esa es una época de auge de las matemáticas, en las que se convierten, por así decirlo, en la ciencia dominante. Entonces surge la aspiración a ordenar el mundo humano, al igual que la naturaleza, al modo matemático, *more geométrico*. Así se hace con los edificios y los jardines, la equitación y el ballet, el arte y la música y demás. Este espíritu mueve también al matemático y filósofo Leibniz (1646-1716), al proponer que se reúna y sistematice la legislación anterior en un libro o código².

¹ TAU ANZOATEGUI, Víctor, *La codificación en la Argentina (1810-1870) Mentalidad social e ideas jurídicas* (Buenos Aires 1977); GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Andrés Bello codificador*, 2 vol. (Santiago 1982).

² GUZMÁN, Alejandro, *Codex*, en REHJ. 10 (Valparaíso 1985), esp. pp. 117 ss.

³ DICKERHOFF, K., *Leibniz Bedeutung für die Gesetzgebung seiner Zeit*, tesis inédita (Freiburg 1941); THIEME, Hans, *Das Naturrecht und die europäische Rechtsgeschichte* (Basilea 1947); SOLARI, Guido, *Metafísica e diritto in Leibniz*, en El mismo, *Studi storici di filosofia del diritto* (Turín s/f.); VANDERLINDEN, Jacques, *Le concept de Code en Europe occidentale du 13e. au 19e. siècle. Essai de définition* (Lieja 1967); COING, Helmut, (ed.) *Handbuch des Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, 3 tomos aparecidos en 6 vol. (München 1973-82); LUG, Klaus, *Die Rolle des deutschen Rechts in Leibniz Kodifikationsplänen* en IC. 5 (Frankfort 1975); GUZMÁN, Alejandro, *La fijación del derecho* (Valparaíso 1970), esp. p.81 ss. El mismo, *Leibniz y la codificación del derecho*, en RDP. 19-20 (Santiago 1976). LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm *Nova methodus docendae et discendae iurisprudentia* pars 2, párrafo 21. Ahora en su redacción definitiva en El mismo, *Sämtliche Schriften und Briefe*, Berlín, 1971, 6, p.306 ss.

Pero la codificación no se limita a recoger el derecho anterior. Bajo el influjo de la Ilustración, hace en el siglo XVIII una fuerte crítica de él, inspirada en los ideales propios del iusnaturalismo racionalista, tales como claridad, precisión, sencillez casi geométrica y seguridad de los derechos individuales. Se critica la multitud de las leyes, sus obscuridades, contradicciones y vacíos, la proliferación de comentarios de los juristas y, en una palabra, la incertidumbre del derecho y la inseguridad de los ciudadanos frente al arbitrio de la judicatura⁴.

El Código, en este sentido, es una obra terminal. Es un modo de fijar el derecho vigente en un Estado, llamado a menudo derecho patrio o nacional. Para eso recoge las leyes anteriores. Aclara sus obscuridades. Elimina sus contradicciones. Llena sus vacíos. En una palabra, las unifica en un solo texto lo más completo y sistemático posible.

El código así concebido, no es una obra doctrinal, cuyo valor depende de la autoridad de quienes la componen, vale decir, de los juristas. Es ante todo una obra legal y, al igual que las leyes, recibe su valor de la potestad de quienes lo promulgan, vale decir, de los gobernantes.

Pero la primacía del derecho legislado sobre el derecho de jurista no es un resultado automático de la codificación. Los códigos no se imponen por sí mismos ni por el solo poder del gobernante. Lo decisivo es aquí la actitud del juez que, a su vez, es un reflejo retardado del sentir dominante en la doctrina y en la enseñanza jurídica.

1. Del Derecho de juristas al derecho legislado

La codificación hizo posible una nueva relación entre el juez y el derecho. Hasta entonces la sujeción del juez a la ley no había sido obstáculo para que prosperara un derecho de juristas⁵. Así se ve primero en la Roma clásica, luego en la Europa medieval y en tiempo más próximos a nosotros en Europa e Hispanoamérica durante la Edad Moderna. En Roma la ley había sido una fuente del derecho muy secundaria, cuyo ámbito principal era lo público. En el Derecho Común europeo e hispanoamericano la primacía teórica de la ley - civil, canónica o real-estuvo en todo momento mediatizada en la práctica por la doctrina de los

⁴ CASSIRER, Ernst, *Philosophie der Aufklärung* (Tübingen 1932), hay trad. castellana, Madrid 1943. GÓMEZ ARBOLEYA, Enrique, *Supuestos cardinales de la ciencia jurídica moderna* en *Revista de Estudios Políticos* 54 (Madrid 1950); el mismo, *El racionalismo jurídico y los códigos europeos*, ibid 57, (1951); ahora en el mismo, *Estudios de teoría de la sociedad y del Estado* (Madrid 1962); SOLARI, Guido, *Filosofía del derecho privado*, 2 vol. (Buenos Aires, 1946 y 1950); WIEACKER, FRANZ, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (Goettingen 1952), hay trad. castellana, Madrid 1957. Cito esta última. TARELLO, Giovanni, *La ideologia della codificazione nel secolo XVIII*, (Génova 1971); El mismo, *Storia de la cultura giuridica moderna: vol. I Assolutismo e codificazione del diritto* (Roma 1976); GUZMÁN BRITO, nota 4.

⁵ Sobre el concepto de derecho de juristas, KOSCHAKER, Paul, *Europa und das römische Recht* (München 1947), trad. castellana Madrid 1955, esp. pp. 353 ss.

autores. La ley era lo que entendían y enseñaban los juristas. Así pues, tanto el romano como el común fueron derechos de juristas, es decir, concebidos al modo clásico como un *ars boni et aequi*. En cuanto tales estos derechos se presentaban al juez en forma abierta, de suerte que le correspondía a él cerrarlos, caso por caso, mediante su sentencia.

La codificación permite variar esta posición del juez frente al derecho. Por primera vez la legislación puede aspirar a ser, no sólo en teoría sino también en la práctica, la fuente del derecho por excelencia. Por su amplitud y sobre todo por su pretensión de regular de una vez para siempre toda la vida jurídica, este derecho codificado, así se convierte en un conjunto de normas. De ahí que también el estudio del derecho tienda a reducirse a una mera *scientia iussi et puniti*. De esta manera el derecho codificado aparece ante el juez como un todo cerrado de antemano por el legislador, de suerte que a él no le cabe más que aplicarlo caso por caso, mediante la sentencia.

En otras palabras, la codificación abre paso a una nueva manera de concebir el papel del juez. Este ya no consiste en declarar el derecho -*ius dicere*- sino solamente en aplicar la ley -subsumir casos particulares bajo una ley general.

Desde luego, un cambio de mentalidad de esta naturaleza no se produce de un día para otro. Es lento. Tarda mucho más que el trabajo codificador. Exige la intervención de otros factores, como universidades y centros de formación de hombres de derecho. Por eso viene a ser como una culminación de todo el esfuerzo codificador; plenitud que, según es de suponer, no se da en todos los países.

La principal razón de ello es que un cambio tan marcado en la actitud del juez ante la ley supone, a su vez, un divorcio entre el hecho y el derecho que no se produce en todas partes. El juez debe alejarse del país real, del movido terreno de las personas y las cosas, para refugiarse dentro de un país legal, donde se supone que todo está sujeto a los inamovibles mandatos del gobernante. Sólo así el derecho deja de ser en la práctica un arte de lo justo, abierto a la acción del juez y cristaliza como una mera ciencia de las leyes, cerrada por obra de los gobernantes.

Sin duda esta es la fase más apasionante de la codificación. Merece un estudio separado. Por eso aquí sólo puede quedar apuntado.

⁷ El tema es vastísimo. Hay abundante bibliografía sobre él, pero no ha recibido hasta ahora la atención que merece. En general, últimamente, OST. F., *Juge pacificateur, juge arbitre, juge entraineur. Trois modes de justice* en GERARD P., OST. F. y VAN DER KERCHORE *Fonctions de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements* (Bruselas 1983); BONNECASE, Julien *L'école de l'exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et des ses méthodes, d'après. La profession de foi de ses plus illustres représentants*, 2a. ed. (París 1924), trad. castellana, Puebla 1944; SAUVEL, Tony, *Histoire du jugement motivé en Revue du Droit Public* 61 (París 1955); BRÜGGEMANN, *Die richterliche Begründungspflicht*, (Berlín 1971), en el *Río de La Plata, durante el período 1785-1810* en *RJ.* 19 (1968); TAU ANZOATEGUI, Víctor, *Acerca de la fundamentación de las sentencias en el derecho indiano* en *RJ.* (1962); El mismo, *Los comienzos*

2. Codificación y Derecho Común

La codificación representa el paso de un derecho, fundado principalmente en la autoridad de los juristas, a un derecho, fundado principalmente en la potestad de los gobernantes. Ella pone fin a seis siglos de predominio del derecho de juristas en Europa y a tres en Hispanoamérica. Máxima expresión de este derecho de juristas es el Derecho Común (*ius commune*) que se cultiva en las universidades de toda Europa e Hispanoamérica, se manifiesta en la doctrina de los autores jurídicos y se impone por la autoridad de estos juristas⁶.

La codificación no eliminó al Derecho Común, lo que, por lo demás, habría sido imposible. Pero le opuso el derecho patrio o nacional. Los códigos utilizan en gran medida el Derecho Común, pero están concebidos como cuerpos de derecho nacional⁷. A partir de ellos lo único que tuvo

de la fundamentación de las sentencias en la Argentina, en RHD. 10 (1982); LEVAGGI, Abelardo, *La fundamentación de las sentencias en el derecho indiano*, en RHD. 6 (1978). Sobre la fundamentación de las sentencias en Chile, BRAVO LIRA, Bernardino, *Bello y la Judicatura, La codificación procesal*, en *Congreso internacional Andrés Bello y el Derecho*, (Santiago 1982), esp. pp. 145 ss. Sobre la aplicación de la ley sobre fundamentación de las sentencias en Chile, FIGUEROA, María Angélica, *La codificación civil chilena y la estructuración de un sistema jurídico legalista*, ibid. p. 77 ss., GUZMÁN, Alejandro, *El significado de las expresiones "equidad natural" y "Principios de equidad" en el derecho chileno*, en *Revista de Ciencias sociales* 18-19 (Valparaíso 1981). El mismo, *Historia del "Referimiento al legislador" II, El Derecho Nacional Chileno*, en REHJ. 7 (1982); HANISCH, Hugo, *Contribución al estudio del principio y práctica de la fundamentación de las sentencias en Chile durante el siglo XIX*, en REHJ. 7 (1982); MERELLO ARECCO, Italo, *La ley mariana de fundamentación de sentencias frente a la demencia en materia judicial*, en REHJ. 8 (1983).

⁶ En Europa: WIRACKER, FRANZ, *Ratio scripta. Das römische Recht und die abendländische Rechtswissenschaft*, en el mismo *Vom römischen Recht. Wirklichkeit und Überlieferung* (Leipzig 1944); CALASSO, FRANCESCO, *Introduzione al diritto comune*, (Milán 1951); el mismo, *Medio evo del diritto* (Milán 1954); COING, HELMUT, nota 4.

En Hispanoamérica: GONZÁLEZ ECHENIQUE, JAVIER, *Los estudios jurídicos y la abogacía en el reino de Chile* (Santiago 1954); ESPINOZA QUIROGA, HERNÁN, *La Academia de Leyes y Práctica Forense* (Santiago s/f [1953]); PESET REIG, MARIANO, *Derecho romano y Derecho real en las universidades del siglo XVII*, en AHDE. 45 (Madrid 1975); PÉREZ PERDOMO, ROGELIO, *Los juristas en la crisis de la sociedad colonial venezolana 1790-1830*, en GARCÍA PELAYO, MANUEL, *Homenaje a* (Caracas 1980) 1; LEVAGGI, ABELARDO, *Derecho indiano y Derecho romano en el siglo XVIII*, en *Anuario histórico-jurídico ecuatoriano* 5 (Quito 1980); el mismo, *El Derecho romano en la formación de los abogados argentinos del ochocientos*, en REHJ. 10 (Valparaíso 1985); PEÑA PAÑALOZA, ROBERTO IGNACIO, *Los sistemas jurídicos en la enseñanza del Derecho en la Universidad de Córdoba (1614-1807)* Córdoba 1986); BRAVO LIRA, BERNARDINO, *El Derecho Común en Ultramar. Autores y obras jurídicas de la época del Barroco en América y Filipinas*, en IC. 16 (1988), ahora en, El mismo, *Derecho Común y derecho propio en el Nuevo Mundo* (Santiago 1989).

⁷ Para la primera etapa de la codificación, GAGNER, STEN, *Die Wissenschaft des gemeinen Rechts und der Codex Maximilianus Bavaricus civilis*, en COING, HELMUT y WILHELM Walter, *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19 Jahrhundert*, (Francfort 1974); WAGNER, WOLFGANG, *Die Wissenschaft des gemeinen römischen Rechts und das Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten*, allí mismo; OGRIS, WERNER, *Die Wissenschaft des gemeinen Rechts*

fuerza obligatoria fueron los propios códigos, dictados por los gobernantes. Frente a ellos las obras jurídicas elaboradas por los autores de derecho, dejaron de tener fuerza propia. De este modo el derecho codificado puso en primer plano al derecho patrio o nacional y relegó a un segundo plano al derecho de juristas, en las universidades, en los tribunales de justicia y en la vida jurídica ordinaria. Los estudios de derecho se centraron en los códigos. En ellos fundaron sus sentencias los jueces y a ellos se amoldó la práctica notarial y en general toda la vida jurídica. El derecho legal triunfó así sobre el derecho de jurista¹⁸. En este sentido puede decirse que la codificación inaugura una época de derecho propio absoluto, esto es, que se entiende a sí mismo desligado del Derecho Común.

3. Etapas de la Codificación

La codificación es una empresa de largo aliento. Como tal supuso un período previo de preparación, en la que se gestó el ideal codificador y un período no menos extenso, en el que se realizó ese ideal¹⁹.

Los inicios de la codificación pueden fijarse en Baviera a mediados del siglo XVIII y su término a comienzos del siglo XX, con la codificación del derecho canónico. En el curso de este proceso cabe distinguir dos grandes etapas.

Durante la primera la codificación triunfa en Europa Central y en Francia. Esta fase comienza con los códigos, todos en latín, del barón

und das österreichische Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, allí mismo; NEUMAYER, Karl H. *Die wissenschaftliche Behandlung des Kodifizierten französischen Zivilrechts bis zur Dritten Republik*, allí mismo; COING nota 8, 2-2, pp 48 ss.; GUZMÁN, Alejandro, *Decisión de controversias y jurisprudenciales y codificación del derecho en la época moderna*, en AHDE. 50, (1980).

Para la codificación del derecho castellano y portugués, PÉREZ PERDOMO, Rogelio, *Derecho romano, codificación e independencia política en Venezuela*, en *Diritto romano, codificazione e unità del sistema jurídico latino-americano* en *Studi Sassaressi* 5 (Milán 1981); SCHIAPANI, Sandro, *Dal diritto romano alle codificazioni latinoamericane. L'opera di A. Teixeira de Freitas*, *ibid.*; el mismo, *Römisches Recht, Unabhängigkeitsrevolutionen und Rechtskodifizierungen in Lateinamerika*, en *Festschrift Pólay. Acta Jurídica et politica* 33 (Szeged 1985); TAU ANZOATEGUI, Víctor, *La Revolución liberal y el derecho en Iberoamérica durante el siglo XX*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 54 (Antwerpen 1986); el mismo, nota 2; GUZMÁN nota 2.

¹⁸ Wieacker nota 4. WILHELM, Walter, *Gesetzgebung und Kodifikation in Frankreich in 17. und 18. Jahrhundert*, IC. 10 (1967); COING, Helmut *sobre la prehistoria de la codificación. La discusión en torno a la codificación en los siglos XVII y XVIII*, en RCHHD. 9, (Santiago 1983); el mismo, nota 5, tomo 3, vol., 1 y 2 (München 1982).

¹⁹ WIEACKER, Franz, *Auftieg, Blüte und Krisis der Kodifikationsidee* en *Festschrift Böhmer* (Bonn 1954); AJELLO, Raffaele, *La rivolta contro il formalismo*, en *La formazione storica del diritto moderno in Europa* en *Atti del terzo Congresso internazionale delle società italiana di storia del diritto* (Florenza 1976-77) 2, pp. 699 ss. Para los países de derecho castellano y portugués, BRAVO LIRA, Bernardino, *Relaciones entre la codificación europea y la hispanoamericana*, en: REHJ. 9 (1984), hay trad. alemana en ZSS. Germ-Abt 103 (1986).

Wigulaus Kreittmayr (1705-1790) en Baviera: *Codex bavaricus criminalis* de 1751, *Codex bavaricus iudicialis* y *Codex Maximilianus bavaricus civilis* en 1756. Este último que es un manual con fuerza legal rigió hasta 1900^a. Esta etapa culmina con los grandes códigos iusnaturalistas en lengua vulgar, el *Allgemeines Landsrecht* (ALR) prusiano de 1794^a, el *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB) austriaco de 1811, cuya primera versión -*Westgalizisches Bürgerliches Gesetzbuch* (wca)- es de 1797^a y los *Cinq codes* franceses (1804-1810)^a. Estos cuerpos legales, excepto el ALR, se mantienen en vigencia hasta hoy^a.

^a WIRACKER y TARELLO, nota 5; BUSSI, Emilio, *Stato e amministrazione nel pensiero de C.G. Suárez*, (Milán 1966); DOLEMAYER, Bárbara, *Die bayerische Kodifikation Bestrebungen*, IC. 5 (1973); GAGNER nota 9; RALL, Hans, *Kreittmayer, Persönlichkeit, Werke und Fortwirkung*, en *Zeitschrift für bayerische Landesgeschichte* 42 (München 1979).

^a THIEME, Hans, *Die preussische Kodifikation*, en ZRG. Germ.-Abt. 57 (Weimar 1937); WOLF, Erick, *Carl Gottlieb Suárez en su Grosse Rechtsdenker* (Tübingen 1963), pp. 424 ss; CONRAD, Hermann, *Die geistige Grundlagen des Allgemeinen Landrechts für die preussische Staaten vom 1794*, (Colonia y Opladen 1958); el mismo, *Das allgemeine Landrecht vom 1791 als Grundlage des friederizianisches Staates* (Berlín 1961); WAGNER, nota 9; COING, nota 8, 3.

^a HARRASOWSKY, Philipp Ritter HARTAS von, *Geschichte der Kodifikation des österreichischen Zivilrechts* (Viena 1868); Sobre su génesis y difusión, *Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches*, 1. Juni 1911, 2 vol. (Viena 1911; SWOBODA, Ernst, *Franz von Zeiller* (Graz-Wien-Leipzig 1931); COING, nota 8, 3; STRAKOSCH, Henry E., *State Absolutism and Rule of Law. The struggle for the codification of civil law in Austria 1753-1811* (Sidney 1967); el mismo, *Privatrechts Kodifikation und Staatsbildung in Österreich (1753-1811)*, (München 1976); OGRIS, nota 9; MAYER-MALY, Theo, *Zeiller, das ABGB und wir* en SELB, Walter y HOFMEISTER, Herbe, *Forschungsband Franz von Zeiller (1751-1828)*, (Viena, Graz, Colonia 1980); allí mismo otros 15 estudios sobre Zeiller y el ABGB.

^a PORTALIS, Jean-Etienne-Marie, *Exposé général du système du Code Civil en Loqué, La législation civile commerciale et criminelle de la France*, 31 vol. (París 1829-32), 1, pp. 323 ss.; e mismo, *Discours preliminar al Code Civil*, ed. castellana RIVACOBA Manuel, con estudio preliminar (Valparaíso 1978); CAUVIERE, Henry, *L'idée de codification en France avant la rédaction du Code Civil* (París 1910); BONNECASE, nota 7; VAN KAN, *Les efforts de codification en France* (París 1929); SOLARI, *Ideología...* nota 5, esp. pp. 117-265; GAUDEMET, Jean, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, en *Basler Studien zur Rechtswissenschaft* 8 (Basilea-París 1935); SOLARI y WIEACKER, nota 5; NEUMAYER, nota 9; ARNAUD, A. *Les origines doctrinales du Code Civil français* (París 1969); FERNÁNDEZ BARREIRO, Alejandro, *Los estudios de derecho en Francia después del código de Napoleón* (Roma-Madrid 1970); Sobre su difusión, valioso material en *Le Code civil. Livre du Centenaire 1804-1904*, 2 vol. (París 1904); BOHLER, nota 5.

^a El ABGB fue reemplazado por otro código civil en Checoslovaquia en 1950 y en Polonia en 1964. GRZYBOWSKI, Stefan, *Desarrollo, métodos y concepción de la codificación del derecho civil polaco* (en polaco) en *Universitas Commeniana, Acta Facultatis Juridicae* (Bratislava 1973); WYRMA, Tadeusz, *La Nouvelle Codification Civile Pologne Populaire et le Problema du Droit économique*, en *Revue internationale de droit comparé* 417, (París 1965); PLANKOVA, Olga, *Curso, métodos y concepción de la codificación del derecho civil y del derecho de familia en Checoslovaquia* (en checo) en *Universitas Commeniana, Acta Facultatis Juridicae*, (Bratislava 1973).

Otra vertiente de la codificación es el constitucionalismo, que surge a fines del siglo XVIII. La Constitución escrita es una especie de código político, destinado a delimitar los poderes del Estado y las garantías de los ciudadanos. Los primeros documentos de este género se dictan en Estados Unidos (1787), Polonia (1791) y Francia (1791)¹⁷. A diferencia de los códigos tuvieron una vigencia efímera, salvo la constitución de los Estados Unidos.

Un rasgo común a estos códigos y constituciones inspirados en el derecho natural racionalista, es la exaltación de la ley como instrumento uniformador del régimen jurídico de toda la población, a la que se considera como una simple suma numérica de individuos, iguales y con los mismos derechos¹⁸.

La segunda etapa de la codificación se caracteriza por su ampliación más allá del centro de Europa y de Francia, más allá de los esquemas del iusnaturalismo racionalista y más allá, incluso, del campo del derecho secular. En términos generales esta etapa abarca el siglo XIX y puede considerársela cerrada con los códigos civiles de Alemania, *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) de 1900, de Suiza *Zivilgesetzbuch* (ZGB) de 1907¹⁹ y de Brasil, *código civil*, de 1917²⁰. Como símbolo del triunfo de la codificación en el mundo, puede mirarse la tardía codificación del derecho canónico en 1917²¹ y la admisión de códigos de corte europeo fuera de Europa e Hispanoamérica, en países como Japón o Turquía²².

III. CODIFICACIÓN DEL DERECHO CASTELLANO Y PORTUGUÉS

En el mundo de habla castellana y portuguesa la codificación comienza entre 1811 y 1825 con las primeras constituciones y códigos y se completa

¹⁷ MC ILWEIN, *Constitutionalism ancient and modern*, (1966); SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *Der Verfassungsbegriff in der deutsche Staatslehre der Aufklärung und des Historismus*, (Berlín 1967); GODECHOT, Jean, *Les constitutions de la France depuis 1789*, (París 1970); EICHLER, Hermann, *Die Revolutionsverfassung in Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Rechts* 27 (Viena 1976).

¹⁸ MOHNHAUPT, Heinz, *Untersuchungen zum Verhältnis Privileg und Kodifikation im 18. und 19. Jahrhundert* en *IC*. 5 (1975), esp. pp. 94 ss.

¹⁹ COING, nota 4, 3 pp. 1572 y ss. con bibliografía; el mismo, *Experiencias con una codificación: El Código Civil Alemán de 1900* en *RHD*. 9, (1981). Para el código suizo, Coing, nota 4. 3 pp. 1978 ss. con bibliografía.

²⁰ LACERDA, Paulo de, *Synthese historica e critica preliminar a Code civil brasileiro*, 7a. ed. (Río de Janeiro 1918).

²¹ KUTTNER, Stefan, *El código de derecho canónico en la historia*, en *Revista española de Derecho canónico* 68 (Salamanca 1968).

²² BAYITCH, nota 1.

aproximadamente un siglo después en 1917, con el código civil de Brasil.

Al revés de lo que ocurrió en Baviera, Austria y Prusia, cuna de la codificación, en Hispanoamérica y en España y Portugal, las constituciones precedieron a los códigos. Rápidamente cada Estado independiente tuvo la suya. Pero todas tuvieron una duración efímera. Se comenzó, entonces, a reemplazar con gran prontitud una constitución por otra. Así su proliferación llegó a términos increíbles²⁰.

1. Constituciones y códigos

La primera constitución fue la de Venezuela en 1811. Apenas duró algunos meses. La siguieron otras en los demás países, con una suerte parecida. De este modo en 1825 todos estos Estados, salvo Paraguay, tenían o habían tenido al menos una constitución. Un siglo después el número de constituciones promulgadas en estos países bordeaba las 150. De ellas ni diez habían alcanzado a regir continuamente por medio siglo.

En otras materias la codificación fue, en cambio, mucho más lenta, pero también, más duradera y afortunada. El primer código fue el penal español de 1882 y el último, como se ha dicho, el civil brasileño de 1917.

Los códigos no cambian como las constituciones. En general son estables y, a diferencia de ellas, suelen tener larga vigencia que, en algunos casos, ha superado a un siglo.

La razón de este contraste es muy simple. Los códigos tienen detrás un derecho anterior. Reformulan o reemplazan al derecho castellano o portugués, en América con las variantes del derecho indiano o brasileño. Esto es en líneas generales lo que sucede en el campo penal y civil, comercial y minero y, sobre todo, procesal.

En materia política, en cambio, las constituciones son, por así decirlo, construcciones en el aire. Pretenden introducir un régimen de gobierno y unas instituciones desconocidas, cuando no opuestas a las de estos países. Tal es el caso, sin ir más lejos, de la división entre poder ejecutivo y poder legislativo y del intento de implantar un parlamento como regulador de la gestión del gobierno. Todo esto pugna con el derecho castellano o portugués, para los cuales legislar fue siempre parte, y muy principal, de la función de gobierno, ya se tratara del rey, en toda la

²⁰ BRAVO LIRA, *Etapas históricas del Estado constitucional en los países de habla castellana y portuguesa (1811-1980)* en REHJ. 5, (Valparaíso 1980) cuenta más de 200 entre 1811 y 1980. Incluye cuadros cronológicos. Un anticipo de este trabajo son los cuadros en *Memoria del II Congreso de Historia del Derecho Mexicano* (México 1980); El mismo, *Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica* (Santiago 1986).

monarquía, del virrey o gobernador en su territorio o, incluso, de un intendente en su provincia²⁴.

2. *Constituciones y gobiernos constitucionales*

Pero con ser importante este choque del constitucionalismo con las instituciones de estos países, es lo de menos. Lo más grave es que el constitucionalismo contraría la propia mentalidad de estos pueblos en los que, salvo sectores ilustrados, se admira instintivamente al gobierno eficiente y realizador. La significación de este factor ha sido advertido desde hace varias décadas²⁵. Pero hasta ahora la investigación no le ha prestado la atención que merece. De ahí que todavía se siga hablando en forma vaga e imprecisa de falta de asimilación del modelo constitucional por estos pueblos. Pero aquí no estamos ante una mera falta de asimilación de los ideales o instituciones del constitucionalismo, como pudiera suceder en el Africa negra, sino ante la pervivencia de un ideal propio de gobierno, muy opuesto al constitucional.

Esto se puede comprobar de dos maneras. Por una vía negativa, al verificar que la vida de los parlamentos en estos países ha sido, hasta ahora, sumamente accidentada. Por una vía positiva, al observar que los primeros parlamentos que lograron funcionar regularmente, lo hicieron precisamente bajo un régimen de clara preeminencia del gobierno, en el que ellos no comprometían para nada la eficiencia de su gestión²⁶.

En otras palabras el parlamento, en su doble papel colegiador y fiscalizador de la gestión gubernativa es extraño a la tradición institucional de estos países. No es asombroso entonces que su implantación haya resultado sumamente problemática²⁷. Ni que el talón de Aquiles del Estado constitucional en el mundo de habla hispana y portuguesa sea precisamente éste: conciliar la subsistencia de un gobierno eficaz con el funcionamiento de un parlamento, encargado de regular su gestión.

Esto se refleja de modo palmario en los hechos. Todos estos Estados tienen constituciones, pero muy pocos tienen gobiernos constitucionales. La relación gobierno-parlamento frecuentemente entra en crisis. En este caso invariablemente gana el gobierno y elimina al parlamento. Por eso

²⁴ BRAVO LIRA, *Historia de las instituciones* nota 23. El mismo, *Crisis del Estado constitucional en Hispanoamérica* (1917-1986), en *Revista de Investigaciones Jurídicas* 10 (México 1986).

²⁵ Ya lo observó JANE, *Cecil Liberty and despotism in Spanish America* (Nueva York 1929) hay trad. castellana, Buenos Aires 1942. Ver también JOHNSON, John F., *Militares y sociedad en América Latina* (Buenos Aires 1966).

²⁶ BRAVO LIRA, Bernardino, *Centenario de la Constitución de 1886 en Colombia. Estudio institucional* en REHJ. 11 (Valparaíso 1986).

²⁷ BRAVO LIRA, nota 23; LEVAGGI, Abelardo, *Formación del poder legislativo rioplatense*, en RI. 17 y 20, (Buenos Aires 1967 y 1969); el mismo, *Origen del poder Legislativo en Hispanoamérica (1810-1814)*, id. 19, (Buenos Aires 1968).

los parlamentos rara vez han funcionado durante un período continuado en estos países. Antes bien, su subsistencia es sumamente accidentada. Hasta el punto de que desde 1811 hasta 1916, tan sólo en cuatro casos un parlamento consiguió sesionar ininterrumpidamente a lo menos durante medio siglo. Por lo demás en los 70 años siguientes la situación empeoró, pues tan sólo uno alcanzó esa duración. En este sentido, el constitucionalismo en los países de derecho castellano y portugués ha tenido más de ficción que de realidad²⁴.

Se comprende pues, que las constituciones, a diferencia de los códigos, sean tan efímeras. Aun después de siglo y medio no han logrado echar raíces en estos países. En la mayor parte de los casos no pasan de papel mojado sin mayor respaldo nacional. Por esta razón es ahora más válido que nunca lo que al comenzar el siglo XIX dijo Jovellanos de francesa de 1791: "*Se hizo en pocos días, se contuvo en pocas páginas y duró pocos meses*"²⁵.

Pero hay que guardarse de generalizaciones. También encontramos en el mundo de habla castellana y portuguesa, constituciones de larga duración. Son la excepción y como tal merecen la mayor atención.

3. Génesis de la codificación del derecho castellano y portugués

Como en Centroeuropa y en Francia, los antecedentes de la codificación en los países de derecho castellano y portugués se remontan al siglo XVIII. Entonces se comienza a hablar de formar un código de derecho nacional, que desplace al Derecho Común, y se dan los primeros pasos en ese sentido. Ordinariamente, se habla de un código general, que comprenda de toda la legislación. Pero no faltan proyectos para formar un código particular, concretamente en materia penal. Así, Pascual José de Melo Freire (1738-1798) presenta en 1786 a la reina de Portugal, un proyecto completo de código criminal, que puede considerarse como el primero en Europa, fuera del bávaro²⁶. Paralelamente, en España se trabaja por el mexicano Manuel de Lardizábal y Uribe (1739-1820) en la preparación de un código penal, cuyo plan se presenta en 1787²⁷.

²⁴ BRAVO LIRA, nota 24.

²⁵ JOVELLANOS, Gaspar Melchor, *Dictamen sobre la institución del gobierno interino en Apéndices a la Memoria en defensa de la Junta Central*, en *Biblioteca de Autores Españoles* 461, p. 584; BRAVO LIRA, Bernardino, *El concepto de constitución en Jovellanos* en RCHHD. 10.

²⁶ MELLO FREIRE, Pascoal Joao, *Código criminal intentado por la Rainha Maria I. Autor... segunda edição castigada dos erros. Corrector o licenciado Francisco Freire de Mello, sobrinho do autor* (Lisboa 1823); BRAVO LIRA, Bernardino, *Melo Freire y la Ilustración católica y nacional en el mundo de habla castellana y portuguesa*, en *Revista de Derecho* 8 (Valparaíso 1984).

²⁷ RIVACOPA y RIVACOPA, *Manuel de Lardizábal, un penalista ilustrado* (Santa Fe, Argentina) 1964); CASABÓ RUIZ, Jorge R., *Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código Criminal de 1787*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 22 (Madrid 1969), pp. 313 ss. El texto, pp. 331-332. SAINZ, CANTERO, José A., *La ciencia del derecho penal y su evolución*

Sin embargo, donde más avanzó la codificación fue en derecho militar y naval²⁴. En materia comercial se generalizó a fines del siglo XVIII en toda la monarquía española la vigencia de las *Ordenanzas de Bilbao* (1737). En América se difunden las *Ordenanzas de Minería de Nueva España* (1738), obra del mexicano Joaquín Velásquez de León (1732-86) que rigieron en diversos países²⁵.

En Chile la Real Audiencia, dictó en 1757 y en 1778 autos acordados sobre la substanciación de los juicios criminales. El primero fue obra del fiscal José Perfecto Salas (1714-76) y el segundo del fiscal Ambrosio Zerdan Pontero (1750-1803). Ambos cuerpos legales son un anticipo de la codificación procesal penal²⁶.

4. Recopilaciones

Frente a esta tendencia a formar nuevos códigos hay también otra bastante fuerte a recopilar la antigua legislación que persiste hasta fines del siglo XIX. La principal obra de este género es la Novísima Recopilación de Leyes de Castilla de 1805, contemporánea del ALR., del ABGB., y de los *Cinq Codes*. Rigió en los países de derecho castellano hasta la codificación, que en materia civil sólo se realizó en España, Cuba, Puerto Rico y Filipinas en 1889²⁷.

Por otra parte, en varios países se hicieron recopilaciones de tipo privado, como en Argentina en 1827, y en México en 1839,²⁸ o en forma

(Barcelona 1970), pp. 114 ss.; Lardizábal es autor de un difundido *discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, (Madrid 1782). BRAVO LIRA, Bernardino, *El derecho indiano después de la independencia en América española; Legislación y doctrina jurídica en Historia* 19, (Santiago 1984), pp. 37 ss., ahora en su *Derecho Común...* nota 8.

²⁴ *Ordenanzas de SM para el régimen, disciplina y servicio de sus ejércitos*, 3 vol., (Madrid 1768). *Ordenanzas de la armada naval*, 2 vol., (Madrid 1793). Ambas rigieron en España y América y Filipinas. También trabajó por 1790 José Portiafu Covarrubias en un *Código o recopilación de las leyes de la Real Hacienda de España*; MARILUZ URQUIJO, José María, *Gestiones en torno a la formación de un código de hacienda en España 1780-1790*, en EHD. 12 (1984).

²⁵ *Reales Ordenanzas para la dirección régimen, y gobierno importante cuerpo de Minería de Nueva España y de su Real Tribunal General* (Madrid 1783); MORENO DE LOS ARCOS, Roberto, *Apuntes biográficos de Joaquín Velásquez de León, 1732-1786*, en *Historia Mexicana* 25 (México 1975); el mismo, *Instituciones de la industria minera novohispana*, en LEÓN PORTILLA, Miguel y otros *La minería en México* (México 1978).

²⁶ *Instrucción para la substanciación de las causas criminales* hecha por el Dr. José Perfecto Salas, Santiago 25 de agosto 1757. *Instrucción para la substanciación de las causas criminales* hecha por el Dr. Ambrosio Zerdan y Pontero, Santiago 16 de marzo 1778, ambos en CORVALÁN, Jorge y CASTILLO, Vicente, *Derecho Procesal Indiano* (Santiago 1951), pp 406 ss y 408 ss.

²⁷ Para esto y lo que sigue, BRAVO LIRA, nota 31.

²⁸ *Provincias Unidas del Río de la Plata, Registro Nacional 1825-1827*, 3 vol., Buenos Aires 1827; RODRIGUEZ DE SAN MIGUEL, Juan N., *Pandectas Hispano Mejicanas, o sea, Código*

oficial, como en México en 1829-40²⁷, en Colombia en 1845, suplementada en 1850²⁸, en El Salvador en 1855²⁹ y en Argentina en 1879-84³⁰.

Pero la Novísima Recopilación fue discutida. Uno de sus críticos, Francisco Martínez Marina (1754-1833), propuso ya en 1815 formar un código legislativo nacional similar a los de Francia, Austria y Prusia³¹. Esta tendencia fue la que en definitiva se impuso, pero no sobre la base de un código general como quería Martínez Marina, sino de códigos particulares³².

Por su relación con la codificación francesa y centroeuropea pueden distinguirse en los países de derecho castellano y portugués dos grandes corrientes codificadoras. De un lado, está la adopción de códigos extranjeros y, de otro, la formación de códigos propios.

5. Las constituciones

En materia constitucional, los textos más influyentes fueron el español de 1812, el brasileño de 1824 y el chileno de 1833. La constitución de 1812 llamada de Cádiz, apenas se aplicó en España³³. Pero su vigencia se extendió a algunos países de América española, como México y Guatemala. Además fue seguida muy de cerca por la portuguesa de 1822 y por una serie de constituciones hispanoamericanas.

General comprensivo de las leyes generales útiles y vivas de las Siete Partidas, Recopilación Novísima, la de Indias, autor y providencias conocidas por de Montemayor y Beleña y cédulas posteriores hasta 1820, 3 vol., (México 1839), reeditada en París 1852. Hay una reimpresión facsimilar con introducción de GONZÁLEZ (DOMÍNGUEZ) María del Refugio, 3 vol. (México 1980).

²⁷ GALVÁN RIVERA, Mariano (editor), *Colección de órdenes y decretos de la soberana junta provisional gubernativa y soberanos congresos de la nación mexicana*. 8 vol. (México 1829-40).

²⁸ *Recopilación de las leyes de Nueva Granada* (1845) y ver *Apéndice a la Recopilación Granadina* (1850); VÉLEZ, Fernando, *Estudio sobre el Derecho Civil colombiano*, vol. I, (París, s/f (1926), p. 8 y 9.

²⁹ GUZMÁN, Mauricio, *Estudio preliminar a Código Civil de El Salvador* (Madrid 1959), p. 9 nota 1.

³⁰ PRADO Y ROJAS, Aurelio, *Registro Oficial de la Nación*, 6 vol. (Buenos Aires 1879-84).

³¹ MARTÍNEZ-MARINA, Francisco, *Juicio crítico de la Novísima Recopilación*, (Madrid 1920), p. 334. Sobre este autor, MARTÍNEZ CARDÓS, José, *Estudio preliminar a MARTÍNEZ-MARINA, Francisco, Obras escogidas*, en BAE. vol., 194, (Madrid 1966).

³² BRAVO LIRA, nota 11.

³³ *Constitución de Cádiz* (1812), texto en SEVILLA, Andrés Diego, *Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España*, 2 vol. (Madrid 1969); SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Historia del constitucionalismo español* (Madrid 1955); SEVILLA, Andrés Diego, *Historia constitucional de España 1800-1966*, vol 1, (Valencia 1966); MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel, *La constitución española de 1812. El constitucionalismo liberal a comienzos del siglo XIX*, (Valencia 1978).

La carta fundamental del imperio del Brasil de 1824 fue la primera que tuvo larga duración en los países de derecho castellano y portugués. Subsistió en Brasil hasta 1889⁴ y, con leves modificaciones, en Portugal hasta 1910⁵ y ejerció gran influencia sobre los demás países.

Uno de ellos es Chile, cuya constitución de 1833,⁶ fue la primera constitución republicana que alcanzó larga duración en el mundo de habla castellana y portuguesa. Subsistió hasta 1924, lo que explica su influjo sobre las posteriores.

Entre ellas la más destacada es, sin duda, la de Argentina dictada en 1853 y reformada en 1860⁷. Se halla todavía en vigor, pero su vigencia efectiva terminó en 1930. Después se ha aplicado sólo en forma intermitente⁸.

6. Los códigos

En general las constituciones se influyen unas a otras, pero no se copian íntegramente. En cambio en los códigos no es raro que se adopte en bloque un texto ya elaborado. La expresión adoptar es de la época. Se la emplea en aquellos casos en que, en lugar de redactarse en nuevo código, se procede simplemente a apropiarse el de otro país, al que se hacen mayores o menores retoques. El concepto de adopción de un código excluye, pues, el de elaborar un texto propio⁹.

En el hecho esta adopción admite dos formas muy diferentes. O bien tiene por objeto un código de derecho extranjero -como el civil francés en Bolivia o el penal bávaro en Argentina-, o bien un código de derecho castellano o portugués, elaborado en otro país de Iberoamérica o de la península ibérica.

7. Adopción de códigos extranjeros

Entre las vías de conocimiento de las codificaciones europeas en España,

⁴ *Constituição politica do imperio do Brazil* en PIMENTA BUENO, José Antonio, *Direito Publico Brasileiro e análise da Constituicao do Imperio* (Rio de Janeiro 1852), apéndice pp. 497 ss.

⁵ MIRANDA, Jorge, *As Constituições Portuguesas 1822-1825-1838-1911-1933-1976*, (Lisboa 1976).

⁶ *Constitución de la república de Chile jurada y promulgada el 25 de mayo de 1833* (Santiago 1833), ahora en VALENCIA AVARIA, Luis, *Anales de la República*, 2a ed. (Santiago 1986), pp. 172 ss.

⁷ BAÑADOS ESPINOZA, Julio, *Derecho constitucional*, (Santiago 1889); GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la constitución argentina*, (Buenos Aires 1897); GONZÁLEZ CALDERÓN, *Derecho constitucional argentino. Historia, Teoría y Jurisprudencia de la constitución*, (Buenos Aires 1940).

⁸ BRAVO LIRA, nota 24.

⁹ BRAVO LIRA, nota 11, pp. 54 ss.

Portugal e Hispanoamérica, merece especial mención la obra de Anthoine Saint-Joseph *Concordance entre les codes civils étrangers et le code de Napoléon*⁸⁰, publicada en 1840, cuya traducción castellana por Verlanga y Muñiz apareció en 1842 y fue reeditada en 1847. En ella se contienen en columnas paralelas los tres grandes códigos: ALR., ABGB. y *Code Civil*, junto con otros doce: Baviera, Dos Sicilias, Luisiana, Cerdeña, Cantón de Vaud y otros tres cantones en Suiza Baden y Holanda. Saint-Joseph es, además, autor de una obra similar, *Concordance entre les codes de commerce étrangers et le code de commerce français*, que también fue utilizada por los codificadores portugueses e hispanoamericanos⁸¹.

Dentro de la línea de adopción de códigos extranjeros, los textos preferidos fueron los *Cinq Codes* franceses. Los primeros códigos civiles en los países de derecho castellano y portugués no fueron sino traducciones del francés, con más o menos adaptaciones, es decir, en estos casos la codificación significó sobreponer un derecho extranjero al propio. Así sucedió, por ejemplo, en Santo Domingo donde, bajo la dominación haitiana, se promulgaron en 1825 los *Cinq Codes* que, traducidos y con modificaciones, rigen hasta hoy. Poco después, en 1827-1829, se adoptó en Oaxaca⁸², un Estado de México, un código civil que es más que una versión castellana del *Code français*. Pero tuvo una vigencia efímera. En cambio el de Bolivia, también una traducción del francés, si bien con modificaciones basadas en el derecho castellano-indiano se promulgó en 1831 y estuvo en vigor por más de un siglo⁸³. El de Costa Rica, similar al

⁸⁰ SAINT-JOSEPH, Antoine, *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code de Napoléon*, 4 vol., (París 1840), trad. castellana, VERLANGA HUERTA, F., y MUÑIZ MIRANDA, J., *Concordancia entre el código civil francés y los códigos civiles extranjeros*, (Madrid 1842), hay otra ed., de 1847, cito la última.

⁸¹ SAINT-JOSEPH, Antoine, *Concordance entre les codes de commerce étrangers et le codes de commerce français*, (París 1851). Hay al menos una edición anterior.

⁸² MEJÍA RECART, Gustavo Adolfo, *Historia General del Derecho o Historia del Derecho Dominicano*, (Santiago [República Dominicana] 1943).

⁸³ *Código para el gobierno del Estado Libre de Oajaca*, (Oajaca 1828); *Código Civil. Libro Segundo. Para el gobierno del Estado Libre de Oajaca*, (Oajaca 1829). Hay una reedición de los tres libros en ORTIZ-URQUIDI, Raúl, *Oaxaca, cuna de la codificación iberoamericana*, (México 1974) apéndice, p. 119, 171 y 199. VÁZQUEZ PANDO, Fernando, *Notas para el estudio del Principio de efectividad*, tesis Escuela Libre de Derecho, (México 1970), esp. p. 127 y pp. 158-9, Nota 379 GONZÁLEZ, María del Refugio, *Notas para el estudio del proceso de la codificación civil en México (1821-1928)* en Universidad Autónoma de México, *Libro del cincuentenario del Código civil* (México 1978); La misma, *Historia del derecho mexicano*, (México 1981); la misma, *El derecho civil en México 1821-1871. Apuntes para su estudio*, (México 1988); CAZA DUFOUR, Francisco, *La codificación civil en México 1821-1884 en Revista de Investigaciones Jurídicas* 9, (México 1985).

⁸⁴ TERRAZAS TORRES, Carlos, *Estudio preliminar a Código Civil de Bolivia*, (Madrid 1959), p. 9 ss.

anterior, incluido dentro del Código General de 1841 rigió casi medio siglo, hasta 1888⁶⁶.

Pero esta tendencia a adoptar códigos extranjeros decayó pronto. Un tardío y anecdótico ejemplo de ella nos lo ofrece la adopción, no sin modificaciones, en Argentina en 1886 del código penal bávaro de 1813 que, por lo demás, a la sazón ni siquiera regía en su país de origen, pues había sido reemplazado por otro⁶⁷.

Un caso singular es el del código civil de 1852 en Perú que no obstante sus reconocidos defectos subsistió hasta el presente siglo⁶⁸.

8. Formación de código propio

Lo ordinario en España, Portugal e Hispanoamérica fue la formación de códigos propios, esto es, basado en el derecho castellano o portugués, entonces en vigor, con las modalidades indianas o brasileñas, en su caso.

Sin embargo, no en todos los países se elaboraron códigos propios. A menudo estos códigos fueron adoptados por países distintos del de su procedencia con tanta mayor facilidad, cuanto que el derecho vigente en unos y otros era el mismo. De esta manera se formaron algunas como "familias de códigos", derivadas de un antecesor común⁶⁹. Incluso se dio el caso de códigos que apenas se aplicaron en el país de origen y, en cambio, rigieron largamente en varios otros.

Tal fue la suerte, sin ir más lejos, del primero de ellos, el penal español de 1822 que inauguró la codificación en estos países⁷⁰. Apenas se aplicó

⁶⁶ *Código General de la República de Costa Rica*, 1841 (Nueva York 1858). Consta de tres partes: civil, que rigió hasta 1888, penal, que rigió hasta 1880 y de procedimientos judiciales, que rigió hasta 1898 en materia civil y 1910 en materia penal. BEECHE LUJÁN, Héctor y FOURNIER JIMÉNEZ, Fabio, *Estudio preliminar a Código Civil de Costa Rica*, (Madrid 1962); FOURNIER ACUÑA, Fernando, *Historia del Derecho*, s.l. ni f. (San José), esp. p. 224 ss.

⁶⁷ El redactor Carlos Tejedor utilizó una traducción francesa de CH. VATEL, *Code Penal du Royaume de Baviere*, (París 1852); MORENO, Rodolfo (h), *El Código penal y sus antecedentes 1*, (Buenos Aires 1923); LEVENE, Ricardo, *Historia del Derecho Argentino*, (Buenos Aires 1945-58), 10, pp. 639 ss. VIVAS, Mario Carlos, *El Proyecto Nacional de 1881 como Código Penal de la Provincia de Córdoba*, en *RIID*. 4, (1976); LAPLAZA, FRANCISCO P., *El proceso histórico de la codificación penal en Argentina*, en *RI*. 24, (1978); ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de derecho penal* (Buenos Aires 1981) 2, p. 151.

⁶⁸ LEGUÍA, Jorge Guillermo, *Manuel Lorenzo Vidaurre. Contribución a un ensayo de interpretación psicológica*, (Lima 1935); NUÑEZ, E., *Lorenzo Vidaurre, ciudadano de América*, (Lima 1942); Mercedes, *Manuel Lorenzo Vidaurre, reformista peruano en Anuario de Estudios Americanos* 18, (Sevilla 1961).

⁶⁹ BRAVO LIRA, *rota* 11, esp. p. 56 ss. CASTÁN VÁSQUEZ, José María, *El Código Civil de Andrés Bello y la unidad del sistema jurídico hispanoamericano*, en *Anuario de Derecho Civil* (Madrid 1982).

⁷⁰ ONECA, José Antón, *Historia del Código Penal de 1822*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 18, (Madrid 1965), p. 263 ss.; SAINZ CANTERO, José A., *El informe de la*

en la propia España, pero sucesivamente fue adoptado por una serie de Estados de América española, como El Salvador en 1826, Bolivia en 1831⁴¹, en Veracruz, en México en 1834⁴², Colombia y Ecuador en 1837⁴³ y Costa Rica en su Código general de 1841⁴⁴. También influyó considerablemente sobre el código penal del Brasil de 1830⁴⁵.

No menor fortuna conoció el código de comercio español de 1829⁴⁶. Fue adoptado con modificaciones por Bolivia en 1834⁴⁷, Paraguay en 1846⁴⁸, Perú⁴⁹ y Costa Rica en 1853⁵⁰, Córdoba, en Argentina, en 1857⁵¹. Además rigió en Cuba, Puerto Rico y Filipinas que, como se sabe, formaron parte de la monarquía española hasta 1898. Su influencia sobre los códigos de comercio posteriores fue muy amplia. Se extendió incluso más allá del área jurídica castellano y portuguesa.

Universidad de Granada sobre el Proyecto que dio lugar al código penal de 1822, ibid 20 (Madrid 1967), p. 509 ss.; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *Análisis de un informe anónimo aparecido en Sevilla sobre el proyecto de código penal de 1822*, ibid. 30 (Madrid 1977) p. 83 y ss.; CASABÓ RUIZ, José Ramón, *Aplicación del código penal de 1822*, en *Estudios Penales, Libro homenaje a José ANTÓN ONECA*, (Salamanca 1982), p. 920 ss. LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la codificación española* 5 vol. aparecidos Madrid 1970-87 V *Codificación penal*, (Madrid 1987), pp. 41 ss.

⁴¹ QUINTANO RIPOLLÉS, *La influencia del derecho penal español en las legislaciones hispanoamericanas* (Madrid 1953), p. 93. ZAFFARONI, nota 56, 1, p. 384. *Código Penal de Santa Cruz*, Paz de Ayacucho, 1831. QUINTANO, nota 59, p. 93. RIVACOPA Y RIVACOPA, Manuel de y ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Siglo y medio de codificación penal en Iberoamérica* (Valparaíso 1980); ZAFFARONI, nota 56 I, 382.

⁴² Texto ISLAS, Olga, en *Derecho Penal Contemporáneo* 1, (México 1965); ZAFFARONI, nota 58; GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, nota 53.

⁴³ VÉLEZ, nota 37, p. 8, nota 1 y p. 9.

⁴⁴ Ver nota 55

⁴⁵ *Código criminal do Imperio do Brasil*, (Rio de Janeiro 1831). Uno de sus redactores, Bernardo Pereira de Vasconcelos (1795-1837) fue discípulo de Melo Freire y utilizó el Proyecto de su maestro para su *Projeto do Código Criminal apresentado em sessao de 4 de Maio de 1827*. BRAVO LIRA, nota 30. MACHADO NETO, Zahide, *Direito Penal e estrutura social, Comentário sociológico ao código criminal de 1830*, (Sao Paulo 1977); Rivacoba y Zaffaroni, nota 60, pp 373 ss.

⁴⁶ *Código de Comercio de 30 de mayo de 1829*, Madrid 1829. RUBIO GARCÍA MIÑA, Jesús, *Sainz de Arándano y la codificación mercantil* (Madrid 1950); GACTO FERNÁNDEZ, Enrique, *Temas de Historia del Derecho: Derecho del constitucionalismo y la codificación* 2 (Sevilla 1979), p. 69 ss.

⁴⁷ ABECIA BALDIVIESO, Valentín, *La obra legislativa del Mariscal Santa Cruz en Corte Suprema de Justicia de la Nación. Libro homenaje a la Corte Suprema de Justicia de Bolivia*, (Sucre 1977) 15 ss., esp. 31.

⁴⁸ SOLER, Juan José, *Introducción al Derecho Paraguayo* (Madrid 1954), p. 278.

⁴⁹ GARCÍA CALDERÓN, Francisco, *Diccionario de la legislación peruana*, 2 vol. , (Lima 1860), artículo código, p. 455 esp, p. 456; BASADRE, Jorge, *Los fundamentos de la Historia del Derecho*, 2a. ed. (Lima 1957).

⁵⁰ BRAVO LIRA, Bernardino, *La difusión del código civil de Bello en los países de derecho castellano y portugués*, en REHJ. 7, (Santiago 1982), p. 82. BEECHE y FOURNIER, nota 55, p. 229.

⁵¹ VIVAS, Mario Carlos, *El Código de comercio español de 1829 y su vigencia en Córdoba*, en RHD. 8, (Buenos Aires 1980), p. 457 ss.

Pero el nudo de la codificación en estos países es el derecho penal, civil y procesal. Aquí no hay un cuerpo legal en qué apoyarse como las grandes ordenanzas del siglo XVIII en materia militar, comercial o minera. Antes bien debe trabajarse con material disperso, es decir, la codificación incluye la unificación en un solo cuerpo del derecho relativo a una rama determinada de la vida jurídica. Los códigos capitales son: el penal español de 1848 y el civil chileno de 1855. En materia procesal no hay ningún modelo. En general cada país realiza la codificación por separado.

9. Codificación penal

El primero, obra de Manuel de Seijas Lozano (1800-1868), se basa inmediatamente en el Código brasileño de 1830 y mediatamente en el derecho castellano⁷¹. Con mayores o menores modificaciones fue adaptado en buena parte de América española: por El Salvador en 1859⁷², Perú en 1863⁷³, Nicaragua en 1870⁷⁴, México en 1871⁷⁵, Venezuela en 1873⁷⁶, Chile en 1874⁷⁷, Costa Rica en 1880⁷⁸, Guatemala en 1889, Honduras en 1898⁷⁹. Además desde 1872 se extendió su vigencia a Cuba, Puerto Rico y Filipinas⁸⁰.

⁷¹ Falta un estudio sobre este código. Sobre Seijas Lozano, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, *Biografía de los ex presidentes y de los jurisconsultos anteriores al siglo XIX*, (Madrid 1911) 1, 184 ss.; ONECA, José Antón, *El código penal de 1848*, y D. Joaquín Francisco Pacheco, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 18, (Madrid 1965), p. 473 ss.; CANDIL JIMÉNEZ, FRANCISCO, *Observaciones sobre la intervención de don Joaquín Francisco Pacheco en la elaboración del código penal de 1848*, ibid. 28, (Madrid 1975), p. 405 ss.; el mismo, *Manuel Seijas Lozano, Miembro de la Comisión General de Códigos*, ibid. 34, (Madrid 1981), p. 413 ss., Últimamente, BRAVO LIRA, nota 11, pp. 57 ss. Sobre el código criminal brasileño de 1830 ver nota 64; LASSO nota 59, pp. 173 ss.

⁷² ZAFFARONI, nota 56, I, 384.

⁷³ Ibid. BASADRE, nota 34. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, nota 56, I, p. 382.

⁷⁴ Sigue la versión reformada del código penal español de 1870. ZAFFARONI, nota 56, p. 384.

⁷⁵ Ibid., p. 383. GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, nota 53, p. 82.

⁷⁶ *Libro-homenaje. Vigencia del Código Penal de 1873*, (Caracas 1973); ZAFFARONI, nota 56, I, p. 384.

⁷⁷ Falta un estudio sobre la codificación del derecho penal en Chile. Valioso material en: DOYHARÇABAL CASSE, Solange, *Historia del código penal chileno*, tesis Universidad Católica de Chile, (Santiago 1968); RIVACOBBA Y RIVACOBBA, Manuel de, *Código Penal de la República de Chile y actas de la comisión redactora*, (Valparaíso 1974), esp. estudio preliminar, p. IX y ss.

⁷⁸ Adopta el código chileno de 1874. FOURNIER, nota 55, p. 226.

⁷⁹ ZAFFARONI, nota 56.

⁸⁰ *Real decreto 23 mayo 1872*. ZAFFARONI, nota 56, I, 384.

10. Codificación civil

El código civil chileno, obra de Andrés Bello (1781-1865) constituye, tal vez, la más cabal realización del ideal codificador común a los países de derecho castellano portugués. Es un cuerpo ordenado, sistemático y completo de derecho patrio o nacional, purgado de las contradicciones, vacíos y defectos de las antiguas leyes.

En él los elementos extranjeros tienen un papel muy subordinado. Lo cual vale para el *Code civil*, pero también el bávaro, el ALR y el ABGE. Lo que no le impide ser entre los códigos románicos, el que más utiliza estos cuerpos germánicos⁸¹.

Su difusión fue inmensa. Jugó en Hispanoamérica un papel similar al del *Code civil* en Europa. Sucesivamente lo adoptaron Colombia y Panamá, que entonces formaba parte de ese país, a partir de 1860, El Salvador ese mismo año, Ecuador en 1861, Nicaragua en 1871, Honduras desde 1880. Además influyó sobre la codificación civil posterior en Uruguay, Argentina, Paraguay, Brasil Portugal y España. Un reflejo de ello es la obra del ecuatoriano Luis F. Borja *Estudios sobre el código civil chileno*. Es ilustrativo el hecho de que se publicara en París y que relacione el texto chileno con el de casi todos los códigos hispanoamericanos, anteriores a él como el peruano; derivados de él, como el colombiano y el ecuatoriano, y posteriormente, como el *Esboco* de Freitas en Brasil o los códigos de Argentina y México⁸².

En materia civil son también de gran significación, la *Consolidação das leis civis* de 1857 en Brasil, debida a Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883)⁸³, y el proyecto de código civil español de 1851⁸⁴, que gracias a los comentarios de Florencio García Goyena (1783-1855)⁸⁵ influyó en la formación de los códigos civiles de México en 1861⁸⁶, Costa Rica en 1888⁸⁷,

⁸¹ NELLE, Dietrich, *Entstehung und Austrahlungswirkuna des chilenischen Zivilgesetzbuchs von Andres Bello am Beispiel von Bestimmungen an dem Kaufrecht*, tesis inédita, Bonn 1988, p. 272. Debo su conocimiento a una gentileza del autor.

⁸² BORJA, Luis F., *Estudios sobre el código civil chileno* 7 vol., (París 1901-8); Bravo Lira, nota 69; CASTÁN VÁSQUEZ, nota 58; NELLE, nota 81, p. 327 ss.

⁸³ *Consolidação das Leis Civis*, (Río de Janeiro 1857); MEIRA Silvio, *Teixeira de Freitas, o juriconsulto do Imperio*, (Río de Janeiro 1979).

⁸⁴ Sobre la codificación civil En España, GIBERT, Rafael, *La codificación civil en España 1752-1889*, en *La formazione storica del diritto moderno*, 2 vol., (Florencia 1977), p. 907 ss.; LASSO GAITE, nota 59; *La codificación civil (Génesis e historia del Código)*, 2 vol., (Madrid 1979); SCHOLZ, Johannes-Michael, *Spanien*, en: COING, nota 4, III vol. 1, p. 197 ss.

⁸⁵ GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español*, 4 vol., (Madrid 1852). LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Nota preliminar a la reimpresión de las Concordancias*, (Zaragoza 1974).

⁸⁶ SIERRA, Justo, *Proyecto de un Código Civil mexicano formado de orden del Supremo Gobierno*, México 1861, rigió en el estado de Veracruz. GONZÁLEZ e ICAZA DUFOUR, nota 53.

⁸⁷ BEECHE y FOURNIER, nota 55, p. 21.

de la propia España junto con Cuba, Puerto Rico y Filipinas en 1889¹⁴ y de Honduras en 1898¹⁵.

Dos tendencias encontradas se evidencian especialmente en la codificación civil: una hispanoamericana, más fiel al genuino derecho castellano y portugués, representado por el *código civil* chileno y la *Consolidação* brasileña y otra española-portuguesa, más europeizada, todavía y dependiente del *Code civil* francés, representado por el proyecto español de 1851, el código portugués de 1867 y el código español de 1889¹⁶.

11. La codificación procesal

Por último, en derecho procesal hay que distinguir dos ramas. La referente a la judicatura, cae en muchos países bajo el influjo del constitucionalismo extranjero¹⁷. En cambio, en materia de procedimientos prevalece, casi sin contrapeso, el genuino derecho castellano o portugués.

Pero aquí no hay familias de códigos. Cada país codifica por separado este derecho procesal que es común a todos. Así lo hace primero Bolivia en 1831¹⁸ y luego Ecuador en 1835¹⁹, Venezuela en 1836²⁰, Chile parcialmente

¹⁴ Ver nota 84. *Real Decreto* 31 julio 1889 hizo extensivo el código español a Cuba, Puerto Rico y Filipinas. OCHOTECO, Félix, *Estudio preliminar a Código Civil de Puerto Rico*, Madrid 1960, p. 5.

¹⁵ VÁSQUEZ, Mariano, *Impugnación al Código Civil de 1889*, (Tegucigalpa 1915).

¹⁶ El primero en hacerlo notar hace más de 30 años fue BRAGA DA CRUZ, Guilherme, *A formação histórica do moderno direito português e brasileiro* en *Revista da Faculdade de Direito* 50, (Sao Paulo 1955); BRAVO LIRA, nota 69 esp. pp. 91 ss.; CASTÁN VÁSQUEZ, José María, *La influencia de la literatura española en las codificaciones americanas*, (Madrid 1984); Nelle, nota 81, p. 330.

¹⁷ LEVENE, nota 56, VI, p. 58-130, 324-338, VIII, p. 47-119, X, 69-111. Con motivo del centenario de la ley española se publicaron en 1970 una serie de estudios sobre la materia. AREAL, Leonardo Jorge, *Organización Judicial. Argentina*, (Madrid 1970); GELSI BIDART, Adolfo, *Organización Judicial. Uruguay*, (Madrid 1970); DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *La organización judicial en Colombia, en MINISTERIO DE JUSTICIA (ESPAÑA), Organización Judicial Colombia, Ecuador, Venezuela*, p. 7 ss.; LOVATO, Juan Isaac, *La organización judicial en Ecuador*, *ibid.*, p. 30 ss.; ss.: RODRÍGUEZ URRACA, José. *La Organización Judicial en Venezuela*, *ibid.*, p. 67 ss.; LASSO, nota 83, I *Organización Judicial*, (Madrid 1970); RAMOS GONZÁLEZ, José María, *La ley orgánica del poder judicial de 1870. Principios que la informan*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* LX (228), (Madrid 1970); MENDIETA, Joaquín, *Breve historial de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia*, en CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN. *Libro homenaje a la Corte Suprema de Justicia de Bolivia*, (Sucre 1977), 155; DURÁN PADILLA, Manuel, *Teoría y Realidad del Poder Judicial*, *ibid.*, p. 71 ss.

¹⁸ *Código de procedimientos*, promulgado el 14 noviembre 1832. *Código de procedimientos Santa Cruz*, (Chuquisaca 1833), Reimpreso en La Paz 1852.

¹⁹ XUMMEROW, Gert, Nota preliminar a SANOJO, Luis y Viso, Julián, *Estudios escogidos*, (Caracas 1959), p. 7.

a partir de 1837⁹⁸, en Costa Rica en 1841⁹⁹ y Perú en 1852¹⁰⁰. Muy influyente es la ley española de enjuiciamiento civil de 1855¹⁰¹, a la que siguen, en 1863 la ley de procedimiento federal en Argentina, en 1872 el código de enjuiciamiento penal español, en 1880¹⁰² el código de procedimiento civil y comercial de Buenos Aires y el de procedimiento criminal en 1888¹⁰³. En México los códigos de procedimiento penal y civil se dictan sólo en 1880 y el primero es substituido en 1884¹⁰⁴. En Chile estos códigos son de comienzos del siglo xx.

IV. LA CODIFICACIÓN EN CHILE

Al igual que en los demás estados sucesores de la monarquía española, en Chile siguió rigiendo, después de la independencia, el derecho castellano en su versión indiana¹⁰⁵. Es decir, la codificación chilena no es más que la codificación del derecho castellano vigente en Chile. No se trata pues, de una empresa solitaria sino que forma parte del gran movimiento codificador del derecho castellano y portugués en que, en esa época, se hallan simultáneamente empeñados España, Portugal y el resto de Iberoamérica.

De hecho, como hemos visto, Chile se benefició de los trabajos realizados en estos otros países y, a la inversa, hizo a su vez, una contribución a esta empresa común.

En Chile se mencionó la posibilidad de adoptar los códigos franceses, pero nunca se la tomó en serio¹⁰⁶. En cambio desde la constitución de 1833

⁹⁸ BRAVO LIRA, nota 7 p. 119 ss. El mismo, *Los comienzos de la codificación en Chile. La codificación procesal*, en RCHHD. 9 (1984).

⁹⁹ Ver nota 55.

¹⁰⁰ BASADRE, nota 34. TRAZEGNIES, Fernando de, *Las ideas de derecho en el Perú republicano del siglo XIX*, (Lima 1980).

¹⁰¹ LASSO, nota 59, II *Procedimiento Civil*, (Madrid 1972).

¹⁰² LASSO, nota 59, III, *Procedimiento Penal*, (Madrid 1975).

¹⁰³ LEVAGGI, Abelardo, *Desarrollo del derecho procesal argentino en la primera mitad del siglo XX*, en RI. 25 (1979), p. 241 ss.; El mismo, *La codificación del procedimiento criminal en la Argentina en la segunda mitad del siglo XIX*, en RHD, II (1983); El mismo, *La codificación del procedimiento civil en la Argentina* en RCHHD. 9, (Santiago 1983).

¹⁰⁴ GONZÁLEZ, Domínguez, *Historia...* nota 53; MARGADANT, Guillermo Floris y SILVA, Carlos Enrique, *Supervivencia del derecho indiano en el derecho constitucional del México independiente* en *Revista Jurídica Veracruzana* 28.

¹⁰⁵ BRAVO LIRA, nota 31, MAYORGA GARCÍA, Fernando, *Pervivencia del derecho español durante el siglo XIX y proceso de codificación en Colombia*, en RCHHD. 14, (Santiago 1988).

¹⁰⁶ Oficio del Director Supremo, Bernardo O'Higgins, al congreso constituyente, 23 julio 1822, en SCL. 6, p. 28; GUZMÁN Alejandro, *Andrés Bello, codificador*, 2 vol., (Santiago 1982), esp. I, p. 158.

se impuso un rumbo contrario. Hasta el punto de que la preocupación dominante en la elaboración de los códigos fue que ellos no alteraran el derecho vigente sino en lo estrictamente necesario.

En la práctica el derecho castellano indiano comenzó a ser, poco a poco, reformado o reemplazado. La nueva legislación se limitó a sobreponerse a él, dejándolo en lo demás intacto. Esta situación se prolongó hasta la entrada en vigor de los códigos. Sólo con ella, puede decirse que se pone fin a la vigencia del derecho castellano indiano, porque sólo entonces se lo reemplaza por el derecho codificado. En este sentido puede decirse que el derecho indiano cesa de ser derecho vigente y queda convertido en mero antecedente histórico del derecho codificado.

Aún así no es lícito afirmar que con la vigencia de los nuevos códigos termine la historia del derecho castellano en Chile. Dichos cuerpos legales están elaborados principalmente sobre la base de él, de suerte que subsiste bajo forma, vaciado en sus artículos.

1. *Constitucionalismo*

La codificación se inicia en el terreno político. Es fácil comprenderlo porque después de su independencia la más urgente necesidad de los Estados sucesores de la monarquía española era consolidarse bajo un gobierno propio. Se redactan entonces constituciones políticas, que son el primer paso en la vía de la codificación del derecho vigente. Mediante ellas se introduce un nuevo derecho político de imitación europea o estadounidense.

Las cuatro primeras constituciones, dictadas en Chile entre 1818 y 1828 tuvieron una vigencia efímera¹⁰⁰. La de 1833, en cambio, corresponde a la época de consolidación del Estado constitucional y rigió por espacio de 91 años¹⁰¹.

Su fortuna no es en absoluto casual. En primer lugar, al igual que la carta brasileña de 1824 representa una abierta reacción contra las abstracciones de las constituciones de Francia, España y Portugal. Expresamente se rechazaron "las teorías tan alucinadoras como impracticables" del constitucionalismo extranjero¹⁰². Por otra parte, se renunció a la ilusión de establecer un régimen de gobierno-nuevo e ideal y se optó por legalizar el régimen establecido. Esto fue decisivo para la constitución.

¹⁰⁰ BRAVO LIRA, *Historia de las instituciones*, nota 24, esp. pp. 129 ss. Los textos en VALENCIA AVARIA, nota 46: *Reglamento de 1812* pp. 43 ss. *Constitución provisoria (sic) de 1818* pp. 64 ss., *Constitución de 1822* pp. 81 ss. *Constitución de 1823* pp. 115 ss. y *Constitución de 1828* pp. 150 ss.

¹⁰¹ Ver nota 46. BRAVO LIRA, Bernardino, *La constitución de 1833 en Revista Chilena de Derecho* 10, (Santiago 1983), ahora en el mismo, *De Portales a Pinochet*, (Santiago 1985).

¹⁰² *Proclama de el presidente a los pueblos*, Santiago 25 mayo 1833, *ibid.* p. 172.

Ese régimen había sido implantado por Portales (1793-1837) y podía subsistir por sí mismo. De esta manera en lugar de soñarse con que un documento -la constitución- sostuviera a un régimen de gobierno, se consiguió, a la inversa, que éste sostuviera a aquélla¹⁰⁶.

El Estado constitucional chileno debió su solidez a una hábil combinación de elementos foráneos con otros propios, de procedencia indiana.

Como es sabido, la clave del constitucionalismo son las garantías individuales y la división de poderes: en ejecutivo, legislativo y judicial. Algunos de estos elementos tenían un antecedente en el derecho indiano. Así sucede con las garantías que en cierta manera, corresponden a los derechos políticos y seguridades personales¹⁰⁷. Lo mismo ocurre con dos de los tres poderes clásicos. El ejecutivo está en alguna medida prefigurado por el presidente indiano, que es a la vez, gobernador y capitán general¹⁰⁸, y el judicial por la Judicatura indiana¹⁰⁹. Tan sólo el legislativo, que se institucionaliza a través de un parlamento, es completamente extraño al derecho chileno de la época indiana, para el que la función legislativa era parte muy principal del gobierno.

No es raro, pues, que debajo de la fachada constitucional se reconozca en el Estado chileno la subsistencia de elementos indianos.

El más destacado es la institución presidencial, tal como se plasma a partir de 1830, en que, gracias a Portales, se convierte en la piedra angular del edificio constitucional. El presidente de la República evoca a sus antecesores, los presidentes indianos del siglo XVIII¹¹⁰, pero sus poderes y medios de acción son mucho más amplios, tanto que incluso superan a veces, a los del propio monarca, como sucede con su facultad de suspender el imperio de la propia constitución. Además, es un gobernante impersonal, parecido al rey, primer servidor del Estado, y al igual que el

¹⁰⁶ BRAVO LIRA, Bernardino, *Portales y la consolidación del Estado constitucional en Chile*, en *Revista Universitaria* 2 (Santiago 1979), ahora en el mismo, *De Portales a Pinochet* nota 104; El mismo (editor), *Portales, el hombre y la obra*, Santiago 1989, donde su labor es analizada por diversos especialistas.

¹⁰⁷ BRAVO LIRA, Bernardino, *Derechos políticos y civiles en España, Portugal e Hispanoamérica. Apuntes para una Historia por hacer*, en RDP. 39-40, (Santiago 1986). Para esto y lo que sigue, El mismo, nota 24 pp. 121 ss.

¹⁰⁸ BRAVO LIRA, Bernardino, *El presidente en la Historia de Chile*, (Santiago 1986).

¹⁰⁹ BRAVO LIRA, Bernardino, *Judicatura e institucionalidad en Chile 1776-1876. Del absolutismo ilustrado al liberalismo parlamentario* en REHJ. 1, (Valparaíso 1976).

¹¹⁰ El primero en hacerlo ver fue EDWARDS VIVES, Alberto, *Apuntes para el estudio de la organización política de Chile* en *Revista Chilena de Historia y Geografía* 9, 12, 14, (Santiago 1913), reimpresso bajo el título *La organización política de Chile 1810-1933* (Santiago 1943), esp. pp. 37 y 153. Ultimamente, BRAVO LIRA, Bernardino, *Monarquía y Estado en Chile* en *Boletín de la Academia Chilena de la Historia* 96 (Santiago 1986); El mismo, nota 108.

monarca, no está sujeto a responsabilidad ante órgano constitucional alguno, durante el desempeño de su cargo¹¹¹.

Por otra parte, en el ejercicio de estos inmensos poderes el presidente no queda abandonado a sus propias luces o a la de sus allegados. Junto a él se establece en 1833 un cuerpo consultivo permanente, el Consejo de Estado, cuyo papel recuerda al del Consejo de Indias al lado del rey o al de la Audiencia al lado del gobernador. Por lo demás, esta asimilación se hizo en el derecho de la época. Se entendió que donde las antiguas leyes de Indias, que seguían vigentes, exigían que se consultara al Consejo de Indias, se debía ahora consultar al Consejo de Estado¹¹².

2. Estado e Iglesia

El constitucionalismo presenta en los Estados sucesores de la monarquía española un elemento original, que acusa la persistencia del derecho indiano y aun una acentuación del regalismo. El Estado reconoce la Religión Católica como oficial, pero, al mismo tiempo, reclama para sí, en su territorio, en cuanto sucesor de la monarquía española, el patronato que tenían los reyes de Castilla sobre la Iglesia de Indias. De su lado la Santa Sede se niega a reconocer en su favor este patronato. Pese a ello se mantiene de hecho el régimen jurídico indiano de la Iglesia¹¹³.

Esta situación cambia a partir de los años 70 del siglo pasado. Se inicia entonces una separación paulatina del Estado y la Iglesia, que primero es armoniosa, como en el caso de la *Ley orgánica de Tribunales* de 1875 y que, de acuerdo con la Santa Sede, suprimió simultáneamente los recursos de fuerza y el fuero eclesiástico en materias temporales. Luego la separación se torna conflictiva en los años 80, con las llamadas luchas teológicas y las leyes laicas sobre cementerios y sobre matrimonio civil obligatorio. Finalmente la separación se consuma armoniosamente en 1925¹¹⁴.

3. Administración

Entre todas las oficinas establecidas en el siglo XVIII, tal vez la que tuvo mayor desarrollo en el Estado Constitucional fue la Secretaría de la Gobernación, origen de todos los Ministerios hasta hoy. Dividida primero

¹¹¹ BRAVO LIRA, *Portales y la consolidación*, nota 106, esp. pp. 21 ss.

¹¹² BRAVO LIRA, *Portales y la consolidación*, nota 106, esp. pp. 16 ss. El mismo, *Gobierno fuerte y función consultiva* (Santiago 1984), ahora ambos *De Portales a Pinochet*, nota 104, esp. pp. 73 ss.

¹¹³ GONZÁLEZ ESPEJO, Fernando. *Cuatro decenios de Historia eclesiástica de Chile. Crónica de las relaciones entre la Iglesia y el Estado 1831-1871* (Santiago, 1948).

¹¹⁴ BRAVO LIRA, Bernardino, *Historia de las instituciones*, nota 24.

en dos, una para asuntos de hacienda y otra para los demás, se partió luego en tres y, a partir de 1837, en los cuatro ministerios clásicos: Gobierno, Justicia, Guerra y Hacienda que, no deja de ser sugerente, corresponden a los cuatro ramos que en la época indiana se distinguían en la gobernación temporal¹¹⁵.

Los ministros forman un gabinete bajo la presidencia del Jefe del Estado, como los últimos tiempos de la monarquía¹¹⁶.

Las demás instituciones administrativas subsistieron mejor que las políticas. Una de ellas, por ejemplo, la Casa de Moneda, ha llegado a nuestros días, si bien, como es de suponer, su estatuto ha sido muchas veces reformado. Algo semejante ocurre con el resto de las oficinas administrativas establecidas en el siglo XVIII. La Contaduría Mayor es antecesora de la actual Contraloría General de la República. Asimismo tienen continuadoras la Tesorería General del Ejército y Real Audiencia y la Administración General del Ejército y Real Audiencia y la Administración General de la Aduana. El Estado constitucional necesitaba una administración, por eso es lógico que la formara a partir de la que heredó de la monarquía¹¹⁷.

4. *Judicatura*

Por lo que toca a la Judicatura también ha llegado a nuestros días con pocas alteraciones. A ello contribuyó, sin duda, la separación entre Judicatura y Administración del siglo XVIII. Gracias a ella, la Judicatura ha permanecido hasta hoy en Chile al margen de los vaivenes de la vida política: alzamientos, revoluciones y pronunciamientos.

La Real Audiencia pervivió bajo el nombre de Cámara de Apelaciones, junto a las demás instituciones judiciales hasta las grandes reformas de 1823-24. Entonces se introdujeron algunas innovaciones de nota, aunque no basadas en la imitación extranjera. Se dio a la Judicatura ordinaria una configuración que, en líneas generales, se mantiene hasta hoy, y se marcó una orientación hostil a las judicaturas especiales que subsistió hasta los años 30 del presente siglo. La Judicatura ordinaria fue organizada en tres escalones: jueces de letras en la base, Corte de Apelaciones por encima de ellos y una Corte Suprema en la cúspide¹¹⁸.

¹¹⁵ BRAVO LIRA, *Monarquía y Estado*, nota 110; El mismo, *Historia de las instituciones*, nota 24.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ BRAVO LIRA, nota 109, El mismo, *Los estudios sobre la Judicatura chilena en los siglos XIX y XX*, en RDP. 19-20 (Santiago 1976).

De ahí en adelante, aunque algunos reclamaban una reforma radical de la Judicatura, sólo se introdujeron modificaciones parciales y realistas. Así la codificación de su estatuto legal por la *Ley orgánica de Tribunales* de 1875, vino a consolidarlo. Aunque se consultó la legislación paralela francesa y española, su fuente principal es el derecho indiano¹⁹⁹. De esta manera, la Judicatura ha podido persistir hasta ahora al margen de las vicisitudes por las que han atravesado las instituciones políticas como se vio últimamente en los pronunciamientos armados de 1924 y 1973 que la dejaron intacta²⁰⁰.

5. Avances de la codificación

Algo semejante ocurre en los otros terrenos. La codificación avanzó en ellos más lentamente que en materia política y tuvo una orientación diferente. En lugar de imitar modelos extranjeros, renovó y sistematizó el derecho indiano.

Esto es especialmente notorio en las materias que se regían por el derecho castellano, como son el derecho de familia, sucesión, patrimonial, negocios jurídicos, derecho penal, procedimiento civil y penal. Aquí el derecho castellano pasa casi intacto a los códigos, cuya novedad no está tanto en el contenido como en la sistematización de él. Lo mismo puede decirse de las materias regidas por ordenanzas especiales, sean indianas como la Ordenanza de Nueva España para el derecho de minería, sean españolas como la Ordenanza de Bilbao para el derecho mercantil o la Ordenanza General del Ejército para el derecho militar.

En materia procesal hubo en 1837 una codificación parcial. Es obra de Mariano Egaña (1793-1846), quien elaboró un proyecto, del cual se desglosaron algunas partes para promulgarlas como leyes por separado. Ellas tratan de las impugnancias y recusaciones, la fundamentación de las sentencias, el juicio ejecutivo y del recurso de nulidad²⁰¹. En apoyo del proyecto de Egaña, Andrés Bello señaló que tenía la ventaja de estar basado íntegramente en el derecho vigente, esto es, en el derecho indiano, debidamente actualizado: "*En él hallaréis -dice- las mismas leyes que nos han regido, acomodadas ahora a nuestro estado presente*"²⁰².

¹⁹⁹ Ya en 1890 observó Manuel Egidio Ballesteros, *La Ley de organización y atribuciones de los tribunales. Antecedentes, concordancias y aplicación práctica de sus disposiciones* (Santiago 1980) 1, VI, el contraste entre esta ley y los demás códigos para cuya dictación habrían servido de punto de referencia "*doctrinas y teorías legales extranjeras*".

²⁰⁰ BRAVO LIRA, Bernardino, *Los estudios*, nota 118, esp. p. 112.

²⁰¹ BRAVO LIRA, nota 94.

²⁰² *Oficio del Presidente a las Cámaras*, Santiago 21 julio 1836, en *El Araucano* 323 y 324, 11 y 18 de Noviembre 1836.

El mismo Bello sintetizó el criterio con que se llevó a cabo esta codificación: *"Leyes sabias hemos tenido, es cierto, desde la dominación española, aunque exijan algunas reformas análogas a los adelantamientos del siglo y a nuestras actuales instituciones"*.

*"Era preciso purgar nuestra legislación de toda especie de trabas que coartasen la libertad civil, desnudarla de todas las contradicciones que ofuscasen los preceptos de la ley, sacarla del tenebroso laberinto de los comentarios, presentarla en cuerpos ordenados y reducidos que faciliten su conocimiento a toda clase de individuos y que a una rápida ojeada ilustrasen a los jueces en el ejercicio de sus importantes atribuciones"*¹²³.

6. Fundamentación de las sentencias

Junto con iniciarse la codificación en 1837 empiezan los esfuerzos por modificar la posición del juez frente al derecho. Poco a poco se elimina el arbitrio de que gozaba el juez dentro del derecho castellano e indiano. Un primer paso en este sentido es la ley de fundamentación de sentencias de 1837 que impuso esta exigencia para todos los fallos¹²⁴. Su texto, tomado literalmente del Código de comercio español, distingue entre *"cuestión de hecho o de derecho sobre que recae la sentencia"* y obliga *"a hacer referencia a las leyes que sean aplicables sin comentarios ni otras explicaciones"*¹²⁵.

Ante una consulta de la Corte Suprema se aclaró que la ley prima sobre la costumbre *contra legem* y que a falta de ella, bien podrían invocarse sentencias judiciales u opiniones de juristas, aunque sin citarlas como tales, sino simplemente refiriéndose a las razones que ellas exponen¹²⁶. Lo que refleja una cierta reticencia frente a la *autoridad* de los juristas. Se mira a la sentencia más como acto de poder (poder judicial) que de autoridad.

¹²³ *El Araucano* 324, 18 noviembre 1836; Bravo Lira, nota 9.

¹²⁴ Ley sobre fundamentación de las sentencias, 2 febrero 1837 en *El Araucano* 3 febrero 1837. Últimamente sobre el tema, GUZMÁN y BRAVO LIRA, nota 94, FIGUEROA, HANISH y MERELLO nota 7. REHJ 7.

¹²⁵ BRAVO LIRA, nota 94, La distinción entre cuestión de hecho o de derecho del art. 1213 del *Código de Comercio* español parece derivar del art. 141 del *Code de procedure civil* francés que exige una exposición sumaria de los puntos de hecho y de derecho, motivos y disposiciones de la sentencia. Rogron explica que "el punto de hecho es el objeto mismo del proceso y el punto de derecho es la cuestión o conjunto de cuestiones que presenta la aplicación de la ley a los hechos. ROGRON J-A, *Code de procedure civile expliqué* (Bruselas 1845), p. 80. Ver además su explicación sobre los motivos del fallo.

¹²⁶ *Oficio* de la Corte Suprema al ministro del Interior, 12 febrero 1837. *Vista del Fiscal* de la Corte Suprema 11 febrero 1837 y Decreto 1 marzo 1837, los tres en *El Araucano* 340, 10 marzo 1837.

Un nuevo golpe contra el arbitrio judicial fue la segunda ley sobre modo de acordar y fundar las sentencias de 1851. En ella se vuelve a hablar de cuestiones de hecho y de derecho. Se dice que el fallo deberá expresar: *“Los hechos y las disposiciones legales, y, en defecto de éstas, la costumbre que tenga fuerza de ley; y a falta de unas y otras, las razones de equidad natural que sirvan de fundamento a la sentencia”*¹²⁷.

Aquí se obliga al juez a atenerse a una jerarquía entre las fuentes derecho, fijadas de antemano por el legislador. Primero está la ley, en segundo lugar viene la costumbre y, sólo en tercer lugar, se da cabida a la doctrina, a la que se remite en términos de indudable raigambre romanista, bien conocidos en el derecho chileno: *“razones de equidad natural”*¹²⁸. Bajo este rótulo se admitió sin problema a las sentencias judiciales y opiniones de los autores, las que, según lo mandado al juez por la ley de 1837, éste no debía invocar como tales, sino por las razones que contienen. Así pues, todavía en 1851 no se había cerrado en Chile el cuadro de fuentes. Sólo se había impuesto la primacía de la legislación sobre las demás y una preferencia de la costumbre sobre la doctrina.

Mientras tanto la codificación había hecho un avance substancial en el derecho militar. Una nueva *Ordenanza General de Ejército* reemplazó en 1839 a las de 1768¹²⁹. Este es el primer código completo elaborado en Chile.

En su composición se siguió escrupulosamente a la antigua *Ordenanza*, como lo explicó el Ministro de Guerra: *“Como la ordenanza española, según el común sentir, encierra máximas de una utilidad notoriamente conocida, no se ha hecho en la reforma alteración substancial de ella, ni menos perdiéndose de vista su espíritu en las materias innovadas, habiéndose procedido con tanto escrúpulo y timidez, que pudiera tacharse de un respeto supersticioso”*¹³⁰.

Un simple cotejo de ambos textos confirma este aserto.

7. Codificación del derecho privado

La codificación del derecho privado se llevó a cabo en las tres décadas que van de 1845 hasta 1875.

Comienza con otra codificación parcial, sobre prelación de créditos. Fue realizada en tres etapas, por las leyes de 1845 y 1854 y por el *Código*

¹²⁷ Ley 12 septiembre 1851; GUZMÁN, FIGUEROA y HANISCH, nota 7.

¹²⁸ Sigo a GUZMÁN, nota 7, según el cual la equidad se refiere a la doctrina de los juristas. FIGUEROA ibid, supone se trata de una concepción iusnaturalista racionalista.

¹²⁹ *Código militar u Ordenanza del Ejército*, promulgado por decreto con fuerza de ley 25 abril 1839, Santiago 1839. Ver nota 32.

¹³⁰ *Memoria que el Ministro de Estado en el Departamento de Guerra y Marina presenta al Congreso Nacional*. Año de 1839, en *Documentos Parlamentarios*, Tomo 1, Santiago 1858, p. 375. La cita pp. 381-82.

Civil, toda obra de Andrés Bello. Se reordenaron los créditos conforme a la doctrina de los juristas y prácticos castellanos y se modificó la jerarquía de ellos de acuerdo a la mentalidad un tanto individualista de la época²³¹.

La codificación culmina con el *código civil*, que entró a regir en 1857. Elaborado también por Bello es, sin disputa, la obra maestra de la codificación del derecho castellano vigente en España y en América. Bello comenzó a trabajar en ella por 1836²³². Su manera de concebir la tarea coincide con la aplicada por Egaña entonces y por los redactores de la *Ordenanza general del Ejército* en 1839. A su juicio, la tarea debía limitarse a escardar la legislación vigente “de la inútil maleza en que el transcurso de los siglos y la variedad de constituciones políticas han convertido una parte no pequeña de lo que al principio era tal vez oportuno y armonizaba con las ideas y costumbres reinantes...” Por eso afirmaba “que las alteraciones no deben ser considerables; que el nuevo código se diferenciará más del antiguo por lo que excluya que por lo que introduzca de nuevo”²³³.

Este era, además, el sentir predominante. Había cierta coincidencia en revalorizar el derecho nacional y en considerar, por tanto, que la antigua legislación indiana debía tomarse como base de la empresa codificadora²³⁴. Se abogaba decididamente por una actualización de las antiguas leyes, pero se desconfiaba de innovaciones, cuyos resultados serían, en el mejor de los casos, inciertos. Como entonces dijo un jurisconsulto eminente: “en la formación de nuestro código, debe alterarse lo menos que se pueda la legislación actual. Toda variación, sobre todo en materia de leyes, es un mal, que sólo puede excusarse en cuanto produce un bien mayor”²³⁵.

De esta manera, cuando se encargó oficialmente a Bello la codificación de las leyes civiles en 1840, se definió esta labor en los siguientes términos, que, por lo demás, proceden de él mismo: “El objeto de los trabajos de la Comisión es la codificación de las leyes civiles, reduciéndolas a un cuerpo ordenado y completo, descartando lo superfluo a lo que pugne con las instituciones republicanas del Estado y dirimiendo los puntos controvertidos entre los intérpretes”²³⁶.

²³¹ BRAVO LIRA, Bernardino, *Una codificación parcial: Las leyes de prelación de créditos de 1845, 1854 y 1857 en Chile*, en RCHHD. 9 (Santiago 1983).

²³² GUZMÁN BRITO, nota 2, dice que Bello empezó a trabajar en la codificación civil en 1833-1834, I, p. 294.

²³³ *El Araucano* 384, 6 diciembre 1839.

²³⁴ GUZMÁN, nota 2, examina cómo se decanta e impone este criterio.

²³⁵ GÜEMES, Miguel María, *El Araucano* 611, 6 mayo 1842. Criterio que coincide con el de la última regla de derecho recogida en las Siete Partidas. BRAVO LIRA, Bernardino, *Vigencia de las Partidas en Chile*, en REHJ. 10, Valparaíso 1985 ahora en su *Derecho Común*, nota 8. De ellas se ocupan en el siglo XVII Fernando Pedrosa y Meneses, catedrático de Salamanca y luego racionero de la catedral de Bogotá, en sus obras *Repetita praelectio* (Salamanca 1665) y *Academica expositio ad titulum de regulis iuris* (Salamanca 1666); BRAVO LIRA, nota 8.

²³⁶ Ley 10 septiembre 1840, art. 12, en Guzmán, nota 2, 2 pp. 160-161. El mismo, nota 9

De hecho, el contenido del Código responde a estas directrices. Es casi puramente derecho castellano. Recoge con mucha fidelidad lo relativo a familia, sucesión, bienes y negocios jurídicos. Pero supera la dispersión, el casuismo, las contradicciones y muchos vacíos de las antiguas leyes y autores²⁷. De este modo, recoge y refunde el derecho anterior en un solo cuerpo legal. Claro, preciso y, en cierto modo, autosuficiente, donde todo se halla perfectamente definido, clasificado y sistematizado.

La fidelidad del Código civil al derecho castellano explica en buena medida su gran difusión en los demás países donde regía también ese derecho.

La ley como única fuente del derecho

En contraste con su apego al antiguo derecho, el código civil no vaciló en innovar en materia de fuentes del mismo. Llevó a término la exaltación de la ley iniciada por la disposición de 1851 sobre fundamentación de las sentencias. Negó expresamente toda fuerza propia a la costumbre y a la doctrina. Estableció que *"la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella"*²⁸ y que *"las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren"*²⁹.

Estas disposiciones se completan con las referentes a la interpretación de la ley. Allí encontramos que es todo un símbolo de la ruptura del derecho nacional codificado con el Derecho Común. Es el 23, cuyo alcance no ha sido hasta ahora cabalmente apreciado. El texto no menciona al Derecho Común ni necesita hacerlo, pues es obvio que sólo puede referirse a él. Reza: *"Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para paliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes"*³⁰.

y *La decisión de controversias jurisprudenciales como una de las operaciones codificadoras en el pensamiento de Bello*, en *Congreso Internacional Andrés Bello y el Derecho*, nota 7.

²⁷ Sobre las operaciones codificadoras de Bello, exhaustivamente GUZMÁN nota 2, 1, pp. 432 ss.

²⁸ Código Civil, art. 2 y BRAVO LIRA, nota 69.

²⁹ Id. art. 3, inc. 2.

³⁰ Id. art. 23. Este artículo no tiene paralelo ni en el ALR., ABGB, o *Code Civil* ni en otros códigos europeos o hispanoamericanos. En el proyecto de 1853 se señala como fuente el código de Luisiana. En su art. 20 este dice: *"La distinction des lois en lois edicules et lois favorables, dans la vue de restreindre an d'etendre leurs disposition, ne peut être faite par ceux qui sont chargés de les interpreter"*. Como fuente de este artículo se señala a DOMAT, Jean, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, livre preliminaire, 1, 2, 14-15. Agradezco al Prof. Alejandro Guzmán esta referencia.

Al ocuparse de las leyes cuyo sentido se restringe en el párrafo 15, Domat (1625-96) sigue la doctrina de los comentaristas que califican de odiosas a los que se oponen al derecho común: *"Les lois qui restreignent la liberté naturelle, comme celles qui defendentce qui de foi n'est pas illicite ou qui derogent autrement le droit commun... et le austres semblables"*

Se rechaza aquí del modo más categórico el principio *Odia restringi et favores convenit ampliari* que sancionaba la supremacía del Derecho Común sobre el propio o nacional. En efecto, la calificación de una disposición como favorable u odiosa dependía de su consonancia con el Derecho Común. Se reputaban favorables las leyes o privilegios concordantes con ese derecho y como tales debían ser interpretadas en ese sentido amplio. En cambio las discordantes se tenían por odiosas y como tales se les daba una interpretación restrictiva¹⁴¹.

La innovación no dejó de suscitar objeciones entre los jueces. Uno de ellos, José Antonio Argomedo (1805-74), juez de letras de Santiago hizo ver la conveniencia de mantener esta regla que señaló como la expresión de la equidad para los casos en que la inteligencia de la propia ley fuera dudosa: "*Después de la explicación por el sentido genuino y reglas de interpretación debería subsistir la distinción de favorables y odiosas, en casos de dudosa inteligencia de la ley, pues esta distinción se funda en la equidad natural*"¹⁴².

El Código civil, en este título preliminar que tiene valor general para todo el derecho chileno, proclama que éste no reconoce ningún otro

b'interpretent de sorte qu'on ne les applique pas au delà de leurs disposition a des conséquences pour des cas ou elles ne s'étendent point..." De esta obra publicada en 1689-94 hay varias ediciones. Cito la de París 1777. Hay traducción castellana, VILARRUBIAS, Félix y SARDÁ, José, 2a. ed., Barcelona 1844:

¹⁴¹ Las reglas del derecho tuvieron máximo relieve en un derecho de juristas, bajo el imperio del arbitrio judicial. Ahí el juez se encuentra a menudo abocado a buscar la solución fuera de las leyes, por tratarse de casos no previstos en ella. En esta situación las reglas de derecho son un precioso guía para moverse dentro del vasto campo de las opiniones de los juristas y de las costumbres. Las colecciones de reglas usuales son las de *Digesto* 50, 17 o del Libro VI de las *Decretales* de Gregorio IX, que en 5, 13 contiene la regla que nos ocupa. Los juristas castellanos e indios utilizan, además la colección de las *Partidas* 7, 34. Ver PEDROSA DE MENESES nota 135. Esta corriente se mantiene viva hasta la época de la codificación. Así el mexicano RODRÍGUEZ DE SAN MIGUEL Juan N., en sus *Pandectas hispano-mexicanas*, 3 vol., México 1839-40, 3, Reglas del derecho, hay ed. reciente con introducción de GONZÁLEZ, María del Refugio, 2 vol. (México 1980); La misma, *Las reglas del derecho en México durante el siglo XIX en Anuario de estudios jurídicos* 11 (México 1984). Sobre la regla que nos ocupa, DOLEZALEK, GERO, *Odia restringere Taak en toekomst des geschiedenis van het canoniek recht* (Nimega 1986), Sobre las reglas de derecho en general, Stein, *Regulae iuris, From juristic rules to legal maxims* (Edimburgo 1966); el mismo, *The formation of the Glosse "De Regulis iuris" and the glossators concept of "regula"* en *Convegno Internazionale di Studi Accursiano* (Milán 1963); Dorr *Spruchregel und Generalisierung* en *ZSS.* 89, (1972); ARIAS, BONET, Juan Antonio, *Las "reglas de derecho" en la séptima partida*, en *AHDE.* 48 (1978).

¹⁴² ARGOMEDO, José Antonio, *Observaciones del juez de letras de Santiago al proyecto de Código Civil*, Santiago 12 dic. 1853, en Archivo Nacional Ministerio de Justicia, *Jueces de Letras 1850-1853*. El párrafo transcrito también en BERISSO MERY, Rafael, *El Código Civil de la República de Chile y los tribunales de justicia*, en *Anales de la Universidad de Chile* 103 (Santiago 1956).

derecho por encima de él, esto es, la plena autonomía y autosuficiencia del derecho nacional frente al Común. En una palabra, el derecho patrio se desliga completamente del Derecho Común. Es difícil hallar en Europa o en Hispanoamérica un testimonio tan elocuente del tránsito de la época del Derecho Común a la época del derecho codificado¹⁴³. En él se explicita la intención de cortar definitivamente el juego entre Derecho Común y derecho propio, tal como venía desarrollándose en forma ininterrumpida desde el siglo XI e inaugurar una nueva edad en la historia jurídica, caracterizada por la autonomía absoluta del derecho nacional codificado.

Por cierto, esta ruptura con el Derecho Común no se refiere al contenido mismo del derecho, sino más bien, a sus fuentes, al establecimiento de un monopolio de la generación del derecho por el gobernante, a través de la ley, en menoscabo del papel del juez y del jurista, a través de sus sentencias u opiniones.

El resto de la codificación parte de este mismo presupuesto, de la ley como fuente única del derecho.

8. Codificación del derecho comercial

Muy inferior al código y a la codificación civil es la del derecho comercial. Fue obra de Gabriel Ocampo, (1799-1882) quien trabajó en ella durante ocho años desde 1852 hasta 1860. Su revisión exigió cinco años más. El código entró a regir en 1867. Se basa principalmente en las Ordenanzas de Bilbao y en el Código de Comercio español de 1829, que sigue a dichas Ordenanzas y al código francés¹⁴⁴. En el mensaje que acompaña su texto

¹⁴³ Ver nota 140. El *Codex maximilianeus Bavaricus civilis* art. 9 a 11 tiene carácter supletorio frente a los derechos provinciales y admite expresamente la aplicación subsidiaria del derecho romano y lombardo. WIEACKER nota 5 p. 297. En castellano VERLANGA Y MUÑIZ nota 50 p. 1. El ALR. tiene también carácter subsidiario frente a los derechos provinciales pero aspira a substituir "al derecho romano, al derecho germánico común y otros derechos o leyes tomadas del extranjero en cuanto regían en Prusia como subsidiarios". *Cartas patentes sobre la publicación del nuevo código* 5 febrero 1794, art. 1 y 3, trad. castellana VERLANGA Y MUÑIZ, nota 50, p. 1. En cambio la ley 30 del ventoso del año XII (1803) art. 7, abroga los derechos anteriores en las materias reguladas por el código "incluidas las leyes romanas, las ordenanzas, el derecho consuetudinario (coutumes), los estatutos y los reglamentos. JULIOT DE LA MORANDIÈRE, L. *Droit Civil*, (París 1965), 1, p. 71. La *Ordenanza promulgatoria del ABGR*. igualmente declara en su art. 4 "abrogados el derecho común seguido hasta ahora... así como el derecho consuetudinario en lo tocante a los objetos regulados por el presente Código". En castellano, ROMERO GIRÓN, Vicente y GARCÍA MORENO, Alejo, *Colección de las instituciones políticas y jurídicas de los pueblos modernos*, vol. 9 (Madrid 1892). SOJKA-ZIELINSKA, Katarzyna, *L'équité et les codes civils du XIX en La formations storica* nota 11, 2 pp. 995 ss.

¹⁴⁴ BRAUN MENÉNDEZ, Armando, *José Gabriel Ocampo y el Código de Comercio en Chile*, en

se dice que el nuevo cuerpo legal mejora las instituciones comerciales vigentes, pero no es perfecto. Por lo que en el futuro habrá también que mejorarlo, según lo aconseje la experiencia, "*Sin correr los peligros que traen consigo las transiciones irreflexivas y violentas de la legislación*"¹⁰⁶. Con ello se reafirma el carácter distintivo de la codificación en Chile.

9. Codificación del derecho de minería

La codificación del derecho privado se completa con la del de minería. Ella resultó inesperadamente difícil, a pesar de que se halla preparada por las *Ordenanzas de Minería de Nueva España*, cuya vigencia se reiteró expresamente en 1833¹⁰⁷. A diferencia de lo ocurrido con los otros códigos, que en general, siguen vigentes hasta hoy, en materia de minería se han sucedido no menos de cuatro. El primero, obra de José María Cabezón, (183-189?) se aprobó sólo en 1875¹⁰⁸, después de varios proyectos fallidos¹⁰⁹. Aunque en general fiel a la ordenanza, este cuerpo legal adoleció de múltiples defectos. De ahí que la Sociedad Nacional de Minería fundada en 1883, promoviera la elaboración de un nuevo texto. Volvieron a sucederse los proyectos¹¹⁰ hasta que finalmente se promulgó en 1888 uno

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales 24 (Buenos Aires 1951); Munita Becerra, Enrique, *Estudio acerca de algunas reformas introducidas al proyecto de código de comercio elaborado por don José Gabriel Ocampo*, en *Boletín del Seminario de Derecho Público*, Facultad de Derecho Universidad de Chile 45-48 (Santiago 1949).

¹⁰⁶ *Código de Comercio*, Mensaje del Presidente al Congreso, 5 octubre 1865.

¹⁰⁷ *Decreto* 11 junio 1833. De las *Ordenanzas* se hicieron cuatro ediciones sucesivas, Santiago 1842, 1847, 1852 y 1861, esta última en ZENTENO, Ignacio, *Boletín de las leyes*. Avila Martel, Alamiro, *Régimen jurídico de los trabajadores de las minas al final del período indiano en Chile*, en WALKER LINARES, Francisco, Homenaje a (Santiago 1968). Sobre su aplicación ver COBO, Pedro Nolasco, *Manual del Minero* (Valparaíso 1854); LIRA, José Bernardo, *Exposición de las leyes de Minas* (Santiago 1865) 2a. ed., Santiago 1870.

¹⁰⁸ *Código de Minería de la República de Chile* (Santiago 1874); RUIZ BOURGEOIS, Julio, *Instituciones de Derecho de Minería chileno* (Santiago 1942) 1, p. 21 ss.; LARRAÍN ZAÑARTU, José Joaquín, *Nueva edición del Código de Minería concordado con la antigua ordenanza, la legislación francesa y belga y el código civil chileno* (Valparaíso 1877).

¹⁰⁹ QUEZADA, Vicente, *Proyecto de ley de Minería* (Copiapó 1865); GÜEMES, Miguel M., *Proyecto de Código de Minería* (Santiago 1867); *Proyecto de Código de Minería* (Valparaíso 1874); *Proyecto de Código de Minería* (Santiago de Chile 1874).

¹¹⁰ *Proyecto de reforma del Código de Minas* (Copiapó 1878); *Proyecto de Código de Minería* (Santiago de Chile, Imprenta Nacional 1885); GANDARILLAS, FRANCISCO, *Proyecto de reforma del Código de Minería adaptándolo al sistema de patente* (Santiago 1886); GARCÍA HUIDOBRO, Carlos. *Proyecto de reforma del Código de Minas* (Valparaíso 1886); *Proyecto de Código de Minería*. (Santiago 1888); *Proyecto de reforma del Código de Minería. Informe de la Corte de Apelaciones de La Serena* (Santiago de Chile. Imprenta Nacional. 1888); RAVEST, JOSÉ, *Estudio comparado del proyecto de reforma del Código de Minería* (Santiago 1888).

derecho por encima de él, esto es, la plena autonomía y autosuficiencia del derecho nacional frente al Común. En una palabra, el derecho patrio se desliga completamente del Derecho Común. Es difícil hallar en Europa o en Hispanoamérica un testimonio tan elocuente del tránsito de la época del Derecho Común a la época del derecho codificado¹⁴⁰. En él se explicita la intención de cortar definitivamente el juego entre Derecho Común y derecho propio, tal como venía desarrollándose en forma ininterrumpida desde el siglo *XI* e inaugurar una nueva edad en la historia jurídica, caracterizada por la autonomía absoluta del derecho nacional codificado.

Por cierto, esta ruptura con el Derecho Común no se refiere al contenido mismo del derecho, sino más bien, a sus fuentes, al establecimiento de un monopolio de la generación del derecho por el gobernante, a través de la ley, en menoscabo del papel del juez y del jurista, a través de sus sentencias u opiniones.

El resto de la codificación parte de este mismo presupuesto, de la ley como fuente única del derecho.

8. Codificación del derecho comercial

Muy inferior al código y a la codificación civil es la del derecho comercial. Fue obra de Gabriel Ocampo, (1799-1882) quien trabajó en ella durante ocho años desde 1852 hasta 1860. Su revisión exigió cinco años más. El código entró a regir en 1867. Se basa principalmente en las Ordenanzas de Bilbao y en el Código de Comercio español de 1829, que sigue a dichas Ordenanzas y al código francés¹⁴¹. En el mensaje que acompaña su texto

¹⁴⁰ Ver nota 140. El *Codex maximilianeus Bavaricus civilis* art. 9 a 11 tiene carácter supletorio frente a los derechos provinciales y admite expresamente la aplicación subsidiaria del derecho romano y lombardo. WIEACKER nota 5 p. 297. En castellano VERLANGA Y MUÑIZ nota 50 p. 1. El ALR. tiene también carácter subsidiario frente a los derechos provinciales pero aspira a substituir "al derecho romano, al derecho germánico común y otros derechos o leyes tomadas del extranjero en cuanto regían en Prusia como subsidiarios". *Cartas patentes* sobre la publicación del nuevo código 5 febrero 1794, art. 1 y 3, trad. castellana VERLANGA Y MUÑIZ, nota 50, p. 1. En cambio la ley 30 del ventoso del año XII (1803) art. 7, abroga los derechos anteriores en las materias reguladas por el código "incluidas las leyes romanas, las ordenanzas, el derecho consuetudinario (coutumes), los estatutos y los reglamentos. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, L. *Droit Civil*, (París 1965), 1, p. 71. La *Ordenanza promulgatoria del ABGR*. igualmente declara en su art. 4 "abrogados el derecho común seguido hasta ahora... así como el derecho consuetudinario en lo tocante a los objetos regulados por el presente Código". En castellano, ROMERO GIRÓN, Vicente y GARCÍA MORENO, Alejo, *Colección de las instituciones políticas y jurídicas de los pueblos modernos*, vol. 9 (Madrid 1892). SÓJKA-ZIELINSKA, Katarzyna, *L'équité et les codes civiles du XIX en la formations storica* nota 11, 2 pp. 995 ss.

¹⁴¹ BRAUN MENÉNDEZ, Armando, *José Gabriel Ocampo y el Código de Comercio en Chile*, en

se dice que el nuevo cuerpo legal mejora las instituciones comerciales vigentes, pero no es perfecto. Por lo que en el futuro habrá también que mejorarlo, según lo aconseje la experiencia, "Sin correr los peligros que traen consigo las transiciones irreflexivas y violentas de la legislación"¹⁴⁵. Con ello se reafirma el carácter distintivo de la codificación en Chile.

9. Codificación del derecho de minería

La codificación del derecho privado se completa con la del de minería. Ella resultó inesperadamente difícil, a pesar de que se halla preparada por las *Ordenanzas de Minería de Nueva España*, cuya vigencia se reiteró expresamente en 1833¹⁴⁶. A diferencia de lo ocurrido con los otros códigos, que en general, siguen vigentes hasta hoy, en materia de minería se han sucedido no menos de cuatro. El primero, obra de José María Cabezón, (183-189?) se aprobó sólo en 1875¹⁴⁷, después de varios proyectos fallidos¹⁴⁸. Aunque en general fiel a la ordenanza, este cuerpo legal adoleció de múltiples defectos. De ahí que la Sociedad Nacional de Minería fundada en 1883, promoviera la elaboración de un nuevo texto. Volvieron a sucederse los proyectos¹⁴⁹ hasta que finalmente se promulgó en 1888 uno

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales 24 (Buenos Aires 1951); Munita Becerra, Enrique, *Estudio acerca de algunas reformas introducidas al proyecto de código de comercio elaborado por don José Gabriel Ocampo*, en *Boletín del Seminario de Derecho Público*, Facultad de Derecho Universidad de Chile 45-48 (Santiago 1949).

¹⁴⁵ *Código de Comercio*, Mensaje del Presidente al Congreso, 5 octubre 1865.

¹⁴⁶ Decreto 11 junio 1833. De las *Ordenanzas* se hicieron cuatro ediciones sucesivas, Santiago 1842, 1847, 1852 y 1861, esta última en ZENTENO, Ignacio, *Boletín de las leyes*. Avila Martel, Alamiro, *Régimen jurídico de los trabajadores de las minas al final del período indiano en Chile*, en WALKER LINARES, Francisco, Homenaje a (Santiago 1968). Sobre su aplicación ver COBO, Pedro Nolasco, *Manual del Minero* (Valparaíso 1854); LIRA, José Bernardo, *Exposición de las leyes de Minas* (Santiago 1865) 2a. ed., Santiago 1870.

¹⁴⁷ *Código de Minería de la República de Chile* (Santiago 1874); RUIZ BOURGEOIS, Julio, *Instituciones de Derecho de Minería chileno* (Santiago 1942) I, p. 21 ss.; LARRAÍN ZANARTU, José Joaquín, *Nueva edición del Código de Minería concordado con la antigua ordenanza, la legislación francesa y belga y el código civil chileno* (Valparaíso 1877).

¹⁴⁸ QUEZADA, Vicente, *Proyecto de ley de Minería* (Copiapó 1865); GÜEMES, Miguel M., *Proyecto de Código de Minería* (Santiago 1867); *Proyecto de Código de Minería* (Valparaíso 1874); *Proyecto de Código de Minería* (Santiago de Chile 1874).

¹⁴⁹ *Proyecto de reforma del Código de Minas* (Copiapó 1878); *Proyecto de Código de Minería* (Santiago de Chile, Imprenta Nacional 1885); GANDARILLAS, FRANCISCO, *Proyecto de reforma del Código de Minería adaptándolo al sistema de patente* (Santiago 1886); GARCÍA HUIDOBRO, Carlos. *Proyecto de reforma del Código de Minas* (Valparaíso 1886); *Proyecto de Código de Minería*. (Santiago 1888); *Proyecto de reforma del Código de Minería. Informe de la Corte de Apelaciones de La Serena* (Santiago de Chile. Imprenta Nacional. 1888); RAVEST, José, *Estudio comparado del proyecto de reforma del Código de Minería* (Santiago 1888).

debido a Francisco Gandarillas Luco (1842-1919)¹⁵⁰. Pero este segundo código de minería no tuvo mayor fortuna que el primero. Desde 1896 se multiplican los proyectos de reforma, varios promovidos por la Sociedad Nacional de Minería¹⁵¹. No obstante, subsistió hasta 1930 en que se promulgó un tercer código de minería, obra principalmente de Alejandro Lira (1873-1951). Reformado en 1932, este texto rigió por más de medio siglo, hasta 1983¹⁵².

9. Codificación penal

Junto con la codificación civil, la penal y la procesal son las más difíciles, porque no parten de un cuerpo legal anterior, como las *Ordenanzas de Bilbao* en materia comercial, las del ejército en materia militar o las de Nueva España en materia minera. En consecuencia, para formar el código hubo que empezar por reunir la legislación penal o procesal que estaba bastante dispersa.

La codificación del derecho penal es significativa. Después de dos intentos fallidos, se encomendó en 1870 a una comisión especial "que proceda a redactar un proyecto de código criminal tomando por base el código penal belga"¹⁵³. Pero, desde el primer momento primó en la comisión la idea de trabajar sobre el Código español de 1848, entre otras razones porque: "sería hasta cierto punto más natural la adopción del Código español, por cuanto era una reforma verdadera de nuestra legislación vigente"¹⁵⁴.

Conforme a este criterio, la tarea de la comisión se redujo a revisar ese código, del que se apartó en contadas ocasiones¹⁵⁵. De esta manera, el

¹⁵⁰ *Código de Minería de la República de Chile* (Santiago, 1988). Ver VERA, Robustiano, *Código de Minería* (Santiago 1888), 2a. ed., 1897.

¹⁵¹ Entre otros, PINOCHET HERREROS, Rodolfo, *Proyecto de Código de Minería* (Santiago 1899); (Lira, José Antonio) *Proyecto de Código de Minería presentado al Congreso Nacional por el Presidente de la República* (Santiago 1900); LORCA MARCOLETA, Perfecto, *Proyecto de Código de Minería* (La Serena 1901); Sociedad Nacional de Minería, *Proyecto de Código de Minería* (Santiago 1903); la misma, *Proyecto de Código de Minería* (Santiago 1912); La misma, *Proyecto de Código de Minería* (Santiago 1929) que se convirtió en el Código de 1930.

¹⁵² En 1983 se le reemplazó por un nuevo código, obra principalmente de Samuel Lira. Sobre los códigos de 1930 y 1932. LIRA LIRA, Alejandro, *Legislación minera de Chile* (Santiago 1933); RUIZ BOURGEOIS, nota 147.

¹⁵³ Ministerio de Justicia, *Decreto* 17 enero 1870, art. 1, Archivo Nacional, Ministerio de Justicia, *Colección de Decretos Supremos sueltos*, 1862-1870.

¹⁵⁴ *Actas de las sesiones de la Comisión redactora del Código Penal chileno* (Santiago 1873). Sesión preparatoria, 8 marzo 1870, ahora en RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, Manuel de, *Código penal de la República de Chile y actas de las sesiones de la comisión redactora del código penal chileno*, edición crítica (Valparaíso 1974), p. 247.

¹⁵⁵ Así lo muestra la revisión de las actas citadas en nota 32. Falta un estudio sobre la

código chileno se basa en el derecho castellano, pero no tomado directamente de la legislación y la literatura jurídica, sino a través del código penal español de 1848. Como hemos visto, este texto tiene en materia penal una significación similar a la del *Código civil* chileno en materia civil. Así, pues, estos dos cuerpos legales son los máximos exponentes de la codificación del derecho castellano en materia civil y en materia penal respectivamente¹⁵⁶.

10. Codificación procesal

Más interesante es el caso del derecho procesal, cuya codificación cierra la época de fijación del derecho en Chile. En esta materia el derecho indiano se mantuvo con numerosas pero pequeñas modificaciones hasta el siglo xx. Ello permitió que continuara floreciendo el género de los prácticos a lo largo del siglo xix. Estos prácticos chilenos, continuadores de los de la época indiana, sirvieron de base a la codificación que, a menudo, se redujo a poner en artículos sus obras¹⁵⁷.

La serie de los prontuarios judiciales chilenos se abre en 1844 con el de Bernardino Antonio Vila, del que se hizo una segunda edición corregida y aumentada en 1857-1858¹⁵⁸. Continuator suyo fue José Bernardo Lira, cuyo *Prontuario de los juicios* fue editado cinco veces en 1866-69, 1870, 1880-1881, 1886 y 1895¹⁵⁹. Posterior a él es el de Robustiano Vera publicado en 1887¹⁶⁰.

El criterio fundamental para la codificación procesal se unificó por la misma época que el que presidió la codificación civil. Ya hemos visto cuál fue el de Egaña en la codificación parcial de 1837. Del posterior se hace intérprete Francisco Vargas Fontecilla (1824-1883) en 1856, al tratar de la futura Ley orgánica de Tribunales, de la que después él mismo fue redactor, dice: "*Nuestro actual sistema de tribunales ha tenido por base*

materia. Valioso material en DOYARCABAL CASSE, Solange, *Historia del Código Penal Chileno* (a multicopista) (Santiago 1968).

¹⁵⁶ Ver nota 64 y 71.

¹⁵⁷ SALVAT MONGUILLOT, Manuel, *Sentido y forma de los prontuarios judiciales en Revista de Derecho Procesal* 7 (Santiago 1974), p. 69 ss.; el mismo, *Los prontuarios jurídicos chilenos en la primera mitad del siglo XIX, Estudio y bibliografía*, en Biblioteca del Congreso, *Homenaje a Guillermo Feliú Cruz* (Santiago 1974), p. 905, ss.; BRAVO LIRA, Bernardino, nota 31, p. 32 ss.

¹⁵⁸ VILA, Bernardino Antonio, *Prontuario de los juicios*, (Santiago 1844, 1857-58); BRAVO LIRA, nota 31, p. 33.

¹⁵⁹ LIRA ARGOMEDO, José Bernardo, *Prontuario de los juicios*, 3 vol. (Santiago 1866-69; 1870; 1880-81. 1886 y 1895); BRAVO LIRA, nota 31.

¹⁶⁰ VERA, Robustiano, *Práctica forense y prontuario de procedimientos judiciales* (Santiago 1887); BRAVO LIRA, nota 31.

primitiva el que rigió durante la dominación colonial... No podía dejar de ser así; porque Chile, como todas las demás secciones hispanoamericanas y como toda sociedad que ha recibido su existencia de otra, no ha podido abdicar instantáneamente a su antigua vida para adoptar otra de todo punto nueva.

La opinión pública, a lo que yo entiendo, no apetece en nuestro sistema judicial una de aquellas reformas que lo hagan variar completamente de carácter, asentándolo sobre principios propios de los que hoy le sirven de base, lo cual sería, por ejemplo, la introducción del juicio por jurados... Si se trata de tan sólo modificar y mejorar la actual organización de nuestros tribunales sin alterar las bases en que reposa, me limitaré a hacer mis observaciones sobre este terreno”¹⁶¹.

El propio Vargas Fontecilla elaboró un proyecto de libro I, que se publicó en 1867¹⁶².

De acuerdo al mismo criterio, la ley orgánica de tribunales que empezó a regir en 1876 representó una consolidación de Judicatura y no una reforma. Acerca de esta ley hacía notar en 1890 que “*tiene un carácter especial de originalidad de que las otras carecen, por lo que los investigadores para la inteligencia de sus disposiciones no podían, al revés de los que estudian los demás Códigos, examinar doctrinas y teorías legales extranjeras que habrían servido de punto de referencia en la elaboración de la nuestra*”¹⁶³.

Lo mismo puede decirse de los códigos de procedimiento. En la elaboración del de procedimiento civil, que entró a regir en 1903, tuvo gran participación hasta su muerte en 1886, José Bernardo Lira (1835-86)¹⁶⁴. Por eso, no es de extrañar que el código guarde estrecha similitud con su Prontuario, que incluso volvió a editarse después de la promulgación del mencionado cuerpo legal. Algo semejante ocurre con el código de procedimiento penal, que entró en vigencia en 1907¹⁶⁵.

No obstante, todavía subsistió una materia procesal no codificada. Es parte del derecho notarial, especialmente en lo relativo a escrituras públicas, que sólo se incorporó a la *Ley orgánica de tribunales* en 1925¹⁶⁶.

¹⁶¹ VARGAS FONTECILLA, FRANCISCO, *Discurso de incorporación a la Facultad de Leyes en Anales de la Universidad de Chile* (1857) p. 5 y ss.

¹⁶² *Proyecto de Libro I del Código de Enjuiciamiento Civil* (Santiago 1867), ahora en LIRA, José Bernardo, *Proyecto de Código de enjuiciamiento civil conforme a los acuerdos hasta ahora celebrados por la comisión encargada de su examen*, (Santiago 1884), p. 90 ss.

¹⁶³ BALLESTEROS, nota 119, 2, p. VI.

¹⁶⁴ LIRA, nota 159, TORO MELO, David y ECHEVERRÍA REYES, Aníbal. *Reseña histórica en Código de Procedimiento Civil* (Santiago 1902).

¹⁶⁵ *Código de Procedimiento penal* (Santiago 1905).

¹⁶⁶ *Decreto-Ley 407 de 19 marzo 1925*. DÍAZ MIERES, Luis, *Código del notariado* (Santiago 1948).

11. El juez y el derecho codificado

Paralelo al proceso de codificación corre la revisión de la situación del juez ante el derecho. Se pasa del arbitrio judicial indiano a la sujeción del juez a la ley, consecuencia de la codificación. Este proceso se completa en Chile junto a la entrada en vigor del *Código de procedimiento civil* en 1903. Allí se vuelve a tratar de la fundamentación de las sentencias en términos muy similares a los de la ley de 1851. Se reemplaza la expresión "*razones de equidad natural*" de la Ley de 1851 por otra equivalente, "*principios de equidad*". Pero esta variación no tiene mayor alcance porque en ambos casos es de raíz romanista⁵⁶⁷.

Lo que, en cambio, constituye una notable innovación es el recurso de casación en el fondo, cuya introducción se había decidido ya en 1875 en la *Ley orgánica de tribunales*⁵⁶⁸ y se hizo efectiva al entrar en vigor el *código de procedimiento civil* en 1903⁵⁶⁹. Se trata de una institución francesa, del todo extraña al derecho castellano vigente en Hispanoamérica y en Chile. Su conocimiento se reserva a la Corte Suprema, varios de cuyos ministros dejaron el cargo antes de convertirse en jueces de casación⁵⁷⁰. Este recurso nació en Europa con el objeto de hacer prevalecer el derecho propio sobre el Común. Ahora se lo implanta con el propósito de afianzar la primacía absoluta del derecho nacional, de la legislación nacional. Con este fin permite anular "*toda sentencia pronunciada con infracción de ley y siempre que esta infracción haya influido substancialmente en lo dispositivo del fallo*"⁵⁷¹.

Con él se completa, en cierto modo, el proceso de demolición del arbitrio judicial indiano y de sujeción del juez a la ley, ya que los fallos contrarios a ella son susceptibles de ser casados.

Sin embargo, el efecto de estas medidas no es infalible. Depende de la actitud de los propios jueces y, en particular, de la mentalidad de los jueces supremos, convertidos ahora en jueces de casación. La cual deriva, a su vez, del criterio dominante en los autores y en la enseñanza jurídica.

⁵⁶⁷ *Código de procedimiento civil*, art. 170. Acerca de su génesis, GUZMÁN, nota 7 esp. p. 123 ss. Sobre el significado de la expresión *ibid* y el mismo, *El juez entre la equidad y la ley, Un estudio histórico-dogmático como base de superación del positivismo*, en *RDJ*. 88 (1981).

⁵⁶⁸ *Ley orgánica de tribunales* (Santiago 1875), art. 107. Sobre su génesis, BALLESTEROS, nota 119, 1, p. 514 y ss. VARGAS FONTECILLA, FRANCISCO, *Proyecto de ley organización y atribuciones de los tribunales* (Santiago 1872 (1867) art. 200. En la discusión el diputado Tocornal criticó la confusión entre recurso de nulidad castellano y casación francesa y la forma en que se había introducido este recurso en España. Cámara de Diputados, sesiones 2 agosto 1874, BALLESTEROS nota 1, p. 517.

⁵⁶⁹ *Código de procedimiento civil*, art. 585. En materia penal se introdujo en 1907 con el *código de procedimiento penal*, art. 441.

⁵⁷⁰ CARVAJAL RAVEST, Horacio, *La Corte Suprema* (Santiago 1940).

⁵⁷¹ Ver nota 169.

El tema es muy vasto y aquí sólo podemos hacer algunas indicaciones, indispensables porque la época de la codificación no termina con la promulgación de los diferentes códigos. Antes bien, a partir de entonces comienza a regir el derecho codificado.

12. De la codificación al positivismo legal

No cabe estudiar aquí en detalle los cambios de mentalidad que siguen a la codificación. El camino es largo pero comienza a recorrerse tempranamente. Ya en 1889 Miguel Luis Amunátegui Reyes (1862-1949) interpreta la definición de ley del código civil en el sentido de que ella debe ser cumplida por ser tal, en todo caso, sin atender a su contenido. Es decir, abandona la distinción entre leyes justas y leyes injustas, entre verdaderas leyes, respetables por el derecho que contienen, cuyo cumplimiento es lícito exigir y leyes que no son tales, execrables por el abuso que comportan, cuyo cumplimiento sería monstruoso exigir.

Según Amunátegui, *"habiéndose observado esas formalidades (prescritas por la constitución) no importa que se diga que la ley es injusta, inicua o absurda; no importa que se alegue que es inconstitucional, pues en todo caso tendrá que ser obedecida: sic scripta est"*^m

Este criterio se uniforma a comienzos del siglo xx, bajo el influjo de una serie de autores entre los que destaca Luis Claro Solar (1857-1943). En sus *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, que gozaron hasta pasada la mitad del siglo de autoridad indiscutida, se formaron varias generaciones de abogados. Allí sostiene enfáticamente que el papel del juez se reduce sólo a aplicar la ley, sea buena o mala: La Judicatura *"no tiene intervención alguna en la confección de la ley y ha sido creada para aplicarla, sea buena o mala"*. E insiste: *"si el litigio tiene como disculpa la notoria injusticia de la ley, el juez debe, sin embargo, aplicarla tal cual es: Dura lex sed lex"*^m.

Se llega así a una suerte de positivación del derecho, un positivismo legal, un verdadero culto de la ley por la ley, con el que termina por identificarse la Judicatura, desde la Corte Suprema para abajo.

En estas condiciones el positivismo legal ha prevalecido no obstante las críticas de que ha sido objeto, hasta tiempos muy recientes. Todavía en 1962 la Corte Suprema permanecía fiel a la doctrina de Claro Solar.

^m AMUNÁTEGUI REYES, Miguel Luis, *La formación de los acervos en la participación de una herencia* (Santiago 1889).

^m CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de Derecho civil y comparado*, 17 vol. (Santiago 1898-1927), cito 1, 2a. ed., Santiago 1942-44.

Así, declaraba "El Poder Judicial no tiene intervención alguna en la confección de la ley y ha sido creado para aplicarla sea ella buena o mala"⁷⁴.

13. Crisis del derecho codificado

Las citas podrían multiplicarse, pero resulta superfluo hacerlo. En cambio, vale la pena anotar que ya desde los años 30 se comienza a hablar en Chile de crisis del derecho. En realidad no parece tratarse sino de una crisis del derecho legislado, que afecta especialmente a los códigos. La vida jurídica y la propia legislación sobrepasan los moldes demasiado estrechos del derecho codificado, ante el explicable desconcierto de los hombres de derecho formados en el positivismo legal. Es significativo que entonces vuelva a primer plano el juez y se redescubra el arbitrio judicial. Algunos van más lejos y, siguiendo doctrinas europeas en boga, llegan a pronunciarse por un derecho libre⁷⁵.

Estas tendencias son muy sintomáticas. Por una parte, erosionan el positivismo legal y anuncian el fin de la época de la codificación. Por otra, parecen abrir paso a una superación de ella, es decir, al advenimiento de una nueva etapa, la de una cierta descodificación del derecho. En este sentido, son ilustrativos los escritos de Pedro Lira acerca de *La crisis del derecho*⁷⁶, la tesis de Adriana Olgún sobre *Las lagunas del derecho y el arbitrio judicial*⁷⁷, los estudios de los magistrados -luego presidentes de la Corte Suprema- Osvaldo Illanes Benítez, *El juez y la ley*⁷⁸ y Pedro Silva Fernández, *El arbitrio judicial ante el Código Civil*⁷⁹. El tema mantiene su actualidad como lo muestra una serie de publicaciones que va desde la tesis de Olga Onetto, *Juez y ley*⁸⁰, Ramiro Troncoso, *Interpretación de la ley y arbitrio judicial*⁸¹ y Fernando Mujica, *La integración de las lagunas legales*⁸²,

⁷⁴ Sentencia 25 mayo 1962, considerando 17, RDJ, 59 (1962).

⁷⁵ BRAVO LIRA, Bernardino, *La positivación del derecho*, RDJ, 62 (1965). El derecho libre está ligado al nombre de Eugen Ehrlich y la *Freirechtsschule*. LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (Berlín 1960) trad. castellano, Barcelona 1966.

⁷⁶ LIRA URQUIETA, Pedro, *La crisis del derecho* (1934) ahora en el mismo, *Temas universitarios* (Santiago 1945).

⁷⁷ OLGÚN BÚCHE, Adriana, *Las lagunas de la ley y el arbitrio judicial* (en derecho privado), (Valparaíso-Santiago 1936). Ver también URETA CASANOVA, José, *De la Interpretación del Derecho y sus métodos* (Santiago 1939).

⁷⁸ ILLANES BENÍTEZ, Osvaldo, *El juez y la ley* en RDJ, 28 y 29 (Santiago 1932).

⁷⁹ SILVA FERNÁNDEZ, Pedro, *El arbitrio judicial ante el código civil* en RDJ, 38 (1941).

⁸⁰ ONETTO, Olga, *El juez y la ley* (Santiago 1956).

⁸¹ TRONCOSO LARRONDE, Ramiro, *Interpretación de la ley y arbitrio judicial* (Concepción 1958).

⁸² MUJICA BEZANILLA, Fernando, *La integración de las lagunas legales* (Santiago 1959).

hasta los estudios de profesores como Bernardo Gesche Müller, *Jurisprudencia dinámica*¹⁴³, Fernando Fueyo Laneri, *Interpretación y juez*¹⁴⁴ o Carlos Ducci Claro, *Interpretación jurídica*¹⁴⁵.

Paralelamente la Corte Suprema muestra una mayor flexibilidad al dar forma a un recurso de queja que le permite corregir expeditamente los abusos cometidos por los tribunales inferiores y que, por su sencillez y eficacia, termina por relegar de hecho a la casación a un segundo plano¹⁴⁶.

14. Disociación de la legalidad

No obstante, la más grave crisis de la legalidad se produce a partir de los años 60, bajo la presión de corrientes ideológicas. Se avanza entonces hacia una verdadera disociación de ella, como consecuencia del propósito de substituir la legalidad vigente por otra más conforme con la propia ideología. Con este fin se importan desde el extranjero consignas destinadas a minar su respeto, tales como "legalidad formal", "legalidad sobrepasada", o, incluso, "violencia institucionalizada" (a través de la legalidad) o "inmanente al sistema" (legal)¹⁴⁷. Como remedio se proponen,

¹⁴³ GESCHE MÜLLER, Bernardo, *Jurisprudencia dinámica. La desvalorización monetaria y otros problemas en el desarrollo* (Santiago 1971).

¹⁴⁴ FUEYO LANERI, Fernando, *Interpretación y juez* (Santiago 1976) con una completa bibliografía.

¹⁴⁵ DUCCI CLARO, Carlos, *Interpretación jurídica* (Santiago 1977).

¹⁴⁶ Cfr. Corte Suprema, *sentencia* 6 julio 1959, considerando 5 en RDJ 1959, resume la cuestión. ROSALES, Víctor, *Estudio del recurso de queja referido a la Corte Suprema en RDJ*. 33 (1936). Esta jurisprudencia encontró resistencia en algunos autores ANABALÓN SANDERS, Carlos, *Tratado práctico de Derecho procesal*, 2 vol. (Santiago 1944 y 1946); MUNITA HERRERA, Eduardo, *Estudio crítico del recurso de queja* (Santiago 1967). A comienzos de siglo la queja a la Corte Suprema era muy poco frecuente. En cambio la casación ocupaba el primer lugar entre las actividades del tribunal. Desde que la Corte admite la posibilidad de modificar resoluciones judiciales por la vía de la queja, ésta se hace cada vez más frecuente. Paralelamente disminuyen los recursos de casación, hasta que a partir de los años 60 son sobrepasados por recursos de queja que se convierten en la principal actividad del tribunal. En 1975 la Corte vio 824 quejas y sólo 304 casaciones. Ver cuadro y exposición de VICENTE MOLINA, Gonzalo, *La memoria anual del Presidente de la Corte Suprema (1919-1976)*. Tesis, Facultad de Derecho Universidad de Chile (Santiago 1976) EYZAGUIRRE, José Manuel, *Memoria del Presidente de la Corte Suprema*, 1 marzo 1976, RDJ. 73 (1976).

¹⁴⁷ La tesis fue lanzada por François Houtart en Lovaina por los años 50. BRAVO LIRA, Nueva institucionalidad. Medio siglo de trayectoria institucional en Chile 1924-1973 en *Portada* 43 (Santiago 1973), ahora en el mismo, *De Portales a Pinochet*, nota 104; el mismo, *Régimen de gobierno y partidos políticos en Chile 1924-1973* (Santiago 1978), esp. p. 159 y p. 311 nota 249.

primero una "revolución en libertad" y luego una "vía legal hacia el socialismo". Así se llega al sistema de los "resquicios legales" que no son sino una burla de la ley¹⁰⁸.

De esta suerte, setenta años después que Claro Solar proclamara el culto de la ley por la ley, sin atender a su contenido, según el cual hay buenas o malas leyes, la legalidad llegó a su máximo abatimiento, a una verdadera disociación. Se habla incluso de dos legalidades opuestas en conflicto, como lo hace oficialmente el propio presidente ante el parlamento en términos que contienen una amenaza apenas velada: "*Del realismo del Congreso depende en gran medida que a la legalidad capitalista suceda la legalidad socialista, conforme a las transformaciones socioeconómicas que estamos implantando, sin que una práctica violenta de la juridicidad abra las puertas a arbitrariedades y excesos que responsablemente queremos evitar*"¹⁰⁹.

Frente a estos embates la Judicatura, y en particular la Corte Suprema, reaccionó en defensa de la legalidad vigente, por ser tal, sin importar cual fuera su contenido. Así el Presidente del alto tribunal advirtió "*la violación de la ley so pretexto de que las circunstancias la han dejado atrás envuelve la renuncia a que el régimen jurídico se modifique dentro de sus cauces propios y la implantación del arbitrio de individuos por sobre la norma que debe regirlos*". En consecuencia, reiteró que "*el primer deber del juez es aplicar la ley en su verdadero sentido y alcance; la ley escrita que es una declaración de la voluntad soberana que representa la opinión mayoritaria del país y que mientras subsista no es posible apartarse de ella para agradecer a quienes pretenden destruir todo lo existente a cambio de un futuro muy incierto*"¹¹⁰.

15. Una descodificación

Estas vicisitudes muestran que la suerte de la legalidad por la legalidad se ha tornado precaria. Es cada vez más difícil exigir un respeto incondicionado por la ley, por ser tal, cualquiera que sea su contenido. Sobre todo después que se ha visto que una ley lo mismo puede servir para amparar el derecho que para atentar contra él. Esta ley, sin razón y

¹⁰⁸ NOVOA MONREAL, Eduardo, *Vías legales para avanzar hacia el socialismo*, en *Revista de Derecho Económico* 33-34 (Santiago 1971); el mismo, *El difícil camino de la legalidad*, en *Revista de la Universidad Técnica del Estado* 7 (Santiago 1972); RODRIGUEZ ELIZONDO, José, *Chile: La Revolución y la ley* en *Principios* 143 (Santiago 1972).

¹⁰⁹ ALLENDE GOSSENS, Salvador, *Segundo Mensaje del Presidente Allende ante el Congreso Pleno*, 21 mayo 1972 (Santiago 1972), p. IX. Sobre la disociación de la legalidad, BRAVO LIRA, *Régimen de gobierno*, nota 183, p. 161 ss.

¹¹⁰ MÉNDEZ BRAÑAS, Ramiro, *Memoria anual del Presidente de la Corte Suprema*, 1970, en *RDJ*. 47 (1970).

sin derecho, puede ser instrumento para el peor de los abusos, el abuso legalizado. Puede ser, incluso, instrumento para implantar un Estado totalitario¹⁰¹. No es extraño, pues, que se haga ver la necesidad de distinguir el reinado de la ley, del imperio del derecho y de tener presente que éste depende más de los jueces que de las leyes: “el respeto a las leyes en determinado país no prueba, por sí solo, que ése no sea un país sin derecho. Por eso, en definitiva, para asegurar la primacía del derecho no basta pensar en las leyes sin pensar, asimismo, en quienes han de exigir su cumplimiento. Si importa tener buenas leyes, más importa tener buenos jueces. Es decir, jueces que estén en condiciones de poner al derecho a salvo de las malas leyes”¹⁰².

Este descrédito de la ley por la ley no deja de afectar al derecho codificado. No en vano son los códigos cuerpos de derecho legislado, si bien, como hemos visto, buena parte de él ha sido tomado del derecho de juristas. Al igual que en Europa, la codificación parece encontrarse en Hispanoamérica en la tercera de las etapas descritas por Wieacker en su opúsculo *Aufstieg, Blüte und Krisis der Kodifikationidee*¹⁰³. Después del auge y del florecimiento, se diría que ha entrado en crisis.

Llega la hora de fijarse en el contenido de los códigos y de comprobar que es un derecho anterior a ellos, cuya vigencia no deriva de la potestad de los gobernantes que promulgaron esos cuerpos legales, sino de la autoridad de una larga serie de juristas que forjaron ese derecho.

Sólo en la medida en que se reconozca la intrínseca riqueza del derecho codificado podrá éste superar la crisis del legalismo y florecer de nuevo, quizás, otra vez, más bien como derecho de juristas que como derecho legislado. Lo que importaría una especie de descodificación.

V. CONCLUSIÓN

El ideal codificador tiene sus primeras grandes realizaciones fuera del área jurídica castellano-portuguesa. Ellas se llevan a cabo más allá de los Pirineos, en Europa central y en Francia. De ahí provienen los grandes códigos iusnaturalistas: el ALR. prusiano, el ABCB. austríaco y los *Cinq Codes* franceses. De ahí proviene sobre todo, la tendencia a encerrar al juez dentro de una malla cada vez más tupida de derecho legislado. Por este camino el derecho cambia de carácter. Deja de ser un derecho de juristas, concebido al modo romano como *ars boni et aequi*, es decir, deja de presentarse al juez como algo abierto, que el propio juez es llamado a

¹⁰¹ BRAVO LIRA, nota 118, p. 103.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ WIECKER, nota 11.

cerrar, caso por caso, con su sentencia. En cambio, poco a poco se transforma en un derecho legislado, concebido como una *scientia iussi et puniti*, que el legislador se esfuerza por cerrar, mediante una legislación en lo posible sin lagunas ni vacíos, de suerte que no lo quede al juez otro papel que el de aplicar la ley general a los casos particulares.

Bajo este signo se inicia la codificación en los países de derecho castellano y portugués. Allí no habían faltado esfuerzos codificadores, como los del Nuevo Código en Portugal¹⁷⁶ o la codificación penal encargada al mexicano Lardizábal en España, muy similares a los centroeuropeos. A diferencia de ellos, no llegaron a materializarse en un código, pero, al igual que ellos, representaban un intento de afirmar el derecho nacional frente al Común. Este es, tal vez, el principal nexo entre la codificación de allende y de aquende los Pirineos. Más aún, parece ser un común denominador todo el movimiento codificador, así en Europa como en Hispanoamérica.

Este propósito común explica, en buena parte, la acogida que tuvieron los grandes códigos iusnaturalistas, especialmente franceses, tanto en España y Portugal, como en América hispana. Ella es fundamentalmente favorable, pero presenta notables diferencias que hasta ahora no han recibido suficiente atención.

1. Formas de codificación

En un primer momento se intentó simplemente copiar, lo que en este caso equivale a traducir, estos códigos extranjeros, ni más ni menos que como se había hecho en diversas partes de Europa bajo la dominación napoleónica, primero en Renania¹⁷⁷ y el norte de Italia¹⁷⁸ y luego, en 1809, en Holanda¹⁷⁹ y Nápoles¹⁸⁰. Lo mismo se hizo en 1825 en Santo Domingo, bajo la dominación haitiana y poco después en el Estado de Oaxaca (México).

Pero pronto esta forma de acogida se decanta al igual que en Europa, debido, entre otras cosas, al aprecio por el propio derecho. Se intenta entonces adaptar los códigos extranjeros al derecho nacional, lo que no

¹⁷⁶ MELLO FREIRE PASCOAL, José, *O Novo Codigo do Direito Publico de Portugal* (Coimbra 1844). Está destinado a reemplazar el Libro II de las *Ordenações Filipinas* dedicado al derecho público, político y eclesiástico. Fue presentado por 1788. Ver ESTEVES PEREIRA, José *O Pensamento politico em Portugal no Século XVIII. Antonio Ribeiro dos Santos* (Lisboa 1983); Bravo Lira, nota 30.

¹⁷⁷ MÜLLER, E., *Le code civil en Allemagne. Son influence générale sur le Droit du Pays. Son adaptation dans Les Pays rhénans* en *Livre du centenaire*, nota 15, 2, p. 625 ss.

¹⁷⁸ CHIRONI, G., *Le code civil et son influence en Italie* en *Livre du centenaire*, nota 15, 2, p. 761 ss. esp. 765 ss.

¹⁷⁹ ASSER, C., *Le code civil dans les Pays Bas* en *Livre du centenaire*, nota 15, 2, p. 815 ss.

¹⁸⁰ Ver nota 196.

resulta demasiado difícil a causa de que ambos estaban profundamente marcados por la impronta del Derecho Común. Este es el caso del Código civil de Bolivia (1831), de la parte civil del código general de Costa Rica (1841) y de la mayoría de los códigos españoles, portugueses o iberoamericanos.

Hubo todavía una tercera forma de codificación que consistió en elaborar un nuevo texto sobre la base del derecho nacional. En este caso se adopta el método de los códigos extranjeros, pero no su contenido, salvo excepcionalmente en materias o puntos concretos. Es decir, aquí se vacía el propio derecho en el molde de los códigos. Este trabajo se lleva a cabo en pocos países -Brasil, España y Chile- pero como responde a una necesidad general, sentida con no menos intensidad en los demás, donde también regía el mismo derecho castellano o portugués, aprovecha a todo el conjunto.

En otras palabras, la dependencia de los códigos hispanos o hispanoamericanos respecto de los modelos iusnaturalistas es general. Pero reviste formas y, por ende, también grados muy diversos. Es máxima cuando se trata de una mera copia o traducción. En ese caso se pretende nada menos que substituir el propio derecho por otro ajeno. En cambio, la dependencia es menor y de muy variable intensidad cuando se opta por una vía ecléctica y se somete al texto extranjero a una más o menos lograda adaptación al derecho nacional. Finalmente, la dependencia es muy limitada, aunque profunda, cuando lo que se toma no es el contenido del código extranjero, sino más bien su estructura, -es decir, su concepción, plan y desarrollo- y se la rellena con el derecho nacional. En este caso estamos ante una genuina codificación del propio derecho, castellano o portugués.

2. Unidad y diversidad en el mundo de habla castellana y portuguesa

Las formas de codificación que prevalecen en cada país dependen de las condiciones en que se encuentra. Estas no son demasiado diferentes en los distintos Estados sucesores de la monarquía española y portuguesa.

Políticamente el mundo de habla castellana se divide en el siglo XIX en cerca de 20 Estados independientes entre sí. Por otra parte separados el uno del otro, ni Portugal ni Brasil pueden aspirar a sustentar una posición propia en el plano internacional. Así, pues, todos estos países son potencias de tercer o cuarto orden. Apenas cuentan en el concierto mundial. Lo que engendra una cierta actitud de dependencia política y mental respecto de las potencias y corrientes de pensamiento dominantes¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Para esto y lo que sigue BRAVO LIRA, *Etapas e Historia de las instituciones*, nota 23.

Esta situación se refuerza debido a su debilidad interna. En general, estos países combinan una sorprendente inestabilidad política con una no menos sorprendente estabilidad social. Es lo que, de un modo demasiado sumario se conoce bajo el nombre de "anarquía hispanoamericana". Pero ella no es, en modo alguno privativa del Nuevo Mundo. Con sus guerras civiles -carlistas o miguelistas- sus pronunciamientos y su desgobierno, España y Portugal no van a la zaga de Iberoamérica. A la inversa, en América hay excepciones a esta suerte común. Las principales son Brasil y Chile, cuya estabilidad institucional supera a la de muchos Estados europeos y desde luego, a la de Francia.

La otra cara de esta anarquía es la estabilidad social. La lucha por el poder se libra entre sectores o facciones de la minoría dirigente. Por eso, aunque llegue a extremos sangrientos, no compromete seriamente la posición rectora de esa minoría. Tampoco son capaces de amenazarla unos gobiernos tambaleantes ni elementos burgueses en ascenso, cuyos hombres más capaces no hallan mayores obstáculos para asimilarse a los medios dirigentes. En estas condiciones la codificación en lugar de ser un instrumento de reajuste social, contribuyó a consolidar el orden establecido.

Así sucedió no sólo en los países políticamente más estables, como Brasil y Chile, sino también en los demás. Pero, naturalmente, de manera muy diversa²⁰⁰.

En Brasil y Chile hubo un clima de sosiego y de expansión nacional, propicio para concebir y realizar empresas de largo aliento. Algunas alcanzaron resonancia continental. Tal es el caso, por ejemplo, de la renovación de la Universidad de Chile, que fue para Hispanoamérica, en el siglo XIX, lo que la Universidad de Berlín para Europa²⁰¹. Tal es también el caso de la codificación, que revistió en los dos países formas nuevas, hasta entonces desconocidas en el área jurídica castellano-portuguesa. En lugar de copiarse o adaptarse códigos extranjeros se elaboraron otros

²⁰⁰ Falta un estudio sobre la materia. GARCÍA-CALDERÓN, François, *Les démocraties latines de L'Amérique*, (París 1912); LAMAR SCHWEYER, Alberto, *Biología de la democracia*, (La Habana 1927); JANE CECIL, *Liberty and despotism in Spanish America* (Nueva York 1929) trad. castellana, Madrid 1931 y Buenos Aires 1952; YCAZA TIGERINO, Julio, *Sociología de la política hispanoamericana* (Madrid 1952); JOHNSON, John J. *The Military and Society in Latin America* (Stanford (California) 1964), trad. castellana, Buenos Aires 1966; KAHLE, Günter, *Diktatur und Militarherrschaft in Lateinamerika*, en *Zeitschrift f. Lateinamerika* 19 (Viena 1981); ROUQUIÉ, Alain, *L'état militaire en Amérique Latine*, (París 1982) trad. castellana, Buenos Aires 1984; BRAVO LIRA Bernardino, *Gobiernos civiles y gobiernos militares en Hispanoamérica 1810-1989. Estudio histórico-institucional*.

²⁰¹ Sobre la Universidad de Chile hay una rica bibliografía. STEGER, Hans-Alberte, *Hochschulplanung in Lateinamerika*, en *Zeitschrift für Lateinamerika* 1 (Viena 1971) hay trad. castellana; AVILA MARTEL, Alamiro, *Reseña histórica de la Universidad de Chile 1622 - 1979* (Santiago 1979).

nuevos, de derecho nacional, aplicando el molde extranjero al propio derecho. No es extraño, pues, que estos dos países ocupen un lugar clave en la codificación del derecho castellano y portugués. En materia penal, Brasil lo obtuvo con su código de 1830, que sirvió de base al español de 1844 y a través de él, a los de una serie de Estados iberoamericanos. En materia civil ocurre algo similar con el código de Chile. También muy difundido, merece, sin duda, mirarse como la obra maestra de la codificación en los países de derecho castellano y portugués, tanto por su lenguaje como por su estructura y contenido.

3. Unidad del área jurídica castellano-portuguesa

A su vez, esta trabazón del movimiento codificador en toda el área jurídica castellano-portuguesa, fue posible porque la independencia de América hispana puso fin a la unidad política del mundo de habla castellana o portuguesa, pero no a su unidad cultural, que se manifiesta a través de la lengua, el derecho y demás formas de vida.

En todos los países continuó rigiendo después de la independencia un derecho que era fundamentalmente el mismo, por encima de sus variantes regionales o locales. Así, aunque cada Estado acometió por separado la tarea de codificar el propio derecho, los esfuerzos resultaron en cierto modo convergentes, pues, por diversas vías, apuntaban en la misma dirección. No podía ser de otro modo, ya que ese derecho propio era en todos los casos el castellano o portugués.

Por eso los logros obtenidos en un país pudieron ser aprovechados por los demás. Con ello se evitó una inútil duplicación de esfuerzos, pero, por sobre todo, se brindó a los países que por su agitación interna u otros motivos, no estaban en condiciones de elaborar por sí mismos un código de derecho nacional, la posibilidad de tenerlo sin más trabajo que hacer suyo uno redactado en otro de estos países. Esta unidad del movimiento codificador se refleja en la práctica de muchas maneras. No sólo a través de la adopción de códigos completos, sino también a través de la interinfluencia de los diferentes proyectos preparados en diversos países.

4. Codificación y derecho anterior

De la codificación europea se ha dicho que su fortuna "quedaba condicionada por el grado de respeto que observara frente a la tradición jurídica anterior..." Según esto "aquellos códigos, frutos de este movimiento, que la respetaron, fueron los que pudieron lograr tal éxito"²⁸².

²⁸² Guzmán, nota 9, p. 884-5.

De hecho, un análisis de los principales códigos europeos revela que están formados en su mayor parte a base del derecho anterior. Su novedad no está tanto en el contenido como en la formulación, en la transformación del antiguo derecho de juristas en un derecho legislado. En otras palabras, los códigos son nuevos, pero el derecho que contienen es, en último término, el mismo de antes puesto en artículos.

Naturalmente, esto debe entenderse bajo el supuesto de que los distintos derechos europeos tienen un substrato más o menos general en el Derecho Común. Esto es, sin ir más lejos, lo que hizo posible la aplicación de los códigos franceses en diversas partes del continente europeo. Lo cual vale también para su adopción en Iberoamérica y en la península ibérica, cuyo derecho estaba también enraizado en el Derecho Común.

La adopción de códigos extranjeros en estos países fue viable en la medida en que tanto ellos como el derecho castellano o portugués estaban emparentados entre sí por derivar unos y otros del Derecho Común. En este sentido puede decirse que los códigos respetan el antiguo derecho.

Naturalmente la consonancia con el derecho anterior es mayor cuando, en lugar de adoptarse simplemente un código extranjero, se lo adapta previamente al propio derecho. Por último la fidelidad al derecho anterior llega al máximo donde, en lugar de adaptarse un código extranjero, se elabora otro nuevo, de derecho nacional.

Es el caso de países como Brasil y Chile, que muestran en sus códigos mayor apego al derecho portugués o castellano que Portugal y España en los suyos. Para comprobarlo basta comparar la *consolidação* brasileña con el código civil portugués de 1867 o el código civil chileno con el español de 1889. No es éste el lugar para explicar este contraste que confirma el lugar central de Brasil y Chile en la codificación. En todo caso cabe apuntar que entre los hispanoamericanos hay una tendencia arcaizante -en la lengua, en el derecho y en muchos otros aspectos- que los distingue de los hispanoeuropeos. Por otra parte, la inestabilidad política y las tensiones internas retrasaron la codificación en España y Portugal, al menos en el campo civil, e impidieron llevarla a cabo con el reposo y dedicación de un Teixeira de Freitas o de un Bello. A lo anterior se añade la tendencia europeizante tan general en el mundo de habla castellana y portuguesa durante el siglo XIX, pero tal vez más marcada en Portugal y España que en Hispanoamérica, hasta el punto de que García-Gallo no ha vacilado en esta época de la historia del derecho español como una desnacionalización²⁰⁰.

²⁰⁰ Ver nota 90.

5. La codificación en Chile

Dentro de este marco general no es difícil discernir los rasgos propios de la codificación en Chile.

Pueden sintetizarse en dos grandes líneas. La primera está expresada en el mensaje que acompañó en 1855 al Código Civil: *"Desde luego concebiréis que no nos hallábamos en el caso de copiar ninguno de los códigos modernos"*²⁰⁴.

No se copió, pero se aprovechó su experiencia en favor del derecho patrio o nacional. Ya en 1831 al discutirse si se adoptan códigos extranjeros o se forman códigos nacionales se enuncia el criterio que en definitiva se impuso: " Sin apelar a lecciones de afuera, dentro de nosotros, en la legislación misma que nos rige, hallaremos un sendero para el acierto"²⁰⁵.

Desde muy temprano se desecha como posibilidad *"aclimatar en nuestra república los códigos de otras naciones con quienes no hemos tenido aquellas relaciones anticipadas que uniforman religión, usos, costumbres y lenguajes. Fácil obra era, pero perdida, tomar por ejemplo el código francés"*²⁰⁶.

En cambio, se toma como base el derecho vigente, es decir, el castellano con las modificaciones experimentadas desde la independencia.

6. Unidad de criterio

Esta es la línea matriz de la codificación en Chile. Se la fundamentó principalmente de dos maneras. Por una parte se hizo ver que *"la legislación española que nos rige es un vínculo de unión existente en las repúblicas sudamericanas"* y que *"es de vital necesidad para la América nuestra establecer una especie de solidaridad de destino, uniformando las conveniencias recíprocas e identificando los principios de la organización"*²⁰⁷.

Por otra parte se insistió en el valor permanente de ese derecho castellano. Los testimonios son muy numerosos. Así, Portales, por ejemplo, afirma por 1832 que los males de la administración de justicia no derivan de las leyes sino de los jueces encargados de aplicarlas. *"Ellos se escudan con la confusión y discordancia de nuestras leyes; pero tendrán que confesar que éste es puramente un pretexto si se les pregunta ¿con qué leyes juzgaban los alcaldes y real audiencia en Chile y en toda América antes española? ¿Cuáles*

²⁰⁴ GARCÍA-GALLO, Alfonso, *Manual de Historia del Derecho Español* 2 vol, (Madrid 1959-62) Cito 9a ed. Madrid 1982, 1 p.111.

²⁰⁵ Código Civil, mensaje.

²⁰⁶ TOCORNAL, Gabriel José de, *Informe sobre el proyecto de codificación aprobado por el Senado en 1831*, en *El Araucano* 58,22 oct. 1831, últimamente en Guzmán nota 102, 2, p. 87 ss.. La cita, p.88.

²⁰⁷ *Ibid*, p. 90.

rigen en los tribunales y juzgados de España? y en España se ahorca al asesino y se ahorcaba en Chile cuando era colonia española, con las mismas leyes que hoy sirven para absolverle o conmutarle la pena"²⁰⁶.

Más categórico es un artículo aparecido una década más tarde en la *Gaceta de los Tribunales*. Allí se hace un verdadero elogio del Derecho Común como fundamento del derecho castellano y vigente en Chile. *"Las leyes antiguas no eran tal vez las que originaban los males que se sienten en la administración de justicia: ellas están regularmente fundadas en principios eternos de equidad que deben tener cabida en el nuevo código y en todos los códigos del mundo; se redactarán seguramente en el lenguaje de los últimos tiempos, se rodearán con más filosofía, se llenarán los vacíos que ellas dejaban..."*²⁰⁷.

Este es el criterio que preside de hecho la codificación en Chile desde las leyes procesales de 1836 hasta los códigos de procedimientos de 1905 y 1907. Se lo reitera una y otra vez por gobernantes, jueces, codificadores y juriconsultos en general. Hay una preocupación dominante porque no se altere el derecho vigente sin necesidad o ventaja manifiesta. Se argumenta de muchas maneras sin omitir la invocación de aquella regla de derecho tomada del Digesto con la que se cierran las Partidas. En 1831 la invoca Gabriel José de Tocornal para descartar la idea de adoptar códigos extranjeros: *"siempre es más segura guía aquella que ya conocemos y una ley del Digesto concordante con las nuestras deo dicho: "que para establecer alguna cosa nueva y apartarse de aquel derecho que ha parecido justo por mucho tiempo, debe ser evidente la utilidad"*²⁰⁸.

Esta unidad de criterio dio a la codificación del derecho castellano en Chile una consistencia excepcional. Ella es reflejo de la estabilidad institucional del país. En este clima de orden, la codificación pudo llevarse a cabo con toda calma, tal vez con demasiada, a salvo de los vaivenes de la vida política que tan a menudo la interrumpieron o tornaron imposible en otros países.

7. Curso de la codificación

A primera vista el curso de la codificación en Chile es tan definido como su orientación fundamental. Comienza por la constitución, a la que por

²⁰⁶ Así, por ejemplo, *Códigos*, en *El Mercurio de Valparaíso* 5576, 6 jul. 1846. Según GUZMÁN, nota 2, p. 271, su redactor era a la sazón Juan Carlos Gómez.

²⁰⁷ PORTALES, Diego, *Administración de Justicia criminal*, en *El Mercurio de Valparaíso* 166, 17 enero 1832. Últimamente en GUZMÁN, nota 102, 2 p. 72. La cita, p.73

²⁰⁸ *Administración de Justicia* en *Gaceta de los Tribunales* 27, 11 jun. 1842. Según GUZMÁN, nota 102, 2, p.207, los redactores de esta publicación eran a la sazón José Gabriel Palma y Antonio García Reyes.

entonces se miraba como ley fundamental²¹¹. Luego pasa a los códigos, que teóricamente se consideraba como simples leyes, destinadas a desarrollar las premisas básicas sentadas en la constitución. Entre los códigos, el civil precede a los demás, tanto de derecho público como de derecho privado, con la sola excepción del militar. A continuación están otros códigos -de comercio (1867), de minería (1875)) que regulan materias particulares, dentro de las grandes líneas definidas por la constitución y el código civil. Finalmente, una vez codificado lo que se conoce como derecho sustantivo se procede entre 1875 y 1907 a hacer otro tanto con el procesal a adjetivo. Tal es el objeto de la ley de tribunales y los códigos de procedimiento.

Como si esto fuera poco, paso a paso se pone término al arbitrio judicial. Se encierra al juez dentro del derecho nacional codificado. Así, de un modo casi imperceptible, este nuevo derecho legislado pasa a ocupar el lugar del antiguo Derecho Común en las sentencias de los tribunales, los estudios de derecho y la vida jurídica en general.

No puede pedirse una secuencia más lógica.

Sin embargo, esta lógica es más aparente que real. Sin considerar que teóricamente cabe pensar que habría sido más razonable comenzar por la acción, es decir, por el derecho procesal, el curso que siguió la codificación en Chile tiene más de fortuito que de previsto.

De hecho la codificación principió por el derecho procesal en 1836 y el propio Bello era de opinión de que esta codificación deberá preceder a la civil. Pero por diversas razones la procesal se interrumpió y quedó a medio camino y la civil tomó la delantera. Otro tanto ocurrió con los demás proyectos de codificación. Unos se retrasaron, lo que dio lugar a que otros se les adelantaran. Muy significativo es lo sucedido en materia penal. Tras el fracaso de varios intentos, se terminó por adoptar, con mínimas alteraciones, el código español.

Sin embargo, aunque en gran medida casual, la secuencia de la codificación, no dejó de tener repercusiones. Permitió al criterio fundamental de fidelidad al derecho anterior imponerse más fácil y plenamente, pues, por así decirlo, descendió desde lo más general hasta lo más particular, como las aplicaciones desde los principios primarios.

8. *Forma y sentido de la codificación en Chile*

De hecho lo que valió los mayores elogios a los códigos chilenos, al tiempo de su dictación, fue su fidelidad al derecho anterior. Quienes examinaron más de cerca este punto fueron los tribunales de justicia, encargados de aplicar los nuevos cuerpos legales. Al respecto, es muy

²¹¹ Ver nota 205 y 135.

elocuente lo que dijo en 1853, del proyecto de Código Civil la Corte de Concepción. Subrayó dos aspectos: la unificación del derecho vigente en un solo cuerpo y la transformación de opiniones de juristas en disposiciones legales: *“La obra se encuentra, en primer lugar, basada en los principios generales de derecho vigentes y en las doctrinas de los jurisconsultos más distinguidos, y comprende, bajo un buen método, las disposiciones que ahora se hallan esparcidas en nuestros diferentes códigos, excusando la penosa necesidad de recurrir a ellas por el orden de preferencia que la ley les asigna. En este sentido, reúne en sí las cualidades de unidad y método”*²¹².

No puede expresarse más claramente el carácter del código, innovador en cuanto refunde en un solo cuerpo la multitud de leyes y opiniones jurídicas que constituían el derecho vigente, pero fiel a este derecho vigente en cuanto su contenido no es otra cosa que nueva versión del mismo.

Pero hay más. Entre las innovaciones, se alaba la de dar sanción legal a soluciones judiciales de controversias entre los autores jurídicos. *“Otra cualidad del Proyecto muy digna de recomendarse es la de presentar como disposiciones legales algunas de las opiniones de los jurisconsultos generalmente aceptadas por nuestros tribunales y juzgados en razón de su importancia y del silencio de la ley sobre los puntos a que se refieren”*²¹³.

Hay aquí un detalle muy chileno. No se elogia en general la resolución por vía legal de cuestiones controvertidas entre juristas. Se habla sólo de dar fuerza legal a soluciones doctrinales acogidas previamente por la vía judicial. Es decir, otra forma de confirmar el derecho vigente.

No por ello es menos claro que nos encontramos aquí ante un tránsito de un derecho de juristas a un derecho legislado, cuyo predominio se torna posible con la codificación.

Este dictamen de la Corte de Concepción resume en cierto modo la forma y sentido de la codificación en Chile, no sólo en materia civil.

Lo decisivo de ella fue que desligó el derecho nacional del Derecho Común y superpuso el derecho legislado al derecho de juristas.

Es decir, el derecho de los códigos no es nuevo. Es el mismo anterior reducido a artículos. En este sentido estos cuerpos legales fueron códigos de derecho nacional, pero un derecho nacional absoluto, que se proclama desligado del Derecho Común.

Como tales, salvo alguna excepción, continúan vigentes hasta hoy, con las necesarias modificaciones, al igual que el ABCB. o el *Code Civil*. Más

²¹² Estas ideas hacían considerar la codificación como prematura, antes de que se consolidaran las constituciones. Ver informe nota 205, p. 87.

²¹³ Corte de Apelaciones de Concepción, *Oficio al Ministerio de Justicia*, 28 enero 1854. Archivo Nacional, *Ministerio de Justicia*, Corte de Apelaciones de Concepción 1854. Ver MERY nota 141, esp. p. 45

aún, el código civil chileno fue en Hispanoamérica lo que el *Code français* en Europa y es actualmente el más antiguo de los códigos vigentes en el área jurídica castellana portuguesa.

Esa fidelidad al derecho anterior que distingue al código civil y, en general, a los códigos chilenos, parece ser la clave de su fortuna, como lo fue de la de los grandes códigos iusnaturalistas. Sin ella habrían sido meras construcciones en el aire, incapaces de arraigar en el propio país y de ser acogidas en otros.

Así pues en definitiva lo que tienen en común los códigos chilenos con los iusnaturalistas no es tanto el derecho que contienen como la forma en que lo presentan. No podía ser de otro modo, si unos y otros son códigos de derecho nacional.

²¹ Ibid.

APENDICE

CRONOLOGÍA DE LA CODIFICACIÓN EN EUROPA Y AMÉRICA

1737 - 1917

Siglo XVII y primera mitad del XVIII

1625	96	Jean Domat
1646	- 1716	Gottfried Wilhelm Leibniz
1672	- 1754	Ludovico Muratori
1681	- 1741	Johan Gottlieb Heinecio
1695	- 1772	Robert J. Pothier
1705	- 90	Wigulaus Kreittmayr
1717	- 94	Francisco Javier Gamboa
1731	- 90	Juan Francisco de Castro
1731	- 1806	Juan Sala Bañuls
1732	- 86	Joaquín Velásquez de León
1733	- 90	José Bermúdez Febrero
1736	- 92	Antonio José Pérez y López
1737		<i>Ordenanzas de Bilbao</i>
1738	- 94	César Beccaria
1738	- 98	Pascual José Melo Freire dos Reis
1739	- 1820	Manuel de Lardizábal
1742	- 1814	Ignacio Jordán de Asso
1746	- 1807	Jean Etienne Portalis
1746	- 98	Carl Gottlieb Suárez
1748	- 1834	Jeremías Bentham

Segunda mitad del siglo XVIII

1751		<i>Codex iuris bavaricus criminalis</i>
1751	- 1828	Félix von Zeiller
1753		<i>Codex iuris bavaricus judiciari</i>
1754	- 1833	Francisco Martínez Marina
1756		<i>Codex maximilianus bavaricus civilis</i>
1764	- 1836	Eduardo Livingston
1768		<i>Ordenanza General del Ejército</i> (España, desde 1769 Indias)

1769		<i>Constitutio criminalis thesariana</i>
1773		<i>Compendium iuris bavarici civili</i>
1773	- 1841	Manuel Lorenzo de Vidaurre
1775	- 1833	Anselmo von Feuerbach
1776	- 1860	Eugenio Tapia
1777	- 1820	José María Álvarez
1779	- 1861	Federico Carlos von Savigny
1781	- 1846	José María Calatrava
1781	- 1865	Andrés Bello
1782		<i>Discurso sobre las penas de Lardizábal</i>
1782	- 1876	Mariano Galván Rivera
1783		<i>Ordenanzas de Minería de Nueva España</i>
1783	- 1855	Florencio García Goyena
1784	- 1847	Joaquín Escriche
1786	- 1863	Pedro Sainz Andino
1787		<i>Constitución de los Estados Unidos</i>
1791		<i>Constitución de Polonia</i>
1791		<i>Constitución de Francia</i>
1791		<i>Código penal francés</i>
1791		<i>Código procedimiento penal francés</i>
1793	- 1846	Mariano Egaña
1794		<i>Allgemeines Landrecht prustano</i>
1795		<i>Código de procedimiento civil francés</i>
1795	- 1850	Bernardo Pereira de Vasconcelos
1797	- 1862	Lino de Pombo
1797		<i>Westgalizisches Gesetzbuch (WGB)</i>
1798	- 1895	Antonio Luis Seabra
1799	- 1882	Gabriel Ocampo
1800	- 1868	Manuel de Seijas Lozano
1800	- 1875	Dalmacio Vélez Sarsfield

Primera mitad del siglo XIX

1803	- 1813	<i>Código penal austríaco</i>
1804		<i>Code civil</i>
1805		<i>Novísima Recopilación</i>
1805		<i>Código penal II francés</i>
1805	- 1894	David Doudley Field
1806		<i>Código de procedimiento civil II francés</i>
1807	- 1854	José Antonio de Plaza y Racines
1807		<i>Código de comercio francés</i>
1808	- 1865	Juan Francisco Pacheco
1808		<i>Código civil I de Luisiana</i>
1811		<i>Código de procedimiento penal II francés</i>

1811		<i>Código penal</i> III francés
1811		<i>Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch</i> (ABGB) austríaco
1811		<i>Constitución</i> de Venezuela
1812		<i>Constitución</i> de Cádiz
1813		<i>Código penal</i> de Baviera
1814	-	1861 Justo Sierra
1815	-	1863 Eduardo Acevedo
1816	-	1883 Augusto Texeira de Freitas
1817	-	1886 Justo Arosemena
1818	-	91 Fernando Corona
1819		<i>Código civil</i> de las dos Sicilias
1819	-	1877 Tristán Narvaja
		<i>Código civil</i> II de Luisiana
		<i>Código civil</i> de Haití
1821		<i>Código civil</i> del Cantón de Vaud
1822		<i>Constituição</i> portuguesa
		<i>Código penal</i> I español
1822	-	1872 Marcelino Ugarte
1822	-	1900 Julián Viso
1823	-	1900 José Ravest
1824		<i>Constituição do imperio</i> en Brasil
1824	-	1883 Francisco Vargas Fontecilla
1825		Promulgación de los <i>cinq codes</i> en Santo Domingo
1827	-	1829 <i>Código civil</i> de Oaxaca (México)
1829		<i>Código de comercio</i> español
1829	1840	<i>Colección de órdenes y decretos</i> (México)
1830		<i>Código penal</i> de Brasil
1830	-	1891 Luis Dublán
1831		<i>Código civil</i> de Bolivia
		<i>Código penal</i> de Bolivia
		<i>Código de procederes</i> de Bolivia
1832	-	1909 Luis Méndez
1833		<i>Constitución</i> de Chile
		<i>Código de comercio</i> de Portugal
1834		<i>Código penal</i> de Veracruz (México)
1835		<i>Código de procedimiento</i> de Ecuador
1835	-	1836 José Bernardo Lira
1836		<i>Ley de procedimiento</i> de Venezuela
1837		Codificación parcial del procedimiento en Chile (<i>Leyes marianas</i>)
		<i>Código penal</i> de Colombia
		<i>Código penal</i> de Ecuador
1837	-	1838 <i>Código civil</i> de Cerdeña
1838		<i>Código civil</i> de Holanda
		<i>Código de procedimiento judicial</i> de Venezuela

1839		<i>Pandectas Hispano-Mejicanas</i> de Juan N. Rodríguez de San Miguel
1840		<i>Ordenanza General del Ejército</i> de Chile
1841		<i>Concordances</i> de Anthoine de Saint Joseph
		<i>Novísima reforma judicial</i> (procedimiento civil y penal) portugués
		<i>Código General</i> de Costa Rica (civil penal, procesal penal, procesal).
1842	-	1919
1843		Francisco Gandarillas
		Trad. castellana de las <i>Concordancias</i> de Saint-Joseph
		<i>Código penal</i> de Bolivia
1844	-	1914
1845	-	1912
1845		Manuel Egidio Ballesteros
1845		Luis Felipe Borja
1846		<i>Recopilación granadina</i>
1848		<i>Código de comercio</i> de Paraguay
1850		<i>Código penal II</i> español
		<i>Código de comercio</i> de Brasil
		<i>Apéndice a la Recopilación Granadina</i>

Segunda mitad del siglo XIX

1851		<i>Ley sobre fundamentación de las sentencias</i> (Chile)
		<i>Proyecto de Código civil</i> español (García-Goyena)
1852		<i>Concordancias</i> de García-Goyena
		<i>Código civil</i> de Perú
		<i>Código de procedimiento civil</i> de Perú
		Nuevo <i>Código de minería</i> de Bolivia
1853		<i>Código de comercio</i> del Perú
		<i>Código de comercio</i> de Costa Rica
1853	-	1860
1855		<i>Constitución</i> de Argentina
		<i>Recopilación</i> de El Salvador
		<i>Código civil</i> de Chile
		<i>Ley de enjuiciamiento civil I</i> española
1855	-	1857
1857		<i>Esboço</i> de Texeira de Freitas
1857	-	1943
1857		<i>Constitución</i> de México
		Luis Claro Solar
		<i>Código de comercio</i> de Córdoba (Argentina)
1858		<i>Código civil</i> de Santander (Colombia)
1859		<i>Código penal</i> de El Salvador
		<i>Código civil</i> de El Salvador

1861		<i>Código de comercio general alemán</i>
1862		<i>Código de comercio de Argentina</i>
		<i>Código penal del Perú</i>
		<i>Código de procedimiento penal del Perú</i>
1862	- 1949	Miguel Luis Amunátegui
1863		<i>Ley de procedimiento federal de Argentina</i>
1863		<i>Código civil I de Venezuela</i>
1865		<i>Código de comercio de Chile</i>
		<i>Código civil de Italia</i>
1867		<i>Código civil II de Venezuela</i>
		<i>Código civil portugués</i>
		<i>Código civil de Nicaragua</i>
1868		<i>Código civil de Uruguay</i>
1869		<i>Código civil de Argentina</i>
1870		<i>Código penal de Nicaragua</i>
		<i>Código civil III de Luisiana</i>
		<i>Ley orgánica de tribunales en España</i>
1871		<i>Código penal de México</i>
		<i>Código civil de México</i>
		<i>Código civil de Argentina</i>
1872		<i>Ley de enjuiciamiento criminal I española</i>
1873		<i>Código civil de Colombia</i>
		<i>Código judicial de Colombia</i>
		<i>Código civil III de Venezuela</i>
		<i>Código penal de Venezuela</i>
1873	- 1951	Alejandro Lira Lira
1874		<i>Código de minería de Chile</i>
		<i>Código penal de Chile</i>
1875		<i>Ley orgánica de tribunales de Chile</i>
1876		<i>Código civil de Paraguay</i>
		<i>Constitución española</i>
1877		<i>Código civil de Guatemala</i>
1879	- 1884	Nuevo <i>Registro Oficial de Argentina</i>
1880		<i>Código civil de Honduras</i>
		<i>Código de procedimiento civil y comercial de Buenos Aires</i>
		<i>Código de procedimiento civil de México</i>
		<i>Código de procedimiento penal de México</i>
1881		<i>Ley de enjuiciamiento civil II española</i>
1882		<i>Ley de enjuiciamiento criminal II española</i>
1884		<i>Código civil II de México</i>
		Nuevo <i>Código de procedimiento civil de México</i>
1885		<i>Código civil II de Costa Rica</i>
		<i>Código de comercio II español</i>
1888		<i>Código de procedimiento penal de Argentina</i>

1889		<i>Código de minería</i> II de Chile
1896		<i>Código civil</i> español
1900	-	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (BGB) alemán
	1981	Pedro Lira Urquieta

Comienzos del siglo XX

1904		<i>Código civil</i> de Nicaragua
1905		<i>Código de procedimiento civil</i> de Chile
1906		<i>Código civil</i> II de Honduras
1907		<i>Código de procedimiento penal</i> de Chile
		<i>Zivilgesetzbuch</i> (ZGB) suizo
1917		<i>Código civil</i> de Brasil
		<i>Código civil</i> de Panamá
		<i>Código de derecho canónico</i>
		<i>Constitución</i> de México